

جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم

المرجع:

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم القانون الخاص

مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر

تحت عنوان

مبدأ تدرج القواعد القانونية وآثاره على الوظيفة القضائية

ميدان الحقوق والعلوم السياسية

التخصص: قانون قضائي

تحت إشراف الأستاذة:

- حميش يمينة

الشعبة: الحقوق

من إعداد الطالب:

- لوافي نبيل

أعضاء لجنة المناقشة

الأستاذة(ة) علاق نوال.....رئيسا

الأستاذة(ة) حميش يمينة..... مشرفا مقرا

الأستاذة(ة) بن عوالي علي.....مناقشا

السنة الجامعية: 2023/2022

تاريخ المناقشة: 2023/07/04

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

قوله تعالى :

﴿ قَالَ رَبِّ اشْرَحْ لِي صَدْرِي (25) وَيَسِّرْ لِي أَمْرِي

(26) وَأَحِلْ لِي غَدَاةً مِّن لِّسَانِي (27) يَفْقَهُوا قَوْلِي (28) ﴾

سورة طه الآيات: (25-28)

الإهداء

الحمد لله الذي هدانا إلى نور

العلم وميزنا بالعقل

أما بعد

إلى من بلغ الرسالة وأوصل الأمانة إلى الذي بكى علينا دون أن يرانا إلى حبيبنا وقرّة أعيننا
محمد صلى الله عليه وسلم.

إلى من قال فيهما المولى عز وجل: { واخفض لهما جناح الذل من الرحمة وقل ربني

ارحمهما كما ربياني صغيرا } والدي الكريمين حفظهما الله وأطال الله في عمرهما.

إلى جميع إخوتي وأخواتي، وكل أفراد عائلتي

إلى كل الزملاء والأصحاب

وإلى كل من علمني ولو حرفا حتى أصل إلى ما أنا عليه.

إلى كل هؤلاء أهدي ثمرة جهدي

الشكر والتقدير

انطلاقاً من قوله صلى الله عليه وسلم: { مَنْ لَا يَشْكُرُ النَّاسَ لَا يَشْكُرُ اللَّهَ }

رواه الترمذي وصححه.

وبعد انتهائي بتوفيق الله تعالى من كتابة هذا البحث، فإنني أدرك أنّ هناك أشخاص ساعدوني في إتمام هذه المذكرة فمنهم من ساهم بالنصح والبعض بالتوجيه ومن باب الجميل أن ننقدم بتشكراتنا الخالصة لهم والاعتراف بفضلهم.

إلى الأستاذة المشرفة التي كانت تعليماتها وآراءها سندا لي طول فترة إنجاز هذه

المذكرة الأستاذة الفاضلة " حميش يمينة " .

كما أتوجه بالشكر إلى كل أساتذتي في كل المراحل الدراسية على ما بذلوه من أجلنا علما ومعرفة وتوجيهها وإشرافا وإلى جميع الأساتذة الكرام بكلية الحقوق والعلوم السياسية، بجامعة مستغانم إلى كل من عملوا على تزويدي بالمراجع القيمة والنصائح الجليّة وإلى كل طالب يسعى بجهده لنيل ثمرة العلم.

أنقدم بجزيل الشكر إلى كل من ساهم من قريب أو من بعيد على إنجاز هذا العمل المتواضع من خلال الدعم المتواصل لنا طيلة مشوارنا الدراسي.

والحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات.

مقدمة

مقدمة:

"إن الدستور يجسم عبقرية الشعب الخاصة، ومرآته الصافية التي تعكس تطلعاته و ثمرة إصراره ونتائج التحولات الاجتماعية العميقة التي أحدثها، وبموافقته عليه يؤكد بكل عزم وتقدير أكثر من أي وقت مضى سمو القانون"

بهذه الكلمات كشف الدستور الحالي في ديباجته اعتناقه لمبدأ (سمو القانون) أو (مبدأ المشروعية) باعتباره قمة الضمانات الأساسية لحقوق الإنسان وما ينبثق عنها من حقوق وحریات، إذ يبلور هذا المبدأ أحد عناصر دولة القانون وأساس تميزها عن دولة الواقع البوليسية أو الاستبدادية، ومن المستقر عليه أن سيادة أو سمو القانون تتحقق بخضوع كل السلطات العامة في الدولة للقانون خضوع المحكمين له وذلك أن الدولة لا تكون قانونية إلا حيث تخضع فيها جميع الهيئات العامة لقواعد القانون في جميع مظاهر نشاطها، وهو ما سوف يترتب عليه ضمان وحماية الحقوق والحریات من أي تعسف أو تغول ، باعتبار ذلك يمثل الهدف المرجو والغاية المبتغاة من بناء دولة القانون.

وفي الحقيقة إن القانون بمعناه الواسع هو في جوهره تعبير عن إرادة الدولة، فهذه الإرادة دون غيرها تمثل المصدر الوحيد للقواعد القانونية، ولكن الدولة لا تعبر عن إرادتها بأسلوب واحد بعينه، وإنما تختلف طرق التعبير عن إرادة الدولة باختلاف السلطة العامة الموكلة إليها التعبير عن هذه الإرادة، ومن هنا تتعدد مصادر القاعدة القانونية .

وإذ لا يقتصر إنشاء القواعد القانونية على سلطة أو هيئة عامة واحدة في الدولة، فإنه يكون محتملا وقوع التعارض أو التناقض بين هذه القواعد، ومن ثم التنازع بين السلطات أو الهيئات التي تولت تقريرها، وليس من شك في أن ظاهرة (التعارض القانوني) تشكل مفترضا عاما وشاملا¹، ذلك أن القانون الوضعي من إنشاء بشري، وأن الجهات المنشئة لهذا القانون

¹ - كمال عبد الواحد الجوهري، القصور التشريعي وسلطة القاضي الجنائي، توزيع دار الكتاب الحديث ، ط1 1994 ص 150 وسامي جمال الدين، تدرج القواعد القانونية ومبادئ الشريعة الإسلامية، منشأة المعارف ، الإسكندرية، ص 16.

متعددة، وهو ما يجعل تعارض القواعد القانونية الوضعية ظاهرة عامة وشاملة تعرفها كل الأنظمة القانونية.

ولذلك لم يكن غريبا أن يقف غالبية الفقه في وجه نظرية (كمال التشريع)¹ التي ظهرت في ألمانيا كأثر الفلسفة هيغل، التي تأثر بها الفقه القانوني ولا زال البعض يرددتها ومن هؤلاء الفقيه الكبير كلسن، فهذه النظرية لقيت من النقد ما لم تلقه نظرية غيرها، ذلك أنها لا تعترف بقصور التشريع لنقص في النصوص أو غموضها أو تعارضها، وفي ذلك تناقض مع طبيعة الأشياء ومجافاة للمنطق، نظرا للطابع البشري للتشريع، ولتعدد الهيئات الموكل لها سن القواعد القانونية في الدولة، وبالطبع لا يمكن للقائمين على صناعة القواعد القانونية استيعاب مضمون النظام القانوني ككل، وهو ما سوف يترتب عليه بالطبيعة التعارض بين القواعد القانونية، ومفاد ذلك أن ظاهرة تناقض القواعد القانونية أمر لا مناص منه، مما يفرض التساؤل عن الآليات الكفيلة بإزالة هذا التعارض؟ وبصورة خاصة ما هو دور القضاء في هذا الشأن؟

ومن الواضح أن هذه الظاهرة قد لا تكون مشكلة، وذلك إذا كان التعارض بين نص عام وآخر خاص أو بين نص سابق وآخر لاحق، إذ سوف يعمد القاضي إلى مبدأ النص الخاص يقيد النص العام بالنسبة للحالة الأولى، مبدأ النص اللاحق يلغي السابق بالنسبة للحالة الثانية، ويستبعد أحد النصين ليطبق النص الثاني على القضية المعروضة عليه، ولكن الإشكال قد يثور بصدد قواعد قانونية ليست لها نفس المرتبة الإلزامية، فيكون أحدها نصا دستوريا أو اتفاقيات دولية والثاني نصا تشريعا عاديا أو لائحيا، أو يكون أحدها نصا تشريعا والثاني لائحيا، فما هي الآلية القانونية الكفيلة بحل هذا التعارض؟

ولابد من التأكيد على أن التزام القاضي بحل إشكالية التعارض القانوني بين النصوص القانونية غير المتساوية في المرتبة الإلزامية ليست مزية منه، بل هو التزام قانوني ملقى على عاتقه وذلك لعدة اعتبارات أهمها :

1- سميير تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف الإسكندرية، ط1947 ص 483، وكمال عبد الواحد الجوهري، المرجع السابق ص 18، وعبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، ج 1 ص 18.

أولاً: أن القاضي هو حجر الزاوية، والضمانة الأكيدة لبناء دولة القانون هذه التي لا معنى لها أمام عدم انسجام التنظيم القانوني للدولة، فجوهر وظيفة القاضي تطبيق القانون بمعناه الواسع، وليس له حرية تطبيق بعض القوانين والإعراض عن بعض أو تعطيله دون مسوغ مشروع، فمن أخص مهامه تحقيق وحدة النظام القانوني وتكامله، ومفاد ذلك انه غير جائز للقاضي الاحتجاج بوجود قاعدتين متناقضتين أو متعارضتين، بل واجبه هو التوفيق بينهما أو حل هذا الإشكال، لأن القول بغير ذلك يمثل إخلالاً بمبدأ الشرعية وإنكاراً للعدالة، فالقاضي هو السلطة المنوط بها تفسير القانون وتطبيقه، وعليه إذا ما عرض له عارض أي إذا ما اكتشف غموضاً أو تعارضاً أو نقصاً في التشريع الذي يهم بتطبيقه أن يتصدى لهذا العارض، ويسعى إلى إزالته ليمهد السبيل إلى التطبيق الصحيح للقانون، ولا شك أنه يؤدي هذا الدور. ويقوم بهذا الواجب وفقاً لضوابط قانونية محددة لا تفسح مجالاً للتعسف.

ثانياً: أن القاضي يجب عليه العمل على تحقيق العدالة في كل قضية يفصل فيها، وذلك من خلال تطبيقه القانون¹، هذا الأخير الذي يندرج ضمنه كل القواعد القانونية العامة والمجردة، وهي التي تعارضت بينها فأي القواعد القانونية سيطبق؟

لا بد أن التزام القاضي بتحقيق العدالة والعمل على تحقيقها في كل قضية، يفرض عليه الفصل في هذا الإشكال وفق معيار محدد، يجعل حكمه مسبباً وبالتالي محصناً ضد النقض والإبطال من الجهات القضائية العليا، ولا بد أنه سيصل لاستبعاد إحدى هذه القواعد القانونية ليطبق الأخرى بما يراه محققاً للعدالة وموافقاً للقانون.

ثالثاً: وأن القاضي ملتزم بالإجابة على كل الدفوع تحت طائلة عدم التسبب الذي يجعل حكمه معرضاً للنقض والإبطال، فإذا أثير أمامه دفع من أحد المتقاضين بأن النص المراد تطبيقه عليه مخالف للنص الذي يعلوه في الدرجة مما يجعله غير دستوري أو غير مشروع فإن القاضي ملزم بالرد على هذا الدفع طالما رآه جدياً.

1- حسن السيد بسيوني، منهجية العمل القضائي، ص 7 وما بعدها.

