



جامعة العقيد آكلي محند أولحاج – البويرة –
كلية الحقوق والعلوم السياسية.
قسم القانون العام.
تخصص إدارة ومالية عامة.

مذكرة لنيل شهادة الماستر تحت عنوان

مبدأ تدرج القواعد القانونية وأثاره على الوظيفة القضائية

تمت إشراف الأستاذ
مخلوف كمال

من إعداد الطالبين:
• بشير لبايبي
• يوسف دحماني

لجنة المناقشة

الدكتورة خلوفي خديجة رئيسة
الأستاذ مخلوف كمال مشرفا ومقررا
الأستاذة عمرمار الياقوت ممتحنا

تاريخ المناقشة: 02 فيفري 2016

السنة الجامعية: 2014 – 2015

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

"رَبِّ أَوْزَعْنِي أَنْ أَشْكُرَ نِعْمَتَكَ الَّتِي أَنْعَمْتَ عَلَيَّ وَعَلَى وَالِدَيَّ وَأَنْ أَعْمَلَ صَالِحًا تَرْضَاهُ

وَأَدْخِلْنِي بِرَحْمَتِكَ فِي عِبَادِكَ الصَّالِحِينَ" (النمل: 19)

شكر وتقدير

نشكر الله سبحانه وتعالى الذي منحنا السير الحسن لانجاز هذا العمل المتواضع.

كما نتقدم بالشكر والتقدير للأستاذ الفاضل مخلوف كمال الذي أشرف على متابعة هذا الموضوع والذي لم يبخل علينا بنصائحه وإرشاداته وحسن توجيهه ومساعدته لنا .

ونسأل الله العليّ القدير أن يكون ممن قال فيهم الله "مِنَ الْمُؤْمِنِينَ رِجَالٌ صَدَقُوا مَا عَاهَدُوا اللَّهَ عَلَيْهِ" .

✚ ويسرنا أن نتقدم بخالص الشكر لكل من أستاذتين القديرتين الدكتورة خلوفي خدوجة والأستاذة عرعار الياقوت أعضاء لجنة المناقشة على قبولهما مناقشة هذا الموضوع .

✚ كما نتقدم بالشكر لكل من قدم لنا يد المساعدة لإنجاز هذا البحث وخاصة عمال وموظفي مكتبة كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة بومرداس.

✚ شكرا ممزوجا بالدعاء لأساتذتنا الكرام من التعليم الابتدائي إلى التعليم الجامعي الذين كان لهم الفضل في وصولنا لهذا المستوى .
✚ شكر جد خاص لوالدينا الكرام على مساعدتهم لنا وصبرهم علينا ببارك الله في أعمارهم وفي ميزان حسناتهم وجعلهم من أهل الفردوس الأعلى.

✚ كما نشكر جميع من ساهم من قريب أو بعيد في إنجاز هذا العمل .

الإهداء

أهدي ثمرة جمدي إلى التي بكت من أجلي في صمت
إلى من أهدتها الحياة التعب والحزن، فأهدتني الدفء
والحنان

إلى أعز ما في الوجود "أمي" حفظك الله.

إلى الذي كابد الشدائد وكان عرق جبينه يضيء دربي
إلى الذي دفعني لتحمي الصعاب، إليك "أبي"

إلى من حبسه يملأ قلبي و يثلج بذكرهم صدري

إلى من هم فخر لي "إخوتي".

إلى من كانوا خلفا لبعد العائلة وشاركوني طو الحياة ومرّما
"أصدقائي".

إلى جميع الزملاء الذين بادلتناهم شعور المحبة بين

أحضان الجامعة .

لبانجي بشير

الإهداء

إلى من قال فيهما الله تعالى " وقل ربي ارحمهما كما ربياني
صغيرا" .

إلى الوالدين الكريمين حفظهما الله و رعاهما ورزقني
رعاهما إقرارا بفضلهما و اعترافا بحسن توجيهاتهما و تقديرا
لجميل صنيعهما.

إلى كل أفراد عائلتي . عرفانا بتشجيعهم وطيب مسانذتهم
إلى حاملي راية العلم والباحثين عن المعرفة .

إلى كل الأصدقاء الذين يسعمو القلب ولا تسعمو هذه
الصفحة.

إلى كل من أحببت في الله ،

أهدي هذا العمل المتواضع .

د.حمازي يوسف

مقدمة

يعتبر مبدأ المشروعية من أهم المبادئ التي تقوم عليها دولة القانون ، إذ ترجع السيادة لحكم القانون وحده ، وهو الذي يكرس حماية فعلية للحقوق والحريات من الانتهاك أو من تعسف السلطة واستبدادها ، ولما كانت دولة القانون تنطلق من مبدأ الفصل بين السلطات فإنها تجاوزت حتما مبدأ سيادة البرلمان وهذا معناه خضوع ما يصدر عن البرلمان من تشريعات مختلفة للرقابة الدستورية من ثم فإن الدولة لا يمكن أن توصف بذلك الوصف ، إلا إذا سايرت تشريعاتها نصوص دستورها وبمختلف المواضيع التي يتضمنها ، وإذا كانت الدولة تكتسي تلك المرتبة السابقة ، فإنها ستتجاوز بالنسبة لضمانياتها مبدأ الدولة القانونية إلى دولة القانون .

يقصد بمبدأ المشروعية سيادة القانون⁽¹⁾ وكفالة احترام القواعد القانونية القائمة ، أي خضوع جميع الأشخاص بما فيها السلطات العامة في الدولة وبكل هيئاتها وأفرادها للقواعد القانونية السارية المفعول في الدولة ، وهو ما يطلق عليه مبدأ سيادة القانون وهذا الأخير في معناه الواسع هو تعبير عن إرادة الدولة والتي تمثل المصدر الوحيد للقواعد القانونية ، لكن الدولة لا تعبر عن إرادتها بأسلوب واحد وإنما تختلف باختلاف السلطة العامة الموكلة إليها التعبير عن هذه الإرادة وبالنتيجة تتعدد مصادر القواعد القانونية بتعدد السلطات العامة التي تعبر عن إرادة الدولة ، مما قد ينجم عنه وقوع التعارض أو التناقض بين هذه القواعد ومن ثم التنازع بين السلطات أو الهيئات التي تولت تقريرها .

بدت من هنا ضرورة التوصل إلى قاعدة ما تحقق في آن واحد الترابط و الانسجام بين كافة القواعد القانونية التي يتكون منها التنظيم القانوني للدولة ، وحل إشكالات واحتمالات وقوع التعارض أو التناقض فيما بين هذه القواعد والتي تعتبر ظاهرة حتمية لامناص منها مما يجزنا للتساؤل عن القاعدة الكفيلة بحل هذا التعارض .

القاعدة العامة هي أن على القاضي أن يقوم بتطبيق القوانين لكون ذلك من صميم عمله باعتبار ذلك التزاما وجوبيا ملقى على عاتقه و ليس جوازيا ، فمهمته إذن تتعلق بتطبيق القوانين ومراعاة ترتيبها، وهذا ما يعمل في الواقع بصورة مستمرة ، وذلك من خلال الفصل في النزاعات

(1) من مظاهر مبدأ سيادة القانون خضوع كافة السلطات في الدولة للقانون بما في ذلك السلطة التشريعية ، إن هذا المبدأ يعد أوسع من مبدأ المشروعية والذي يقتصر على إخضاع السلطة التنفيذية للقانون ..

وليس للقاضي حرية تطبيق بعض القوانين واستبعاد البعض الآخر أو تعطيلها دون مبرر مشروع وإلا عدّ مرتكباً لجريمة إنكار العدالة وإخلالاً بمبدأ المشروعية ، بل هو مطالب بالعمل على تحقيق العدالة وذلك من خلال تطبيقه للقانون الواجب التطبيق في كل قضية تعرض عليه ، فعلى القاضي أن يحفظ وحدة النظام القانوني وانسجامه ويعمل على التوفيق بين النصوص المتناقضة أو المتعارضة والموازنة بينها في حدود السلطة المنوط بها بحيث يتصدى لأي غموض أو تعارض أو نقص في التشريع ويعمل على إزالته دون أي تعسف. ولا بد أن يصل إلى استبعاد إحدى هذه القواعد القانونية ليطبق قواعد أخرى يراها محققة للعدالة وموافقة للقانون ، وبالتالي فالقاضي يطبق القانون بمفهومه الواسع والذي يشمل كل القواعد القانونية مهما كان مصدرها ويفاضل بينها ويحدد أي منها يجب تطبيقه وأي منها يجب استبعاده ، الأمر الذي يدفع إلى البحث عن آلية موحدة يلتزم بها القضاة في هذا المجال سعياً لانسجام الأحكام القضائية وتوحيد الاجتهاد القضائي .

قد تحقق ذلك فعلاً عن طريق – مبدأ تدرج القواعد القانونية – والذي يرجع الفضل في ابتداعه إلى العلامة النمساوي "هانس كيلسون" ولقد أجمع الفقهاء أن هذا المبدأ هو أحد مقومات دولة القانون ، حيث لا يمكن تصور نظامها القانوني بدون التدرج الذي يظهر في سمو بعض القواعد القانونية على البعض وهو ما يستلزم بالضرورة خضوع القاعدة الأدنى للقاعدة الأعلى شكلاً و موضوعاً .

وبالتالي فإن وجود مبدأ تدرج القواعد القانونية يعتبر أحد أهم مقومات دولة القانون وفي هذا الإطار تكون صلاحيات أجهزة الدولة محددة بدقة ، والقواعد التي تحكمها لا تعتبر مشروعة إذا لم تحترم القواعد التي تعلوها ، و من هذا الأساس يكون مبدأ المشروعية على عمومه بمثابة التطبيق لمبدأ تدرج القواعد القانونية ومن ثم لا بد من بيان نوع من التطبيق العملي لذلك المبدأ ؛ لاسيما مراعاة لأهم الاعتبارات والمتمثلة في دستورية القوانين ، وقد سبق القول أن دولة القانون تقوم على تدرج قانوني يستوجب احترام القاعدة الأدنى للقاعدة الأعلى وباعتبار جوهر مهمة القاضي هي تطبيق القوانين على مختلف النزاعات المعروضة عليه فلا شك أن القانون المقصود هو القانون بمعناه الواسع ، ويستوي في ذلك كل من القواعد المكتوبة و غير المكتوبة وحينها تتدرج القواعد الدستورية ضمن معنى القانون الذي يلتزم القاضي بتطبيقه.

غير أن صعوبة التطبيق من قبل القاضي ، تبرز أمامه عند التعارض بين نص دستوري ونص تشريعي خصوصا مع انتهاج المؤسس الدستوري الجزائري أسلوب الرقابة السياسية على دستورية القوانين ، ومن ثم يطرح التساؤل حول ما دور القاضي في تكريس مبدأ تدرج القواعد القانونية؟.

وللإجابة على هذه الإشكالية اعتمدنا منهج مزدوج يقوم على التحليل و المقارنة : حيث نعتمد على المنهج التحليلي لتحليل النصوص القانونية والمبادئ ، واستخلاص النتائج المتعلقة بمبدأ تدرج القواعد القانونية والمنهج المقارن فيما يخص تطبيق المبدأ على مستوى القضاء من خلال بعض الأحكام والقرارات المتوفرة .

ترتيا على كل ذلك فقد تم تناول الموضوع في فصلين:

بحيث سنعمد في الفصل الأول إلى تحديد ماهية مبدأ تدرج القواعد القانونية انطلاقا من تبيان محتواه وتحديد المرتبة الإلزامية للمصادر الرسمية للقواعد القانونية المكتوبة وغير المكتوبة (المبحث الأول) بعدها نعمل على تحديد النتائج المترتبة عن مبدأ تدرج القواعد القانونية ابتداء من نتائج سمو القواعد الدستورية ثم نتائج ترتيب القواعد القانونية الأخرى (المبحث الثاني). ثم نتعرض في الفصل الثاني إلى دور القضاء الجزائري في الرقابة على دستورية القوانين و الرقابة على دستورية القواعد القانونية الأخرى وذلك في (مبحثين) على التوالي .

الفصل الأول

وفقا لتصور "هانس كلسن" لا يتشكل النظام القانوني من قواعد قانونية موضوعة في مرتبة واحدة كما أنها لا تمثل في ذاتها قيمة قانونية ، وإنما تحصل على هذه القيمة بدخولها في علاقة مع مجموعة أخرى من القواعد أعلى منها في المرتبة ، وهكذا حتى تصل إلى أعلى مجموعة من القواعد في النظام القانوني وهي مجموعة القواعد الدستورية أو الدستور، بهذا يرى "هانس كلسن" أن النظام القانوني يكون في مجمله شكلا هرميا واحدا في الدولة ، حيث لا يمكن تصور نظامها القانوني بدون التدرج الذي يظهر في سمو بعض القواعد القانونية على البعض الآخر وهو ما يستلزم بالضرورة خضوع القاعدة الأدنى للقاعدة الأعلى شكلا وموضوعا ، فأما خضوعها شكلا فبصدورها من السلطة التي حددتها القاعدة الأسمى وبالإجراءات التي بينتها ، أما خضوعها موضوعا فبأن تكون منسجمة في مضمونها مع مضمون القاعدة الأعلى . وترتبا على ذلك يتعين تحديد مفهوم هذا المبدأ (المبحث الأول) ، وحصر نتائجه (المبحث الثاني) .

المبحث الأول : مفهوم مبدأ تدرج القواعد القانونية

القانون بمعناه الواسع يعد تعبيراً عن إرادة الأمة والتي تمثل دون غيرها المصدر الوحيد للقواعد القانونية ، ولكن الدولة لا تعبر عن هذه الإرادة بأسلوب واحد بل تتعدد طرق التعبير عنها وهذا راجع لاختلاف السلطة العامة الموكلة إليها التعبير عن هذه الإرادة مما يترتب عنه تعدد مصادر القاعدة القانونية وبما أن تدرج القواعد القانونية يشمل كافة القواعد القانونية⁽¹⁾ سواء منها ما كان مدونا أي (مكتوبا) (المطلب الأول) ، أو كان غير مدون (المطلب الثاني) .

المطلب الأول: مكانة القواعد الدستورية والاتفاقيات الدولية طبقا لمبدأ التدرج

تعتبر القواعد القانونية المكتوبة أو المسنونة المصدر الأول للمشروعية في الدولة ، إذ ثمة ثلاث أنواع من القواعد القانونية المكتوبة ، وذلك حسب السلطة التي تسنها :

- القواعد الدستورية : التي تصدر عن السلطة التأسيسية.
- القواعد التشريعية: التي تصدرها السلطة التشريعية.
- القواعد اللائحية: التي تصدر عن السلطة التنفيذية.

¹ طعيمة الجرف ، مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الدولة للقانون ، دون طبعة ، مكتبة القاهرة الحديثة ، 1963، ص83.

-وبما أن الدستور 1996⁽¹⁾ في المادة 132 منه اعترف بسمو المعاهدات على القانون فمعنى ذلك إدراج القواعد الاتفاقية الدولية ضمن النظام القانوني للدولة. ومن ثمة فمبدأ التدرج القانوني يقصد منه أن تأتي القواعد الدستورية في المقدمة (الفرع الأول) ثم تليها القواعد الاتفاقية الدولية (الفرع الثاني) وبعدها القواعد التشريعية والتي لا بد أن تأتي منسجمة مع القواعد الدستورية والقواعد الاتفاقية الدولية ، وتليها بعد ذلك القواعد اللاتحجية (الفرع الثالث) .

الفرع الأول : مكانة القواعد الدستورية طبقاً لمبدأ تدرج القواعد القانونية

يعد دستور 1976 دستورا شكلياً ورغم ذلك لم يكرس المؤسس سموه ، ويظهر ذلك ليس فقط من عدم تأسيسه لرقابة دستورية القوانين ، إنما أيضا من خلال إحالته صراحة إلى الميثاق الوطني باعتباره المصدر الأساسي لسياسة الأمة وقوانين الدولة ، والمصدر الأساسي لتفسير أحكام الدستور⁽²⁾.

وألزم المجلس الشعبي الوطني ، استلهام مبادئ الميثاق الوطني وتطبيقها في إطار نشاطه التشريعي⁽³⁾ .

انتهج المؤسس في دستور 1989 المعدل في 1996 نهجا جديدا مقارنة بسابقه من حيث سعيه لتكريس ركائز دولة القانون ، ومن بين هذه الركائز نجد تكريس سمو الدستور وتأسيس مجلسا دستوريا يسهر على احترام هذا السمو (أولا) ، وبارساء تدرج بالنسبة للقواعد التي تدنو الدستور (ثانيا).

¹ المرسوم الرئاسي رقم: 96-438 المؤرخ في 26 رجب عام 1417 الموافق 7 ديسمبر سنة 1996 يتعلق بإصدار نص تعديل الدستور ، المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996، ج ر، عدد 76 لسنة 1996.

² المادة 6 من دستور 1976 الجزائري ، الصادر بالأمر رقم 76-97 المؤرخ في 30 ذي القعدة عام 1396 الموافق لـ 22 نوفمبر سنة 1976 يتضمن إصدار دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ، ج ر، عدد 94 ، لسنة 1976.ص

³ المادة 127 من الدستور أعلاه تنص على: "تتمثل المهمة الأساسية للمجلس الشعبي الوطني ، ضمن اختصاصاته ، في العمل للدفاع عن الثورة الاشتراكية وتعزيزها . يستلهم المجلس الشعبي الوطني ، في نشاطه التشريعي ، مبادئ الميثاق الوطني ويطبقها ."

أولاً : تكريس سمو الدستور وتأسيس مجلس دستوري يسهر على احترام الدستور :
إذا كان الدستور يحتل قمة تدرج القواعد القانونية فإن ذلك غير كاف لتأمين هذه المرتبة ما لم يتم ترتيب جزاء على الإخلال بقواعده كما هو حال دستور 1976 ، فخلافا لهذا الأخير كرس المؤسس سمو دستور 1996 وأحاطه بضمانة تأسيس مجلس دستوري يسهر على احترام الدستور .

1- تكريس المؤسس سمو الدستور : كرس المؤسس مبدأ الشرعية في مفهومه العام بحيث جعل من الدستور أسمى قانون ، يتم من خلاله ضمان الحقوق والحريات ، والإطار الذي تمارس فيه الشرعية ويتكفل بتأسيس رقابة على السلطات ، وبذلك يكون المؤسس قد لخص ركائز دولة القانون الشكلية والموضوعية من خلال ديباجته وبالخصوص الفقرة العاشرة منها والتي تنص :

" إنّ الدستور فوق الجميع ، وهو القانون الأساسي الذي يضمن الحقوق والحريات الفردية والجماعية ويحمي مبدأ حرية اختيار الشعب ، ويضفي الشرعية على ممارسة السلطات ويكفل الحماية القانونية ورقابة عمل السلطات العمومية في مجتمع تسوده الشرعية ، ويتحقق فيه تفتح الإنسان بكل أبعاده⁽¹⁾ ."

اعتبر المؤسس إذن الدستور أسمى قانون في الدولة وأضفى عليه جمود بحيث وضع إجراءات خاصة لتعديله ، فيكون المؤسس قد ميز السلطة التأسيسية الأصلية عن غيرها من المؤسسات وأظهر بذلك التدرج القائم بينها .

حدد أيضاً المؤسس في إطار هذا التدرج ، القواعد القانونية التي تلي الدستور مباشرة أي طبقة القواعد القانونية التي تدنوه . تتمثل هذه الطبقة من القواعد في المعاهدات و الاتفاقيات والاتفاقات الدولية والقوانين العادية والعضوية والنظام الداخلي لكل غرفة من غرفتي البرلمان والتنظيمات المستقلة.

هذه القوانين لا تثير موقعها بالنسبة للدستور ، بما أن المؤسس قد أخضعها لرقابة دستورية ولرقابة المطابقة التي يمارسها المجلس الدستوري .

¹ الفقرة العاشرة من ديباجة دستور 1996 ص6.

2- تأسيس مجلس دستوري يسهر على احترام الدستور : ينبغي لحماية سمو الدستور أن تنظم رقابة لتوقيع جزاء على الإخلال بهذا سمو وهو ما ورد في معنى نص المادة 163 من الدستور المؤسسة للمجلس الدستوري :

المادة 163 من دستور 1996 تنص على أنه: "يؤسس مجلس دستوري يكلف بالسهر على احترام الدستور".

أوضح المجلس الدستوري النتيجة المترتبة عن عدم احترام الدستور ، إذ اعتبر أن تدخل المجلس الشعبي الوطني في غير الميادين المخصصة له يجعل منه مؤسسا ، أي يعد اعتداء السلطة المؤسسة على السلطة التأسيسية .

بيّن بالمقابل المجلس الدستوري في إطار حمايته لسمو الدستور حدود اختصاصه بالنظر إلى سيادة المشرع في إعداد والتصويت على القانون "واعتبارا أنه إذا كان من اختصاص المشرع إعداد القانون والتصويت عليه بكل سيادة طبقا للمادة 98 (الفقرة الأخيرة) من الدستور⁽¹⁾ ، فإنه يعود للمجلس الدستوري بمقتضى اختصاصاته الدستورية أن يسهر على احترام المشرع الأحكام الدستورية حين ممارسته سلطته التشريعية .

بين إذن المؤسس سمو الدستور و أسس بذلك تدرجا بينه وبين القوانين التي تليه مرتبة تتمثل تلك القواعد في : قواعد القانون الدولي الاتفاقي ، القوانين العضوية والعادية ،التنظيمات النظام الداخلي لكل من غرفتي البرلمان ، فيعد أول درجة للبناء القانوني ، ثم أرسى تدرجا بالنسبة لبعض القواعد التي تلي الدستور مرتبة .

ثانيا : إرساء تدرج بالنسبة للقواعد التي تدنو الدستور:

بعد أن حدد المؤسس القواعد التي تلي مباشرة الدستور ، أسس نوعا من التدرج بين البعض من تلك القواعد ، لكن هذا التدرج ليس بالوضوح الذي يمكن أن نتصوره . فالتدرج واضح بالنسبة للمعاهدات التي تسمو على القانون ، ويتضح التدرج بين القوانين والتنظيمات المستقلة وهذا ما سنتناوله في الفرعين التاليين :

الفرع الثاني : مكانة قواعد الاتفاقيات الدولية طبقاً لمبدأ تدرج القواعد القانونية

تختلف الدساتير في المرتبة التي تمنحها للمعاهدات بالنسبة للقانون ، فمنها من تمنحها مرتبة مساوية له ومنها من تمنح لها مرتبة أعلى منه . اعتمد المؤسس الجزائري هذا الحل الأخير (أولاً) الذي أكده المجلس الدستوري في قراره الأول (ثانياً) (1).