وعلى ذلك، فإن القاضي يطبق القانون بالمفهوم الذي ينصرف للقواعد القانونية، مهما كان مصدرها دستورا أو تشريعا عاديا أو فرعيا أو مبادئ عامة للقانون أو عرفا أو اتفاقيات دولية أو مبادئ العدالة والقانون الطبيعي، فالقاضي مطالب بتطبيق كل هذه القواعد القانونية، وهي التي قد تتعارض وعليه أن يحدد أيها يجب استبعاده، وأيها يجب تطبيقه، وهو ما يفرض البحث عن آلية موحدة يلتزم بها القضاة في هذا المجال، سعيا لانسجام الأحكام القضائية وتوحيد الاجتهاد القضائي، ومن هنا بدت ضرورة التوصل إلى قاعدة ما تحقق في آن واحد الترابط بين كافة القواعد القانونية التي يتكون منها التنظيم القانوني للدولة، وحل إشكاليات و احتمالات وقوع التعارض أو التناقص فيما بين هذه القواعد، وقد تحقق ذلك فعلا عن طريق تقرير قاعدة أو مبدأ (تدرج القواعد القانونية)¹، وهو من أهم المبادئ التي أسفر عنها الأخذ بمبدأ المشروعية في الدولة القانونية، ذلك انه إذ كان مقتضى مبدأ المشروعية خضوع كل من في الدولة سلطات عامة وأفراد لأحكام القانون - بمعناه الواسع - واحترام الأفراد للقانون أمر تكفله السلطة العامة بما تملكه من وسائل الجبر والإلزام، ويبقى التساؤل حول الآلية الكفيلة بإلزام السلطات العامة بالخضوع لأحكام القانون؟

ولذلك فإنه تأسيسا على مقتضيات مبدأ المشروعية وكفالة احترام السلطات العامة للقانون والالتزام بأحكامه استقر الأمر على أن ذلك يكفله مبدأ تدرج القواعد القانونية، فكيف يحدث ذلك؟

هذا الإشكال تناوله الفقه والقضاء المقارن واستقر فيه على موقف ثابت ومستقر، بينما لا يزال القضاء الجزائري يراوح مكانه بالنسبة لهذا الموضوع إذ لم تجد سوى عدة قرارات قضائية تشير إلى هذه المسألة وتكرس هذا المبدأ، والحقيقة انه لم يبق أي تبرير أمام القضاء الجزائري حتى لا ينخرط في هذا المسار، وخصوصا في إطار المسعى الحالي للسلطات العامة لإصلاح العدالة كإحدى آليات تكريس دولة القانون وبناء الحكم الراشد.

1 - سامي جمال الدين، المرجع السابق ص 15 و16، وكمال عبد الواحد الجوهري، المرجع السابق، ص 159.

وبناء على ذلك فإن القاضي الجزائري مطالب اليوم بأن يكون شجاعا، ويساهم بفعالية في هذا المسعى بالعمل على تحقيق انسجام النظام القانوني للدولة، وذلك بإزالة التعارض القانوني كلما طرح عليه هذا الإشكال وبالطبع فإن وسيلته في ذلك هي (مبدأ تدرج القواعد القانونية) الذي سيجد فيه حلا لإشكال التعارض بما يجعله يضحى بالقانون الأدنى فيستبعده لصالح القانون الأعلى الذي يعتمد على النزاع المعروض عليه، ولا شك أن هذا الطرح يبدو بسيطا عند إطلاقه بعمومه، ولكن عند التفصيل والتطبيق يثير جملة من الإشكاليات والاعتراضات، التي تصل أحيانا لحد الإطاحة بالمبدأ وإعادة النظر في مضامينه ونتائجه.

إن هذا الموضوع يفرض نفسه ليس فقط لندرة الدراسات حوله وخصوصا في الجزائر، بل ولعلاقته المباشرة بالعمل القضائي باعتباره الوسيلة الوحيدة لحل عديد الإشكاليات التي تثار أمام القاضي يوميا، وهو إحدى الوسائل لتأكيد سلطة القضاء المستقلة وتوسيع مساحة عمله ووظيفته.

وترتبا على ذلك يتوجب دراسة هذا الموضوع من خلال الإجابة على عدة تساؤلات، تتعلق بماهية هذا المبدأ أي مضمونه والنتائج المترتبة عليه، وبالتالي كيف تترتب القواعد القانونية المشكلة للتنظيم القانوني في الدولة؟ أي من درجة واحدة؟ أم لها مراتب متعددة؟ وما هو الأساس أو المعيار الذي يعتمد في هذا الترتيب؟ وما هي نتائج ذلك على عمل السلطات العامة؟ وبصورة خاصة ما هي نتائجها على الوظيفة القضائية؟ أي هل يملك القضاء سلطة إخضاع القاعدة الأدنى للقاعدة الأعلى؟ وبالتالي هل يملك رقابة دستورية القوانين ورقابة اتفاقية القوانين؟ ورقابة مطابقة القانون العادي للقانون العضوي؟ وما هو تأثير المبدأ على وظيفة القاضي التقليدية في مراقبة مشروعية اللوائح؟

كل تلك التساؤلات تتم الإجابة عنها بالاعتماد على منهجية مزدوجة، تقوم على التحليل والمقارنة :

- التحليل للمبادئ والنصوص القانونية واستخلاص المقدمات والنتائج المتعلقة بمبدأ التدرج القانوني.

- والمقارنة بما هو عليه الوضع في العمل القضائي من خلال الأحكام التي أمكن الحصول عليها .

وبالطبع لن تكتفي بما هو عليه الوضع عندنا بل يتم اللجوء إلى القانون و القضاء المقارن مع التركيز على فرنسا ومصر كنموذجين مختارين في هذا المجال. وهو ما يجعل الدراسة تبحث المبدأ من زاويتين:

الزاوية الأولى: تحديد ماهية المبدأ أي مضمونه ونتائجه (الفصل الأول) الذي تفصل فيه مضمون المبدأ بتحديد المرتبة الإلزامية لكل مصدر من المصادر الرسمية للقواعد القانونية مبتدئين بالترتيب الإلزامي للقواعد القانونية المكتوبة، وبعدها ترتيب القواعد غير المكتوبة **(المبحث الأول)** ثم تحديد النتائج المترتبة على ذلك الترتيب الإلزامي بالنسبة لعمل السلطات العامة في الدولة، مبتدئين بنتائج سمو القواعد الدستورية، لكونها متميزة بصورة خاصة عن نتائج ترتيب القواعد القانونية الأخرى **(المبحث الثاني).**

والزاوية الثانية: تتعلق بدور القضاء في تكريس المبدأ وما ينجر عنه من أدوار رقابية جديدة (الفصل الثاني) مبتدئين بدور القضاء في الرقابة الدستورية على القوانين، هل يختص بها أم يمتنع عليه التعرض لدستورية القوانين، وما هي الوظائف التي يلعبها القاضي أثناء ممارسته الرقابة الدستورية **(المبحث الأول)** ثم التعرض لدور القضاء في الرقابة على تدرج القواعد القانونية الأخرى ابتداء من الرقابة على اتفاقية القوانين، وبعدها الرقابة على مشروعية القواعد اللائحية **(المبحث الثاني).**

الفصل الأول

ماهية مبدأ تدرج القواعد القانونية

يسود الدولة المعاصرة مبدأ المشروعية باعتباره إحدى ضمانات دولة القانون، إذ تغدو السيادة لحكم القانون وحده، وهو ما يكفل حماية جدية للحقوق والحريات، ومن المستقر عليه أن مدلول القانون ينصرف إلى كافة القواعد القانونية السارية في الدولة. أيا كان مصدرها وشكلها إذ تشكل تلك القواعد جميعها عناصر المشروعية في الدولة.

واعتباراً لكون مصادر القاعدة القانونية متعددة، إذ لا يقتصر إنشاء القواعد القانونية على سلطة أو هيئة عامة واحدة في الدولة، فإنه يكون محتملاً وقوع التعارض أو التناقض بين هذه القواعد، و بالتالي يصبح من الضروري البحث عن قاعدة ما تحقق في آن واحد الترابط والانسجام بين كافة القواعد القانونية التي يتكون منها التنظيم القانوني للدولة، و حل إشكالات و احتمالات وقوع التعارض فيما بين هذه القواعد، وقد توصل الفقه وبعده القضاء إلى مبدأ تدرج القواعد القانونية باعتباره كفيل بكل ذلك، واستقر الأمر على اعتباره إحدى عناصر دولة القانون و ضماناتها و ترتيباً على ذلك يتعين تحديد **مضمون هذا المبدأ (المبحث الأول) و حصر نتائجه (المبحث الثاني).**

المبحث الأول: مضمون مبدأ تدرج القواعد القانونية

تأسيساً على مقتضيات مبدأ المشروعية، ولكفالة احترام السلطات العامة للقانون، استقر الأمر على ضرورة ترتيب القواعد القانونية التي تكون عناصر المشروعية في مراتب متعددة متتالية، بحيث يسمو بعضها على البعض الآخر، في تدرج يشمل كافة هذه القواعد التي تمثل التنظيم القانوني للدولة، فتخضع القاعدة الأدنى مرتبة للقاعدة الأعلى منها مرتبة فلا تستطيع مخالفتها و إلا عادت غير مشروعة¹، ويتفق الفقه والقضاء أن تدرج القواعد القانونية هو تدرج شكلي من ناحية، وهو تدرج للمرتبة الإلزامية لتلك القواعد:

- **التدرج الشكلي للقواعد:** والذي يركز على مرتبة السلطة التي أصدرت القاعدة القانونية والإجراءات المتبعة في ذلك.

1- انظر: سامي جمال الدين، تدرج القواعد القانونية و مبادئ الشريعة الإسلامية، ص 16 و طعمية الجرف، المرجع السابق، ص 62 وما بعدها و د. كمال عبد الواحد الجوهري، القصور التشريعي وسلطة القاضي الجنائي، المرجع السابق ص 153.

- تدرج المرتبة الإلزامية للقواعد القانونية: والذي يعني أن بعض القواعد يتمتع بقوة إلزامية أعلى مما تتمتع به القواعد الأخرى التي تليها في المرتبة.

والحقيقة أن مظاهر التدرج تقتصر حقا على القوة القانونية للقاعدة، أو قوتها أو مرتبتها الإلزامية¹، ومقتضى ذلك أن مبدأ تدرج القواعد القانونية يشمل كافة القواعد القانونية، سواء منها ما كان مدونا (المطلب الأول) أو كان غير مدون (المطلب الثاني) ذلك أن مبدأ تدرج القواعد القانونية يتضمن تدرج التشريعات إلى جانب تدرج القواعد القانونية الأخرى.

المطلب الأول: تدرج القواعد القانونية المكتوبة

تمثل القواعد القانونية المكتوبة أو المسنونة من طرف السلطة المعهود إليها سن القوانين المصدر الأول للمشروعية في الدولة، والمستقر عليه فقها وقضاء أن ثمة ثلاثة أنواع من القواعد القانونية المكتوبة، وذلك بالنظر إلى السلطة التي قامت بسنها:

- القواعد الدستورية: التي تضعها السلطة التأسيسية.

- والقواعد التشريعية: التي تتولى السلطة التشريعية سنها.

- والقواعد اللائحة: التي تتولى السلطة التنفيذية وضعها.

ونظرا لاعتراف دستور 2020 في المادة 154 منه بسمو المعاهدات على القانون، فمعنى ذلك إدراج القواعد الاتفاقية الدولية ضمن التنظيم القانوني للدولة.

ومن ثم فمبدأ التدرج التشريعي² - الذي يتضمنه مبدأ التدرج القانوني - يقصد منه : أن تأتي القواعد الدستورية في المقدمة بسبب سمو الدستور (الفرع الأول) ثم تأتي بعدها القواعد الاتفاقية الدولية بسبب سمو المعاهدات المصادق عليها على القانون (الفرع الثاني) وبعدها القواعد التشريعية الصادرة عن السلطة التشريعية المختصة، والتي لا بد أن تأتي منسجمة مع القواعد

1 - ويضيف الدكتور طعمية الجرف أن التدرج المادي أيضا له دخل في ترتيب القواعد القانونية - المرجع السابق ص 83 وما بعدها.

2. François Terré. Introduction générale au droit. 2e édition, 1994 Dalloz p 141 est.

2- إبراهيم عبد العزيز شيحا الوسيط في مبادئ وأحكام القانون الإداري، الدار الجامعية، 1997، ص 77 وما بعدها و محمد رأس العين الرقابة على دستورية القوانين عن طريق الدفع الفرعي، الندوة الوطنية الثانية للقضاء بناادي الصنوبر أيام 25/24/23 فبراير 1991 ص 166 وحسين صغير، النظرية العامة للقانون ببعديها الغربي والشرعي، ص 111 وما بعدها

الدستورية والقواعد الاتفاقية الدولية (الفرع الثالث) وتليها بعد ذلك القواعد اللائحية الصادرة عن السلطة التنفيذية، والتي يجب أن تأتي مطابقة للقواعد القانونية الأعلى منها كلها (الفرع الرابع).

الفرع الأول: القواعد الدستورية

تقوم دولة القانون على وجود نظام دستوري يحمي حقوق الإنسان وما ينبثق عنه من حقوق وحرّيات من جهة، ووجود ضمانات فعالة تكفل التكريس الفعلي لهذا النظام الدستوري، بحيث تخضع له السلطات العامة خضوع المحكومين له، ويأتي (مبدأ سمو الدستور) على رأس هذه الضمانات، إذ لا يتصور قيام دولة القانون دون هذا سمو وهو ما تم تكريسه في ديباجة دستور 1996 التي جاء فيها: " إن الدستور فرق الجميع وهو القانون الأساسي الذي يضمن الحقوق والحريات الفردية والجماعية ويحمي مبدأ حرية اختيار الشعب ويضفي الشرعية على ممارسة السلطات ...".

فيؤكد من ذلك سمو الدستور، وبالتالي تموضع القواعد الدستورية في قمة الهرم القانوني في الدولة، ولذلك فمن الضروري تحديد مدلول القواعد الدستورية (أولا) ومرتبها بين القواعد القانونية طبقا لمبدأ تدرج القواعد القانونية (ثانيا).

أولا: مدلول القواعد الدستورية:

يقصد بالقواعد الدستورية مجموعة القواعد القانونية الواردة في الوثيقة الدستورية والتي تبين نظام الحكم في الدولة، وتحدد الحقوق والحريات العامة للأفراد، وتقرر الأسس والأهداف السياسية والاقتصادية والاجتماعية للدولة، ويستند هذا المفهوم على المعيار الشكلي الذي يرى أن القواعد الدستورية مصدرها الوحيد هو (الوثيقة الدستورية).

ويعترض بعض الفقه على هذا المفهوم، ويرى أن القواعد الدستورية هي مجموعة القواعد القانونية التي تبين نظام الحكم في الدولة وتحدد الحقوق والحريات العامة للأفراد، سواء وردت في الوثيقة الدستورية وهو الأصل، أو وردت في وثائق أخرى يطلق عليها أحيانا إعلانات الحقوق أو المواثيق، كما قد يرد بعضها في مقدمات الدساتير ذاتها. فالقواعد الدستورية حسب

هذه الاتجاه الذي يعتمد على المعيار المادي¹ هي التي تنشئ وتنظم السلطات العامة جميعها، وتحدد نطاق اختصاص كل منها وكيفية ممارسة هذه الاختصاصات.

ثانيا: مرتبة القواعد الدستورية:

تمتاز القواعد الدستورية بالسمو والسيادة لاعتبارات عدة²، وهي:

1- أنها تصدر عن المشرع الدستوري أي السلطة التأسيسية، وهي أعلى سلطة في الدولة بحيث لا تعلوها سلطة أخرى، وهو ما يجعلها غير مقيدة بأي قيد في وضعها للدستور، أي أنها سلطة غير مشروطة، إذ لا تفيد بأية قواعد أخرى تعلوها بل هي السلطة العليا والسيدة، وهو ما يجعل التشريع الصادر عنها أي القواعد الدستورية سيادة، وهي المصدر الأساسي لكل قاعدة قانونية أخرى.

2- أن الدستور هو الذي يحدد فكرة القانون الرسمية في الدولة، وهو ما يجعله بمثابة الإطار القانوني العام لكل حياة الدولة، كما أنه يعين الأشخاص والهيئات التي يكون لها حق التصرف باسم الدولة، بشروطهم وصفاتهم لا بشخصهم وأسمائهم، ثم يحدد الطريق الشرعي للوصول إلى السلطة، ووسائل وحدود ممارسة الاختصاصات الدستورية لكل هيئة.

3- كما أن جمود الدستور يؤكد هذا سمو، وهذا خلافا للدساتير المرنة، حيث لا تمتاز حينئذ بالسمو اللازم للقواعد الدستورية، ويعتبر الدستور الجزائري دستورا جامدا، ومثله جميع الدساتير العربية وكذلك الدستور الفرنسي والدستور الأمريكي.

4- وقد نص الدستور نفسه على هذا سمو صراحة، إذ جاء في ديباجة الدستور 1996 (إن الدستور فوق الجميع، وهو القانون الأساسي الذي يضمن الحقوق والحريات الفردية والجماعية، ويحمي مبدأ حرية اختيار الشعب ويضفي الشرعية على ممارسة السلطات ويكفل الحماية

1- انظر محمد عبد الله العربي بك، كفالة حقوق الأفراد والحريات العامة، في الدساتير، مجلة مجلس الدولة المصري السنة الثانية بنابر 1951 وفوري أو صديق الوافي في شرح القانون الدستوري الجزائري، الجزء الثاني، النظرية العامة للدساتير، ديوان المطبوعات الجامعية، ط 2003 ص 31 وسليمان الطماوي السلطات الثلاث في الدساتير العربية المعاصرة وفي الفكر السياسي الإسلامي، توزيع دار الفكر العربي 5 1986، ص 57 وما يليها

2- سامي جمال الدين المرجع السابق ص 38 و خليل جريج، الرقابة القضائية على أعمال التشريع معهد البحوث والدراسات العربية - 1971، ص 90 وما بعدها

القانونية ورقابة عمل السلطات العمومية في مجتمع تسوده الشرعية ويتحقق فيه تفتح الإنسان بكل أبعاده) وجاء في المادة 182 من دستور 1996 "انه يصدر رئيس الجمهورية نص التعديل الدستوري الذي أقره الشعب وينفذ كقانون أساسي للجمهورية".

وترتibia على ما سبق فإن الدستور هو السيد، وبالتالي تتموضع القواعد الواردة فيه في قمة الهرم القانوني للدولة، وهو ما يقود إلى نتيجة أساسية مفادها خضوع كل القواعد القانونية في الدولة للقواعد الدستورية، سواء من حيث الشكل أو من حيث الموضوع¹ وكذلك المحكمة الإدارية العليا السورية التي قررت أنه نظرا لما يتميز به الدستور من طبيعة خاصة تضي عليه صفة القانون الأعلى وتسمه بالسيادة، فهو بهذه بمثابة سيد القوانين جميعها بحسبانه كفيل الحريات وموئله ومناط الحياة الدستورية ونظام عقدها...² وهو ما كرسه أيضا القضاء في مختلف الدول، ورغم انه لا يوجد حكم أو قرار قضائي يكشف حقيقة موقف القضاء الجزائري من هذه المسألة لكن لا يسعه إلا أن يفعل ما سبقه إليه القضاء المقارن من اعتراف بسمو القواعد الدستورية وتكريس نتائجه.

الفرع الثاني: القواعد التشريعية

طبقا لمبدأ الفصل بين السلطات الذي يمثل إحدى ضمانات و عناصر دولة القانون، فإن السلطة التشريعية تتولى بحكم تخصصها الدستوري بسن القواعد القانونية العامة التي يتم بها رسم الخطوط العامة للحياة السياسية والاقتصادية والاجتماعية في الدولة وتخصص الهيئة التشريعية في وضع القوانين - القواعد التشريعية - أمر طبيعي اقتضاه مبدأ السيادة الشعبية، باعتبار أن هذه الهيئة تضم ممثلين للإرادة الشعبية صاحبة السيادة في الدولة الديمقراطية³

1 - محكمة التمييز اللبنانية، قرار في 16/02/1956 رقم 125 نقلا عن خليل جريج، المرجع السابق ص62

2 - المحكمة الإدارية العليا السورية، قرار في 26/04/1960، نقلا عن خليل جريج، نفسه، ص 62 و 63

3 - تنص المادة 98 من الدستور لسنة 1996 " يمارس السلطة التشريعية برلمان يتكون من غرفتين و هما المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة و له السيادة في إعداد القانون و التصويت عليه".

أولاً مدلول القواعد التشريعية:

يقصد بالقواعد التشريعية: القوانين التي تمنها السلطة التشريعية في الدولة¹، أي البرلمان بغرفتيه المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة هذا من حيث الأصل، ورئيس الجمهورية في إطار التشريع بأوامر²، وترتيباً على ذلك فإن تحديد مدلول القواعد التشريعية يفرض دراسة مجال القواعد التشريعية (I) ودرجاتها (II) .

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

1- تحديد المسائل التي يشرع فيها البرلمان: وهي المسائل الواردة في المادتين : 122 و123 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:³ بالرجوع للنص الدستوري نجد أنه ألزم السلطة التشريعية بسن القواعد القانونية بطريقتين:

الأولى: وضع القانون بقواعده العامة والتفصيلية كمثل القواعد المتعلقة بالتنظيم القضائي وإنشاء الهيئات القضائية، وقواعد قانون العقوبات والإجراءات الجزئية والنظام الجمركي.. الخ.

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

1 - سامي جمال الدين، المرجع السابق، ص 42 وسليمان مرقس المرجع السابق، ص 175 و طعيمة الجرف، المرجع السابق، ص 97

2- حسين صغير، المرجع السابق، ص 117 و موسى بودهان الفصل بين السلطات في النظام الجزائري مجلة النائب السنة 01 2003 عدد 02 مجلة فصلية يصدرها المجلس الشعبي الوطني الجزائري، ص 33 و ما بعدها.

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

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.

II- درجات القواعد التشريعية: يختص بس 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 أسمی من الأوامر التشريعية، بحكم أنها صادرة عن السلطة المختصة أصلا بالتشريع، فتكون أسمی من القواعد الموضوعية من طرف جهة أخرى بحكم الاستثناء لا الوضع الطبيعي، وتكون القوانين العضوية سموا على القوانين العادية نظرا للإجراءات الخاصة بالتصويت عليها وبالرقابة عليها قياسيا بالإجراءات المعتمدة بشأن القوانين العادية، وعلى ذلك فالقوانين العضوية أسمی من القوانين العادية، وهي بدورها تسمو على الأوامر التشريعية :

1- القانون العضوي: وهذا النوع ابتدعه دستور 1996 وميزه عن القانون العادي في موضوعاته وإجراءاته¹ فالموضوعات التي تدرج ضمن القانون العضوي تتعلق بمسائل تقترب من المسائل الدستورية، كالحريات وتنظيم السلطات العامة، وهو ما دفع بالبعض للقول بكون القوانين

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 (ملحق) (06) وانظر عبد الله بوقفة، المرجع السابق، ص 192 وما بعدها، و Francis Hamon et al. Cit. P 49 Michel Troper Droit constitutionnel. Op

العضوية تحتل مكانة وسط بين ما هو أساسي (الدستور) وعادي من 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، خلافاً للقوانين العادية التي تخضع للرقابة الاختيارية على دستورتها.