أولاً : تكريس المؤسس سمو المعاهدات على القانون :

جعل دستور 1976 للمعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية مرتبة مساوية لتلك التي تحتلها القوانين العادية(2).

منح بالمقابل دستور 1996 في المادة 132 منه ، المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية حسب الشروط التي نص عليها الدستور ، مرتبة تسمو على القانون(3).

1 يتميز هذا النص بالغموض فيفهم من ظاهره أنه لا يعترف بالسمو على القانون إلا بالنسبة لتلك المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية ، وليس ذلك فحسب وإنما يرى البعض أن سمو يقتصر على المعاهدات الواردة في نص المادة 131 من الدستور(4)، أي ذلك الصنف من المعاهدات التي تتطلب موافقة البرلمان(5) .

بالرجوع إلى المادة 168 من الدستور التي تنص : "إذا ارتأى المجلس الدستوري عدم دستورية معاهدة أو اتفاق ، أو اتفاقية ، فلا يتم التصديق عليها " ، يفهم أن كل المعاهدات والاتفاقيات والاتفاقات التي تتطلب إجراء التصديق فإنها تتمتع بالسمو على القانون لأنها

¹ دستور 1996 ، المرجع السابق .

² المادة 159 من دستور 1976 تنص على أن: " المعاهدات الدولية التي صادق عليها رئيس الجمهورية طبقاً للأحكام المنصوص عليها في الدستور ، تكتسي قوة القانون."

³ المادة 132 من دستور 1996 أعلاه تنص على أن: " المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية ، حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور ، تسمو على القانون."

⁴ أنظر بالتفصيل الآراء الواردة في هذا الإطار :

Nacira KANOUN et Taher Taleb ;de la place des traités internationaux dans

l'ordonnancement juridique national en algérie.El-mouhamat.N3 décembre 2005 ;pp.21 ets.

⁵ المادة 131 من دستور 1996 تنص على أنه " يصادق رئيس الجمهورية على اتفاقيات الهدنة ، ومعاهدات السلم والتحالف والإتحاد والمعاهدات المتعلقة بحدود الدولة ، والمعاهدات المتعلقة بقانون الأشخاص ، والمعاهدات التي تترتب عليها نفقات غير واردة في ميزانية الدولة ، بعد أن توافق عليها كل غرفة من البرلمان صراحة .

خاضعة كلها لرقابة الدستورية ، فلم يجعل المؤسس الرقابة تقتصر فقط على تلك الاتفاقيات الواردة في المادة 131 من الدستور .

ثانيا : تأكيد المجلس الدستوري سمو المعاهدات على القانون

يعتبر اجتهاد المجلس الدستوري منعما فيما يتعلق برقابة دستورية المعاهدات والاتفاقيات الدولية ولكن بالعودة إلى قراره الأول المتعلق برقابة دستورية قانون الانتخابات ، وذلك في ظل دستور 1989، أكد على سمو الاتفاقيات المصادق عليها على الدستور .

" ونظرا لكون المادة 28 من الدستور ، تقر مبدأ تساوي المواطنين أمام القانون دون إمكانية التذرع بأي تمييز يعود سببه إلى... ونظرا لكون أية اتفاقية بعد المصادقة عليها ونشرها تدرج في القانون الوطني وتكتسب بمقتضى المادة 132 من الدستور سلطة سمو على القوانين وتخول كل مواطن جزائري أن يتذرع بها أمام الجهات القضائية ، وهكذا الشأن خاصة بالنسبة إلى ميثاق الأمم المتحدة لسنة 1966 ... والميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب ... فإن هذه الأدوات القانونية تمنع معنا صريحا كل تمييز مهما كان نوعه"⁽¹⁾.

أضاف المجلس الدستوري بموجب هذا القرار ، إلى إجراءات التصديق على الاتفاقيات الدولية إجراء النشر² لكي تدرج الاتفاقيات ضمن التسلسل المتدرج للقواعد القانونية ، وهو إجراء لم يشترطه الدستور .تظهر أهمية إجراء النشر حسب البعض من الكتاب ، بالنسبة للمعاهدات والاتفاقيات التي تكسب حقوقا للأفراد وتفرض عليهم التزامات ، بينما لا يكتسي هذا الإجراء أهمية بالنسبة للمعاهدات أو الاتفاقيات التي تخاطب الدولة أو سلطاتها ، إذ يفترض علم هذه الأخيرة بمحتوى المعاهدات والاتفاقيات ، باعتبارها المكلفة بالتفاوض والتوقيع والموافقة أو التصديق عليها .

¹ القرار رقم 1 ق-م د- مؤرخ في 18 محرم عام 1410 الموافق 20 غشت 1989 يتعلق بقانون الانتخابات ج ر عدد36 لسنة1989.ص1050.

² جبار عبد المجيد ، تأملات حول قرار المجلس الدستوري الأول فيما يتعلق ببعض القضايا المرتبطة بالمعاهدات الدولية المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية ، ج34 ، رقم1 ، معهد الحقوق والعلوم الإدارية ، بن عكنون ،جامعة الجزائر ،1996، ص 141-166 .

يبقى اجتهاد المجلس الدستوري ناقصا فلم يبين لنا مرتبة الاتفاقيات والاتفاقات التي لا تحتاج للتصديق في النظام القانوني . كما لم يبين لنا موقع المعاهدات بالنسبة للقوانين الاستثنائية التي كرس سموها على القوانين العضوية والعادية ، وكذا مرتبتها بالنسبة للقوانين العضوية ، باعتبار القوانين العضوية امتداد مادي للدستور .

الفرع الثالث : تدرج القواعد التشريعية و التنظيمات المستقلة

يظهر سمو القوانين على التنظيمات التنفيذية في الفقرة الثانية من المادة 125 من الدستور التي تنص على أنه : "يندرج تطبيق القوانين في المجال التنظيمي الذي يعود لرئيس الحكومة " ، ويشمل سمو القانون على التنظيمات التنفيذية كل من القوانين العضوية والعادية (أولا) وكذا الأوامر التشريعية والتنظيمات المستقلة (ثانيا).

أولا : سمو القوانين العضوية والعادية على التنظيمات التنفيذية

تعد القوانين العضوية من بين مستحدثات دستور 1996 مؤسسة بمقتضى المادة 123 من أجل تحقيق الاستقرار القانوني بتفادي التعديلات المتكررة والمنتالية لبعض المواضيع⁽¹⁾.

تتعلق القوانين العضوية بسير المؤسسات العمومية ، إذ تحدد شروط تطبيق أحكام الدستور بإحالة من هذه الأخيرة ، ونظرا لأهمية هذه القوانين فإنه يتم إعدادها وفقا لإجراءات صارمة مقارنة بتلك المقررة لسن التشريع العادي ، ولكن دون أن تصل درجة الصرامة إلى تلك المقررة لتعديل الدستور.

تحتل القوانين العضوية إذن مرتبة أدنى من الدستور ، حيث أخضع المؤسس الأولى لرقابة المطابقة للثانية .

¹ جبار عبد المجيد، الرقابة الدستورية للقوانين العضوية ورأيا المجلس الدستوري المتعلقان بقانون الأحزاب السياسية والانتخابات، مجلة المدرسة الوطنية للإدارة، المجلد 10 ، العدد 2000، 2 ، ص 50 .

تسمو القوانين العضوية على التنظيمات التنفيذية ويظهر ذلك ليس فقط من الفقرة الثانية من المادة 125 من الدستور ، إنما أيضا من خلال إحالة نصوص القوانين العضوية كلما اقتضى ذلك إلى التنظيم لتنفيذ أحكامه⁽¹⁾.

ألزم المجلس الدستوري بناء على ذلك المشرع العضوي إدراج المادة 125 ضمن تأشيريات القانون العضوي محل رقابته:

اعتبارا أن القانون العضوي موضوع الإخطار أحال كيفية تطبيق أحكامه على التنظيم واعتبارا أن المادة 125 فقرة 2 من الدستور نصت على أنه يندرج تطبيق القوانين في المجال التنظيمي الذي يعود للوزير الأول ؛ واعتبارا بالنتيجة أن عدم إدراج المشرع هذه المادة ضمن تأشيريات القانون العضوي موضوع الإخطار يعد سهوا منه ينبغي تداركه.

تسمو أيضا القوانين العادية على التنظيمات التنفيذية طبقا للفقرة الثانية من المادة 125 ولقد اتجه المجلس الدستوري إلى حماية المجال المخصص للسلطة التنفيذية التي تعود للوزير الأول ، فاعتبر الأحكام التشريعية التي تحيل على مكثبي الغرفتين التشريعتين لتحديد بموجب تعليمة كيفية تطبيق بعض أحكام القانون محل رقابته ، مخالفة للدستور لاعتدائها على المجال التنظيمي المخصص للوزير الأول .

ثانيا: سمو الأوامر التشريعية على التنظيمات المستقلة

يبدو ومن الوهلة الأولى أن الدستور يجعل من البرلمان سلطة تشريعية من خلال الفصل الثاني المخصص لهذه الأخيرة⁽²⁾، فنصت المادة 98 "يمارس السلطة التشريعية برلمان يتكون من غرفتين وهما المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة ، وله السيادة في إعداد القانون والتصويت عليه ."

¹ رأي رقم 01/ر.م.د/11 مؤرخ في 4 شعبان عام 1432 الموافق 6 يوليو سنة 2011، يتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي الذي يحدد تنظيم المحكمة العليا وعملها واختصاصها للدستور، ج ر، عدد 42، لسنة 2011، ص 4-5. كذلك الرأي رقم 02/ر.م.د/11 مؤرخ 4 شعبان عام 1432 الموافق 6 يوليو سنة 2011 يتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المعدل والمتمم للقانون العضوي رقم 98-01 المؤرخ في 4 صفر عام 1419 الموافق 30 مايو سنة 1998 والمتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله للدستور، ج ر، عدد 43، لسنة 2011، ص 4-5.

² الفصل الثاني من الباب الثاني من دستور المخصص لـ"تنظيم السلطات"

حدد المؤسس مجال التشريع العادي⁽¹⁾ والعضوي بمقتضى المادتين 122 و 123 ومواد أخرى من الدستور وجعل ما لا يدخل في الاختصاص التشريعي للبرلمان يدخل في المجال التنظيمي الذي يعود لرئيس الجمهورية طبقاً للفقرة الأولى من المادة 125 من الدستور يختص أيضاً رئيس الجمهورية بالتشريع بأوامر في حالة شغور المجلس الشعبي الوطني ، أو بين دورتي البرلمان ، أو في الحالة الاستثنائية حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور⁽²⁾.

إذن لا تعد السلطة التشريعية المجال أو الاختصاص المحكر من قبل البرلمان فتعتبر كل من التنظيمات المستقلة والأوامر التشريعية من ضمن الاختصاص التشريعي لرئيس الجمهورية فيستمد اختصاصه هذا من الدستور ، ولكي توضع التنظيمات المستقلة والأوامر التشريعية حيز التنفيذ ينبغي أن يتدخل التنظيم التنفيذي حسب ما جاء في المادة 85 من الدستور⁽³⁾ كلما اقتضى الأمر ذلك بإحالة صريحة من الأمر التشريعي ؛ فيظهر بالتالي سمو التنظيمات المستقلة والأوامر التشريعية على التنظيمات المستقلة.

المطلب الثاني : مكانة القواعد القانونية التشريعية طبقاً لمبدأ تدرج القواعد القانونية

تطبيقاً لمبدأ الفصل بين السلطات الذي يعد أحد ضمانات دولة القانون ، فإن السلطة التشريعية تتولى بحكم تخصصها الدستوري بسن القواعد القانونية وباعتبارها ممثلة للإرادة الشعبية ، فإن القاعدة القانونية التي تقرها الهيئة التشريعية ، على مقتضى الإجراءات الدستورية المقررة لذلك ، تأخذ مكانها إلى جانب القواعد الدستورية في سلم تدرج القواعد القانونية في الدولة ، وتقوم مصدراً ثانياً للمشروعية فيها ، ولأجل ذلك من

¹ بن سباع نـورة ، مجال التشريع والتنظيم في دستور 1989 ، بحث لنيل شهادة الماجستير في قانون التنمية الوطنية جامعة مولود معمري ، كلية الحقوق والعلوم السياسية تيزي وزو، 1997.

² نصت المادة 124 من دستور 1996 المعدل: "لرئيس الجمهورية أن يشرع بأوامر في حالة شغور المجلس الشعبي الوطني أو بين دورتي البرلمان. ويعرض رئيس الجمهورية النصوص التي اتخذها على كل غرفة من البرلمان في أول دورة له لتوافق عليها. تعد الأوامر التي لا يوافق عليها البرلمان ملغاة. يمكن لرئيس الجمهورية أن يشرع بأوامر في الحالة الاستثنائية المذكورة في المادة 93 من الدستور. تتخذ الأوامر في مجلس الوزراء .

³ الفقرتان 2 و 3 من المادة 85 من الدستور: "يمارس الوزير الأول زيادة على السلطات التي تخولها إياه صراحة أحكام أخرى في الدستور، الصلاحيات التالية... 2- يسهر على تنفيذ القوانين و التنظيمات ، 3- يوقع المراسيم التنفيذية، بعد موافقة رئيس الجمهورية على ذلك "

الضروري تحديد المقصود بالقواعد التشريعية (الفرع الأول) ومرتبها بين القواعد القانونية طبقاً لمبدأ تدرج القواعد القانونية (الفرع الثاني).

الفرع الأول : المقصود بالقواعد التشريعية

يقصد بالقواعد التشريعية القوانين التي تسنها السلطة التشريعية في الدولة ، أي البرلمان بغرفتيه المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة هذا من حيث الأصل ، ورئيس الجمهورية في إطار التشريع بأوامر ، وترتيباً على ذلك فإن تحديد مدلول القواعد التشريعية يفرض دراسة مجال القواعد التشريعية (أولاً) ودرجاتها (ثانياً) .

أولاً: مجال القواعد التشريعية : يتوجب على السلطة التشريعية وهي تسن القواعد القانونية أن تقرها على مقتضى أحكام الدستور ، فإذا تجاوزت فيما تسنه من قوانين حدود المبادئ الدستورية المقررة في الدولة ، عد ذلك انحرافاً منها في أدائها لوظيفتها ، واعتبر تشريعاً غير دستوري ، ومن القيود الدستورية على سلطة التشريع ، التحديد الحصري لمجال التشريع وذلك كما يلي:

1- **تحديد المسائل التي يشرع فيها البرلمان:** وهي المسائل الواردة في المادتين : 122 و 123 من دستور 1996، وما خرج عن هذه المسائل يخرج عن مجال التشريع، ويندرج ضمن مجال التنظيم ، إذ تنص المادة 125 من دستور 1996 على انه: "يمارس رئيس الجمهورية السلطة التنظيمية في المسائل غير المخصصة للقانون".

2- **اقتصار دور البرلمان على وضع المبادئ أو القواعد العامة:**(1) بالرجوع للنص الدستوري نجد أنه ألزم السلطة التشريعية بسن القواعد القانونية بطريقتين: الأولى: وضع القانون بقواعده العامة والتفصيلية ، كمثل مسألة القواعد المتعلقة بالتنظيم القضائي وإنشاء الهيئات القضائية ، وقواعد قانون العقوبات ، والإجراءات الجزئية ، والنظام الجمركي .. الخ.

الثانية: وضع المبادئ العامة أو القواعد الأساسية فقط ، ويترك المجال للسلطة التنفيذية لتكملها بمقتضى سلطاتها التنظيمية ، ومنها القواعد العامة المتعلقة بالبيئة وإطار المعيشة

¹ - عبد الله بوقفة، نالمرجع السابق، ص 329 و أوصيف سعيد، تدهور المعيار التشريعي في النظام القانوني الجزائري، بحث لنيل شهادة الماجستير فرع الإدارة و المالية، جامعة الجزائر، 2001-2002، ص 75.

والتهيئة العمرانية ، ففي هذا النوع الأخير نلاحظ أن الدستور ضيق مجال القواعد التشريعية لصالح القواعد التنظيمية.

3- **اقتصار دور البرلمان على التنظيم دون المنع** : لقد كرس المؤسس الدستوري حقوقا وحریات للإنسان والمواطن ، بحيث لا يمكن للسلطة التشريعية المساس بها، فلا تملك إلا سلطة تنظيمها دون تجاوز ذلك إلى منعها ، لكون المنع من اختصاص المؤسس الدستوري ومثال ذلك ما تنص عليه المادة 32 من دستور 1996: "الحریات الأساسية وحقوق الإنسان والمواطن مضمونة " فلا يجوز المساس بها بالمنع وإنما يجوز تنظيمها ، والمادة 36 من نفس الدستور : "لا مساس بحرمة حرية المعتقد وحرمة حرية الرأي " ، وغير ذلك من الحقوق والحریات.

ثانيا: درجات القواعد التشريعية : يختص بسن القواعد التشريعية البرلمان بغرفتيه وذلك بموجب قوانين عادية أو قوانين عضوية ، كما يجوز لرئيس الجمهورية استثناء وضع هذه القواعد بموجب أوامر ، فنكون أمام ثلاثة أنواع من القواعد التشريعية يتوجب تحديد مرتبة كل نوع منها في التدرج القانوني.

إن المعيار الشكلي هو المعتمد في ذلك ، وهو يجعل القانون بنوعيه العضوي والعادي أسمى من الأوامر التشريعية ، بحكم أنها صادرة عن السلطة المختصة أصلا بالتشريع، فنكون أسمى من القواعد الموضوعية من طرف جهة أخرى بحكم الاستثناء لا الوضع الطبيعي، وتكون للقوانين العضوية سموا على القوانين العادية نظرا للإجراءات الخاصة بالتصويت عليها وبالرقابة عليها قياسيا بالإجراءات المعتمدة بشأن القوانين العادية ، وعلى ذلك فالقوانين العضوية أسمى من القوانين العادية ، وهي بدورها تسمو على الأوامر التشريعية :

1- **القانون العضوي** : وهذا النوع ابتدعه دستور 1996 وميزه عن القانون العادي في موضوعاته وإجراءاته⁽¹⁾ ، فالموضوعات التي تدرج ضمن القانون العضوي تتعلق بمسائل تقترب من المسائل الدستورية، كالحريات وتنظيم السلطات العامة ، وهو ما دفع بالبعض للقول بكون القوانين العضوية تحتل مكانة وسط بين ما هو أساسي (الدستور) وعادي من

¹ - انظر المجلس الدستوري ، رأي رقم 01 / ر ق ع / 04 مؤرخ في 05/02/2004 يتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المعدل والمتمم للأمر رقم 07/97 المؤرخ في 06/03/1997 والمتضمن القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات الدستور.

القوانين والإجراءات الخاصة بها تختلف عن الإجراءات الخاصة بالقوانين العادية ، إذ تتم الموافقة عليها بالأغلبية المطلقة من طرف غرفتي البرلمان ، وتخضع للرقابة الإلزامية لمدى مطابقتها للدستور قبل صدورها ، خلافا للقوانين العادية التي تخضع للرقابة الاختيارية على دستورها.

2- القانون العادي: ويتحدد مجاله حصرا بالمسائل المذكورة بالمادة 122 من دستور 1996 ويوافق عليها البرلمان بالإجراءات العادية ، أي الأغلبية البسيطة ، ولا تخضع لرقابة المطابقة الإلزامية ، بل تخضع لرقابة الدستورية ، والتي قدي تكون سابقة أو لاحقة ، ورقابة الدستورية محددة المسائل فيما رقابة المطابقة شاملة ، وهي رقابة اختيارية.

3- الأوامر التشريعية: أجاز دستور 1996 لرئيس الجمهورية التشريع عن طريق أوامر رئاسية ،⁽¹⁾ أثناء غيبة البرلمان ، أو في الظروف الاستثنائية ، واشترط عليه أن يعرض هذه الأوامر على البرلمان في أول دوره له ، للموافقة عليها بالنسبة للأوامر الصادرة أثناء غيبة البرلمان ، أي بين دورتيه أو أثناء شغوره ، ولم يشترط ذلك بالنسبة للأوامر المتخذة في الظروف الاستثنائية ، أو الأوامر التشريعية المتعلقة بقانون المالية ، ونظرا لهذا التمييز يرى بعض الفقهاء أن الأوامر المتخذة أثناء غيبة البرلمان تبقى مجرد أعمال تنظيمية إدارية والموافقة البرلمانية عليها هي التي تضي عليها الطابع التشريعي ، وخلافا لذلك يرى اتجاه آخر في الفقه ، أن هذه الأوامر لها قيمة القانون ولو لم تعرض على موافقة البرلمان ، فبمجرد صدورها ونشرها تصبح نافذة باعتبارها قوانين ، إذ تصدر في المجال المخصص للتشريع وأما الأوامر الصادرة في الظروف الاستثنائية ، أو المتعلقة بقانون المالية ، فلا جدال في كونها قوانين بمجرد صدورها ونشرها إذ لا تعرض على الموافقة البرلمانية.

ثالثا: مرتبة القواعد التشريعية:

يرى اتجاه في الفقه أن القواعد التشريعية تمتاز بالسيادة والسمو⁽²⁾ ، لصدورها عن السلطة التشريعية ، أي عن ممثلي الشعب ، ولهذا لا يوجد ما يميز الدستور عن القانون الصادر عن البرلمان في المرتبة ، أو في القوة ، إذ لكل منهما صفة القاعدة القانونية الملزمة ، ولكن من الناحية العملية تعتبر السيادة للقانون ، مادام أنه صدر وفقا للإجراءات

¹ - عبد الله بوقفة، المرجع السابق، ص 251 .

² - خليل جريج، المرجع السابق، ص 64.

القانونية عندما يتضمن أحكاما تعارض الدستور ، بحيث ليس هناك من وسيلة لإزالة هذا التعارض. ولكن هذا الطرح منتقد فقها وقضاء وقانونا ، ذلك أن سمو الدستور مبدأ مسلم به في مختلف الأنظمة القانونية ، ويستتبع ذلك أن القانون يأتي في المرتبة التالية بعد الدستور ، ولا يعتبر منتجا لآثاره إلا إذا جاء موافقا للدستور شكلا وموضوعا ، ويترتب على ذلك أيضا أن تكون القواعد الاتفاقية الدولية أسمى من القواعد التشريعية ، وذلك إعمالا للنص الدستوري الذي كرس سمو المعاهدات المصادق عليها على القانون.

لذا فإن القواعد التشريعية الصادرة عن البرلمان تترتب بعد القواعد الدستورية والقواعد الاتفاقية الدولية ، طبقا لمبدأ سمو الدستور ومبدأ سمو المعاهدات على القانون ، فيما تأتي تلك القواعد قبل القواعد اللائحية ، طبقا لمبدأ المشروعية الذي يجعل القواعد التشريعية ملزمة للسلطة التنفيذية .

الفرع الثاني : القواعد اللائحية

تعتبر اللوائح عنصرا من عناصر المشروعية ، باعتبارها أحد مصادر القواعد القانونية في نظامنا القانوني ، وفقا للدستور الذي يعترف بحق السلطة التنفيذية في وضعها ، وبالتالي فإن القواعد اللائحية تعتبر قواعد قانونية واجبة التطبيق ، وتدرج ضمن النظام القانوني للدولة وهو ما يتعين تبيان المقصود بالقواعد اللائحية (أولا) ومرتبها بين القواعد القانونية طبقا لمبدأ تدرج القوانين (ثانيا).

أولا: المقصود بالقواعد اللائحية:

يقصد بالقواعد اللائحية⁽¹⁾ تلك القواعد التي تجد مصدرها في النصوص الصادرة عن السلطة التنفيذية ، في شكل مراسيم أو قرارات أو تعليمات أو منشورات أو مقررات ، ويسمىها الفقه (اللوائح) باعتبارها قرارات إدارية تتضمن قواعد عامة ومجردة وغير شخصية ، تصدرها السلطة التنفيذية باعتبارها تمارس السلطة العامة ، ولذلك فإن اللوائح تعد عملا تشريعيا لكون القواعد القانونية التي تتضمنها هي قواعد عامة مجردة شأنها في ذلك شأن أي قاعدة قانونية أخرى ، وهو ما يجعلها أحد عناصر البناء القانوني في الدولة. هذا من جهة ، ومن جهة أخرى فإن اللوائح تعد عملا إداريا طبقا للمعيار العضوي المعتمد فقها وقضاء⁽²⁾. وعلى ذلك فالقرارات الفردية والأعمال المادية للإدارة تخرج عن مضمون

¹ - إسحاق إبراهيم منصور، نظريات القانون و الحق، ط2، ص 150.

² - سامي جمال الدين المرجع السابق، ص 50.

اللوائح التي تمثل قواعد عامة مجردة و ملزمة لجميع الأشخاص المخاطبين بها ، تماما مثل القواعد التشريعية ، وتوجد ثلاثة أنواع للوائح ، فهناك اللوائح التنظيمية (1) وهناك اللوائح التنفيذية (2) ولوائح الضبط (3).

1/ اللوائح التنظيمية : مكن المؤسس الدستوري رئيس الجمهورية من الأفراد بمباشرة الاختصاص التنظيمي ، وهو ما جاءت به المادة 1/125 من دستور 1996، والتي تقرر أنه: "يمارس رئيس الجمهورية السلطة التنظيمية في المسائل غير المخصصة للقانون " فالسلطة التنظيمية الممنوحة لرئيس الجمهورية لها صبغة تشريعية و اختلفت عن السلطة التشريعية التي يملكها استثناء ، و يباشرها بمقتضى أوامر تشريعية ، إذ تدرج هذه الأخيرة في إطار المجال المخصص للبرلمان ، فيما يخرج اختصاصه التنظيمي عن ذلك المجال و يباشره رئيس الجمهورية معتمدا على السند الدستوري وحده ، وهو ما يجعل ما يصدره رئيس الجمهورية في هذا الإطار ليس في وسع البرلمان تعديله أو إلغائه ، لعدم اندراجه في مجال القانون المخصص للبرلمان.

إن المادة 2/125 من دستور 1996 منحت لرئيس الحكومة السلطة للتدخل في الإنتاج التشريعي للبرلمان باعتباره الواقف على تنفيذ القوانين طبقا للمادة 85 من دستور 1996 ولذلك فرئيس الحكومة يختص بإصدار مراسيم تنفيذية لكي يحدد بمقتضاها الشروط والضوابط لتطبيق القوانين الواردة في صياغة غير قابلة للتنفيذ ، فيتطلب إكمالها بمراسيم أو قرارات إدارية ، وعلى ذلك فاللوائح التنفيذية هي تلك اللوائح التي تتضمن الأحكام التفصيلية أو التكميلية اللازمة لتيسير تنفيذ القوانين⁽¹⁾، وهي بهذا المعنى اختصاص طبيعي للسلطة التنفيذية بحكم وظيفتها المتمثلة في تطبيق وتنفيذ القانون .

2/ : لوائح الضبط الإداري : ويقصد بها تلك اللوائح التي تصدرها السلطة التنفيذية بقصد المحافظة على النظام العام بعناصره المختلفة ، فهي قواعد قانونية تضعها السلطة التنفيذية للمحافظة على الأمن العام والسكنية العامة والصحة العامة والآداب العامة ، دون أن تستند في ذلك إلى قانون فتجئ لتنفيذه بل هي لوائح مستقلة، غرضها صيانة النظام العام كلوائح تنظيم المرور ، ومراقبة الأغذية وغيرها ، وتصدر هذه اللوائح من رئيس الجمهورية أو

¹ - عبد الله بوقفة، المرجع السابق، ص 321. حسين الصغير، المرجع السابق، ص 118.

رئيس الحكومة أو من الوزراء أو المديرين أو الولاة أو رؤساء البلديات كل في مجال اختصاصه.

تعد اللوائح احد عناصر المشروعية ، مما يوجب إدراجها في التنظيم القانوني للدولة ، كما تمثل من زاوية أخرى أعمالاً إدارية تخضع لمبدأ المشروعية وحدوده وقيوده ، وخصوصاً ما يترتب على تدرج القواعد القانونية من نتائج ، سواء صدرت هذه اللوائح في الظروف العادية (1) أم في الظروف الاستثنائية (2).

ثانياً: مرتبة اللوائح في الظروف العادية: رغم اتصاف القواعد اللائحية بميزات القاعدة القانونية إلا أنها تعد وفقاً للمعيار العضوي أعمالاً إدارية ، فلا تتساوى مع القواعد التشريعية فهذه الأخيرة أقوى منها ، لكونها تسري على السلطات الإدارية ذاتها طبقاً لمبدأ المشروعية في الظروف العادية ، التي تقتضي خضوع السلطة اللائحية للقواعد القانونية الأسمى منها ، سواء كانت دستورية أو اتفاقية دولية أو تشريعية ، وهذا الطرح مسلم به في الفقه والقضاء ، إلا بالنسبة للوائح التنظيمية الصادرة عن رئيس الجمهورية ، فإن البعض حاول وضعها في نفس المرتبة الإلزامية مع القواعد التشريعية الصادرة عن البرلمان ، لكون تلك اللوائح مستقلة عن القانون ، ولا يمكن للبرلمان وضع قواعد في المجال المخصص لها ولا تعديلها ولا إلغائها لكنه طرح منتقداً ، إذ لا علاقة بين استقلالية رئيس الجمهورية في وضعها عن القانون وبين مرتبتها الإلزامية ، وعلى ذلك فاللوائح الصادرة في الظروف العادية مهما كان نوعها تقع في مرتبة أدنى من القواعد التشريعية⁽¹⁾.

2- مرتبة اللوائح في الظروف الاستثنائية: يترتب على وقوع الظروف الاستثنائية قيام حالة الضرورة التي تتيح للسلطة التنفيذية أن تتخذ الإجراءات الإستثنائية اللازمة لمواجهة هذه الظروف ، هذه التي يندرج ضمنها (لوائح الضرورة) تأسيساً على صدورها إبان قيام حالة الضرورة ، وتتبلور آثار نظرية الضرورة في ارتفاع القوة القانونية لتدابير الضرورة ، بما فيها لوائح الضرورة التي تصبح لها قوة القانون في تدرج القواعد القانونية ، ويترتب على ذلك انه يجوز للسلطات الإدارية مخالفة القانون في إصدارها ، بل لها إمكانية إلغاء أحكام القانون أو تعديلها لكونها في جوهرها أعمالاً تشريعية ، وتتمتع بقوة القانون في الظروف الاستثنائية⁽²⁾.

¹- سامي جمال الدين، المرجع السابق، ص 68.

²- سامي جمال الدين، المرجع السابق ، ص 68.

على انه ليس معنى ذلك أن السلطة التنفيذية تتحرر من كل قيد أثناء الظروف الاستثنائية بل أخضعها الدستور إلى بعض الضوابط التي لا يمكن الخروج عنها استنادا لهذه الظروف وتلك الضوابط يسميها الفقه (المشروعية الاستثنائية) التي تصدر في نطاقها اللوائح الاستثنائية⁽¹⁾.

وفي الأخير نخلص إلى أن القواعد القانونية بشقيها – تدرج بعضها فوق بعض من حيث قوتها الإلزامية إلى مراتب متعددة. حيث تأتي القواعد الدستورية في قمة الهرم ثم تدرج وفق الشكل الهرمي التالي اتفاقيات دولية ، قوانين عضوية ، قوانين عادية ، وتأتي بعدها اللوائح والتنظيمات ، بحيث تسمو بعضها على بعض وهو ما يستلزم بالضرورة خضوع القاعدة الأدنى للقاعدة الأعلى شكلا وموضوعا.

¹ - سامي جمال الدين، نفسه، ص 89.

المبحث الثاني : نتائج مبدأ تدرج القواعد القانونية

يترتب على سمو الدستور ، تقوية وتدعيم مبدأ المشروعية من جانب ، وتوسيع نطاقه من جانب آخر لأنه يتطلب خضوع الحكام والمحكومين لأحكام القانون ، وبمعنى أدق خضوع كل من تصرفات السلطة والأفراد لقاعدة التدرج القانوني و إضافة إلى بقاء تصرفات الإدارة في حدود القانون ، وهذا معناه أن يكون عملها مطابقاً لمبدأ المشروعية ، وعليه فلا تملك هذه السلطات أن تخرج على أحكام القواعد القانونية التي تعلوها مرتبة لأنها إن فعلت ذلك فقد شرعيتها في التصرف وتجردت أفعالها من قيمتها القانونية ، ومن هذا الأساس يكون مبدأ المشروعية على عمومه بمثابة التطبيق لمبدأ تدرج القواعد القانونية⁽¹⁾.

ومن ثمة يمكن التساؤل عن النتائج المترتبة عن تطبيق هذا المبدأ ؟ و بما أنه قد تقرر سمو القواعد الدستورية على كل القواعد القانونية نظرا لأهميتها فسنبقوم بدراسة نتائج المرتبة التي منحت لها في هرم التدرج القانوني (مطلب أول) ثم ندرس مظاهر تدرج القواعد القانونية الأخرى (مطلب ثاني) .

المطلب الأول : نتائج سمو القواعد الدستورية

دولة القانون تستمد شرعيتها من قدرتها على تطوير قوانينها والخضوع لها ولكي تحقق هذه (مهمة الخضوع) كسمة من سمات دولة القانون يجب توفر شرطين أساسيين إذ يجب من جهة أن يكون هناك دستور يتسم بالسمو بنوعيه الشكلي (الفرع الأول) أو السمو الموضوعي (الفرع الثاني) ومن جهة ثانية أن تكون تصرفات الحكام وكذا السلطات العامة في الدولة خاضعة لمبدأ تدرج القواعد القانونية وعلى رأسها القواعد الدستورية وعلى ذلك

¹ إن تأكيد القضاء الإداري الجزائري يبدو واضحا من خلال ما يمكن أن يستنتج من بعض أحكامه، فقد قضى مجلس الدولة الجزائري في قرار له مؤرخ في 17 جانفي 2000 ، العدد 02 في الملحق التاسع أن : "الطعن من أجل تجاوز السلطة موجود حتى ولو لم يمكن هناك نص ، ويهدف إلى ضمان احترام مبدأ القانونية طبقا للمبادئ..." ، وإن كان قرار المجلس في هذا الموضوع يشير إلى المبادئ العامة للقانون . ينظر كذلك : سامي جمال الدين ، (القضاء الإداري) الرقابة على أعمال الإدارة ، مبدأ المشروعية ، تنظيم القضاء الإداري ، دراسة مقارنة منشأة المعارف ، الإسكندرية ، مصر ، 2003 ، ص118.

تكون كل سلطات الدولة العامة وهي السلطة التشريعية ، والسلطة التنفيذية ، والسلطة القضائية تكون ملزمة بالخضوع للقواعد الدستورية (الفرع الثالث) .

الفرع الأول :مظاهر سمو الدستور من حيث الشكل

إن سمو الشكلي للقواعد الدستورية يستند إلى شكل القاعدة وإجراءات وضعها أو تعديلها أو إلغائها، و يترتب عليها نتائج قانونية هامة ، ولا يتحقق سمو الشكلي إلا بالنسبة للسلطات المكتوبة الجامدة والتي يتطلب لتعديلها إجراءات شديدة التعقيد من الإجراءات المطلوبة لتعديل القوانين العادية وبالتالي فجمود الدستور هو الذي يضيف على القواعد الدستورية سموا وعلوا على القواعد القانونية الأخرى وبهذا تحتل رأس هرم التنظيم القانوني للدولة ، نتاجا لذلك يمتد سمو الشكلي للدستور إلى جميع القواعد بكل أنواعها مادامت هذه القواعد واردة في الوثيقة الدستورية ، بغض النظر عن مضمونها أو موضوعها .

إذاً واستناداً إلى سمو الشكلي للدستور يعتبر الشكل الذي تتبلور فيه القواعد القانونية المحدد الرئيسي الذي يعطي المكانة السامية في سلم التدرج القانوني لمختلف القواعد القانونية في الدولة أياً كان موضوعها ، لأن سمو الشكلي لا يرتبط بموضوع القواعد وإنما بشكلها وبالإجراءات اللازمة لتعديلها وبمفهوم المخالفة لا تحقق صفة سمو وفقاً لمعيار سمو الشكلي للقواعد القانونية الصادرة من المشرع العادي و لو كانت تعالج موضوعات دستورية بطبيعتها كالتى تتعلق بنظام الحكم والسلطات العامة وعلاقات بعضها ببعض فالعبرة إذن بشكل القاعدة لا بموضوعها.

الفرع الثاني : مظاهر سمو الدستور من حيث الموضوع

السمو الموضوعي هو الذي يتقرر للقواعد القانونية بحسب طبيعتها وليس بحسب الشكل والإجراءات المتبعة في سننها أو تعديلها ، وللموضوعي للدستور مظهرين :

الأول : الدستور هو الذي يبين نظام الحكم في الدولة ومدى اتصاله بإيديولوجية معينة حيث يعلو الدستور على ما عداه من قوانين وأعمال وبمقتضى هذا سمو للدستور ، فإن النظام القانوني للدولة يرتبط بالقواعد الدستورية ارتباطاً وثيقاً من شأنه أن يمنع أية سلطة عامة

من ممارسة اختصاصات غير الاختصاصات التي قررها الدستور⁽¹⁾، فالدستور هو الذي يخلق النظام في الدولة ، فكل قانون يصدر يجب ألا يخالف أحكام الدستور ، بما أن الدستور هو مصدر تلك القوانين من حيث وجودها وشرعيتها .

الثاني : إن الدستور يحدد اختصاص كل سلطة من السلطات العامة التي ينشئها ، لذلك تخضع هذه السلطات جميعها للدستور الذي رسم لها الحدود التي يجب ألا تتعداها ، وإلا كان إجراءها أو عملها باطلا ، بين كيفية تكوينها⁽²⁾.

ومن خلال النمو الموضوعي للدستور يترتب عليه نتائج:

1- يؤدي النمو الموضوعي للدستور إلى تأكيد مبدأ المشروعية وتوسيع نطاقه، فالنمو الموضوعي للدستور بحكم أنه القانون الأعلى في الدولة يؤدي إلى ضرورة خضوع الحكام والمحكومين للقانون بما فيها القواعد الدستورية ، وأن أي تصرف يكون مخالفا له وخارجا عنه يكون باطلا ومجردا من أي أثر لفقدانه السند الشرعي أي أن القاعدة القانونية لا تكون صحيحة إلا بالقدر الذي تلتزم فيه بالضوابط والحدود التي تقرها القواعد الأعلى⁽³⁾.

2- إن الدستور حينما يبين لكل سلطة اختصاصاتها والشروط والإجراءات التي تمارس بها هذه الاختصاصات لا يجوز لها أن تفوض غيرها للقيام بتلك الوظائف إلا إذا سمح لها الدستور بذلك صراحة كما جاء في دستور مصر العربية الدائم عام 1971 الذي أجاز للسلطة التشريعية تفويض بعض اختصاصاتها للسلطة التنفيذية وفق إجراءات وشروط خاصة⁽⁴⁾، على عكس الدستور الأردني الحالي الذي لم يأخذ بالتفويض الشرعي ولم يجز ذلك أصلا . وبالتالي إذا أرادت سلطة ما تفويض بعض اختصاصاتها فيجب أن يتضمن الدستور نصا صريحا على ذلك .

¹ ثروت بدوي ، القانون الدستوري وتطور الأنظمة الدستورية في مصر، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1969، ص63.

² عبد الحميد متولي ، المفصل في القانون الدستوري، مطبعة دار نشر الثقافة ، الإسكندرية ، 1956، ص122.

³ إبراهيم عبد العزيز شبحا ، الوسيط في مبادئ و أحكام القانون الإداري ، الدار الجامعية ، مصر، 1997، ص77.

⁴ المرجع نفسه، ص176.

إن سمو الموضوعي للدستور ونتائجه لا يرتبان الآثار القانونية المطلوبة ما لم يقترن سمو الموضوعي بالسمو الشكلي الذي يتيح تنظيم الرقابة على دستورية القوانين ويوفر الضمانات الكفيلة باحترام القواعد الدستورية والدستور⁽¹⁾.

الفرع الثالث : خضوع السلطات للقواعد الدستورية

يعد الدستور الوثيقة العليا في الأنظمة الدستورية المعاصرة، كما له من قدسية وسمو على ما دونه من القواعد القانونية في الدولة لذا يتناول المبادئ العامة ، والفلسفة الاقتصادية والسياسية التي يتعين انتهاجها من جميع السلطات العامة في الدولة بالعمل بمقتضى أحكامه ، فهو تجسيد للشرعية وتعبير عن الإرادة العامة للأمة ، ومصدرا مباشرا لقيام المؤسسات الدستورية وتحديد اختصاصاتها⁽²⁾، بناء على ذلك فكل سلطة عامة تكون خاضعة للقواعد الدستورية سواء كانت سلطة تشريعية (أولا) أو سلطة تنفيذية (ثانيا) أو سلطة قضائية (ثالثا) .

أولاً: خضوع السلطة التشريعية للقواعد الدستورية

مفاد ذلك خضوع السلطة التشريعية عند سنها للقواعد القانونية للقواعد الدستورية والمبادئ العامة للقانون ذات الطابع الدستوري ، أي أن تكون كل أعمالها ضمن ما هو محدد في الدستور فتخضع له من الناحية الشكلية ، بمعنى أن يصدر التشريع في حدود اختصاص السلطة التشريعية ، ذلك أن الدستور قد حدد المجال الذي تختص السلطة التشريعية بالتشريع في نطاقه ، وأي خروج عن نطاق هذا الاختصاص يعد مخالفا لمبدأ الفصل بين السلطات وبالتالي يجئ قانونها مشوبا بعيب عدم الاختصاص ، ويكون غير دستوري، فقد نصت المادة 122 من الدستور على أنه "يشرع البرلمان في الميادين التي يخصصها له الدستور وكذلك في المجالات الآتية:..." ، كما حددت المادة 30 المجال الذي يختص البرلمان بالتشريع فيه بموجب قوانين عادية ، وأضافت المادة 123: "إضافة للمجالات المخصصة للقوانين العضوية بموجب الدستور، يشرع البرلمان بقوانين عضوية في المجالات الآتية ..." ، كما نصت المادة 125 من الدستور " يمارس رئيس الجمهورية السلطة التنظيمية في المسائل غير المخصصة للقانون.

¹ إبراهيم عبد العزيز شيجا ، المرجع السابق، ص180.

² سامي جمال الدين ، المرجع السابق ، ص27.

يندرج تطبيق القوانين في المجال التنظيمي الذي يعود لرئيس الجمهورية "، بمعنى أن المسائل التي تخرج عن المجال المخصص للقانون و المخول للسلطة التشريعية تدرج ضمن الاختصاص التنظيمي الممنوح لرئيس الجمهورية.

وعلى ذلك فاختصاص السلطة التشريعية محدد بمجال حصري فلا يجوز تجاوزه، لأن في ذلك اعتداء على اختصاص السلطة التأسيسية (مجال الدستور) أو على اختصاص السلطة التنفيذية (مجال التنظيم). وبالتالي فالسلطة التشريعية لا يمكنها تفويض اختصاصها بالتشريع لأنه اختصاص دستوري طالما لم ينص على ذلك صراحة في الدستور لأن فاقه الشيء لا يعطيه، ولا يحتج للرد على هذا الرأي بما أجازته الدستور لرئيس الجمهورية من التشريع بأوامر في حالات معينة، إذ يعد ذلك تفويضا دستوريا استثنائيا لا يجوز أن يفوض ولا أن يقاس عليه⁽¹⁾، كما يجب على السلطة التشريعية احترام الشكل والإجراءات المقررة دستوريا لإصدار القوانين والمفصلة في النظامين الداخليين لغرفتي البرلمان، وهذه الإجراءات تتمثل في زمان ومكان وكيفية فحص مشروع القانون وكيفية التصويت عليه... إلخ، هذا عن الخضوع الشكلي أما عن الخضوع الموضوعي للقواعد الدستورية، وانطلاقا من نص المادة 100 من الدستور 1996 والتي جاء فيها أنه من "واجب البرلمان في إطار اختصاصاته الدستورية، أن يبقى وفيما لثقة الشعب ويظل يتحسس تطلعاته".