2- القانون العادي: ويتحدد مجاله حصراً 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 قد تكون سابقة أولاً حقه، ورقابة الدستورية محددة المسائل فيما رقابة المطابقة شاملة، وهي رقابة اختيارية¹

3- الأوامر التشريعية: أجاز دستور 1996 لرئيس الجمهورية التشريع عن طريق أوامر رئاسية² أثناء غيبة البرلمان، أو في الظروف الاستثنائية، واشترط أن يعرض هذه الأوامر على البرلمان في أول دوره له للموافقة عليها بالنسبة للأوامر الصادرة أثناء غيبة البرلمان، أي بين دورتيه أو أثناء شغوره، لم يشترط ذلك بالنسبة للأوامر المتخذة في الظروف الاستثنائية أو الأوامر التشريعية المتعلقة بقانون المالية، ونظراً لهذا التمييز يرى بعض الفقهاء أن الأوامر المتحدة أثناء غيبة البرلمان تبقى مجرد أعمال تنظيمية إدارية، والموافقة البرلمانية عليها هي التي تضي عليها الطابع التشريعي، وخلافاً لذلك يرى اتجاه آخر للفقهاء.

ثانياً: مرتبة القواعد التشريعية:

يرى اتجاه في الفقه أن القواعد التشريعية تمتاز بالسيادة والسمو³² ، لصدورها عن السلطة التشريعية، أي عن ممثلي الشعب، وبالتالي فلا 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 وفقاً للإجراءات القانونية عندما يتضمن أحكاماً تعارض الدستور، بحيث ليس هناك من وسيلة لإزالة هذا التعارض.

Francis Hamon et Michel Troper. Droit constitutionnel. Op Cit. P 51-1

2 عبد الله بوقفة، المرجع السابق، ص 251 و ما بعدها.

3 خليل جريج، المرجع السابق، ص 64 و ما بعدها.

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

الفرع الثالث: القواعد اللائحية

تعتبر اللوائح عنصراً من عناصر المشروعية، باعتبارها أحد مصادر القواعد القانونية في نظامنا القانوني، وفقاً للدستور الذي يعترف بحق السلطة التنفيذية في وضعها، وبالتالي فإن القواعد اللائحية تعتبر قواعد قانونية واجبة التطبيق، وتدرج ضمن النظام القانوني للدولة، وهو ما يفرض التساؤل عن مدلول القواعد اللائحية (أولاً) ومرتبها بين القواعد القانونية طبقاً لمبدأ تدرج القوانين (ثانياً).

أولاً: مدلول القواعد اللائحية:

يقصد بالقواعد اللائحية¹ تلك القواعد التي تجد مصدرها في النصوص الصادرة عن السلطة التنفيذية، في شكل مراسيم أو قرارات أو تعليمات أو منشورات أو مقررات، ويسميتها الفقه (اللوائح) باعتبارها قرارات إدارية تتضمن قواعد عامة ومجردة وغير شخصية تصدرها السلطة التنفيذية باعتبارها تمارس السلطة العامة، ولذلك فإن اللوائح تعد عملاً تشريعياً، 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 الدولة² مثل القواعد التشريعية، وتوجد ثلاثة أنواع، فهناك اللوائح التنظيمية (أ) و اللوائح التنفيذية (ب) و لوائح الضبط (ج) .

أ- اللوائح التنظيمية: مكن المؤسس الدستوري رئيس الجمهورية من الانفراد بمباشرة الاختصاص التنظيمي، وهو ما جاءت به المادة 1/125 من دستور 1996، والتي تقرر أنه "يمارس رئيس

1- إسحاق إبراهيم منصور، نظريات القانون والحق، الطبعة الثانية، ص 150 وما بعدها وحسين صغير، المرجع السابق، ص 117 وسليمان مرقس، الوافي، المرجع السابق، ص 177.

2 - إسحاق إبراهيم منصور، نفسه، ص 54 و سامي جمال الدين نفسه، ص 56.

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 المحال المخصص البرلمان 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 مجاله .

II- اللوائح التنفيذية: 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 القوانين¹.

III- 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 مستقلة²، غرضها صيانة النظام العام كلوائح تنظم المرور، ومراقبة الأغذية، وغيرها، وتصدر هذه اللوائح من رئيس الجمهورية أو رئيس الحكومة أو من الوزراء أو المديرين أو الولاة أو رؤساء البلديات كل في مجال اختصاصه.

ثانيا: مرتبة القواعد اللائحية:

إن اللوائح احد عناصر المشروعية، مما يوجب إدراجها في التنظيم القانوني للدولة، كما تمثل من زاوية أخرى أعمالا إدارية تخضع لمبدأ المشروعية وحدوده وقيوده، وخصوصا ما

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

2- محمود سعد الدين الشريف، النظرية العامة للضبط الإداري، مجلة مجلس الدولة المصري السنة، 1962، ص 82 وما بعدها .

يترتب على تدرج القواعد القانونية من نتائج، سواء صدرت هذه اللوائح في الظروف العادية (I) أم في الظروف الاستثنائية (II).

I- مرتبة اللوائح في الظروف العادية: رغم اتصاف القواعد اللائحية بميزات القاعدة القانونية إلا أنها تعد وفقا للمعيار العضوي أعمالا إدارية، فلا تتساوى مع القواعد التشريعية، فهذه الأخيرة أقوى منها، لكونها تسري على السلطات الإدارية ذاتها طبقا 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 والقضاء¹.

II- مرتبة اللوائح في الظروف الاستثنائية: يترتب على وقوع الظروف الاستثنائية قيام حالة الضرورة التي تتيح للسلطة التنفيذية أن تتخذ الإجراءات الاستثنائية اللازمة لمواجهة هذه الظروف، ويطلق الفقه عليها (أعمال الضرورة) هذه التي يندرج ضمنها (لوائح الضرورة) تأسيسا 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 أعمالا تشريعية وتتمتع بقوة القانون في الظروف الاستثنائية².

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 الاستثنائية³.

المطلب الثاني: تدرج القواعد القانونية غير المكتوبة

من المستقر عليه في الفقه والقضاء، أن مبدأ المشروعية يعني (سيادة حكم القانون)، وهو في الحقيقة تعريف مناسب تماما لمبدأ المشروعية خاصة وان المؤسس الدستوري قد اعتنقه

1 - سامي جمال الدين، المرجع السابق، ص 68 و حسيني بوديار، الوجيز في القانون الدستوري، دار العلوم ، ص 25.

2 - سامي جمال الدين نفسه، ص 68 و ما بعدها.

3- سامي جمال الدين نفسه، ص 89 و ما بعدها.

في دستور 1996 إذ جاء في ديباجته أن الحكم في الدولة أساسه سمو القانون، ويشمل هذا القانون كافة القواعد القانونية السارية في الدولة أيا كان مصدرها وشكلها، فتدرج فيها القواعد القانونية المكتوبة أي الصادرة عن السلطات العامة المختصة بسن القواعد القانونية.

ولا شك أن هذه القواعد الأخيرة أي غير المكتوبة، تعتبر قواعد قانونية، سواء بالنسبة لمبادئ الشريعة الإسلامية (الفرع الأول) أو القواعد العرفية (الفرع الثاني) أو مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة (الفرع الثالث) وكذلك المبادئ العامة للقانون (الفرع الرابع) وهذه القواعد القانونية غير المكتوبة ذكرتها المادة 01 من القانون المدني، باستثناء المبادئ العامة للقانون فقد حملت عنها رغم الاتفاق الفقهي والقضائي بشأنها¹.

الفرع الأول: مبادئ الشريعة الإسلامية

تعددت المواضع التي أشار فيها دستور 1996 على المرجعية الأساسية للشعب الجزائري والمتمثلة في (الإسلام) ففي ديباجته جاء أن "الإسلام من المكونات الأساسية لهوية الشعب الجزائري" وان "الجزائر أرض الإسلام" كما قررت المادة 02 منه أن "الإسلام دين الدولة" وحددت المادة 08 منه أن إحدى غايات المؤسسات التي يختارها الشعب هي المحافظة على الهوية بما فيها الإسلام، ومنعت المادة 06 منه هذه المؤسسات من إتيان السلوك المخالف للخلق الإسلامي، وبلتزم رئيس الجمهورية في اليمين التي يؤديها بأن "يحترم الدين الإسلامي ويمجده" وفي المادة 176 منه جاء أنه "لا يمكن لأي تعديل دستوري أن يمس الإسلام باعتباره دين الدولة" واستنادا إلى كل ذلك نصت المادة الأولى من القانون المدني على أنه: "وإذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية وهي النصوص التي تقرر أن الشريعة الإسلامية مصدرا للقانون الجزائري، وعنصرا من عناصر المشروعية فيه، وهو ما يفرض تحديد مدلول مبادئ الشريعة الإسلامية (أولا) ومرتبها بين القواعد القانونية الأخرى طبقا لمبدأ تدرج القوانين (ثانيا).

1- سامي جمال الدين نفسه، ص 68 و ما بعدها

أولاً: مدلول مبادئ الشريعة الإسلامية:

لقد اختلفت الآراء حول المقصود من عبارة (مبادئ الشريعة الإسلامية)¹ المنصوص عليها في المادة 01 من القانون المدني وخصوصاً بالجمع بينها وبين قانون الأسرة التي تحيل إلى (أحكام الشريعة الإسلامية) وكذلك نصوص الدستور التي ورد بها مصطلحات (الإسلام دين الدولة) و (الخلق الإسلامي) فما المقصود بهذه التعبيرات؟.

لا شك أن المقصود من الإسلام أو الشريعة الإسلامية أو الخلق الإسلامي إنما هو الجانب التشريعي أو الأحكام، باعتبارها تتوفر على خصائص القاعدة القانونية، وهو ما يصلح معه إدراجها ضمن مصادر القانون الرسمية، خلافاً للجانب الديني البحت والمتعلق بالعقائد والعبادات فلا معنى لإدراجه في نصوص الدستور أو القانون والمقصود بالمبادئ أي كليات الشريعة التي نصت عليها نصوص الوحي القطعية في الثبوت والدلالة في القرآن والسنة، وهو ما يخرجها من دائرة الخلاف عكس الأحكام الجزئية فتتعدد بشأنها الآراء والمذاهب، وهو ما يجعل الإحالة عليها غير مجدية².

وعلى ذلك، فلمبادئ الشريعة الإسلامية خصائص القاعدة القانونية، من عمومية وتجريد وغاية اجتماعية تنظيمية وجزاء، فيكون لها القابلية للتنفيذ دونما حاجة إلى تدخل المشرع أو القضاء³.

ثانياً مرتبة مبادئ الشريعة الإسلامية:

إن التسليم بالطبيعة القانونية لمبادئ الشريعة الإسلامية، والاعتراف لها بكونها أحد عناصر المشروعية، يفرض التساؤل عن مرتبتها بين مصادر القانون الأخرى طبقاً لمبدأ تدرج القواعد القانونية؟

1- عصام عقيقي عبد البصير، مبدأ الشرعية الجنائية: دراسة مقارنة في القانون الوضعي و الفقه الجنائي الإسلامي، 2004، دار الفكر الجامعي، ص 9 و ما بعدها و كمال عبد الواحد الجوهري المرجع السابق، ص 45 و ما بعدها.

2 سامي جمال الدين نفسه، ص 68 و ما بعدها.