بمعنى أن يكون التشريع موافقا لروح المجتمع، و أن يسعى لتحقيق المنفعة العامة بعيدا عن العوامل الذاتية والشخصية، وقد جاء في دستور 1996 عديد النصوص التي تفرض على السلطة التشريعية أن تعمل من أجل تحقيق المصلحة العامة ومنها نص المادة 8، وإلا خالف الدستور وانحرف في استعمال السلطة التشريعية، بالتالي على هذه الأخيرة أن تلتزم بالقيود الواردة في الوثيقة الدستورية، حيث تنص المادة 98 من الدستور على أن البرلمان له السيادة في إعداد القانون والتصويت عليه" باعتباره المخول بالتعبير عن إرادة الشعب فله الحرية والسيادة في وضع التشريعات، لكن هناك قيود يجب الالتزام بها منها المتعلقة بالحقوق والحرريات العامة، فلا يجوز للمشرع أن يحد منها أو يلغيها بأي شكل من الأشكال كما يلزم البرلمان بالتدخل لتنظيم بعض الموضوعات مثل ضمان عدم تحيز

¹ عبد الرزاق السنهوري، مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية، مجلة مجلس الدولة المصري عدد 3 سنة 1953، ص30 وما بعدها.

الإدارة وغيرها من الحقوق ، فقد حرص الدستور على كفالة ما يشير إليه من ضمانات وأسس تتصل بضمان هذا الحق أو هذه الحرية ؛ وبالتالي تكون السلطة التشريعية ملزمة بالتدخل لكفالة تلك الحقوق والحريات.

ثانيا : خضوع السلطة التنفيذية للقواعد الدستورية

بالرجوع إلى نصوص المواد من المادة 70 إلى 97 نجد أن الدستور قد حدد للسلطة التنفيذية المجال لمساهمتها في سن القواعد القانونية سواء منها التشريعية أو اللائحية باعتبار أن كلاهما لا يرقى إلى مرتبة القواعد الدستورية ، في كل الأحوال العادية أو الاستثنائية ، فإن ذلك يعني خضوع السلطة التنفيذية وهي بصدد وضع القواعد التشريعية أو اللائحية للدستور شكلا وموضوعا⁽¹⁾، حيث أن السلطة التنفيذية تخضع للدستور عن طريق خضوعها للتشريع الذي تقوم بتنفيذه ، فتضع القواعد اللائحية اللازمة لتنفيذه دون أي إضافة أو تعديل ، وليس بإمكانها الاعتراض على تنفيذها ، وقد كرست المحكمة العليا هذه القاعدة في قرارها المؤرخ في 09/10/2002⁽²⁾ والذي جاء في حيثياته :

"حيث أن المادة 85 من المرسوم المتضمن إنشاء السجل العقاري يلزم المدعي بإشهار عريضة افتتاح الدعوى بالمحافظة العقارية وإلا كان باطلا .

حيث أن إجراء شهر العريضة الافتتاحية للدعوى قد استحدثه مرسوم 63/76 المؤرخ في 25/03/1976 الذي يتعلق بتأسيس السجل العقاري .

وبذلك يكون المرسوم المنوه إليه قد استحدث شرطاً جديداً لصحة العريضة الافتتاحية لم يرد لا في قانون الإجراءات المدنية ولا في القانون المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وبالتالي يوجد التعارض بين القانون والرسوم المشار إليه"

وهذا ما يطلق عليه الفقه في القانون العام " نظرية الحاجز التشريعي " حيث لا تخضع السلطة التشريعية للدستور إلا عن طريق خضوعها للتشريع الذي تقوم بتنفيذه أي بطريق غير مباشر ، لذا يترتب على مخالفتها إياه عيب عدم المشروعية لا عيب عدم الدستورية

¹ طعيمة الجرف ، المرجع السابق ، ص90 وما بعدها.

² قرار المحكمة العليا ، ملف رقم 264463 قرار في 09/10/2002، المجلة القضائية ، عدد 02 لسنة

2003.ص.232.

(1)؛ لكن قد يكون خضوع السلطة التنفيذية للدستور مباشرا ودون وساطة المشرع وذلك بالنسبة للوائح المستقلة والتي تضم اللوائح التنظيمية ، ولوائح الضبط والتي تصدر متمتعة بقوة القانون بالإضافة إلى الأوامر التشريعية التي تصدر عن رئيس الجمهورية ، والتي تجد أساسها مباشرة من الدستور دون الحاجة إلى العبور عن طريق القانون ، فإذا ما خالفت الدستور صارت معيبة بعدم الدستورية لا بعدم المشروعية رغم أنها أعمال إدارية بحسب المعيار العضوي فلو صدر مثلا قرار إداري يقضي بإبعاد مواطنين أو الحد من حرية التنقل فإنه يكون مخالفا للنص الدستوري القائم بضمان هذه الحرية وبالتالي يكون مشوبا بعيب عدم الدستورية⁽²⁾.

ثالثا: خضوع السلطة القضائية للقواعد الدستورية

تظهر أهمية مبدأ التدرج القانوني من خلال التطبيق القضائي له ، وبالتالي فالسلطة القضائية ملزمة باحترام نتائج هذا المبدأ وبالتالي الخضوع للقواعد الدستورية ، وتطبيقها مباشرة دون وساطة القواعد التشريعية ، حيث يفرض مبدأ سمو الدستور أن تكون أعمال القضاء ضمن الحدود المبينة دستوريا، وليس له الإمكانية لسن القوانين أو تعديلها أو تعطيلها أو إلغائها وخصوصا المواد المتعلقة بحقوق الإنسان وحرياته ، وقد حدد الدستور اختصاص السلطة القضائية حتى لا يتدخل القضاء في عمل باقي السلطات ، كما لا يجوز له تفويض اختصاصاته ، فالقضاء يتحدد اختصاصه في إصدار الأحكام في المنازعات المختلفة بما يحمي الشرعية والمساواة ويضمن الحقوق والحرريات إذ جاء في نص المادة 146 من الدستور " يختص القضاة بإصدار الأحكام " ونصت المادة 139 منه "تحمي السلطة القضائية المجتمع والحرريات وتضمن للجميع ولكل واحد المحافظة على حقوقهم الأساسية" ، كما يندرج ضمن اختصاص القضاء مراقبة تصرف الأفراد والسلطات العامة ، وهذا ما نصت عليه المادة 143 "ينظر القضاء في الطعن في قرارات السلطات الإدارية " أي يختص بالنظر في شرعية قراراتها ، كما يلزم القضاء باحترام الشكل والإجراءات المنصوص عليها في الوثيقة الدستورية والتي تم رفع مرتبتها إلى مصف المبادئ

¹ نكون بصدد عيب عدم الدستورية عند مخالفة القواعد الدستورية بصورة مباشرة أو مخالفة المبادئ العامة للقانون ذات الطابع الدستوري، ونكون بصدد عيب عدم المشروعية في الحالة التي تكون فيها المخالفة غير مباشرة.

² سامي جمال الدين، المرجع السابق، ص42.

الدستورية ومنها المادة 141 من الدستور التي تفرض أن تصدر الأحكام باسم الشعب الجزائري والمادة 144 التي تفرض تعليل الأحكام القضائية وغيرها من المواد .

كان هذا عن الخضوع الشكلي للقواعد الدستورية ، أما عن الخضوع الموضوعي لها فقد جاء في الدستور قواعد يتوجب على القضاء الخضوع لها والنزول عند مقتضياتها طالما أنها تخاطب القضاء مباشرة أو تمنح حقوقا محددة للأفراد حيث تطبق دون الحاجة لنص تشريعي يقررها ومن بين هذه النصوص الدستورية نذكر على سبيل المثال المادة 36 "لا مساس بحرمة حرية المعتقد وحرمة حرية الرأي " وكذا المواد 38، 40، 45 وغيرها⁽¹⁾ .

ذكرنا سابق أن القاضي ملزم بالخضوع للقواعد الدستورية ، فهل له مكنة فرض الرقابة على دستورية القوانين ؟ خاصة وأن القاضي هو حجر الزاوية في دولة القانون وهو المطبق والمفسر للقوانين ، ففي خال تقدم أحد المتخاصمين بدفع يتعلق بعدم دستورية النص القانوني المراد تطبيقه على نزاع الحال ، ففي هذه الحالة تتخذ الرقابة على دستورية القوانين شكل دفع وطالما لا يوجد أي نص يمنع القاضي من رقابة دستورية القوانين عن طريق الدفع الفرعي فمعنى ذلك أن القاضي مختص بالبت في هذا الدفع أي نزولا عند مقتضى مبدأ تدرج القواعد القانونية والذي يفرض عليه الامتناع عن تطبيق النص التشريعي المخالف للدستور باعتباره سموه على القواعد القانونية في الدولة فهو يغلب القانون الأعلى و يهمل القانون الأدنى طبقا لمبدأ التدرج القانوني⁽²⁾ .

المطلب الثاني : نتائج تدرج القواعد القانونية الأخرى

بعد أن توصلنا في المبحث الأول أن القواعد القانونية دون القواعد الدستورية تتدرج وفق الشكل الهرمي التالي اتفاقيات دولية ، قوانين عضوية ، قوانين عادية ، وتأتي بعدها اللوائح والتنظيمات ، بحيث تسمو بعضها على بعض وهو ما يستلزم بالضرورة خضوع

¹ حسني بوديار، الوجيز في القانون الدستوري ، دار العلوم للنشر والتوزيع ، عنابة ، الجزائر، 2003 ، ص21 وما بعدها

² بن هني عبد القادر، القضاء والإصلاحات ، الندوة الوطنية الثانية للقضاء، أيام 25/24/23 فيري 1992 ، منشورات الديوان الوطني للأشغال التربوية 1993 ص133 وما بعدها .

القاعدة الأدنى للقاعدة الأعلى شكلا وموضوعا وعلى هذا يتوجب البحث عن نتائج سمو القواعد الاتفاقية الدولية على القواعد القانونية الأخرى (الفرع الأول) ثم نتطرق إلى نتائج المرتبة الإلزامية للقواعد التشريعية واللائحية في (الفرع الثاني)

الفرع الأول : نتائج سمو القواعد الاتفاقية الدولية

بعدما منح دستور 1996 في المادة 132 منه القواعد الاتفاقية الدولية مكانة تأتي مباشرة بعد القواعد الدستورية طبقا لمبدأ تدرج القواعد الدستورية فإنه ينتج عن تلك المرتبة أن تخضع لتلك القواعد السلطات الثلاث التشريعية (أولا) والسلطة التنفيذية (ثانيا) والقضائية (ثالثا).

أولا : خضوع السلطة التشريعية للقواعد الاتفاقية الدولية

ويتجلى ذلك فيما يلي :

— على السلطة التشريعية أن تتقيد بالقواعد الاتفاقية الدولية أثناء سنها للتشريعات واحترام مضمون المعاهدات التي صادقت عليها الدولة الجزائرية حتى لا تتعارض ، لأن تعارضهما يعد خرقا لمبدأ سمو المعاهدات وبالتالي خروجا عن مبدأ تدرج القوانين ، وقد كرس المجلس الدستوري الجزائري⁽¹⁾ هذا الالتزام بمناسبة إخطاره من قبل رئيس الجمهورية للنطق بدستورية بعض أحكام قانون الانتخابات لسنة 1989 كما قرر اختصاصه برقابة مطابقة القانون للمعاهدات باعتبارها تدخل ضمن الكتلة الدستورية فيصير القانون المخالف لها غير دستوري وبالتالي قد كرس قاعدة عدم جواز مخالفة القانون الجديد لمعاهدة مصادق عليها قبل سنه، لأن هذه المخالفة تمثل عيب عدم الدستورية باعتبار أن سمو المعاهدة على القانون يمثل مبدأ دستورياً .

— على السلطة التشريعية أن تعدل القوانين المخالفة للمعاهدات اللاحقة لأن مبدأ الدرر وسمو المعاهدة يفرض على السلطة التشريعية أن تحين هذه القوانين لتصبح متماشية مع

¹ قرار رقم 04 سنة 1989 السالف الذكر.

قواعد الاتفاقية الدولية ، وقد جاء في قرار المحكمة العليا المؤرخ في 22/02/2000⁽¹⁾ تحت رقم 167921 : "فإن مصادرة المبالغ المالية التي تحصل عليها من المتاجرة في المخدرات ... تعد إجراء قانوني في حد ذاته ..."، حيث قررت تطبيق نص في معاهدة دولية يتعلق بالعقاب على جريمة المخدرات بعقوبة تكميلية ، عندما لم يدرجها المشرع في قانون العقوبات بعد المصادقة والتي كانت قد صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 41/95 المؤرخ في 28/01/1995.

ثانيا : خضوع السلطة التنفيذية للقواعد الاتفاقية الدولية

يجب على السلطة التنفيذية أن تعمل على أن تكون جميع أعمالها مطابقة لأحكام المعاهدة المصادق عليها والتي أصبحت نافذة في الدولة بتمام نشرها وإلا جاءت أعمالها غير مشروعة ، ويكون ذلك إما وهي بصدد المشاركة في العمل التشريعي ، وذلك حين تتدخل في إعداد القوانين والتصويت عليها وفي إصدارها ونشرها ، كما يتوجب عليها أن تبادر بإعداد مشاريع القوانين التي من شأنها أن تعدل القوانين السابقة على ضوء المعاهدات التي صادقت أو قد تصادق عليها الجزائر ، كما أن سمو المعاهدات يفرض على رئيس الجمهورية التدخل بمنع إصدار القوانين التي تتنافى مع التزامات الجزائر الدولية في إطار صلاحياته الدستورية كطلب إجراء مداولة ثانية على القانون المصوت عليه طبقا للمادة 7/127 من دستور 1996.

يجب على رئيس الجمهورية أن يتقيد بالمعاهدات المصادق عليها إصداره للأوامر التشريعية كما تخضع السلطة التنفيذية للقواعد الاتفاقية الدولية أثناء سن القواعد اللائحية ، إذ يجب ألا تخالف المعاهدات الدولية تحت طائلة عدم المشروعية ويحكم القضاء الإداري بإلغائها ، وقد يترتب عنها قيام المسؤولية الإدارية عن الأضرار التي تسببها .

¹ قرار المحكمة العليا ، الغرفة الجزائية ، ملف رقم 167921 قرار بتاريخ 05/09/2002 ، المجلة القضائية ، العدد 02، لسنة 2003، ص 206 .

ثالثا : خضوع السلطة القضائية للقواعد الاتفاقية الدولية

لقد جاء في قرار المجلس الدستوري الأول لسنة 1989⁽¹⁾ "...ونظرا لكون أية اتفاقية بعد المصادقة عليها ونشرها تدرج في القانون الوطني ، وتكتسب بمقتضى المادة 123 من دستور 1989 والمقابلة للمادة 132 من دستور 1996 سلطة السمو على القوانين وتخول كل مواطن أن يتذرع بها أمام الجهات القضائية..." ، وبالتالي فإن الدستور قد اعترف بسمو المعاهدات على القانون وعلى القاضي أن يطبقها من تلقاء نفسه ودون طلب الخصوم متى استوفت الشروط والإجراءات اللازمة لنفاذها ، بمعنى أن القضاء يخضع لأحكام المعاهدات ويعمل على تطبيقها للحكم في النزاعات المعروضة عليه ، ولكن يجب عليه أن يضطلع بصلاحيته إعمال مبدأ أولوية تطبيق المعاهدات على القوانين في حالة التعارض ، حيث يقوم القاضي بتزجيج المعاهدات الدولية على كل القوانين واللوائح في حالة التعارض كنتيجة يفرضها عليه مبدأ تدرج القواعد القانونية⁽²⁾ ، كما يمكن للقضاء الإداري أن يلغي اللوائح المتعارضة مع المعاهدات النافذة في الدولة ، على أساس عدم مشروعيتها لمخالفتها المعاهدات التي صارت بالمصادقة عليها عنصرا من عناصر المشروعية في الدولة ومصدرا من مصادر القواعد القانونية⁽³⁾.

الفرع الثاني : نتائج مرتبة القواعد التشريعية واللائحية

ذكرنا فيما سبق أنه يترتب على مبدأ تدرج القوانين أمر هام ، هو أنه لا يجوز للتشريع الأدنى أن يخالف التشريع الأعلى منه ، ومعنى هذا أنه لا يجوز للتشريع الفرعي (اللائحة أو القرار الإداري أن يخالف التشريع العادي (القانون) كما لا يجوز لهذا الأخير أن يخالف القانون الأساسي (الدستور) ولكن لا يوجد ما يمنع أن يخالف التشريع الأساسي كلا من التشريع العادي والتشريع الفرعي عملا بمبدأ سمو الدستور⁽⁴⁾ وبالتالي فالقواعد التشريعية أسمى من القواعد اللائحية ، كما تسمو القوانين العضوية على القوانين العادية وتترتب عدة

¹ قرار المجلس الدستوري السابق الذكر، رقم 01 المؤرخ في 20/08/1989.

² قرار المحكمة العليا ، الغرفة المدنية ، ملف رقم 288587، قرار بتاريخ 11/12/2002 ، المجلة القضائية ، عدد 01 .

³ محمد فؤاد عبد الباسط ، مدى اختصاص القاضي الإداري في تفسير المعاهدات الدولية ، دار الفكر الجامعي ، ص 6.

⁴ توفيق حسن فرج ، المدخل للعلوم القانونية ، ط 2 ، مؤسسة الثقافة الجامعية ، مصر، 1981، ص 207.

نتائج قانونية على المرتبة الإلزامية للقوانين العضوية (أولا) وكذلك نتائج أخرى تترتب على سمو القواعد التشريعية على القواعد اللائحية (ثانيا).

أولا : نتائج المرتبة الإلزامية للقوانين العضوية

بناء على مبدأ تدرج القواعد القانونية فإن القانون العادي يخضع للقانون العضوي شكلا ومضمونا وباعتبار أن مجال سن هذه القوانين محدد في الدستور إلا أنه يمكن وقوع بعض المعارضة من الناحية الشكلية كأن يتم التشريع بقانون عادي في مجال القانون العضو أو العكس ، وبالنتيجة يكمن التشريع غير دستوري لمخالفته للدستور من حيث الإجراءات ، مثاله ما حدث بالنسبة للقانون الأساسي للقضاء باعتباره قانون عضوي إذ ضمن فيه البرلمان أحكاما تنشئ فروعاً قضائية جديد تعرف بالأقطاب المتخصصة وبعد إخطار المجلس الدستوري قرر عدم مطابقتها للدستور لكونها تدرج ضمن مجال القانون العادي وليس القانون العضوي⁽¹⁾، وقد تكون المخالفة من الناحية الموضوعية ، كأن تصدر قوانين عادية تتعارض في نصها أو مضمونها مع القوانين العضوية ، فالقانون العادي لا يمكنه أن يلغي القانون العضوي أو يعدل بعض أحكامه وإلا كان غير دستوري ، فإذا كان الدستور قد خول التشريع بقانون عضوي في مجال قوانين المالية طبق للمادة 123 من الدستور فإنه قد نص على اختصاص البرلمان في التصويت على الميزانية بموجب قوانين عادية طبقاً للمادة 122 من الدستور ، وبالتالي إذا تضمنت قوانين المالية لهذا الإطار فإنها تقع تحت طائلة عدم المشروعية لمخالفتها قواعد قانونية أسمى منها .

ثانيا : نتائج سمو القواعد التشريعية على القواعد اللائحية

تخضع السلطة التنفيذية أثناء سنها اللوائح للقواعد ذات القيمة التشريعية ، حيث أن صلاحية إصدار اللوائح تستمد من السلطة التنفيذية من الدستور ، وبالتالي من الضروري إصدار هذه اللوائح وفي آجال معقولة ؛ ولا شك أن مخالفة الحكومة لهذا الالتزام يشكل مخالفة لمبدأ المشروعية وخرقا لمبدأ تدرج القواعد القانونية ، كونه يجعل من القواعد التشريعية بلا أهمية وقد عطلت العديد من النصوص التشريعية عن النفاذ نتيجة عدم

¹ قرار المجلس الدستوري بخصوص مطابقة القانون العضوي 0411 ، الذي يتضمن القانون الأساسي للقضاء للدستور .

صدور النصوص التنفيذية خاصة مع عدم وجود نص دستوري يحدد للحكومة أجلا تلتزم فيه بإصدار هذه القوانين التي تساعد على تنفيذ القواعد التشريعية وتطبيقها على الحالات الفردية دون تناقض أو تعديل لإرادة المشرع المعبر عنها بنص تشريعي .

نخلص في ختام هذا الفصل وبعد تحديد التصنيف النهائي للقواعد القانونية ، اعتبر الفقيه كلسن أن العلاقة التي تربط بين كل هذه المعايير هي علاقة خضوع وتبعية ؛ حيث أن كل معيار قانوني هو معيار تنظيمي بالنسبة للمعيار الذي يليه ، وفي نفس الوقت هو معيار تنفيذي بالنسبة للمعيار الذي يسبقه و كنتيجة لذلك فإن القاعدة الأدنى تخضع للقاعدة الأعلى منها سواء كان سموا شكليا أو موضوعيا ، معنى ذلك أن هذه القاعدة الأدنى لا بد أن تصدر من السلطة التي حددتها القاعدة الأعلى؛ وبإتباع الإجراءات والأشكال التي بينتها هذه الأخيرة ؛ وأن تكون متفقة في مضمونها مع مضمون القاعدة التي تعلوها ، ولعل ارتباط القواعد القانونية بهذا الشكل هو أفضل ضمانة لشرعية السلطة ، وذلك لأن كل قاعدة قانونية تتولد على قاعدة أعلى منها ، كما تولد في نفس الوقت قاعدة أدنى منها مرتبة وهذا المبدأ هو الذي يطلق عليه "عملية التوالد القانوني" .

الفصل الثاني

لضمان احترام مبدأ سمو الدساتير تبنت الأنظمة فكرة الرقابة على دستورية القوانين إذ يتضمن الدستور مبادئ تعلق على جميع القواعد والتي يجب أن يتقيد بها ما عداه من القواعد القانونية، سواء كانت مكتوبة أو غير مكتوبة ، فهذا يجعله يسمو عن غيره من القواعد.

غير أنه في بعض الأحيان يكون هناك خرق لهذه القواعد القانونية الدستورية، هذا ما يدفع للجوء إلى وضع هيئات مهمتها الرقابة على مدى مطابقة هذه القواعد مع القواعد التي تعلوها مرتبة في هرم التدرج القانوني ، و الرقابة تمثل أحد أهم الضمانات الأساسية لتطبيق الدستور وتضمن تحقيق الشرعية والمشروعية بتكامل ومبدأي سمو الدساتير وتدرج القواعد القانونية ، وهذه الرقابة قد تأخذ شكلا سياسيا أو قضائيا ، مما يدفعنا للتساؤل عن مكانة القضاء الجزائري في الرقابة على دستورية القوانين (المبحث الأول) ، وباعتبار القضاء هو الضمانة الأكيدة لتكريس وبناء دولة القانون كونه السلطة المنوط بها تفسير القانون و تطبيقه لذلك يسعى إلى إزالة أي عارض أو غموض يكتنف النص القانوني وفق ضوابط محددة ودون تعسف ، وذلك بإمكانية فرض وتوسيع رقابته القضائية (المبحث الثاني) .

المبحث الأول : دور القضاء الجزائري في الرقابة على دستورية القوانين

إن احتلال القواعد الدستورية المكانة العليا في سلم التدرج الهرمي للنظام القانوني والذي سمي بمبدأ سمو الدستور ، غدا من المبادئ المقررة في النظم القانونية الديمقراطية ، وبالتالي فإن القواعد الدستورية تسمو على ما عداها من قوانين أو قرارات تتخذها السلطات العامة في الدولة وبشكل خاص القوانين التي تصدرها السلطة التشريعية .

ومبدأ سمو الدستور بالإضافة إلى أنه مبدأ قانوني مسلم به سواء نصّ عليه الدستور أم لا ينص ، بغايته مبدأ منطقي يتماشى مع طبيعة القوانين الدستورية.

فالدستور الذي يبين السلطات في الدولة ويحدد اختصاصاتها والشروط لممارسة هذه الاختصاصات ، فإنه هو الذي ينشئ السلطة التشريعية و يبين كيفية تشكيلها وشروط صحة انعقادها والقواعد التي يجب أن تطبقها والحدود التي لا يجوز لها أن تتعداها وأن هذه السلطة التشريعية ملزمة باحترام القواعد الدستورية وعدم مخالفتها أو الخروج عليها⁽¹⁾.

إن مسألة دستورية القوانين لا تثار إلا في ظل الدساتير الجامدة ، أما حيث يكون في ظل دستور مرن فلا تثار هذه المسألة ، لأن الدستور المرن يتساوى في إجراءات تعديله مع القوانين العادية .

بداية نقول أن الأنظمة الدستورية المتعددة اختلفت فيما تضمنته من إجابات وحلول لكنها في النهاية تتجمع في نظامين رئيسيين للرقابة على دستورية القوانين ، النظام الأول ما يعرف بالرقابة القضائية(المطلب الأول) ، ثم سنتطرق إلى النظام الثاني أو ما يعرف بالرقابة السياسية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الرقابة القضائية على دستورية القوانين

نظراً لما تتمتع به السلطة القضائية من مؤهلات قانونية وما تمتاز به من ضمانات جيدة واستقلال والثقة المتبادلة بينها وبين الأفراد وما تحمله من رغبة شديدة في تأكيد احترام

¹ الأمين شريط ، الوجيز في القانون الدستوري ، والمؤسسات السياسية ، دراسة مقارنة ، ط2 ، د م ج ، الجزائر ، 2002 ص142.

وتغليب الأسمى من القواعد فإن هذه السلطة أي السلطة القضائية هي خير من يقوم بدور الرقابة على دستورية القوانين⁽¹⁾ .

هذا ولم تتفق الدول التي أخذت نظام الرقابة القضائية على دستورية القوانين على أسلوب واحد ، بل تعددت هذه الأساليب وتتنوعت ، إذ أنها يمكن تقسيمها تبعاً للآثار المترتبة على هذه الرقابة إلى نوعين رئيسيين هما : رقابة الإلغاء (الفرع الأول) ثم بعدها رقابة الامتناع (الفرع الثاني).

الفرع الأول : رقابة الإلغاء

وتعني هذه الطريقة أن لصاحب الشأن التي تضرر نتيجة إصدار قانون معين أن يطعن فيه مباشرة دون الحاجة إلى انتظار تطبيق القانون عليه ، فلصاحب المصلحة أن يبادر في الطعن في القانون بهدف إلغائه من المحكمة المختصة التي يكون لها إذا ما وضح لها مخالفة نصوص القانون للدستور إلغاء القانون ، أي تقرر زواله بالنسبة للكافة سواء تم ذلك بالنسبة للمستقبل أو بأثر رجعي ، حسب ما تقرر في نصوص الدستور المنظمة لهذا النوع من الرقابة .

وقد يعهد بنظر دعوى دستورية القوانين إلى المحكمة العليا التي تحتل موقعها في قمة القضاء العادي وهو ما قرره الدستور السويسري المركزي ، حيث أعطى لكل فرد له مصلحة مشروعة في إلغاء القانون الحق في اللجوء إلى المحكمة الاتحادية العليا ليطالب بإلغاء القانون غير الدستوري متى أثبت أن له مصلحة في هذا الإلغاء سواء كانت هذه المصلحة حالة أو مستقبلية ، ومع ذلك يجدر القول بأن اختصاص هذه المحكمة لا يمتد إلى القوانين الاتحادية فهو مقصور على القوانين الصادرة من المجالس النيابية للولايات دون القوانين التي بينها المجلس النيابي المركزي⁽²⁾ .

¹ نعمان أحمد الخطيب ، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري ، ط 01 ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، مصر ، 2004 ، ص 547 .

² حسني بوديار ، المرجع السابق ، ص 109 .

وقد يجعل اختصاص النظر في دعوى دستورية لمحكمة دستورية متخصصة ، ويشير بعض الفقه إلى أن الدستور السوري (دستور 1950) الذي كان مطبقاً قبل قيام الوحدة مع مصر سنة 1958 ، قد أخذ بهذه الطريقة حيث نصت المادة 63 من هذا الدستور على أنه

1- إذا اعترض ربع أعضاء مجلس النواب على دستورية قانون قبل إصداره أو إرساله رئيس الجمهورية إلى المحكمة العليا بحجة مخالفته للدستور، يوقف نشره إلى أن تصدر المحكمة العليا قرارها فيه خلال 10 أيام ، وإذا كان للقانون صفة الاستعجال وجب على المحكمة العليا أن تبت فيه خلال 3 أيام .

2- إذا قررت المحكمة العليا أن القانون مخالف للدستور ، أعيد إلى مجلس النواب لتصحيح المخالفة الدستورية .

فإذا لم تصدر المحكمة العليا قرارها خلال المدة المحددة في هذه المادة ، وجب على رئيس الجمهورية إصدار القانون⁽¹⁾.

ويلاحظ أن هذا الدستور قد أغلق باب الطعن بصفة مطلقة في وجه الأفراد ، إذ لم يعط حق الطعن في قانون ما بعدم الدستورية إلا لرئيس الجمهورية ولرربع أعضاء مجلس النواب وهو في ذلك يختلف عن الدستور الإسباني الصادر سنة 1930 الذي نظم رقابة واسعة وفعالة ، إذ أن هذا الدستور أنشأ محكمة خاصة سميت (محكمة الضمانات الدستورية) مكونة من ثلاثة أعضاء يختارهم البرلمان ومن عضوين ينتخبان من طرف نقابة المحامين ومن نائب عن كل منطقة إسبانية يضاف إليهم رئيس ديوان المحاسبات وأربعة أساتذة تختارهم كلية الحقوق ، وأفسح الطعن أمامها بحيث اعترف به لكل شخص عاما كان هذا الشخص أم خاصا ، وحتى لو لم يكن القانون المطعون فيه قد أصابه بأذى .

نلخص من ذلك ملاحظتين أساسيتين :

- الأولى : هي أن الرقابة على دستورية القوانين عن طريق الدعوى الأصلية تقتضى الأخذ بما يسمى (مبدأ مركزية الرقابة) ، أي أن ثمة محكمة واحدة تمارس هذه الرقابة دون غيرها من المحاكم ، وقد تكون هذه المحكمة متخصصة في

¹ حسين عثمان محمد عثمان ، القانون الدستوري ، د ط ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، مصر ، 2002 ، ص 119.

الموضوع أو المحكمة العليا التي توجد في قمة القضاء العادي (محكمة النقض أو محكمة التمييز).

- الثانية : هي أن نتيجة هذه الرقابة هي زوال القانون ، سواء تم ذلك بالنسبة للمستقبل فقط أو بالنسبة للمستقبل والماضي ، بحسب ما تقرره النصوص الدستورية المنظمة لهذا النوع من الرقابة ونظرا لخطورة هذه النتيجة فإن الرقابة عن طريق الدعوى الأصلية لا يمكن الأخذ بها إلا بمقتضى نصوص دستورية تنظمها⁽¹⁾.

الفرع الثاني : رقابة الامتناع

أولا : تعريف رقابة الامتناع : يقصد برقابة الامتناع أو كما تسمى أحيانا بالرقابة عن طريق الدفع بعدم الدستورية امتناع المحكمة عن تطبيق القانون المخالف للدستور بناءً على دفع يقدمه صاحب المصلحة أو بمبادرة منها في قضية منظورة أمامها إعمالاً بتغليب حكم القانون الأعلى على حكم القانون الأدنى في سلم التدرج الهرمي للنظام القانوني في الدولة .

وبناء عليه فإن رقابة الامتناع أو الرقابة عن طريق الدفع بعدم الدستورية تقتضى بدءاً أن تكون هناك دعوى منظورة أمام المحكمة أيا كانت طبيعة هذه الدعوى مدنية أو جزائية أو إدارية بهدف الحصول على حق معين عن طريق تطبيق القانون ، فيدفع صاحب الشأن بعدم دستورية ذلك القانون المخالف للدستور بهدف منع المحكمة من تطبيقه في الدعوى المنظورة أمامها⁽²⁾.

وإذا كانت رقابة الإلغاء عن طريق الدعوى الأصلية توصف بأنها هجومية فإن رقابة الامتناع أو الدفع بعدم الدستورية وسيلة دفاعية ، الهدف منها ليس إلغاء القانون المخالف للدستور ، وإنما الهدف هو فقط عدم تطبيق القانون المخالف للدستور على موضوع النزاع المنظور أمام محكمة معينة ، حيث تتحقق المحكمة من صحة دفع صاحب الشأن بعدم دستورية القانون المراد تطبيقه في نزاع معين ، فإنها تمتنع عن تطبيقه في الدعوى

¹ حسين عثمان محمد عثمان ، المرجع السابق، ص120 .

² نعمان أحمد الخطيب ، المرجع السابق ، ص549

بناءً على تغليب القاعدة الدستورية على القاعدة العادية ، وتأسيساً عليه فإن المحكمة التي تمتنع عن تطبيق قانون معين لمخالفته للدستور لا تلغي ذلك القانون لأنها لا تملك تلك السلطة فيقتصر قرارها على الامتناع دون الإلغاء ، بحيث لا يقيد هذا القرار أي محكمة أخرى ولا يكون حجة عليها ، إلا في دولة تأخذ بنظام السوابق القضائية .

وبالتالي نستطيع القول بأن حكم المحكمة بعدم دستورية قانون معين وامتناعها عن تطبيقه على قضية معروضة أمامها في هذا النوع من الرقابة ، هو حكم لا يتمتع إلا بحجية نسبية فقط .

ثانياً : أساس حق القضاء في رقابة الامتناع:

إن رقابة المحكمة على دستورية القوانين عن طريق الامتناع لا تحتاج إلى نص دستوري يمنحها مثل هذا الحق ، فهذا النوع من الرقابة كما يذهب إليه غالبية الفقه هو عمل من صميم عمل القاضي بل هو واجب عليه بحكم وظيفته التي تتطلب الفصل في المنازعات وتغليب القانون الأعلى عندما يتعارض معه قانون أدنى ، وبالتالي فإن رقابة الامتناع لا تتقرر لمحكمة معينة في الدولة وإنما هي ممنوحة لجميع المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها .

وبناءً عليه فقد مارس القضاء بمختلف أنواعه ودرجاته حق الرقابة على دستورية القوانين بطريقة الامتناع أو طريق الدفع الفرعي ، واستقر في كثير من النظم على تقرير هذا الاختصاص ولو لم يخوله الدستور ذلك بنص صريح⁽¹⁾.

المطلب الثاني : الرقابة السياسية على دستورية القوانين

ترجع نشأة الرقابة السياسية على دستورية القوانين إلى عهد الثورة الفرنسية ، عندما أنشأ دستور السنة الثامنة للجمهورية مجلساً خاصاً للقيام بهذه المهمة ، واستمرت فرنسا في تطبيق أسلوب الرقابة السياسية حتى يومنا هذا ، وهي الرقابة التي تقوم بها هيئة ذات صفة سياسية وهي عادة ما تكون رقابة وقائية أي تسبق صدور القانون وتحول دون

¹ سليمان محمد الطماوي ، القضاء الإداري ، الكتاب الأول ، قضاء الإلغاء، مطبعة جامعة عين شمس، مصر ، 1986، ص391.

إصداره إذا كان مخالف للدستور¹، وقد يكون لهذه الهيئة مجرد رأي استشاري مثل اللجنة الدستورية التي أنشئت بموجب دستور فرنسا لسنة 1946 أو يترتب على قرارها بعدم دستورية قانون ما إجهاض هذا القانون ، وبالتالي الامتناع عن إصداره ، وتتولى الرقابة السياسية لجنة أو هيئة ينشئها الدستور بنص صريح ويكون اختيار أعضائها من جانب سلطات سياسية و تكون رقابتها سابقة على صدور القوانين⁽²⁾.

ومن بين الدساتير التي أخذت بهذه الطريقة دستور فرنسا لسنة 1958 ودساتير الجزائر لسنوات 1963 ، 1976 ، 1989، 1996، ولهذا سنتطرق إلى المجلس الدستوري لفرنسي والجزائري (الفرع الأول) ثم بعدها سنتطرق إلى اختصاصات المجلس الدستوري الجزائري (الفرع الثاني).

الفرع الأول : المجلس الدستوري الجزائري والمجلس الدستوري الفرنسي

أولا : المجلس الدستوري الجزائري :

يتكون المجلس الدستوري المنصوص عليه في دستور 1963 من رئيس المحكمة العليا ورئيس الحزبتين المدنية والإدارية في المحكمة العليا ، وثلاث نواب يعينهم المجلس الوطني وعضو يعينه رئيس الجمهورية ويقومون بانتخاب رئيس لهم ، ويقوم المجلس الدستوري بالفصل في دستورية القوانين والأوامر التشريعية بطلب من رئيس المجلس الشعبي الوطني (المادة 63، 64)⁽³⁾.

أما بالنسبة للمجلس الدستوري في ظل دستور 1976 ، جاء خاليا من ذكر الرقابة الدستورية والتنصيص عليها إلا أنه نص على ثلاث أنواع من الرقابة :

¹ حسين بوديار ، المرجع السابق ، ص104 وما بعدها.

² محمد رفعت عبد الوهاب ، النظم السياسية والقانون الدستوري ، ج 01 ، دار المطبوعات الجامعية ، مصر ، 1971 ، ص206.

³ حسين بوديار ، المرجع السابق ، ص106 .

1- المراقبة السياسية :

وتقوم بها الأجهزة القيادية في الدولة (المادة 186 من دستور 1976).

2- المراقبة الشعبية:

وتقوم بها المجالس الشعبية المنتخبة ، والمتمثلة في المجلس الشعبي الوطني والمجالس الشعبية المحلية والمجالس العمالية ، كذلك المادة 187 من دستور 1976 نصت عليها .

3- أشكال أخرى للرقابة:

هي تلك التي تتولاها الأجهزة المتخصصة كمجالس المحاسبة المنصوص عليها من خلال المادة 190 من دستور 1976 ، ورغم النص على هذه الأنواع من الرقابة ، فإن الدستور جاء فارغا من ذكر الرقابة السياسية ، بل أشير فقط في المادة 111 ف3 من دستور 1976 على أن " يحمي رئيس الجمهورية الدستور⁽¹⁾ .

لقد نص الدستور الجزائري لسنة 1989 على إنشاء مجلس دستوري يكلف بمهمة السهر على احترام وتجسيد مبدأ سمو الدستور ، وبالتالي يعد أحد أهم المؤسسات الدستورية في النظام السياسي الجزائري ، الذي ظهر كنتيجة حتمية لمتطلبات التحول التي فرضت وجودها كما أعيد النص عليه في دستور 1996 (المادة 160-169) .

والتغيير الوحيد الذي أورده دستور 1996 ، يتمثل في توسيع عدد أعضائه وكذلك توسيع جهات الإخطار ، حيث يتكون المجلس الدستوري من 9 أعضاء يعين رئيس الجمهورية 3 منهم عضوين ينتخبهم المجلس الشعبي الوطني ، واثنان ينتخبهما مجلس الأمة ، وعضو تنتخبه المحكمة العليا ، وعضو واحد ينتخبه مجلس الدولة (المادة 164) ، وهذه المدة 6 سنوات غير قابلة للتجديد ، وبمجرد انتخابهم أو تعيينهم يتوقفون عن ممارسة أي وظيفة ، أو أي عضوية أو تكليف أو مهمة أخرى (المادة 164)، ويجدد نصف أعضاء

¹ فوزي أوصديق ، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، دراسة مقارنة ، النظرية العامة للدساتير ، ط2 ، د م ج الجزائر ، 2003، ص 258-259.

المجلس الدستوري كل ثلاث سنوات ، وهذا للمحافظة على ديمومته واستمراره ، ولا يمس هذا التجديد رئيسه الذي تكون مدة عضويته 6 سنوات كاملة (المادة 3/164-4)⁽¹⁾.

ثانيا : اختصاصات المجلس الدستوري الجزائري

تعددت اختصاصات المجلس الدستوري باعتباره مؤسسة لها وزنها الكبير في الدولة لما تحظى به من أهمية في الحفاظ على النظام القانوني وذلك من خلال الرقابة على دستورية القوانين والحفاظ على سمو الدستور ، إلى جانب مهام استشارية أخرى ، وذلك ما نصت المادة 165 من دستور 1996 ومن اختصاصات المجلس الدستوري نذكر:

1/ المجلس الدستوري كهيئة تراقب دستورية المعاهدات :

تعتبر المعاهدة جزء من النظام القانوني في الدولة بعد المصادقة عليها لهذا فإنها تعرض على المجلس الدستوري ليبيدي رأيه في شرعيتها ، غير أن هذه المعاهدات ليست كلها قابلة للرقابة⁽²⁾ ، بحيث أن هناك معاهدات تصبح سارية المفعول بمجرد التوقيع عليها من طرف رئيس الجمهورية ، فلقد حدد دستور 1996 في المادة 97 المعاهدات التي يجب أن تخضع للرقابة وهي تلك المتعلقة بالهدنة والسلم ، حيث نصت على : " يوقع رئيس الجمهورية اتفاقيات الهدنة ومعاهدات السلم " .

ونلاحظ أن هذا التشديد جاء حرصا من المشرع الدستوري على حماية الدستور ، لأن هذا النوع من المعاهدات يتعلق باستقلال الدولة وسيادتها ، لهذا السبب يجب النظر في دستوريته قبل عرضها على البرلمان لإبداء رأيه .

وتعتبر هذه المعاهدات كلها أسمى من القانون بعد المصادقة عليها كي تحدث آثار قانونية على المستوى الداخلي ، ولهذا نعتبر المشرع الدستوري الجزائري لما استعمل كلمة "ارتأى " أو "رأى"لحكمة مقصودة ، أي النظر في الدستورية دائما يكون قبل التصديق وليس بعده أي قبل دخولها حيز التنفيذ ، في هذه المرحلة يكون رئيس الجمهورية هو

¹ سعيد بوالشعير ، القانون الدستوري والنظم المقارنة ، الجزء الثاني، ط2، د.م.ج ، الجزائر، 2003.ص202 وما بعدها .

² بوكرا إدريس ، الوجيز في القانون الدستوري ، دار الكتاب الحديث ، الجزائر ، 2003، ص122.

المشرف عليها سواء بصفة مباشرة أو غير مباشرة⁽¹⁾، هذا وقد تم تحديد المعاهدات التي تسمو على القانون وفي حالة مخالفتها فإنه يقرر عدم المطابقة ، هذه المعاهدات هي :ميثاق الأمم المتحدة والميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب ، وما يمكن ملاحظته أنه قد منح المجلس الدستوري حق مراقبة معاهدات الهدنة والسلام ، وقد أكدت المادة 165 من الدستور أن المعاهدات يمكن أن تكون محل مراقبة ، إذا أخطر رئيس الجمهورية أو رئيسا غرفتي البرلمان المجلس الدستوري بها ، ولم يستثنى أي نوع من المعاهدات .

2/ : المجلس الدستوري كهيئة تراقب دستورية القوانين والتنظيمات :

عرف دستور 1996 في المادة 119 منه القوانين والتنظيمات بأنها : "مجموعة القواعد العامة الملزمة التي تصدر

تتصب الرقابة أيضا وبنفس الكيفية المتعلقة بالقوانين العادية على التنظيمات والتي تعد الأداة الممنوحة للسلطة التنفيذية للتشريع في المواضيع الخارجة عن إطار القانون ، وهي إذن نصوص التي يصدرها رئيس الجمهورية بموجب سلطته التنظيمية المستقلة التي يستمدتها من المادة 125 من دستور 1996 ؛ حيث يمارس رئيس الجمهورية السلطة التنظيمية في المسائل غير المخصصة للقانون هذا ويعتبره غالبية الفقه أن التنظيمات الرئاسية يجب أن تخضع لرقابة المجلس نظراً لاستقلاليتها ، وهو بهذا يؤدي دور الحارس على تداخل الاختصاص بين البرلمان ورئيس الجمهورية ، غير أنه يؤخذ على المجلس الدستوري أنه ورغم نص هذه المادة ، إلا أنه منذ إنشائه لم يمارس اختصاصه في هذا المجال بسبب عزوف رئيس المجلس الشعبي الوطني ثم رئيس مجلس الأمة عن ممارسة صلاحياتهما في الإخطار⁽²⁾.

أما عن الرقابة على الأوامر فقد أثير خلاف فقهي حول إمكانية إخضاع الأوامر الصادرة خلال شغور البرلمان أو بين الدورتين للرقابة الدستورية باعتبارها تشريع من الناحية الموضوعية ، فبالرجوع إلى الفقرة الثانية من المادة 124 من الدستور ، نستقرئ إمكانية خضوعها للرقابة الدستورية ، وذلك بعد أن يوافق عليها البرلمان في أول دورة له بعد

¹ ديباش سهيلة ، المجلس الدستوري ومجلس الدولة ، رسالة ماجستير ، تخصص إدارة والمالية العامة ، جامعة الجزائر ، 2001-2002 ، ص 22.

² بوكرا إدريس، المرجع السابق ، ص 122.