3 قرر المجتمعون في مؤتمر لاهاي الدورة الثانية سنة 1927 ، المؤتمر الدولي للقانون المقارن الدورة الثانية، سنة 1927، ومؤتمر المحامين الدولي المعقد في لاهاي، سنة 1948، وشعبة الحقوق الشرقية من المجمع الدولي للحقوق المقارنة سنة 1951 بباريس وكلها انتهت بالاعتراف بما لقواعد ومبادئ الفقه الإسلامي ومنها مبادئ الشريعة الإسلامية من قيمة تشريعية لا يمارس فيها - انظر: محمد سلام مذكور، المدخل للفقه الإسلامي تاريخية ومصادره ونظرياته العامة، دار الفكر العربي ص22

الرأي الذي يدافع عنه اتجاه في الفقه وجرى العمل به هو كون مبادئ الشريعة الإسلامية ليست أكثر من مصدر مادي للتشريع من جهة، ومصدر رسمي احتياطي يلجأ إليه القاضي إذا عازه النص التشريعي من جهة أخرى، غير أن هذا الرأي تعوزه الأسانيد القانونية الكفيلة بالإقناع به عكس الرأي الثاني الذي يرى في تلك المبادئ مصدرا رسميا للقانون، وأضفى عليها الطابع الدستوري، مما يجعلها أسمى من القواعد التشريعية واللوائح وكذلك القواعد الاتفاقية الدولية، وهذا الرأي يستند إلى الدلالة الحقيقية للنصوص الدستورية والتشريعية التي تحكم هذه المسألة، فمبادئ الشريعة الإسلامية تعد مصدرا رسميا احتياطيا للقانون حسب اتجاه في الفقه (I) وتعد مبادئ عامة للقانون ذات طبيعة دستورية حسب الاتجاه الآخر (II).

1- الاتجاه الأول: مبادئ الشريعة الإسلامية مصدرا احتياطيا للقانون: يرى جانب من الفقه أن مبادئ الشريعة الإسلامية تعتبر مصدرا رسميا احتياطيا للقانون يأتي بعد التشريع، وهو ما يفرض على القاضي أن لا يلجأ إليها إلا عندما يعوزه النص التشريعي الذي يفصل به في النزاع، ويستدل على ذلك بأمرين:

الأمر الأول: مدلول المادتين 01 من القانون المدني و 222 من قانون الأسرة، فالمادتين تحيلان القاضي إلى مبادئ أو أحكام الشريعة الإسلامية إذا عازه النص التشريعي.

الأمر الثاني: مدلول النصوص الدستورية، فالدستور في ديباجته أو المادة 02 منه وجه المشرع للاقتباس من الإسلام واستلهاهم أحكامه وهو يسن التشريعات، فلا إلزامية لمبادئ الشريعة الإسلامية لا بالنسبة للمشرع ولا بالنسبة للقاضي، ومعنى ذلك أن النص الدستوري في المادة 02 لا يخاطب القاضي بل المشرع، وبالتالي فلا تأثير لهذا النص الدستوري على مكانه مبادئ الشريعة الإسلامية التي تبقى مصدر احتياطيا للقانون طبقا لنص المادة الأولى من القانون المدني.

ويضيف أصحاب هذا الرأي أن النص الدستوري ليس أكثر من تأكيد لإحدى الحقائق الاجتماعية، وهي أن ديانة الشعب الجزائري هي الإسلام، وبالتالي يرشد ويوجه السلطة التشريعية إلى استلهاهم أحكام هذه الديانة في تشريعاتها، لا على سبيل الإلزام بل الاختيار.

الاتجاه الثاني: مبادئ الشريعة الإسلامية مبادئ دستورية: يرى طائفة من الفقهاء وعلى رأسهم الأستاذ عبد الرزاق السنهوري وكمال عبد الواحد الجوهري والدكتور سامي جمال الدين وغيرهم كثير، أن النصوص الدستورية تكرر الطابع الدستوري لمبادئ الشريعة الإسلامية¹، ويستند هذا الاتجاه إلى الحجج التالية:

الحجة الأولى: المدلول الحقيقي لنص المادة 02 من دستور 1996، والذي جاء فيه أن: "الإسلام دين الدولة" فهذا النص لا يقصد به الجانب الديني العقيدي باعتباره يشير إلى ديانة الشعب الجزائري، بل هو يشير إلى النظام التشريعي في الإسلام، باعتباره النظام الملزم لكل السلطات والمؤسسات في الدولة، مما يؤكد هذا الرأي أن مصطلح الدين في اللغة والمصطلح القرآني لا يقصد منه العقيدة والعبادات، وإنما التشريع والقانون، ويكفي للتدليل على ذلك قوله تعالى: "وَمَا كَانَ لِيَأْخُذَ أَخَاهُ فِي دِينِ الْمَلِكِ"² أي في نظامه وقانونه، وقوله تعالى: "الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ وَلَا تَأْخُذْكُمْ بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ.."³ ودين الله هنا تشريعه الجنائي بتحريم الزنا والمعاقبة عليه، فصار الدين بمعنى الأحكام أو المبادئ المشكلة لما يطلق عليه الشريعة الإسلامية، وأما العقيدة فيطلق عليها في المصطلح القرآني الإيمان لا الدين وأن الدولة في المصطلح الدستوري لا يقصد بها الشعب بل ما تظهر به الدولة بعد تكونها من مظاهر سياسة أي السلطات الثلاث، ومظاهر قانونية أي النظام القانوني، فالدولة بهذا المعنى هي تعبير عن نظام أو بناء قانوني ومؤسساتي، وعلى ذلك فالمقصود من المادة 02 من الدستور هو أن النظام التشريعي الإسلامي هو القانون الأعلى والمشروعية العليا التي تنبثق منها كافة القواعد القانونية في الدولة، فتكون أحكام الشريعة الإسلامية مصدرا رسميا شكليا للقانون، وتأخذ مرتبة المبادئ الدستورية، فلا يعلوها إلا الدستور، بينما تكون

1- كمال عبد الواحد الجوهري المرجع السابق، ص 58 وما بعدها.

2- سورة يوسف الآية 76.

3- سورة النور الآية 02.

أسمى من القواعد الاتفاقية الدولية والتشريعية واللائحية¹ ، ولا شك أن الخطاب موجها لكافة سلطات الدولة، فالمادة 08 من الدستور تلزم المؤسسات العامة بأن تجعل إحدى غاياتها المحافظة على الإسلام، باعتباره إحدى مكونات هوية الشعب الجزائري، والمادة 09 منه قررت أنه لا يجوز لهذه المؤسسات أن تقوم بالسلوك المخالف للخلق الإسلامي، والمادة 76 منه تفرض على رئيس الجمهورية في اليمين التي يؤديها أن يلتزم بحماية الدين الإسلامي، وتمجيده، وفي نفس الاتجاه ألزمت المادة 178 المؤسس الدستوري أثناء تعديله أحكام الدستور أن لا يمس الإسلام باعتباره دين الدولة، ومعنى ذلك أن الخطاب بنص المادة 02 من دستور 1996 هو خطاب موجه للدولة بكافة مؤسساتها وسلطاتها، بأن تجعل من أحكام الشريعة الإسلامية قانونها الأعلى، وتأكيدا على ذلك يضيف أصحاب هذا الاتجاه أن المادة 02 وردت في باب الأحكام العامة.

الحجة الثانية: الطبيعة القانونية لنص المادة 02 من دستور 1996: إن القول بأن النص الدستوري المتمثل في المادة 02 قد ورد على سبيل الإرشاد والتوجيه، وليس الإلزام مردود عليه، لكون نصوص الدستور بطبيعتها لا تحمل هذا المحمل إلا بقربنة، وأن المادة 02 وردت في صدر أحكام الدستور، مما يجعلها نصا أمرا لكل السلطات العامة في الدولة، وأن هذه المادة وردت في باب المبادئ العامة التي تحكم المجتمع الجزائري ، وهو ما يجعلها تأتي في قمة المبادئ العامة للقانون، والتي يعترف لها الفقه بالطابع الدستوري.

وبالتأكيد فإن النص الدستوري رتب ذات الالتزام على القاضي مثله مثل المشرع تماما، باعتبار أن مبادئ الشريعة الإسلامية تمتاز بالطابع الدستوري، وبالتالي فإن القاضي وهو يراقب مدى مطابقة النص التشريعي لمبادئ الشريعة الإسلامية، فإنه يقوم بذلك إعمالا لنص دستوري،

1- أبو الأعلى على المودودي، المصطلحات الأربعة في القرآن الكريم، 1941 ، ترجمها إلى العربية الأستاذ محمد كاظم سباق، 1955 ، ص 116 وما بعدها.

فيكون كأنه يطابق بين النص التشريعي والدستور¹ وخالصة ما سبق أن المقصود من مبادئ الشريعة الإسلامية هو الأحكام القطعية الواردة في القرآن والسنة، وليس الأحكام الفقهية التي استنبطها الفقهاء، وإن هذه المبادئ تتمتع بمميزات وخصائص القاعدة القانونية، وهو ما يجعلها قابلة للنفاذ بذاتها ودونما حاجة إلى تقنينها من طرف المشرع، ذلك أنها أضحت بالنص الدستوري مصدرا رسميا للقانون في الجزائر، باعتبارها من المبادئ العامة للقانون الكامنة والمستقرة في ضمير ووجدان الشعب الجزائري، وأنها بهذه الصفة تتمتع بقوة إلزامية تجعلها تأتي بعد الدستور، وتعلوا باقي القواعد القانونية الأخرى في تدرج القواعد القانونية².

الفرع الثاني: القواعد العرفية

اعترف المشرع في المادة الأولى من القانون المدني بالعرف كمصدر للقانون، وكذلك المادة الأولى مكرر من القانون التجاري، كما أحالت عديد المواد الأخرى إلى القواعد العرفية، ومنها المادة 387 388 389 من القانون المدني التي أوردت عبارة: "ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضيان بغير ذلك" وبالتالي فقد اعترف المشرع للقواعد العرفية بكونها قواعد قانونية ملزمة بذاتها دوما حاجة إلى تدخل القاضي أو المشرع، وهو ما يفرض تحديد مدلول القواعد العرفية (أولا) ومرتبها بين القواعد القانونية طبقا لمبدأ تدرج القواعد القانونية (ثانيا).

أولا: مدلول القواعد العرفية:

يقصد بالقواعد العرفية تلك القواعد القانونية الناشئة عن سلوك مضطرد للأفراد أو الهيئات بخصوص أمر ما على نحو معين، مع اعتقادهم بان هذا السلوك ملزم لهم، وهذا الاعتقاد هو الذي يمنح العرف طابعه القانوني، وعلى ذلك، فالقواعد العرفية هي قواعد قانونية (I) غير مسنونة (II).

1- كمال عبد الواحد الجوهري، المرجع السابق، ص 78 وما يليها وسامي جمال الدين، المرجع السابق، ص 148 و سميح عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1974، ص 262.
2- وقد أصدرت محكمة جنائية مصرية حكما طبقت فيه حكما في الشريعة الإسلامية مباشرة أورده كمال عبد الواحد الجوهري، المرجع السابق، ص 75 وما بعدها (ملحق 7).

1- **القواعد العرفية قواعد قانونية:** لا شك أن الاعتراف للقواعد العرفية بكونها قواعد قانونية معناه الاعتراف بان العرف مصدرا من المصادر الرسمية للقانون، وبالتالي تكون لهذه القواعد العرفية قوة إلزام ذاتية دونما حاجة لتدخل المشرع أو القاضي، ويترتب على الاعتراف بالقواعد العرفية كقواعد قانونية عدة نتائج منها أن القواعد العرفية ملزمة للأفراد ولو كانوا يجهلون بها، وكذلك الشأن بالنسبة للهيئات العامة، والتزام المحكمة بتطبيق القواعد العرفية من تلقاء نفسها ودونما انتظار التمسك بها من احد المتقاضين.

II - **القواعد العربية غير مسنونة:** إن القواعد العرفية هي قواعد قانونية ملزمة، رغم أنها لم تصدر عن السلطة المختصة في الدولة بالتشريع، بل هي قواعد غير مسنونة استقرت في ضمير المجتمع على أنها ملزمة، فتكون القواعد من إنشاء ضمير المجتمع وليس المشرع.