إصدارها من رئيس الجمهورية حيث تكتسب قوة التشريع من حيث نطاق النفاذ والتعديل والإلغاء ونظام الرقابة الدستورية ، وهن يمكن لجهة الإخطار أن تمارس صلاحياتها سواء قبل إصدارها أو بعد صدورها وهذا طبعا بعد موافقة البرلمان عليها ، أما إذا لم يوافق عليها فإن تلك الأوامر تعد ملغاة ولا مجال في هذه الحالة لإخطار المجلس الدستوري¹ بشأنها أما عن الأوامر التي يصدرها رئيس الجمهورية أثناء الفترة الاستثنائية فإنها تخرج عن نطاق الرقابة بحيث تعتبرها غالبية الفقه قرارات إدارية تدخل في نطاق أعمال السيادة ، حتى وإن مسّت اختصاص الهيئة التشريعية ، وبما أن القوانين العضوية تعتبر مكملة لقواعد الدستور فإن المادة 123 الفقرة 3 من دستور 1996 قد نصت على ضرورة خضوعها للرقابة

الدستورية ، وتتم هذه الرقابة بإخطار من رئيس الجمهورية الذي يعتبر الوحيد المخول دستوريا بالإخطار في مجال القوانين العضوية ، وقد حدد المشرع الجزائري المجالات التي يشرع فيها بالنص العضوي ، بحيث يخضع للمراقبة من طرف المجلس الدستوري قبل صدوره ؛ وتتم المصادقة على القانون العضوي بالأغلبية المطلقة للنواب في المجلس الشعبي الوطني وبأغلبية 3/4 أعضاء مجلس الأمة ، ومن أمثلة القوانين العضوية ما نصت عليه المادة 123 من الدستور بحيث يشرع البرلمان بقوانين عضوية في المجالات الآتية:

-تنظيم السلطات العمومية وعملها ، نظام الانتخابات ، قانون الأحزاب السياسية ، قانون الإعلام ...

وبعد المصادقة من طرف البرلمان يقوم رئيس الجمهورية بإبلاغ المجلس الدستوري بهذا القانون ، وعلى هذا الأخير أن يبدي رأيه خلال المدة المحددة في المادة 167 من الدستور.

ومن خلال ما تقدم فإن القانون العضوي لا يمكن إصداره إلا بعد أن يبدي المجلس الدستوري رأيه بمطابقته للدستور ؛ ومنه فإنه يخضع لرقابة المطابقة وهي رقابة إجبارية.

¹ رشيدة العام ، المجلس الدستوري الجزائري ، د ط ، دار الفجر للنشر والتوزيع ، الجزائر ، 2006 ، ص 155 .

3/ : المجلس الدستوري كهيئة تراقب الانتخابات

إلى جانب الاختصاصات السالفة الذكر، فإن هناك اختصاصات أخرى يقوم بها المجلس الدستوري وتتمثل في رقابته لصحة الانتخابات ، حيث يتولى السهر على صحة الاستفتاءات وانتخاب رئيس الجمهورية ، الانتخابات التشريعية ، وإعلان النتائج ... وذلك حسب المادة 163 الفقرة 3 من دستور 1996 ، كما يفصل في الطعون وينظر في المنازعات التي تثور حول مشروعية الانتخابات طبقاً لقانون الانتخابات (1) .

وتتمثل اختصاصاته في مجال الانتخابات في أنه هو الجهة الوحيدة التي تودع لديها ملفات المرشحين ، وتتأكد من توافر الشروط المطلوبة فيها ، كما يقوم بتعيين المرشحين للدور الثاني في حالة عدم حصول أي مرشح على الأغلبية ويدعوهم إلى المشاركة في الدور الثاني من الاقتراع طبقاً للمادة 162 من قانون الانتخابات والمادة 29 من النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري ، كما يقوم بالنظر في صحة الطعون في مصداقية عمليات

التصويت والإعلان النهائي لنتائج الانتخابات ، يراقب حسابات الحملة الانتخابية ... إلخ. أمّا فيما يتعلق بالانتخابات التشريعية ، فإنه يتلقى محاضر نتائج انتخابات أعضاء المجلس الشعبي الوطني المعدة من طرف اللجان الانتخابية الولائية في اليوم الذي يلي الانتخابات و محاضر نتائج انتخابات من اللجان المقيمة في الخارج ، ومحاضر نتائج انتخابات مجلس الأمة حسب ما نصت عليه المادة 36 من النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري ويدرسها ويعلن النتائج النهائية ويبلغها إلى وزير الداخلية أو رئيس المجلس الشعبي الوطني عند الاقتضاء ، ويحق لكل مرشح أو حزب سياسي مشارك في الانتخابات الاعتراض على صحة التصويت ، مقدماً طلبه إلى كتابة ضبط المجلس الدستوري خلال 48 ساعة الموالية لإعلان النتائج(2).

¹ الأمر رقم 97-07 مؤرخ في 27 شوال عام 1417 ، الموافق لـ 6 مارس 1997 يتضمن القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات ج ر ، عدد 12 لسنة 1997 ، المعدل والمتمم بالقانون العضوي رقم 12-01 مؤرخ في 20 صفر عام 1433 ، الموافق لـ 14 يناير 2012 ، ج ر ، عدد 01 لسنة 2012 .

² دوايبية كريمة ، المجلس الدستوري والانتخابات الرئاسية ، مذكرة ماجستير ، فرع القانون الدستوري وعلم التنظيم السياسي ، جامعة الجزائر ، 2000-2001 ص 183 .

الفرع الثاني : المجلس الدستوري الفرنسي :

يتشكل هذا المجلس من رئيس يعينه رئيس الجمهورية من بين أعضاء المجلس ، ومن رؤساء الجمهورية السابقين (عضو من بينهم يكون مدى الحياة) ، ومن تسعة أعضاء يعين ثلاثة منهم رئيس الجمهورية بما فيهم رئيس المجلس، وثلاثة يعينهم رئيس الجمعية الوطنية وثلاثة الباقين يعينهم رئيس مجلس الشيوخ لمدة 9 سنوات غير قابلة للتجديد ، ويتم تجديد 3/1 من الأعضاء كل 3 سنوات ، كما أكد الدستور على أن عضوية المجلس لا ينبغي أن تجمع بعضوية أخرى وتتمثل اختصاصاته فيما يلي :

أولا : الرقابة الوجودية :

و هي التي تفرضها الفقرة الأولى من المادة 61 من الدستور الفرنسي على القوانين الأساسية واللوائح الخاصة بالمجالس البرلمانية ، هذه اللوائح لا يجوز إصدارها قبل عرضها على المجلس الدستوري وإقراره لها .

ثانيا: الرقابة الجوازية :

وهي التي نسبتها الفقرة الثانية من المادة 61 من الدستور الفرنسي والخاصة بما يراه رئيس الجمهورية أو رئيس الوزراء أو رئيس الجمعية الوطنية أو رئيس مجلس الشيوخ ضروريا من مشروعات قوانين لتقرير دستوريتهما .

وفي كلتا الحالتين الرقابة الوجودية و الجوازية ، يجب على المجلس الدستوري إبداء رأيه في مدة أقصاها شهر ، بل للحكومة وفي حالة الاستعجال أن تطلب تقصير هذه المدة إلى ثمانية أيام ، وفي كل الأحوال فإن النص القانوني الذي يقرر المجلس الدستوري عدم دستوريته لا يجوز له إصداره أو تطبيقه وتكون قرارات المجلس قطعية لا تقبل الطعن بأي وجه من أوجه الطعن وملزمة لجميع السلطات العامة .

المبحث الثاني: الرقابة القضائية على تدرج القواعد القانونية الأخرى

إنه لا معنى لما سبق تقريره من سمو القواعد الاتفاقية الدولية على القانون أو سمو هذا الأخير 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 ضروري ولازم ويعد أحد عناصر وضمانات دولة القانون ، وعلى ذلك فإنه لامناس 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 للمادة 132 من دستور 1996، فإن هذه القواعد الدولية تكون واجبة التطبيق أمام القضاء الداخلي متى تم التصديق عليها وفقا للشروط والإجراءات المحددة دستوريا ، وهذه هي الحيثية التي جاء بها المجلس الدستوري الجزائري في قراره الأول المتعلق بالانتخابات⁽¹⁾، ومما جاء فيها "...ونظرا لكون أية اتفاقية بعد المصادقة عليها ونشرها تدرج في القانون الوطني وتكتسب بمقتضى المادة 132 من الدستور سلطة سمو على القوانين وتخول لكل مواطن جزائري التذرع بها أمام الجهات القضائية..." ؛ وهو ما استجاب له القضاء المقارن وخاصة القضاء الفرنسي وبعده القضاء الجزائري إذ اعتمد المعاهدات كمصدر للمشروعية وقام بتطبيقها واستبعد القواعد التشريعية أو اللائحية التي جاءت متعارضة مع تلك المعاهدات ولكن هذا الاجتهاد القضائي مازال محل جدل وتردد في ساحة الفقه أو القضاء حول اختصاص القضاء الداخلي برقابة مطابقة القانون للمعاهدات (الفرع الأول) ، وسلطات القضاء في تكريسه سمو المعاهدات (الفرع الثاني) ، وطرق حل الإشكالات التي تثار أمام القضاء في هذا الصدد (الفرع الثالث) .

¹ قرار رقم 89-01، مؤرخ في 20 أوت 1989 ، المتعلق بالانتخابات ، ج ر ، عدد 36 ، لسنة 1989 ، ص 1050.

الفرع الأول: تكريس اختصاص القضاء برقابة مدى مطابقة القانون للاتفاقيات الدولية

إن تحقيق سمو المعاهدات على القانون وبالتالي عدم مخالفة القوانين واللوائح للمعاهدات الدولية التي صادقت عليها الجزائر وفق الشروط والإجراءات الدستورية ، هذا الأمر يفرض وجود نظام رقابي يكفل مطابقة القوانين العادية لتلك المعاهدات ، فما هي الجهة المختصة بهذه الرقابة؟ . ولعل أهم ما يبرز في هذا المجال هو موقف المجلس الدستوري الجزائري في قراره رقم 01 لسنة 1989 المتعلق بدستورية المادة 86 من قانون الانتخابات والتي تحدد الشروط الواجب توفرها في المرشحين لانتخابات المجلس الشعبي الوطني، ورغم كون إخطار المجلس الدستوري كان يستهدف مدى مطابقة المادة 86 للمادتين 27 و 47 من الدستور بل أضاف تبريرا آخر يتعلق بعدم مطابقة هذه المادة لاتفاقية دولية صادقت عليها الجزائر⁽¹⁾.

وبعد أن قرر المجلس الدستوري أن عهدي الأمم المتحدة لسنة 1966 والميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان تمنع منعاً صريحاً كل تمييز مهما نوعه ، فإنه وتأسيساً على ذلك نطق المجلس بعدم دستورية المادة 86 من قانون الانتخابات ، فالمجلس الدستوري إذن قام بمراقبة دستورية هذه المادة ليس فقط بالنظر إلى الدستور وإنما أيضاً بالنظر إلى المعاهدات الدولية

التي أبرمتها وصادقت عليها الجزائر وهذا الموقف يقود إلى النتائج التالية :

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

- دعوة الجهات القضائية للاضطلاع بصلاحيات أعمال مبدأ أولوية تطبيق المعاهدات على القوانين في حالة التعارض ، وذلك من خلال السماح للمواطنين الجزائريين بالاحتجاج بأحكامها أمام القضاء الوطني و بالتأكيد لم يكن قصد المجلس الدستوري منح هذا الحق للجزائريين دون الأجانب.

واستناداً إلى قرار المجلس الدستوري السالف الذكر ، فإن المحكمة العليا كرّست في العديد من قراراتها اختصاصاتها برقابة مدى مطابقة القوانين الداخلية للمعاهدات النافذة في

الجزائر ومن هذه القرارات القرار المؤرخ في 22/02/2000⁽¹⁾ ، والتي اعتمدت فيه على المعاهدات كمصدر للشرعية الجنائية إذ قضت الغرفة الجزائرية بصحة الحكم القاضي بمصادرة المبالغ المحجوزة والتي حصل عليها المتهمون من بيع المخدرات ، فاعتبرت المصادرة عقوبة مشروعة نظرا للنص عليها في اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة التجارة بالمخدرات والمؤثرات العقلية ، والتي صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 41/95 المؤرخ في 28/02/1995 وهذا رغم النص عليها في قانون الصحة رقم 05/85⁽²⁾.

الفرع الثاني : سلطات القضاء في رقابة مطابقة القانون للاتفاقية الدولية

من المبادئ المسلم بها في مختلف الدول هو أنه قد يثور إشكال أمام القضاء الداخلي بصدد تطبيقه لأحكام الاتفاقيات الدولية ، هو التعارض ما بين القانون السابق والاتفاقية اللاحقة (أولا) ، أو التعارض بين الاتفاقية السابقة للتشريع اللاحق (ثانيا) ، ثم ندرس سلطات القاضي الإداري في رقابة اتفاقية القوانين (ثالثا).

أولا : التعارض بين التشريع السابق والاتفاقية اللاحقة

لا توجد إشكالات تذكر لتسوية النزاع الذي يقع بين أحكام الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية السابقة لها ، لأن جميع الدول تقريبا تعترف للاتفاقية بقيمة مساوية على الأقل لقيمة التشريع الداخلي ، وإن حدث تعارض فقد يكون ظاهريا يمكن تسويته على أساس تطبيق مبدأ الخاص يقيد العام في القواعد القانونية ، فإذا كان القانون السابق يتضمن أحكاما خاصة وتتضمن الاتفاقية أحكاما عامة ، فإن سريان القانون الداخلي يستمر، وتطبق أحكام الاتفاقية اللاحقة فيما يتجاوز النطاق الخاص للقانون السابق⁽³⁾.

وهنا تجدر الإشارة إلى أن تطبيق أحكام الاتفاقية اللاحقة لا يعني إلغاء التشريع السابق الذي قد يكون له مجال للتطبيق ، وإنما يعني ذلك استبعاد تطبيقه في مجال تطبيق الاتفاقية أي تعليق تطبيقه في مجال الاتفاقية بين يستمر تطبيقه خارج مجال تطبيق الاتفاقية ويعود

¹ قرار المحكمة العليا، الغرفة الجزائرية، ملف رقم 167921، قرار بتاريخ 22 فيفري 2000، قضية (م ع) ومن معه ضد (ع)، المجلة القضائية، العدد 02 لسنة 2000 ، ص 206.

² قانون رقم 85-05 المؤرخ في 26 فبراير 1985 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها ، المعدل والمتمم .

³ علي عبد القادر القهوجي، المعاهدات الدولية أمام القاضي الجزائري، الدار الجامعية ، بيروت لبنان، د ت ، ص 21-22.

التشريع السابق إلى التطبيق والسريان من جديد بصورة كاملة بانسحاب الدولة من الاتفاقية أو إنهائها .

ثانيا :التعارض بين الاتفاقية السابقة والتشريع اللاحق

وإن كان هذا التعارض نادرا ما يحصل عمليا ، ولا يكون قصد المشرع الوطني ،فإن استبعاد أحدهما للآخر يتوقف على مدى القوة التي تتمتع بها كل منهما ، فإذا كانت الاتفاقية الدولية تسمو على التشريع الداخلي فإنه ينبغي في هذه الحالة على المحاكم تطبيق الاتفاقية المتعارضة إعمالا بمبدأ تدرج القواعد القانونية ، باعتبار الاتفاقية وهي قاعدة دولية أسمى من القواعد الداخلية ، أما إذا كان النظام السائد في النظام الداخلي هو مبدأ ثنائية القانون ففي هذه الحالة لا تعد الاتفاقية الدولية بذاتها مصدرا للقانون الداخلي ، وإنما العمل من خلال تحويلها إلى قاعدة داخلية ، وهي بعد هذا التحويل تصبح تشريعا مثل سائر التشريعات الداخلية ، وبذلك هي تخضع لعملية تسوية التعارض بين التشريعات المختلفة على أساس تقديم الخاص على العام، وتفضيل السابق على اللاحق⁽¹⁾ .

ثالثا: سلطات القاضي الإداري في رقابة مدى مطابقة القوانين للاتفاقيات الدولية

على خلاف القاضي العادي الذي لا يمكنه سوى استبعاد القانون المخالف للاتفاقيات ، فإن القاضي الإداري يملك عدة وسائل في إطار رقابته للمشروعية أو المسؤولية.

1-سلطات القاضي الإداري في إطار منازعات المشروعية : إن آثار تصريح القاضي بمخالفة نص ما لاتفاقية دولية تختلف اعتبارا لأربعة عوامل هي : طبيعة القاعدة الدولية شكل القاعدة الداخلية (قانون أو لائحة)، تاريخ سن هذه الأخيرة مقارنة بالمعاهدة،موضوع الطعن أمام القاضي ، والجمع بين هذه العناصر يضع القاضي أمام عدة حالات:

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

-الحالة الثانية :إذا تعلق الأمر بقرار سابق على المعاهدة الدولية وكان متعارضا معها ، فإن هذه المعاهدة قد تؤدي إلى إلغائه ضمنا ، وقد لا تؤدي إلى ذلك ، فإذا كان القرار

¹ محمد سامي عبد الحميد ، القانون الدولي العام ، د ط ، منشأة المعارف ، الإسكندرية مصر ، 1999 ، ص136.

تنظيمياً فإنه يمكن للقاضي وقف سريانه طالما أن القاعدة الدولية كانت سارية ، لكن القاضي ملزم بالتصريح بالإلغاء أو الإبطال كل المراسيم التنفيذية التي تصدر في زمن لاحق للمعاهدة وتكون مخالفة لها .

-الحالة الثالثة :إذا تعلق الأمر بمخالفة قانون لمعاهدة فإن سلطة القاضي تبدو ضيقة ، فإذا كان القانون سابقاً للمعاهدة فلا يملك القاضي إلا معاينة الإلغاء ، وذلك منذ اندماج القاعدة القانونية في النظام القانوني الداخلي ومن ثم فإنه يتوجب على القاضي الإداري التصريح ببطالان كل المراسيم التنفيذية المخالفة لهذه القواعد ، وأوجه الإلغاء هي نفسها المتعلقة بمخالفة القرارات للقوانين الداخلية ، ومرد هذا التشابه هو تقارب القواعد الدولية مع القواعد الداخلية من حيث المحتوى .

2-سلطات القاضي الإداري في إطار منازعات المسؤولية : وتتمثل الأولى في المسؤولية على أعمال السلطة التشريعية ، والتي تقوم على أساس الخطأ ويكون ضرره جسيماً جداً وذا خطورة استثنائية ، ذلك لأن المسؤولية الدولية عن القوانين الداخلية متعارضة مع الاتفاقيات لا تجد لها أساس في نظام المسؤولية الإدارية لقلة السوابق في هذا المجال⁽¹⁾ . أما الثانية فتتمثل في المسؤولية على أعمال السلطة التنفيذية ، وهي المسؤولية التي كرسها مجلس الدولة الفرنسي في قراره المبدئي لسنة 1992 في قضية Société Arizona Tobacco Produits ، حيث رتب المجلس مسؤولية الإدارة على أساس الضرر الناجم عن المرسوم التطبيقي الصادر في 1976/12/31 الذي يحدد أسعار بيع التبغ بطريقة تتعارض مع تعليمات دولية صادرة بتاريخ 1972/12/19 علنا أن هذا المرسوم إنما صدر مجرد تطبيق لقانون داخلي تضمن أحكاماً 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 لتطبيقه مع تلك التعليمات الدولية⁽²⁾ .

¹ مسعود شيهوب ،المسؤولية عن الإخلال بمبدأ المساواة وتطبيقاتها في القانون الإداري، دراسة مقارنة ، د ط ، د م ج ، الجزائر 2000، ص 96.

² علي عبد القادر القهوجي ،المرجع السابق ،ص 64.

وبعد أن تم عرض بعض من اجتهادات القضاء الفرنسي، فإنه يمكن القول أنها تصلح للاستعانة بها من طرف القضاء الجزائري، فيما قد يطرح عليه من منازعات؛ خصوصا في ظل تزايد عدد المعاهدات المصادق عليها من طرف الدولة الجزائرية.

الفرع الثالث : الإشكالات التي تطرح على القاضي بصدد رقابة مطابقة القوانين للاتفاقية الدولية

سنعرض في هذا الفرع من الدراسة المشكلات العملية لتطبيق الاتفاقيات الدولية أمام القاضي، والتي 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 وتتمثل في (1):

1- إشكالية إجراء التصديق وفقا للشروط التي فرض الدستور توفرها كشرط لصيرورة المعاهدة أقوى من القانون، وبالتالي هل للقضاء الولاية بمراقبة مرسوم المصادقة؟ هل كان صحيحا أي تم احترام الإجراءات الدستورية المتمثلة في الموافقة البرلمانية الصريحة أو عرضها على المجلس الدستوري ليبيدي قراره في دستوريته؟.

2- إشكالية النشر، فهل يشترط لنفذ المعاهدة أم لا؟ وهي الإشكالية التي سبق عرضها.

3- إشكالية 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 الأمر؟ ألا يعد ملزما به كونه من أعمال السيادة؟، وإذا صدرت إعلانات تفسيرية من ناحيته الشكلية لكنه في حقيقته تحفظا، فما دور القاضي في هذه الحالة؟.

ثانيا : الإشكاليات المتعلقة بمضمون المعاهدة:

وتتمثل في إشكالية التفسير وإشكالية القابلية للتطبيق المباشر:

- إشكالية التفسير هل يختص القاضي بها أم لا؟ وكيف يقوم بتفسير النص الاتفاقي الدولي؟

¹ محمد فؤاد عبد الباسط، المرجع السابق، ص10.

باعتبار أن الاتفاقيات تبرم من قبل السلطة التنفيذية ، فقد اعتبر أنها هي الهيئة الوحيدة المؤهلة لتفسيرها ، وخشية من التدخل في العلاقات الدولية بين السلطة التنفيذية والسلطات الأجنبية ، حرص القاضي على إحالة مسألة التفسير إلى وزارة الخارجية ، وكان ملزماً به ، وهو ما درج عليه القضاء الفرنسي .

وبالنسبة للقضاء الجزائري فالمحكمة العليا كانت لها مناسبة للتمسك باختصاصها في التفسير ، ويتعلق الأمر بالقرار المؤرخ في 11/12/2002⁽¹⁾ الذي يتعلق بالطعن بالنقض في قرار توقيع الإكراه البدني على (ي ي) لعدم وفائه بدينه التجاري ، أسس قضاة المحكمة قرارهم على المادة 11 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية ، فقامت المحكمة العليا بتفسير نص المادة 11 من الاتفاقية المذكورة والتي جاء فيها ما يلي :

"وبعد الإطلاع على أحكام المادة 11 من الاتفاقية المذكورة أعلاه والتي جاء فيها ما يلي : (لا يجوز سجن أي إنسان لمجرد عجزه عن الوفاء بالتزام تعاقدي) وتبعاً لذلك أصبح من غير الجائز توقيع الإكراه البدني لعدم تنفيذ المدين لالتزامه التعاقدية.