ثانيا: مرتبة القواعد العرفية:

إن الاعتراف للعرف بكونه مصدرا رسميا للقانون، يفرض البحث عن مرتبته الإلزامية بين مصادر القانون الأخرى¹، وهذه المسألة تحكمها المادة الأولى من القانون المدني، والمادة الأولى مكرر من القانون التجاري، إضافة لعديد المواد المدنية والتجارية الأخرى التي تحيل إلى قواعد العرف وبناء على تلك المواد فإن القواعد العرفية تأتي بعد التشريع ومبادئ الشريعة الإسلامية، فيكون العرف مصدرا رسميا احتياطيا² يأتي بعد التشريع ومبادئ الشريعة الإسلامية ويترتب على ذلك أن القاضي لا يلجأ إلى القواعد العرفية إلا إذا عازه النص التشريعي، ولم يجد مبدأ من مبادئ الشريعة الإسلامية يحكم المسألة (I) على أن أولوية التشريع على العرف إنما تتعلق بالقواعد الآمرة في التشريع لا القواعد المكملة (II).

1 - سامي جمال عبد الواحد الجوهري، المرجع السابق، ص 108 و أنور طلبية، الوسيط في القانون المدني، ج 01 1993 ، ص 14 وما بعدها وماجد راغب الحلوة، القضاء الإداري توزيع دار الفكر العربي، دار المطبوعات الجامعية، ص 35 وما بعدها و عبد الغني بسيوني عبد الله، القضاء الإداري، 1993 ، الدار الجامعية، ص 25 وما بعدها.

2 سليمان مرقس ، الوافي، المرجع السابق ص 306 وما بعدها و محمود عاطف البناء الوسيط في القانون الإداري، توزيع دار الكتاب الحديث، مصر، ط2، 1992 ، ص 81 وما بعدها.

1- أن القاضي لا يلجأ إلى القواعد العرفية إلا إذا عازره النص التشريعي ولم يجد مبدأ من مبادئ الشريعة الإسلامية بحكم المسألة، ومعنى ذلك أن التشريع ومبادئ الشريعة الإسلامية أسمى من القواعد العرفية.

II - أن أولوية التشريع على العرف إنما تتعلق بالقواعد الآمرة في التشريع لا القواعد المكملة أو المفسرة، فتلك القواعد يلاحظ أن المشرع جعل القواعد العرفية مفضلة عليها، لكونها قواعد لا إلزامية لها إلا عند غياب العرف أو الاتفاق، ومن ذلك ما نصت عليه المادة 387 من القانون المدني التي نصت على أنه "يدفع ثمن البيع في مكان تسليم المبيع مالم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك".

الفرع الثالث: المبادئ العامة للقانون

إضافة للقواعد القانونية سالفه الذكر، يذكر الفقه و القضاء نوعا آخر من القواعد القانونية غير المكتوبة أي التي لم تضعها السلطات المختصة بالتشريع في الدولة، ويتعلق الأمر بما يطبق عليه الفقه و القضاء المبادئ العامة للقانون و إنما تأخر الحديث عنها تماشيا مع النص القانوني الوارد في المادة الأولى من القانون المدني حيث أغفل الإشارة إليها، فافتتحت المنهجية تأخير الحديث عنها إلى ما بعد دراسة القواعد القانونية التي كرسها المشرع، فالمبادئ العامة للقانون إنشاء قضائي محض، و رغم ذلك يتفق الفقه و القضاء على اعتبارها قواعد قانونية ملزمة، فنكون جزء من عناصر المشروعية.

وبالنظر لسكوت المشرع عن هذه المبادئ وندرة الأحكام القضائية الجزائية التي تكرسها وتستند عليها في قضائها، فإنه من اللازم تحديد مدلول هذه المبادئ (أولا) ومرتبها الإلزامية بين مصادر القانون الأخرى طبقا لمبدأ تدرج القواعد القانونية (ثانيا).

أولا: مدلول المبادئ العامة للقانون:

تعرف المبادئ بكونها¹ مجموعة من الوقائع العامة التي تتغير ببطء في مجموعها، ويكون لها جموداً نسبياً عند تطورها مع بقية الوقائع، وتقف المبادئ على حدود القانون حيث تحكمه وترشد القاضي الذي عادة ما يكون باعثاً لها، فالمبادئ العامة للقانون هي قواعد غير مشرعة يستتبطها القضاء من المقومات الأساسية للمجتمع وقواعد التنظيم القانوني في الدولة، ويقرها في أحكامه باعتبارها قواعد قانونية ملزمة، ولذلك عرفت بكونها: " مجموعة من القواعد القانونية الأساسية أو الجوهرية التي تلتزم الإدارة بمراعاتها في قراراتها الفردية وأيضاً اللائحية في كل مظاهرها، وتكون لها بالتالي قوة قانونية ولكنها مع ذلك غير مكتوبة فهي لا تستند مباشرة لنص قانوني مكتوب وإنما تجد مصدرها المباشر في القضاء" وعرفها الأستاذ De Laubadère في مؤلفه عن القانون الإداري بقوله أن اصطلاح المبادئ العامة يطلق على عدد من المبادئ التي لا تظهر مصاغة في نصوص مكتوبة ولكن يعترف بها القضاء باعتبارها واجبة الاحترام من الإدارة وأن مخالفتها تمثل انتهاكاً للمشروعية".

وأشار الأستاذ نفسه قائلاً:

« on appelle ainsi un certain nombre de principes qui ne figure pas dans textes....mais que la jurisprudence reconnaît comme devant être respectés par l'administration leur violation constituant une illégalité »²

فهو يعتبرها المصدر غير المكتوب الأكثر أهمية لقواعد المشروعية، ومن كل تلك التعريفات السابقة يمكننا استخلاص أن هذه المبادئ أنشأها القضاء (I) ورغم ذلك تعتبر قواعد قانونية ملزمة (II).

I - المبادئ العامة للقانون نظرية قضائية: بمعنى أن الفضل في استخلاصها وتقريرها كقواعد قانونية ملزمة يرجع لمجلس الدولة الفرنسي من خلال أحكامه، ثم صارت تلك المنهجية

1 - محمد أحمد رفعت عبد الوهاب، المبادئ العامة للقانون كمصدر للمشروعية في القانون الإداري، 1992، ص 15 وما بعدها.

2- هذه التعريفات نقلاً عن محمد أحمد رفعت المرجع نفسه، ص 15 وما بعدها.

معتمدة في قضاء عديد الدول كمجلس الدولة المصري، وفي القضاء الجزائري نجد أن مجلس الدولة قد كرسها في عديد قراراته، ومنها القرار المؤرخ في 1998/07/27/2¹ الذي جاء في إحدى حيثياته: "حيث أن القاضي مثله مثل كل موظف للدولة يستفيد وجوبا بحقوق مضمونة دستوريا وأن القاضي الإداري ملزم بمراقبة احترام هذه الضمانات" وهي الحيثية التي تبين أن مجلس الدولة استند إلى مبدأ عام، وهو مبدأ المساواة وفي قرار لاحق مؤرخ في 2000/01/17 أكد مجلس الدولة هذا الاتجاه².

II - المبادئ العامة للقانون نظرية مستقلة³: رغم أن المبادئ العامة للقانون قواعد غير مكتوبة أنشأها القضاء، إلا أنها قواعد أساسية وجوهرية، بمعنى أنها تكاد تفوق أهميتها الموضوعية أهمية القواعد المكتوبة، فهي حسب مفوض الحكومة Letoumeur مبادئ كبرى ويصفها أيضا مفوض الحكومة Gentot في تقريره عن حكم Dame David في 1974/10/04 بأنها تعبر أو تعكس الأفكار المقبولة من الكافة، والتي تؤسس نظامنا القانوني ويكفي أن نذكر أمثلة لها ليتبين مدى أهميتها واستقلاليتها كمصدر من مصادر القانون، كمبدأ المساواة أمام القانون و المساواة أمام القضاء ومبدأ احترام حقوق الدفاع ومبدأ الحقوق المكتسبة ومبدأ تدرج القواعد القانونية.

ثانيا: مرتبة المبادئ العامة للقانون:

1- مجلس الدولة، ملف رقم 172994، قرار بتاريخ 1998/07/27 مجلة مجلس الدولة، عدد 2002/01 ص 84.85 (ملحق 8).

2- مجلة الدولة، ملف رقم 005240 ، قرار بتاريخ 2002/10/28 مجلة مجلس الدولة، عدد 2002/2 ، ص 165 إلى 167 (ملحق 9).

3- خلافا للمتفق عليه فقها وقضاء، يرى الأستاذ الطماوي أن هذه المبادئ ليست مصدرا مستقلا للمشروعية إذ لم يفرد لها في مؤلفة القضاء الإداري مكانا مستقلا عن التشريع ، وإنما عالجهما في إطار التشريع المكتوب باعتبارها مشتقة من مجموع التشريعات انظر ، سليمان الطماوي القضاء الإداري، قضاء الإلغاء ، 1976 ، ص 804.

لقد اختلف الفقه والقضاء حول مرتبة هذه المبادئ بين القواعد القانونية الأخرى، إذ يرى الأستاذ Letourneur أن لها على وجه الخصوص قيمة القانون المكتوب أي قيمة التشريع العادي فتكون ملزمة لكافة السلطات على اختلاف درجاتها حتى رئيس الجمهورية، ومادامت كذلك فإنه لا يحق إلا للمشرع وحده مخالفتها، أما اللوائح فلا يجوز أن تأتي مخالفة لها لكونها أقل مرتبة منها في تدرج القواعد القانونية.

وفي قضية تم الطعن فيها أمام مجلس الدولة الفرنسي بدعوى تجاوز السلطة ضد قرار المكتب المكلف بمراقبة وإعلان نتائج انتخاب أعضاء المجلس الأعلى للقضاء والذي قرارته غير قابلة للطعن فيها حسب المادة 08 من قانون¹ 1947 ومما جاء في حيثياته:

«qu'en l'absence de tout prescription édictant expressément une solution contraire les disposition précitées, qui excluent uniquement le recours de plein contentieux ne sauraient avoir pour conséquence de les priver du recours pour excès de pouvoir qui leur est ouvert en cette matière comme dans tout les autres en vertu des principes généraux du droit ».

بل ذهب مجلس الدولة الفرنسي لما هو أبعد، عندما أقر بأحقية الطعن بتجاوز السلطة في قرار إداري نص القانون صراحة على أنه غير قابل للطعن إداريا وقضائيا، لكون ذلك الطعن قائما و لو دون نص ما دام يضمن احترام الشرعية إذ جاء في إحدى قراراته² :

«le recours pour excès de pouvoir....a pour effet d'assurer conformément aux principes généraux du droit le respect de la légalité.

وفي نفس الاتجاه، نجد القضاء الجزائري يقضي في قراره المؤرخ في 27/07/1998³

1-CE Falco et Vidailiac. 17 avril 1953 in. les grands de la jurisprudence administrative. M long et autres serey 1990 p 508 et s

2-CE Dame Lamotte. 17/02/1950, in les grandes arrêts. Idem. p 432 et s.

3- مجلس الدولة ملف رقم 172994، قرار بتاريخ 1998/07/27 مجلة الدولة، عدد 2002/01، (ملحق 08) .

سالف الذكر بأن "القاضي مثله مثل كل موظف للدولة يستفيد وجوبا بحقوق مضمونة دستوريا و أن القاضي الإداري ملزما بمراقبة احترام هذه الضمانات" فمجلس الدولة استند إلى مبدأ المساواة لاستبعاد صريح نص المادة 02/99 من القانون الأساسي للقضاء القديم، إذ قبل الطعن في قراره التأديبي بتجاوز السلطة خلافا لما نصت عليه المادة من عدم قابليته للطعن، و هو ما أكد عليه في قرار لاحق بتاريخ 2000/01/17¹ إذ قرر أن "الطعن من أجل تجاوز السلطة موجود حتى و لو لم يكن هناك نص ويهدف إلى ضمان احترام مبدأ القانونية طبقا للمبادئ " فمجلس الدولة رجع إلى المبادئ القانونية العامة لاستبعاد نص المادة 02/99 من القانون الأساسي للقضاء القديم، وهو ما يكشف أن مجلس الدولة الجزائري ساير موقف مجلس الدولة الفرنسي من كون المبادئ العامة للقانون هي مبادئ دستورية فلا يجوز للمشرع مخالفتها. ومن ثم فإن نظرية المبادئ العامة للقانون بحكم تعريفها وخصائصها هي نظرية غير مكتوبة، فتطبق حتى في غياب النص، وتستمد قوتها الملزمة من السلطة الخلاقة للقاضي الإداري فهي تحل محل النص التشريعي الغائب، بل و تضمن تفسيراً ملائماً لقواعد المشروعية للنص التشريعي المعيب، كما تضمن الوحدة والانسجام للنظام القانوني.

وخلاصة ما سبق أن القواعد القانونية بنوعها المكتوبة وغير المكتوبة تتدرج فيما بينها من حيث قوتها الإلزامية إلى عدة مراتب يعلوا بعضها البعض، وذلك حسب الترتيب التالي:

-فتأتي القواعد الدستورية في قمة التدرج القانوني.

-تليها المبادئ العامة للقانون وفي مقدمتها مبادئ الشريعة الإسلامية.

-وبعدها القواعد الاتفاقية الدولية.

1- مجلس الدولة ، ملف رقم 005240 قرار بتاريخ 2002/01/28، مجلة مجلس الدولة، عدد 2 /2002، (ملحق 09).

-وتليها القواعد التشريعية التي تأتي في مقدمتها القوانين العضوية فالأوامر التشريعية المتعلقة بقوانين المالية أو الصادرة في الظروف الاستثنائية والقواعد اللائحية الصادرة في الظروف الاستثنائية وبعدها الأوامر التشريعية في الظروف العادية.

-ثم القواعد اللائحية الصادرة في الظروف العادية.

-وبعد ذلك القواعد العرفية .

-وأخيرا ثاني قاعدة الهرم القانوني مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

المبحث الثاني: نتائج مبدأ تدرج القواعد القانونية

إذا كان مقتضى مبدأ المشروعية هو خضوع السلطات العامة لحكم القانون خضوع الأفراد له، فإن أهم الضمانات الكفيلة بذلك هو مبدأ تدرج القواعد القانونية، إذ أن النتيجة الطبيعية له هي خضوع كل سلطة عامة تنشئ القواعد القانونية أو تنفذها إلى أحكام القواعد القانونية التي تعلوها مرتبة، حتى يكون عملها مطابقا لمبدأ المشروعية، فإذا خرجت عليها وخالفت نتائج تدرج القواعد القانونية، فإنها تفقد أعمالها قيمتها القانونية فتجيء باطلة ولا تترتب آثارها المبتغاة منها¹.

وعلى ذلك فمن الضروري تحديد النتائج المترتبة على تدرج القواعد القانونية، ونظرا لأهمية وخصوصية القواعد الدستورية فستتم دراسة نتائج المرتبة التي منحت لها في سلم التدرج القانوني (مطلب أول) ثم دراسة نتائج التدرج القواعد القانونية الأخرى (مطلب ثاني).

المطلب الأول: نتائج سمو القواعد الدستورية

إذا تقرر سمو القواعد الدستورية على كل القواعد القانونية السارية المفعول في الدولة فمؤدى ذلك، هو خضوع كل القواعد القانونية لأحكام القواعد الدستورية، سواء من حيث الشكل أو من حيث الموضوع، ومعنى ذلك أن مبدأ سمو القواعد الدستورية هو مبدأ عام يتوجب على

1 - سامي جمال الدين ، المرجع السابق ، ص 188 وما بعدها.

جميع السلطات العامة في الدولة احترامه والنزول عند مقتضياته¹. وقد جاء في ديباجة دستور 1996 "أن 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" وعلى ذلك فكل سلطة عامة ملزمة بالخضوع لقواعد الدستور سواء كانت سلطة تشريعية (الفرع الأول) أو سلطة تنفيذية (الفرع الثاني) أو سلطة قضائية (الفرع الثالث).

الفرع الأول: خضوع السلطة التشريعية للقواعد الدستورية

ما دام أن القواعد الدستورية والمبادئ العامة للقانون بما فيها مبادئ الشريعة الإسلامية التي تأتي في مقدمتها باعتبارها ذات طابع دستوري، تأتي في مرتبة أسمى من القواعد القانونية الأخرى بما فيها القواعد التشريعية الصادرة عن السلطة التشريعية، فما هي نتائج هذا الترتيب؟ إن المرتبة تلك تقود إلى نتيجة أساسية مفادها خضوع السلطة التشريعية عند سنها القواعد القانونية لأحكام القواعد الدستورية والمبادئ العامة للقانون ذات الطابع الدستوري، أي أن تكون كل أعمالها ضمن الحدود المقررة في الدستور فتخضع له شكلا (أولا) وموضوعا (ثانيا).

أولا: الخضوع الشكلي للقواعد الدستورية :

ومعناه أن يصدر التشريع عن السلطة التشريعية في نطاق اختصاصها (I) وعلى مقتضى الإجراءات المقررة في الدستور لإصداره (II).

1- احترام قواعد الاختصاص: ذلك أن الدستور حدد المجال الذي تختص السلطة التشريعية بالتشريع في نطاقه²، فلا يجوز لها من قوانين خارجه، إذ يعد ذلك مخالفة لمبدأ الفصل بين السلطات، وخروجا عن مجال اختصاصها وبالتالي يجئ قانونها مخالفا للدستور، فتنص المادة 122 من الدستور: " يشرع البرلمان في الميادين التي يخصصها له الدستور وكذلك في

1- jean Gicquel Droit constitutionnel et institutions politiques. 16 édition. montmorillonite p 18.

2- انظر الفرع الثالث من المطلب الأول من المبحث الأول من الفصل الأول و عبد الله بوقفة، المرجع السابق، ص 110 وما بعدها.

المجالات الآتية " وحددت المادة ثلاثون مجالا يختص البرلمان بالتشريع فيها بموجب قوانين عادية، و أضافت المادة 123 "إضافة للمجالات المخصصة للقوانين العضوية بموجب الدستور يشرع البرلمان بقوانين عضوية في المجالات الآتية ... " وحددت المادة سبعة مجالات للقوانين العضوية ، ثم قررت المادة 125 من الدستور أن المسائل التي تخرج من المجال المخصص للقانون والمحجوز للسلطة التشريعية يندرج ضمن الاختصاص التنظيمي الممنوح لرئيس الجمهورية وإضافة إلى ذلك فإن البرلمان لا يندرج في اختصاصه التشريعي إلا وضع القواعد العامة والمبادئ الأساسية فحسب ، فلا يمتد اختصاصه لوضع القواعد التفصيلية، وذلك لكون الدستور أحيانا يمنحه الاختصاص بوضع المبادئ الأساسية فقط، ويبقى المجال لوضع باقي القواعد التفصيلية للسلطة التنفيذية بمقتضى سلطتها اللائحية (التنظيمية)، ومنها الاختصاص بوضع القواعد العامة المتعلقة بالبيئة وإطار المعيشة والتهيئة العمرانية والنظام العام للغابات والأراضي الرعوية طبقا لنص المادة 122 من الدستور، ففي مثل هذه الحالات يتوقف دور البرلمان على وضع القواعد العامة والمبادئ الأساسية فقط، صف إلى ذلك أن هناك حقوقا وحریات لا يمكن للسلطة التشريعية ولا لغيرها المساس بها، إذ لها سلطة تنظيمها فحسب، ولا يمكنها منعها، إذ المنع من اختصاص المؤسس الدستوري وحده، ولو صدر تشريعا عن البرلمان يمنع واحدا من تلك الحقوق والحریات، فإنه يكون مشوبا بعيب عدم الاختصاص وبالتالي غير دستوري، وعلى ذلك فاختصاص السلطة التشريعية يتحدد بمجال حصري لا يجوز تجاوزه، لأن في ذلك اعتداء على اختصاص السلطة التأسيسية (المجال المحجوز للدستور) أو على اختصاص السلطة التنفيذية (المجال المخصص للتنظيم).

ومن زاوية أخرى، فإن السلطة التشريعية لا يمكنها تفويض اختصاصها بالتشريع، ذلك أنها لا تمارس حقا شخصيا، ولكنها تمارس اختصاصات دستورية باعتبارها مفوضة من طرف الشعب، ومؤدى ذلك أنه لا يجوز لها أن تفوض هذا الاختصاص، وتقوم في وجه تفويض الاختصاص التشريعي استحالة دستورية سببها أن هذا التفويض يقع خلافا لما صرح به الدستور، الذي منح سلطة التشريع لجهة محددة، فإذا قامت تلك الجهة بتفويض اختصاصها

لجهة أخرى، فإنها بذلك قد عدلت الدستور فيما يتعلق بتوزيع الاختصاصات المقررة فيه بإرادتها المنفردة، وبالإجراءات العادية¹

II- احترام الشكل والإجراءات الدستورية: من المستقر عليه فقها وقضاء أن احترام السلطة التشريعية للشكل والإجراءات المقررة دستوريا لإصدار القوانين يمثل الشرط الأساسي لوجود القانون، بحيث إذا خرجت السلطة التشريعية عن مقتضى الإجراءات الدستورية عند قانونها غير موجود، وغير واجب النفاذ والتطبيق، فحتى يكون التشريع دستوريا يجب أن يكون قد استوفى الشكل الذي أوجبه الدستور وأهم مسائل الشكل في التشريع هي الإجراءات التي يجب إتباعها لاستصدار التشريع من البرلمان.

ثانيا: الخضوع الموضوعي للقواعد الدستورية:

ويقصد به² أن تظل السلطة التشريعية أثناء ممارستها وظيفتها التشريعية وفيه لثقة الشعب، من خلال احترامها لإرادته التي ضمنها في الدستور، باعتبار أن الشعب هو مصدر السلطة التأسيسية، فيتوجب على السلطة التشريعية أن تلتزم باحترام القيود الموضوعية الواردة بالدستور (I) وأن تعمل من خلال ما تضعه من تشريعات على تحقيق المصلحة العامة (II).

II- التزام السلطة التشريعية بالقيود الدستورية: تنص المادة 98 من الدستور على أن "البرلمان له السيادة في إعداد القانون والتصويت عليه" وبالتالي فله الحرية في التدخل لسن التشريع وقتما يشاء، وأن يضمنه من المسائل ما يشاء، ويقتبس الأحكام التي يدرجها في تشريعه من أي مصدر شاء، وهذا الطرح يعد مقتضى طبيعيا لكون السلطة التشريعية معبرة عن إرادة الشعب.

1 - عبد الرزاق السنهوري، مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية مجلة مجلس الدولة المصري ، عدد 3 سنة 1953 ، ص 30 وما بعدها.

2- فرانسو فيرية ، تعليق ، مجلة الدولة ، السنة الثالثة يناير سنة 1952 يصدرها مجلس الدولة المصري ، دار النشر للجماعات المصرية ، الظاهرة ، مصر ص 303.