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

وحيث أن المادة 11 المشار إليها أعلاه لا تميز بين الالتزام التعاقدية 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 "...".

ثالثاً- 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 ؟

¹ قرار المحكمة العليا ، ملف رقم 288587 قرار بتاريخ 11 ديسمبر ، قضية (ي ي) ضد (ق ب) ، المجلة القضائية ، عدد 01 لسنة 2003 ، ص 201.

لقد كانت قضية **Yeter Cinnar**⁽¹⁾ المناسبة لمجلس الدولة الفرنسي لتغيير اجتهاده بصدد مسألة التطبيق المباشر للمعاهدات ، إذ بدل الارتكاز على معايير عادة ما عرقلت مسألة التطبيق المباشر ، وخصوصا المعيار الشخصي والمتمثل في البحث في نية الأطراف بالرجوع إلى الأعمال التحضيرية مثلا 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 تطبيقا مباشرا ، 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 -سالفة الذكر - دليل آخر على أن القضاء صار متمسكا بأهليته للتطبيق المباشر لنصوص المعاهدات الدولية طالما كانت قابلة لذلك، دونما انتظار للقوانين أو التنظيمات الداخلية التي تجعلها نافذة .

المطلب الثاني : الرقابة القضائية على مشروعية القواعد اللائحية

وفقا لمبدأ المشروعية أو مبدأ سيادة القانون ، فإن جميع الهيئات والمؤسسات العامة في الدولة تخضع لسultan القانون بمدلوله الواسع ، وكنتيجة لذلك فإن جميع أعمال السلطة التنفيذية سواء كانت الفردية منها أو اللائحية يتعين أن تكون مطابقة للقانون في شكله وروحه.

ومن أجل ضمان هذا المسعى قد تقرر إخضاع صنف راجح من هذه الأعمال لرقابة القضاء في كافة صورته ، أي إلغاءً وتعويضاً وتفسيراً وفحصاً للمشروعية ، وقد تمكن القضاء من خلال صور الرقابة القضائية على اللوائح من توفير ضمانات فعالة لحماية الشرعية وحقوق وحرريات الأفراد ، في مواجهة السلطة التنفيذية ، وقد انتقلت الرقابة على اللوائح التنظيمية من رقابة المشروعية إلى رقابة الدستورية ولما كانت الرقابة الدستورية للقوانين ترجع إلى الاختصاص المطلق للقاضي الدستوري ، فإن الرقابة الدستورية

¹ لعربية أحمد ، تطبيق و تفسير الاتفاقيات الدولية من قبل القاضي الداخلي ، مطبوعة سلمت في إطار التطبيق مادة علاقة القاضي الداخلي بالقانون الدولي ، لسنة 2004/2005 للطلبة القضاة السنة الثانية الدفعة 14 ، ص 493.

للقرارات واللوائح الإدارية التنظيمية تدرج ضمن إطار الاختصاص الموزع أو المقسم بين المجلس الدستوري والقاضي الإداري⁽¹⁾ .

وقد نصت المادة 143 من دستور 1996 على أنه "ينظر القضاء في الطعن في قرارات السلطات الإدارية" ، وتطبيقا لذلك فقد حددت المادة 09 من القانون العضوي رقم 98-01⁽²⁾ نطاق الاختصاص للقضاء الإداري على حد تعبيرها "يفصل مجلس الدولة ابتدائيا ونهائيا في :

-الطعون بالإلغاء المرفوعة ضد القرارات التنظيمية أو الفردية الصادرة عن السلطات الإدارية المركزية.

-الطعون الخاصة بتفسير ومدى شرعية القرارات التي تكون نزاعاتها من اختصاص مجلس الدولة "

وهكذا يظهر بأن المراسيم التنفيذية أو القواعد اللائحية تدرج ضمن قرارات السلطات الإدارية ، ومن ثم تخضع لرقابة مجلس الدولة ، وبالتالي قد تكون الرقابة على مشروعية اللوائح رقابة إلغاء من طرف القضاء الإداري (الفرع الأول) ، وقد يختص بها القاضي العادي عن طريق الدفع بعدم الشرعية ، فيختص بها طبقا لمبدأ تدرج القواعد القانونية (الفرع الثاني) أو عن طريق الوسائل التي ابتدعها القاضي لتوسيع مجال رقابته عليها (الفرع الثالث) .

الفرع الأول : رقابة الإلغاء

تتمثل رقابة القضاء الإداري على أعمال الإدارة العامة في كونه المختص بنظر دعوى إلغاء القرارات المخالفة لمبدأ المشروعية وفي ولاية القضاء الكامل ، وتفسير القرارات الإدارية دون القضاء العادي ، وقد نصت المادة 10 من القانون 98-02⁽³⁾ والتي تنص على أنه " تنشأ محاكم إدارية كجهات قضائية للقانون العام في المادة الإدارية " ، وكذا المواد 09 ، 10 ، 11 من القانون العضوي 98-01 السابق الذكر ، والتي تجعله مختصا

¹ عطاء الله بوحميده ، المجلس الدستوري ورقابته للتنظيم ، أي تنظيم؟ ، م م ع ، ق إ س ، ج 40 ، العدد 03، الجزائر 2002، ص 88.

² القانون رقم 98-01 المؤرخ في 30 مايو 1998 المتعلق بمجلس الدولة ، ج ر ، العدد 37 لسنة 1998.

³ القانون رقم 98-02 المؤرخ في 30 مايو 1998 المتعلق بالمحاكم الإدارية ، ج ر ، العدد 37 لسنة 1998.

بالنظر في المنازعات المتعلقة بالطعن بالإلغاء المرفوعة ضد القرارات التنظيمية أو الفردية الصادرة عن السلطات المركزية والهيئات العمومية الوطنية... إلخ.

وعلى ذلك يملك أي فرد أو هيئة الطعن في اللوائح إذا ما شابها عيب من عيوب عدم المشروعية⁽¹⁾ والهدف المنشود من وراء هذه الرقابة ، لا يقتصر على التأكد من مطابقة النشاط الإداري الممارس للقوانين والتنظيمات السارية المفعول ، بل يستمر امتدادها إلى التحقق من الطريقة المثلى التي يجب أن ينجز بها العمل الإداري² ، ومن ثم فإن الغرض المتوخى يتعلق بتحسين وترقية القرارات الإدارية.

وبالنسبة للجزائر ، قد تبنت نظام الازدواجية القضائية أي يوجد فصل عضوي ووظيفي بين القضاء الإداري والقضاء العادي ، وذلك من شأنه تفعيل دور القاضي الإداري ، وتعزيز نطاق الرقابة الإدارية بغية تكريس مدلول دولة القانون⁽³⁾، ومن خلال الاطلاع على القرارات مجلس الدولة المنشورة في مجلة مجلس الدولة نلاحظ أن هذا الأخير يرتب جزاءات مختلفة على القرارات الإدارية المخالفة للمشروعية ، ويكون ذلك حسب 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⁽⁴⁾.

وتختلف الآثار المترتبة على الانعدام عن تلك المترتبة عن البطلان ، في كون تنفيذ القرار الإداري المنعدم يشكل اعتداءً مادياً ، وهو من شأنه أن يغير قواعد الاختصاص ، إذ يصبح القضاء الإستعجالي الإداري والعادي مختصين بالنظر فيه إضافة لقضاة الموضوع الإداري وذلك لأن القرار الإداري المعدوم تنتفي فيه مواصفات العمل القانوني المستحق

¹ لعروسي ، دعوى الإلغاء أو الطعن بالبطلان ، ملتقى قضاة الغرف الإدارية، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر 1992، ص37.

² وسام أبو بكر ، فكرة القيادة وتطبيقها في الفكر الإسلامي، رسالة ماجستير، فرع الإدارة والمالية، جامعة الجزائر 2001، ص200.

³ دخينيسة أحمد ، الأسس الدستورية لرقابة الشرعية ، رسالة ماجستير، فرع الإدارة والمالية العامة ، جامعة الجزائر 2001-2002 ، ص134 .

⁴ بودريوة عبد الكريم ، جزاء مخالفة القرارات الإدارية لمبدأ المشروعية ، م م د، العدد 5، لسنة 2003، ص.

للمحكمة وللحكماء وللأحكام وكذا الاختصاص من النظام العام فإنه يمكن إثارة في أول درجة للنقاضي وتثيره المحكمة تلقائياً .

كما أن هذا القرار لا يستفيد من الحصانة بعد انقضاء المدة القانونية لرفع دعوى الإلغاء أو السحب من طرف الإدارة .

وباعتبار دعوى الإلغاء الدعوى القضائية العينية أو الموضوعية التي يحركها ويرفعها أصحاب الصفة القانونية والمصلحة ، أمام الجهات القضائية المختصة طالبين منها الحكم بإلغاء قرار إداري نهائي غير مشروع⁽¹⁾، وفي هذه الحالة تكون القاضي الإداري مقيدة بشرطين :

1- من جهة كون مبدأ الفصل بين السلطات يمنع القاضي من أن يصدر أوامر للإدارة ، إذ تقتصر مهمة القاضي الإداري في دعوى الإلغاء على التحقق من مدى مشروعية القرار الإداري من حيث مطابقته للقانون أو عدمها ، ومن ثم لا يمكن للقاضي توجيه أوامر للإدارة سواء تضمن الأمر القيام بعمل أو الامتناع عنه أو حتى التعديل فيه ، بينما إذا ثبت .

إن عمل الإدارة يشكل خروجاً جسيماً على مبدأ المشروعية أي منعها ولا يستحق الحماية القانونية ، فإنه يمكن للقضاء توجيه أوامر للكف عن كل ما من شأنه أن يضع العمل المتخذ حيز التنفيذ .

-ومن جهة أخرى ليس للقاضي أن يحل محل الإدارة ، كأن يتولى إصدار القرار الإداري بنفسه أو أن يعدل فيه أو يغير مضمونه⁽²⁾ .

ونشير بأن حكم الإلغاء ، إما أن يكون شاملاً لجميع أجزاء القرار الإداري وبالتالي ينعدم القرار كلياً ، وإما أن ينصب على جانب معين من القرار دون غيره ، وفي هذه الحالة يمس الإلغاء العنصر المعيب دون باقي عناصره طالما أنها سليمة⁽³⁾ .

¹ إبراهيم عبد العزيز شبحا ، القضاء الإداري ، منشأة المعارف ، الإسكندرية، مصر، 2002، ص 280.

² عبد الحميد بن لغويني ، دور القاضي الإداري في حماية الحقوق والحريات ، مذكرة ماجستير ، فرع الدولة والمؤسسات العمومية ، جامعة الجزائر ، 2003-2004 ، ص 37.

³ نجيب محمد بكير ، القانون الإداري ، دراسة مقارنة ، ط 01 ، مطابع سليل العرب ، القاهرة ، دون سنة نشر ، ص 277.

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 ، 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؟

في الجزائر 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 يقضي بخلاف ذلك استثناء من هذه الولاية العامة ، وعلى ذلك فإذا أقيمت 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 و إحالة هذه المسألة للقضاء الإداري ليفصل فيها بوصفها من المسائل المبدئية ، ففي قرار للغرفة المدنية للمحكمة العليا المؤرخ في 09 / 10 / 2002⁽¹⁾ استندت إلى مبدأ تدرج القوانين لاستبعاد مرسوم تنفيذي (لائحة تنفيذية) وإهماله لمخالفته القانون ، ومما جاء فيه : "حيث أن المادة 85 من المرسوم المتضمن إنشاء السجل العقاري يلزم المدعي بإشهار عريضة افتتاح الدعوى بالمحافظة العقارية وإلا كانت باطلة.

¹ قرار المحكمة العليا ، ملف رقم 264463 ، قرار في 09/10/2002 قضية (ن س) ضد (ن ش)، المجلة القضائية عدد 2003/1.

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 12 نوفمبر 1975 لا ينص على إجراء شهر العريضة الافتتاحية بالمحافظة العقارية قبل قيدها بكتابة ضبط المحكمة ، ولا المؤرخ في 25 مارس 1976 الذي يتعلق بتأسيس السجل العقاري ولم ينص عليه كل من قانون الإجراءات المدنية والقانون المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري .
 وبذلك يكون المرسوم المنوه إليه قد استحدث شرطاً جديداً 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 طبقاً 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 لتشريعته ، إذ استبعده باعتباره قانوناً فرعياً خالف قانوناً عادياً فتطلب طبقاً لمبدأ تدرج القوانين استبعاده.

الفرع الثالث : وسائل القاضي لتوسيع رقابة مشروعية اللوائح

في إطار الدور القضائي المكرس دستورياً والمتمثل في حراسة المشروعية ، فإن القضاء ينشئ ويبتدع من الوسائل ما توسع مساحة رقابته على أعمال السلطة العامة ، وترتفع عنه القيود التي قام سابقاً بوضعها على نفسه مما ضيق من المجال الدستوري الواسع للرقابة القضائية على الإدارة طبقاً للمادتين 139 و 143⁽¹⁾ من الدستور 1996 .

¹تنص المادة 139 من الدستور على انه: "تحمي السلطة القضائية المجتمع والحريات وتضمن للجميع ولكل واحد المحافظة على حقوقهم الأساسية" والمادة 143 التي تنص على أنه : " ينظر القضاء في الطعن في قرارات السلطات الإدارية " .

فالمجال الدستوري للرقابة القضائية واسع ، لكن القضاء ضيق على نفسه من خلال قيود ابتدعتها ومنها نظرية أعمال السيادة ، التي كانت من إنشاء القضاء الفرنسي ، واعتنتها لاحقا القضاء الجزائري. وفي فترة لاحقة انتبه القضاء إلى ضيق مجال رقابته على أعمال 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:

بالرجوع لاجتهادات مجلس الدولة الفرنسي فإننا نجد له لجا 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.

- بالنسبة لدفع بعدم الدستورية : كما رفض مجلس الدولة الفرنسي قبول الدفع الذي يدعو إلى استبعاد تطبيق لائحة أثناء النظر في دعوى إدارية نتيجة الدفع بعدم الدستورية اعتمادا على نفس الحجة ، وهي أن رقابة الدستورية اختصاص مانع للمجلس الدستوري. وتطبيقا لمبدأ تدرج القواعد القانونية فإنه كان من الأجدر استجابة القضاء الإداري لهذا الدفع والفصل فيه بما يؤكد خضوع القواعد التشريعية واللائحية للدستور ، فيكون القضاء وهو يمتنع عن تطبيق القواعد التشريعية المخالفة للدستور ، في إطار ممارسة وظيفته في تطبيق القانون والرد على الدفوع وليس ممارسا 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 مطابقة 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 مشروعية اللائحة المخالفة للدستور.

ثانيا : توسيع الرقابة القضائية بالاستناد للمبادئ العامة لقانون :

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 ، و هو 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 لرقابته على دستورية اللوائح المستقلة من جهة (1) والأوامر التشريعية من جهة أخرى (2) .

1/المبادئ العامة للقانون كأساس للرقابة على دستورية اللوائح:

لقد بحث الفقه عن التقنيات اللازمة لفرض رقابة موضوعية على محتوى ومضمون تلك اللوائح المستقلة التي تصدر عن السلطة التنفيذية دون الخضوع لرقابة البرلمان ولا الاستناد للقانون 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.

2/ المبادئ العامة للقانون كأساس للرقابة على دستورية الأوامر التشريعية :

لقد اعترف القضاء الإداري وأيده في ذلك الفقه بالقيمة الدستورية لبعض المبادئ العامة للقانون ، وهو ما مكنه عند مخالفة تلك الأوامر التشريعية لهذه المبادئ التصريح بعدم مشروعيتها وبالتالي إلغائها ، وهو ذات المنطق الذي يمكن تكريسه في الجزائر على

¹ محمد رفعت عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 149 .

الأوامر الصادرة طبقا للمادة 124 من دستور 1996 قبل عرضها على البرلمان ، إذ تبقى مجرد أعمال 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 ، وبالاستناد 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 ، وبالرجوع إلى القرار الصادر عن مجلس الدولة بتاريخ 1998/07/27⁽¹⁾ استند فيه للفصل في طعن من أجل تجاوز السلطة إلى المبادئ العامة للقانون وذلك أن قاض صدر ضده قرارا بالعزل من المجلس الأعلى للقضاء مجتمعا في هيئة تأديبية ، فقرر مجلس الدولة أن يقبل دعوى الإلغاء ضد هذا القرار مستندا إلى مبدأ عام للقانون سبق لمجلس الدولة الفرنسي أن استتبطنه في قضية: **Dame La motte** (2) الشهيرة وهو مبدأ عدم حصانة أي قرار إداري ضد رقابة الإلغاء ، ولم يستند إلى نص المادة 143 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 2002/01/28⁽³⁾ إذ جاء في الحثيات : "حيث وبدون حاجة إلى فحص كافة الأوجه المثارة بما في ذلك الوجه المأخوذ من المادة 100 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

¹ قرار مجلس الدولة، ملف رقم: 172994 قرار بتاريخ: 1998/01/27 قضية (خ ق) ضد المجلس الأعلى للقضاء و وزير العدل ، م . م . د ، العدد 2002/1.

² dame La motte 17/02/1950 , les grandes arrête de la jurisprudence administrative, M . long et autres, p 433 .

³ قرار مجلس الدولة ، ملف رقم: 5240 قرار بتاريخ: 2002/01/28 قضية (خ ق) ضد المجلس الأعلى للقضاء و وزير العدل ، م م د عدد 2002/2 .

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 أدواراً عدة في حماية المشروعية ، فهي تحل محل القانون الغائب بالنسبة للوائح المستقلة والأوامر التي تضعها السلطة التنفيذية دون ما استناد إلى قانون ، كما أنها تسمح للقضاء الإداري ببسط رقابته الفاعلة على تلك الأعمال الإدارية وتضمن إخضاعها لسيادة القانون ، كما تصلح أساساً 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 أحكاماً تتنافى مع القواعد الدستورية أو مع قيم المجتمع ومرجعياته الأساسية إلى حظيرة المشروعية ، وذلك عن طريق تفسير تلك النصوص القانونية 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⁽¹⁾، ونخلص مما سبق فيما يخص دور القضاء الإداري في رقابة دستورية اللوائح الصادرة عن السلطة التنفيذية، سواء بالاستناد إلى نصوص الدستور أو إلى المبادئ العامة للقانون ، وبما أن اللوائح هي مجرد قرارات إدارية والقاضي المختص هو مجلس الدولة ، ومن ثم كون نظرية المبادئ العامة للقانون ملاذاً لمجلس الدولة لاستعادة اختصاص جوهرى انتزع منه أو تنازل هو عنه .

¹ محمد رفعت عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 188 و ما بعدها.

خاتمة

خاتمة:

من خلال ما سبق نخلص أن دولة القانون تقوم على تدرج قانوني يستوجب احترام القاعدة الأدنى للقاعدة الأعلى منها .

فمبدأ التدرج القواعد القانونية مضمونا ونتائج يفتح المجال واسعا لتحقيق دولة القانون وتجسيدها، لأنه يقدم ضمانا أكيدا لخضوع كل أعمال السلطات العامة للقانون ، وذلك بما يضعه من قيود عليها وما يرتبه من جزاءات على تجاوزها .

وبالتالي فإن تدرج القواعد القانونية يعني العلاقة الصحيحة بين القواعد أي أنه في حالة ما إذا كان هناك تدرج بين قاعدتين قانونيتين فإن القاعدة الأدنى تستمد صحتها من القاعدة الأعلى منها ، إذ يتحدد مدلول التدرج الشكلي للقواعد القانونية على أساسين : مرتبة السلطة التي أصدرت القاعدة القانونية ثم الإجراءات المتبعة في ذلك ، حيث أنه تعتبر القاعدة الصادرة عن سلطة أعلى في مرتبة أعلى عن القاعدة التي صدرت عن سلطة أدنى وإذا صدرت القاعدتان من نفس السلطة نظرنا إلى الإجراءات المتبعة ، وعلى هذا الأساس نعتبر السلطة التأسيسية في درجة أعلى من السلطات الثلاث باعتبارها المنشئة.

وتجدر الإشارة إلى أن مبدأ تدرج القاعدة القانونية لا يعني شيئا إذا لم يضمن احترامه من قبل القاضي ، لذا نعتبر مبدأ الرقابة على دستورية القوانين من المقومات الأساسية في دولة القانون ، ولا تتم إلا به . وأما في الممارسة العملية ، وباعتبار أن القضاء يختص بحماية المجتمع والحقوق والحريات الفردية والجماعية من أي اعتداء عليها ولو وقع هذا الاعتداء من السلطة التشريعية ذاتها ، ويضاف إلى ذلك أن القضاء المستقل أساس الشرعية ، إلا أنه كثيرا ما تحدث حالات خطيرة للتعارض بين التشريعات المتفاوتة في مرتبتها الإلزامية دون تدخل من القضاء لمواجهة المشكلة وتطبيق المبدأ ، صحيح أنه يوجد نص دستوري خاص يحجز الرقابة على دستورية القوانين في الجزائر في المجلس الدستوري وهذا الأخير مدعم بعناصر قضائية ، لكننا في المقابل نلاحظ أن العنصر القضائي يتناقص تدريجيا ، ففي دستور 1963 كانت السلطة القضائية ممثلة بثلاث قضاة من ضمن سبعة أعضاء المشكلين للمجلس ، وفي دستور 1989 أصبح عدد القضاة

اثنين من بين العدد الإجمالي للمجلس الذي هو سبع أعضاء ، وفي دستور 1996 أصبح ينتخب عضو من طرف المحكمة العليا ، وعضو آخر ينتخبه مجلس الدولة ، هذا التطور الذي يوحي بأن المجلس الدستوري يسير نحو التقليل من مساهمة القضاء في صلاحياته والتي من أهمها الرقابة على دستورية القوانين .

تجدر الإشارة إلى أنه ومن خلال فحص المشروع التمهيدي لمراجعة الدستور لسنة 2016 وفي التعديلات المزمع إدخالها على نص المادة 164 منه فإنه قد تم توسيع عدد أعضاء المجلس الدستوري إلى 12 عضوا ، أربعة أعضاء من بينهم رئيس المجلس ونائب رئيس المجلس ، يعينهم رئيس الجمهورية ، واثنان ينتخبهما المجلس الشعبي الوطني ، واثنان ينتخبهما مجلس الأمة ، وقد تم رفع عدد الممثلين للسلطة القضائية في المجلس إلى أربعة أعضاء ، اثنان تنتخبهما المحكمة العليا ، والاثنان الآخران ينتخبهما مجلس الدولة ، وبالتالي تعد خطوه هامة تحسب لهذا التعديل، لكنها غير كافية مادام الإبقاء على تعيين رئيس المجلس من طرف رئيس الجمهورية ، إذ تحد من استقلالية المجلس ، لأن نجاح المجلس الدستوري في أداء مهامه بشكل حيادي مرهون بتقدير مدى استقلالية أعضائه ؛ وهكذا فإن مبدأ استقلالية المجلس على غرار مبدأ استقلالية القضاء والذي يمثل خاصية أساسية في الأنظمة الدستورية التي تأخذ بهذا النوع من رقابة الدستورية وتتجسد من خلال استقلالية الأعضاء وحياد المجلس بحكم عدم قابليتهم للعزل وهو ما لم ينص عليه الدستور الجزائري صراحة .

كما أن طريقة تشكيل المجلس تفتقر إلى التخصص والخبرة القانونية الكافية للممارسة هذه الرقابة ، واشتراط المؤهلات العلمية والفنية الضرورية عند اختيار أعضائه مما يضعف مردودية هذه الهيئة ، لكن يبدو أن المؤسس قد يستدرك هذه النقطة لأهميتها حيث وبالرجوع إلى مشروع مراجعة الدستور لسنة 2016 ، المشار إليه سابقا ، وفي المادة 146 مكرر اشترط توفر خبرة مدتها 15 سنة على الأقل في التعليم العالي في العلوم القانونية في القضاء أو في مهنة محام لدى المحكمة العليا أو لدى مجلس الدولة أو في وظيفة عليا في الدولة أضف إلى ذلك مسألة الإخاطر تخلق نوع من التبعية الوظيفية بين نشاط المجلس والسلطات المالكة لاختصاص الإخاطر لأن المجلس لا يمكنه أن يتدخل من

تلقاء نفسه بدون إخطار حتى ولو تعلق الأمر بخرق فضيع للدستور مما يترتب عنه جمود المجلس ونقص مردود نشاطه ولهذا يجب توسيع من دائرة الإخطار مع إمكانية تحرك المجلس تلقائياً، بالعودة إلى المشروع التمهيدي لمراجعة الدستور لسنة 2016 وفي نص المادة 166 منه فإنه سيتم توسيع دائرة الإخطار لتشمل الوزير الأول ، كما يمكن إخطاره من 50 نائبا أو 30 عضوا من مجلس الأمة ، لتضيف المادة 166 مكرر منه على أنه يمكن إخطار المجلس الدستوري بالدفع بعدم الدستورية بناء على إحالة من المحكمة العليا أو مجلس الدولة ، عندما يدعي أحد الأطراف في المحاكمة أمام جهة قضائية أن الحكم التشريعي الذي يتوقف عليه مآل النزاع ينتهك الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور .

لكن هذا لا يمنع تطبيق القاضي لمبدأ تدرج القواعد القانونية ، لكن لا نجد حالة واحدة تمسك فيها القاضي الجزائري باختصاصه الرقابي على دستورية القوانين ولا للتطبيق المباشر للنص الدستوري، فيما نجد مناسبتين فقط 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 تكرر في قواعد تشريعية صادرة عن البرلمان، والمناسبة الثانية حينما 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 منافيا للمبادئ العامة للقانون باعتبارها ذات طبيعة دستورية، ذلك انه اعتمد مبدأ

المساواة المكفولة دستوريا لرفض إعمال حصانة قرارات المجلس الأعلى للقضاء في الميدان التأديبي رغم أن النص التشريعي صريح على حصانتها ضد أي طعن .

قائمة المراجع

بالغة العربية :

أولاً: الكتب

- 1- إبراهيم عيد العزيز شيحا ، الوسيط في مبادئ وأحكام القانون الإداري، الدار الجامعية ، مصر 1997.
- 2- إبراهيم عيد العزيز شيحا ، القضاء الإداري ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، مصر 2002.
- 3- إسحاق إبراهيم منصور ، نظريتنا القانون والحق وتطبيقاتها في القوانين الجزائرية ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر 1987 .
- 4- الأمين شريط ، الوجيز في القانون الدستوري و المؤسسات الدستورية ، دراسة مقارنة ، الطبعة الأولى ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2002.
- 5- بوكرا إدريس ، الوجيز في القانون الدستوري ، والمؤسسات السياسية ، دون طبعة دار الكتاب الحديث ، الجزائر ، 2003.
- 6- توفيق حسن فرج ، المدخل للعلوم القانونية ، الطبعة 02 ، مؤسسة الثقافة الجامعية مصر، 1981.
- 7- ثروت بدوي ، القانون الدستوري وتطور الأنظمة الدستورية في مصر، دار النهضة العربية، القاهرة ، مصر ، 1969.
- 8- حسين عثمان محمد عثمان ، القانون الدستوري ، دون طبعة ، دار المطبوعات الجامعية ، مصر 2002.
- 9- حسني بوديار ، الوجيز في القانون الدستوري، دار العلوم للنشر والتوزيع ، الجزائر، 2003 .
- 10- حسين الصغير ، النظرية العامة للقانون ببعديها الغربي والشرعي دراسة مقارنة دار المحمدية العامة ، الجزائر ، الطبعة الثانية ، 2001.
- 11- سامي جمال الدين ، تدرج القواعد القانونية ومبادئ الشريعة الإسلامية ، منشأة المعارف الإسكندرية، دون تاريخ .

- 12- سامي جمال الدين ، القضاء الإداري الرقابة على أعمال الإدارة ، مبدأ
المشروعية، تنظيم القضاء الإداري ، دراسة مقارنة ، منشأة المعارف ، مصر
2003.
- 13- سعيد بوالشعير ، القانون الدستوري والنظم السياسية المقارنة الجزء الثاني ،
ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، الطبعة الثانية 2003.
- 14- سليمان محمد الطماوي - القضاء الإداري - الكتاب الأول ،قضاء الإلغاء،
مطبعة عين شمس ، مصر ، 1971.
- 15- سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني ،الجزء الأول ، المدخل
للعلوم القانونية - الطبعة السادسة ، دار الكتاب الحديث ، مصر ، 1994.
- 16- طعيمة الجرف ، مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الدولة للقانون ، مكتبة
القاهرة الحديثة ، مصر ، 1963.
- 17- عبد الحميد متولي ، المفصل في القانون الدستوري ، دون طبعة ، مطبعة
دار نشر الثقافة ، مصر ، 1956.
- 18- علي عبد القادر القهوجي - المعاهدات الدولية أمام القاضي الجزائري ،الدار
الجامعية ، لبنان، دون سنة نشر .
- 19- فوزي أوصديق ،الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري ،دراسة
مقارنة النظرية العامة للدساتير ، الطبعة الثانية ، ديوان المطبوعات الجامعية ،
الجزائر 2003.
- 20- كمال عبد الواحد الجوهري ،القصور التشريعي وسلطة القاضي الجنائي،
توزيع دار الكتاب الحديث ،مصر، 1994. محمد سلام مذكور ،المدخل للفقہ
الإسلامي ، تاريخه ومصادره ونظرياته العامة، دون طبعة ، دار الفكر العربي
مصر ، دون سنة نشر.
- 21- محمد أحمد رفعت عبد الوهاب ، المبادئ العامة للقانون ، كمصدر
للمشروعية في القانون الإداري ، الدار الجامعية ، مصر 1992.
- 22- محمد أحمد رفعت عبد الوهاب ،النظم السياسية والقانون الدستوري ، الجزء
الأول ، دار المطبوعات الجامعية ، مصر، 1971.

- 23- محمد فؤاد عبد الباسط ، مدى اختصاص القاضي الإداري في تفسير المعاهدات الدولية ، دار الفكر الجامعي ، مصر، دون تاريخ.
- 24- محمد سامي عبد الحميد ، القانون الدولي العام ، دون طبعة ، منشأة المعارف الإسكندرية ، مصر، 1999.
- 25- مسعود شيهوب ، المسؤولية عن الإخلال بمبدأ المساواة وتطبيقاتها في القانون الإداري دراسة مقارنة ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2000.
- 26- نعمان أحمد الخطيب ، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري ، الطبعة الأولى ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، مصر ، 2004.
- 27- نجيب محمد بكير ، القانون الإداري دراسة مقارنة ، مطابع سليل العرب ، القاهرة ، مصر ، دون تاريخ .

ثانيا :الرسائل الجامعية

- 01- بن سباع نورة ، مجال التشريع والتنظيم في دستور 1989، بحث لنيل شهادة الماجستير في قانون التنمية الوطنية ، جامعة مولود معمري ،تيزي وزو ،كلية الحقوق والعلوم السياسية،1997.
- 02- بوسام أبو بكر، فكرة القيادة و تطبيقها في الفكر الإسلامي ، رسالة ماجستير فرع الإدارة والمالية ، جامعة الجزائر ،2001.
- 03- ديباش سهيلة ،المجلس الدستوري ومجلس الدولة ،رسالة ماجستير ، فرع إدارة ومالية عامة، جامعة الجزائر ، 2001-2002.
- 04- دوابسية كريمة ،المجلس الدستوري والانتخابات الرئاسية ،مذكرة ماجستير ،فرع القانون الدستوري ، وعلم التنظيم السياسي ، جامعة الجزائر،2000-2001.
- 05- دخينيسية عبد الوهاب ،الأسس الدستورية لرقابة الشرعية ،رسالة ماجستير فرع الإدارة والمالية العامة ، جامعة الجزائر ،2001-2002.
- 06- عبد الحميد بن لغويني ، دور القاضي الإداري في حماية الحقوق والحريات ، مذكرة ماجستير، فرع الدولة والمؤسسات العمومية ، جامعة الجزائر،2003-2004.

ثالثا : المقالات

- 1- بن هني عبد القادر ، القضاء والإصلاحات ، الندوة الوطنية الثانية للقضاء ، نادي الصنوبر أيام 23-24-25 فبراير 1991، منشورات الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 1993.
- 2- بودريوة عبد الكريم ، جزاء مخالفة القرارات الإدارية لقواعد المشروعية، درجات البطلان في القرارات الإدارية ، مجلة مجلس الدولة ، عدد 5 لسنة 2003.
- 1- جبار عبد المجيد ، تأملات حول قرار المجلس الدستوري الأول فيما يتعلق ببعض القضايا المرتبطة بالمعاهدات الدولية ، مجلة العلوم القانونية والسياسية والاقتصادية، عدد 01 ، الجزء 34 ، معهد الحقوق والعلوم الإدارية ، بن عكنون ، جامعة الجزائر ، 1996 .
- 2- عبد الرزاق السنهوري ، مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية مجلة مجلس الدولة المصري ، عدد 03 لسنة 1953 .
- 3- عطاء الله بوحميده ، المجلس الدستوري ورقابته للتنظيم ، أي تنظيم ؟ ، م.م.ع ، ق.إ.س، الجزء 40 ، العدد 03 ، لسنة 2002 .
- 4- فريدة أبركان ملتقى قضاة الغرف الإدارية ، الديوان الوطني للأشغال التربوية ، الجزائر، 1992.
- 5- لعرابة أحمد ، تطبيق وتفسير الاتفاقيات الدولية من قبل القاضي الداخلي ، مطبوعة سلمت في إطار التطبيق لمادة علاقة القاضي الداخلي بالقانون الدولي للطلبة القضاة ، السنة الثانية ، الدفعة 14 ، لسنة 2004-2005.
- 6- لعروسي ، دعوى الإلغاء أو الطعن بالبطلان ، ملتقى قضاة الغرف الإدارية ، الديوان الوطني للأشغال التربوية ، الجزائر، 1992.
- 7- محمد تقية ، مبدأ المشروعية ورقابة القضاء على الأعمال الإدارية ، ملتقى قضاة الغرف الإدارية ، الديوان الوطني للأشغال التربوية ، الجزائر، 1992.

رابعاً : النصوص القانونية

1-الدستور

دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لـ28/11/1996 المنشور بموجب المرسوم الرئاسي رقم96-438 مؤرخ في 7 ديسمبر 1996 الجريدة الرسمية عدد 76 صادرة بتاريخ 08 ديسمبر 1996 ، المعدل والمتمم .

2 -النصوص التشريعية

1-قانون عضوي رقم98-01 المؤرخ في 30 مايو 1998، المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله ، الجريدة الرسمية ، عدد 39 لسنة 1998 المعدل والمتمم .

2-قانون عضوي رقم 98-02 المؤرخ في 30 مايو 1998 ، المتعلق بالمحاكم الإدارية ، الجريدة الرسمية ، عدد 39 لسنة 1998 .

3-الأمر رقم 97-07 المؤرخ في 6 مارس 1997 يتضمن القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات ، الجريدة الرسمية ، عدد 12 ، المعدل والمتمم بالقانون العضوي رقم 12-01 ، الجريدة الرسمية ، عدد 01 ، لسنة 2012 .

4-القانون رقم 75-59 ، المعدل والمتمم بموجب القانون 05-02 ، المؤرخ في 6 فيفري 2005 ، المتضمن القانون التجاري ، الجريدة الرسمية ، عدد 11 ، لسنة 2005 .

5-الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 ، المتضمن القانون المدني ، الجريدة الرسمية ، عدد 78 ، لسنة 1975 ، المعدل والمتمم .

خامساً-الاجتهاد القضائي

1-قرار مجلس الدولة ، المؤرخ في 20 غشت 1989 ، قرار رقم 01 ، يتعلق بقانون الانتخابات ، الجريدة الرسمية ، عدد 36 ، لسنة 1989 .

2-قرار مجلس الدولة ، ملف رقم 172994 ، قرار بتاريخ 27 جانفي 1998 ، قضية (خ ق) ضد المجلس الأعلى للقضاء ووزير العدل .

3-قرار المحكمة العليا ، ملف رقم 264463 ، قرار بتاريخ 09 أكتوبر 2002 ، قضية (ن س) ضد (ن ش) ، المجلة القضائية ، عدد 01 ، لسنة 2003 .

- 4-قرار المحكمة العليا ، الغرفة الجزائرية ، ملف رقم 167921، قرار بتاريخ 22 فيفري 2002 ، قضية (م ع) ومن معه ضد (ن ع) ، المجلة القضائية، العدد 02 ، لسنة 2000.
- 5-قرار المحكمة العليا ، الغرفة المدنية ، ملف رقم 288587 ، قرار بتاريخ 11 ديسمبر 2002 المجلة القضائية ، عدد 01 .
- 6-قرار المحكمة العليا ، الغرفة الجزائرية ، ملف رقم 167921 ، قرار بتاريخ 11 ديسمبر 2002، المجلة القضائية ، العدد 02 ، لسنة 2003 .
- 7-قرار المحكمة العليا ، ملف رقم 264463 ، قرار في 9 أكتوبر 2002 ، المجلة القضائية عدد 02 ، لسنة 2003 .
- 8- قرار مجلس الدولة ، ملف رقم 712994 ، قرار بتاريخ 27 يوليو 1998، عدد 01، لسنة 2002.
- 9-رأي رقم 01 ، رأي المجلس الدستوري ، مؤرخ في 6 يوليو 2011، يتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي الذي يحدد تنظيم المحكمة العليا وعملها واختصاصها مع الدستور، الجريدة الرسمية ، عدد 42، لسنة 2011 .
- 10-رأي رقم 02 ، رأي المجلس الدستوري ، مؤرخ في 6 يوليو 2011 ، يتعلق بمطابقة القانون العضوي الذي يحدد تنظيم مجلس الدولة وعمله واختصاصه للدستور ، الجريدة الرسمية ، عدد 42 ، لسنة 2011.

باللغة الفرنسية

- 1-David Rousseau –Droit du contentieux constitutionnel – paris Montchrestien – 1993.
- 2-François Terré –Introduction générale au droit – 2^e édition– Dalloz 1994.
- 3-Les grands Arrêts de la jurisprudence administrative – Sirey 4^m édition, paris 1965.
- 4-Nacira KANOUN et Taher Taleb ;de la place des traités internationaux dans l’ordonnancement juridique national en algérie.El-mouhamat.N3 décembre.2005.
- 5-P .Weil et autre , les grands arrêts de la jurisprudence administrative – 12^{ene} édition .france, , Dalloz . 1999

الفهرس

الفهرس

- 5.....مقدمة.
- 8.....الفصل الأول: ماهية مبدأ تدرج القواعد القانونية.
- 8.....المبحث الأول :مفهوم مبدأ تدرج القواعد القانونية.
- 8.....المطلب الأول: مكانة القواعد الدستورية والاتفاقيات الدولية طبقاً لمبدأ التدرج.
- 9.....الفرع الأول : مكانة القواعد الدستورية طبقاً لمبدأ تدرج القواعد القانونية.
- 10.....أولاً : تكريس سمو الدستور وتأسيس مجلس دستوري يسهر على احترام الدستور.
- 11.....ثانياً :ارساء تدرج بالنسبة للقواعد التي تدنو الدستور.
- 12.....الفرع الثاني : تدرج القواعد الاتفاقية الدولية.
- 12.....أولاً : تكريس المؤسس سمو المعاهدات على القانون.
- 13.....ثانياً : تأكيد المجلس الدستوري سمو المعاهدات على القانون.
- 14.....الفرع الثالث: تدرج القواعد التشريعية واللائحية.
- 14.....أولاً :سمو القوانين العضوية والعادية على التنظيمات المستقلة.
- 15.....ثانياً :سمو الأوامر التشريعية على التنظيمات المستقلة.
- 16.....المطلب الثاني :مكانة القواعد القانونية التشريعية طبقاً لمبدأ التدرج .
- 17.....الفرع الأول : المقصود بالقواعد التشريعية .
- 17.....أولاً : مجال القواعد التشريعية.

- 18..... ثانيا : درجة القواعد التشريعية
- 19..... ثالثا: مرتبة القواعد التشريعية
- 20..... الفرع الثاني : القواعد اللائحية
- 20..... أولا : المقصود بالقواعد اللائحية
- 22..... ثانيا :مرتبة القواعد اللائحية
- 24..... المبحث الثاني :نتائج مبدأ تدرج القواعد القانونية
- 24..... المطلب الأول : نتائج سمو القواعد الدستورية
- 25..... الفرع الأول : مظاهر سمو الدستور من حيث الشكل
- 25..... الفرع الثاني : مظاهر سمو الدستور من حيث الموضوع
- 27..... الفرع الثالث : خضوع السلطات للقواعد الدستورية
- 27..... أولا : خضوع السلطة التشريعية للقواعد الدستورية
- 29..... ثانيا :خضوع السلطة التنفيذية للقواعد الدستورية
- 30..... ثالثا :خضوع السلطة القضائية للقواعد الدستورية
- 31..... المطلب الثاني : نتائج تدرج القواعد القانونية الأخرى
- 32..... الفرع الأول : نتائج سمو القواعد الاتفاقية الدولية
- 32..... أولا : خضوع السلطة التشريعية للقواعد الاتفاقية الدولية
- 31..... ثانيا : خضوع السلطة التنفيذية للقواعد الاتفاقية الدولية

- 34..... ثالثا : خضوع السلطة القضائية للقواعد الاتفاقية الدولية
- 34..... الفرع الثاني : نتائج مرتبة القواعد التشريعية واللائحية
- 35..... أولا : نتائج المرتبة الإلزامية للقوانين العضوية
- 35..... ثانيا : نتائج سمو القواعد التشريعية على القواعد اللائحية
- 37..... الفصل الثاني : آثار مبدأ تدرج القواعد القانونية على الوظيفة القضائية
- 38..... المبحث الأول : دور القضاء الجزائري في الرقابة على دستورية القوانين
- 38..... المطلب الأول : الرقابة القضائية على دستورية القوانين
- 39..... الفرع الأول : رقابة الإلغاء
- 41..... الفرع الثاني : رقابة الامتناع
- 41..... أولا : تعريف رقابة الامتناع
- 41..... ثانيا : أساس حق القضاء في رقابة الامتناع
- 42..... المطلب الثاني : الرقابة السياسية على دستورية القوانين
- 43..... الفرع الأول : المجلس الدستوري الجزائري
- 43..... أولا : المجلس الدستوري كهيئة رقابة على دستورية القوانين
- 45..... ثانيا : اختصاصات المجلس الدستوري الجزائري
- 49..... الفرع الثاني : المجلس الدستوري الفرنسي
- 49..... أولا : الرقابة الوجوبية

ثانيا: الرقابة الجوازية	49
المبحث الثاني : الرقابة القضائية على تدرج القواعد القانونية الأخرى.....	50
المطلب الأول : الرقابة القضائية على مطابقة القواعد التشريعية واللائحية للقواعد الاتفاقية الدولية.....	50
الفرع الأول : تكريس اختصاص القضاء لرقابة مدى مطابقة القانون للاتفاقيات.....	51
الفرع الثاني : سلطات القضاء في رقابة مطابقة القانون للاتفاقيات الدولية.....	52
أولا : التعارض بين التشريع السابق والاتفاقية اللاحقة	52
ثانيا: التعارض بين الاتفاقية السابقة والتشريع اللاحق.....	53
ثالثا : سلطات القاضي الإداري في رقابة مدى مطابقة القوانين للاتفاقيات.....	53
الفرع الثالث : الإشكالات التي تطرح على القاضي بصدد رقابة المطابقة.....	55
أولا : الإشكالات غير المتعلقة بمضمون المعاهدة	55
ثانيا : الإشكالات المتعلقة بمضمون المعاهدة.....	55
ثالثا : إشكالية القابلية للتطبيق المباشر.....	56
المطلب الثاني : الرقابة القضائية على مشروعية القواعد اللائحية	57
الفرع الأول : رقابة الإلغاء	58
الفرع الثاني : الرقابة عن طريق الدفع بعدم الشرعية.....	60
الفرع الثالث: وسائل القاضي لتوسيع رقابة مشروعية الدفع.....	62

- 63..... أولاً : الرقابة القضائية بالإستناد إلى القواعد الدستورية
- 64..... ثانياً: توسيع الرقابة القضائية بالاستناد للمبادئ العامة للقانون
- 67..... خاتمة

قائمة المراجع

الفهرس