1- قيود متعلقة بالحريات والحقوق العامة: فلا يجوز له نقضها أو إلغاؤها أو الانتقاص منها، ومن ذلك ما تنص عليه المادة 29 من دستور 1996 "كل المواطنين سواسية أمام القانون ولا يمكن أن يتذرع بأي تمييز يعود سببه إلى المولد أو العرق أو الجنس أو الرأي أو أي شرط أو ظرف آخر شخصي أو اجتماعي " فحق المساواة حق عام مطلق لا يجوز تحديده، وإذا صدر تشريع يحدد من هذا الحق بأن يجعل لطائفة من المواطنين امتيازاً على غيرها من الطوائف مما يخل بحق المساواة، أو أعفى طائفة منهم من بعض الواجبات والتكاليف كان غير دستوري، والمادة 45 منه: "كل شخص يعتبر بريئاً حتى تثبت جهة قضائية نظامية إدانته مع كل الضمانات التي يتطلبها القانون " فإذا وضع البرلمان تشريعاً يقيم التجريم على قرائن فإنه يعد مخالفاً لقرينة البراءة التي لا ترتفع إلا بحكم جنائي نهائي تصدره هيئة قضائية عادية في محاكمة عادلة احترمت فيها الضمانات القانونية.

2- قيود غير متعلقة بالحقوق والحريات¹: وردت كذلك نصوصاً دستورية كثيرة تتعلق بمجالات عدة، ومنها ما نص عليه نص المادة 02 من دستور 1996 "الإسلام دين الدولة" فلو صدر تشريع يجعل دين الدولة غير الإسلام أو جاء التشريع مخالفاً للنصوص القطعية في الإسلام، عد ذلك التشريع باطلاً لمخالفته للدستور، ونص المادة 14 منه "المجلس المنتخب يراقب عمل السلطات العمومية" فلو جاء تشريع يحصن السلطات العمومية من رقابة المجلس المنتخب عد غير دستوري، ونص المادة 142 " ينظر القضاء في الطعن في قرارات السلطات الإدارية" فلو صدر تشريعاً يقيد السلطة القضائية في هذا المجال أو يحصن القرارات الإدارية أو نوعاً منها من رقابة القضاء، كان باطلاً لمخالفته الدستور، فالتشريع الصادر عن البرلمان، لا يجوز أن يتعدى على هذه المبادئ أو القيود الموضوعية

3- إلزامية تدخل البرلمان لتنظيم بعض الموضوعات : الأصل أن المشرع حر في اختيار الوقت الملائم للتدخل في تنظيم الموضوعات والمسائل التي ينبغي التدخل بشأنها، حتى ولو

1 - عيد الزراق السنهوري ، المرجع السابق ، ص 56 وما بعدها.

كانت هذه الموضوعات مما تدخل في النطاق المحتجز له، لأن احتجاز بعض الموضوعات للقانون لا يتطلب بالضرورة تدخل البرلمان لتنظيمها، غير أن ثمة موضوعات يظهر من النص الدستوري بشأنها أن المشرع ليس له حرية التدخل أو عدمه، وهي الموضوعات التي لم يتدخل الدستور لاحتجازها للبرلمان فقط، بل تطلب علاوة على ذلك أن يتدخل القانون لكفالتها أو لضمانها، ومثال ذلك ما ورد بالمادة 23 من الدستور: "عدم تحيز الإدارة يضمنه القانون" فهذا النص يفرض على المشرع التدخل لضمان عدم تحيز الإدارة، والمادة 32 "الحريات الأساسية و حقوق الإنسان والمواطن مضمونة".

والمادة 33 : "الدفاع الفردي أو عن طريق الجمعية عن الحقوق الأساسية للإنسان و عن الحريات الفردية والجماعية مضمون" ففي هذه النصوص الدستورية وغيرها حرص الدستور على كفالة ما يشير إليه من ضمانات وأسس وقواعد تتصل بضمان هذا الحق أو تلك الحرية وبالتالي يقع على السلطة التشريعية التزاما بالتدخل لكفالة تلك الحقوق أو الحريات التزام السلطة التشريعية بتحقيق المصلحة العامة يجب على السلطة التشريعية أن تخضع لروح الدستور، وذلك بأن تظل أثناء ممارستها وظيفتها التشريعية متحسسة لتطلعات الأمة، ساعية لتحقيق المصلحة العامة بعيدا عن الأهواء السياسية، و الميولات الحزبية الضيقة، بمعنى أنه يجب على السلطة التشريعية أن تضع نصب عينها ضرورة استخدام اختصاصاتها لتحقيق الأهداف المبتغاة من منحها إياها، فالسلطة التشريعية ليست مقيدة فحسب بالأساليب، و لكن أيضا عبد الرزاق السنهوري بالأهداف التي ترمي إليها، و هو ركن الغاية أو الهدف في العمل التشريعي حسب الأستاذ الذي كان وراء إنشاء نظرية: "الانحراف في استعمال السلطة التشريعية"¹ . وقد جاء في دستور 1996 عديد النصوص التي تفرض على السلطة التشريعية أن تعمل من أجل تحقيق المصلحة العامة و بالتالي استبعاد بعض العوامل الذاتية و الشخصية في التشريع، و منها نص المادة 08 " يختار الشعب لنفسه مؤسسات غايتها ما يأتي:

1- عبد الرزاق السنهوري ، مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية ، المرجع السابق، ص 59 وما بعدها.

- المحافظة على الاستقلال الوطني و دعمه.

- المحافظة على الهوية، و الوحدة و الوطنية، و دعمهما.

- حماية الحريات الأساسية للمواطن والازدهار الاجتماعي و الثقافي للأمة.

- القضاء على استغلال الإنسان للإنسان.

- حماية الاقتصاد الوطني من أي شكل من أشكال التلاعب أو الاختلاس، أو الاستحواذ، أو المصادرة غير المشروعة" ونص المادة 100: "واجب البرلمان في إطار اختصاصاته الدستورية أن يبقى وفيما ثقة الشعب ويظل يتحسس تطلعاته" وبالتالي فيجب أن يكون التشريع موافقا لروح المجتمع، و أن يسعى لتحقيق المصلحة العامة و إلا اعتبر ذلك بحق مخالفة التشريع للدستور، وانحرافا في استعمال السلطة التشريعية، فإذا قصد البرلمان من وراء التشريع الذي يضعه غير هذه الغايات، فإن ذلك يعد منه انحرافا في استعمال السلطة التشريعية، ويعتبر التشريع غير دستوري.

- الفرع الثاني: خضوع السلطة التنفيذية للقواعد الدستورية

لقد تضمن الدستور قواعد خاصة بتنظيم السلطة التنفيذية، واختصاصاتها، التي من بينها، المساهمة في سن القواعد القانونية، سواء منها التشريعية أو اللائحية وذلك في نصوص مواد 70 إلى 97، وبالنظر للمرتبة التي سبق تقريرها للقواعد القانونية الصادرة عن السلطة التنفيذية، التي لا تصل إلى مرتبة القواعد الدستورية، في كل الأحوال عادية كانت أم استثنائية، فإن ذلك معناه هو خضوع السلطة التنفيذية وهي تضع القواعد التشريعية أو اللائحية للدستور شكلا وموضوعا¹، وهذا الخضوع يظهر في شكلين فقد يكون خضوعا مباشرا (أولا) أو غير مباشر (ثانيا) .

أولا : خضوع السلطة التنفيذية غير المباشر للقواعد الدستورية :

1-طعيمة الجرف ، المرجع السابق ، ص 90 وما بعدها.

إن السلطة التنفيذية عليها التزام التدخل لوضع القواعد اللائحية التنفيذية اللازمة لكفالة تنفيذ القوانين، وفي هذا الإطار لا يمكنها أن تتولى عملاً تشريعياً وإلا تكون قد تجاوزت الأحكام الدستورية، وترتيباً على ذلك، فإن خضوعها للدستور، يظهر من خلال خضوعها للتشريع الذي تقوم على تنفيذه، فلا تملك سوى وضع القواعد اللازمة لتنفيذه، وبالتالي لا تملك إضافة قواعد تشريعية ولا تعديل تلك المكلفة بتنفيذها، كما لا تملك الاعتراض على تنفيذها. وقد طبقت المحكمة العليا هذه القاعدة في قرارها² المؤرخ في 2002/10/09 الذي جاء فيه: "حيث أن المادة 85 من المرسوم المتضمن إنشاء السجل العقاري يلزم المدعي بإشهار عريضة افتتاح الدعوى بالمحافظة العقارية و إلا كانت باطلة حيث أن إجراء شهر العريضة الافتتاحية للدعوى قد استحدثه مرسوم 63/76 المؤرخ في 1976/03/25 الذي يتعلق بتأسيس السجل العقاري ولم ينص عليه كل من قانون الإجراءات المدنية والقانون المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس 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 والمرسوم المشار إليه " وقد رتبت المحكمة العليا على هذه النتيجة أن واجب القضاء هو إعمال التشريع الأعلى وطرح التشريع الأدنى، وهو استنتاج سليم قانوناً، ولكن كان يمكنها أيضاً التعرض لطبيعة المرسوم التنفيذي الذي أضاف شرطاً بما يعد تعديلاً للقاعدة التشريعية التي جاء بقواعد تنظم كيفية تنفيذها، فتكون هذه الإضافة غير دستورية، وبالتالي يكون المرسوم التنفيذي باطلاً بالنسبة لهذه المسألة، ويتعين استبعاده لا لتعارضه مع القانون فحسب، بل لتجاوزه الحدود الدستورية أيضاً.

وخلاصة ذلك، أن السلطة التنفيذية تخضع للدستور عن طريق خضوعها للتشريع الذي تقوم على تنفيذه، فتضع القواعد اللائحية اللازمة لتنفيذه دونما إضافة قواعد تشريعية ولا تعديل

2- المحكمة العليا ، ملف رقم 4463، قرار بتاريخ 09/2002/10 قضية (ن س) ضد (ن ش) المجلة القضائية ، عدد

2002/02 ص 232 إلى 37 (ملحق 05)

لذلك المكلفة بتنفيذها، ولا الاعتراض على تنفيذها، تحت طائلة مخالفة الدستور. وهو ما عبر عنه الأستاذ¹

Albert socque : « le caractère subsidiaire de respect de la constitution par rapport ou respect de la loi »

وهو ما يطلق عليه فقه القانون العام: **نظرية الحاجز التشريعي**² **La théorie de la loi écran**

التي بموجبها لا تخضع الهيئة التشريعية للدستور إلا عن طريق خضوعها للتشريع الذي تقوم على تنفيذه، وبالتالي يترتب على مخالفتها إياه عيب عدم المشروعية لا عيب عدم الدستورية.

ثانيا: خضوع السلطة التنفيذية المباشر للقواعد الدستورية :

يرى البعض أن خضوع السلطة التنفيذية للدستور يتم في الأصل بطريق غير مباشر كما سبق بيانه، غير أن هذا الرأي محل نظر، إذ قد يكون خضوع السلطة التنفيذية للدستور خضوعا مباشرا دون وساطة المشرع ، فتكون العلاقة بين القواعد اللائحية والقواعد الدستورية مباشرة، وذلك بالنسبة للوائح المستقلة، والتي تندرج فيها اللوائح التنظيمية، ولوائح الضبط ولوائح الضرورة التي تصدر متمتعة بقوة القانون، إضافة للأوامر التشريعية الصادرة عن رئيس الجمهورية، فكل تلك اللوائح والأوامر تجد أساسها مباشرة في نصوص الدستور، دونما حاجة إلى العبور عن طريق القانون، وترتيباً ذلك فإنها إذا خالفت الدستور صارت مشوبة بعيب عدم الدستورية لا عدم المشروعية ومثال ذلك نص المادة 44 من الدستور التي تمنح للمواطن الحق في اختيار موطن إقامته والانتقال عبر التراب الوطني والدخول إلى التراب الوطني والخروج منه بحرية، فلو صدر قرار إداري يقضي بإبعاد مواطنين، فإنه يكون مخالفا لهذا النص الدستوري، ويكون مشوبا بعيب عدم الدستورية¹ وبناء على ما سبق فإن القواعد اللائحية التي تجيء مخالفة للدستور يلحقها عيبان:

1-Albert Socque, légalité et hiérarchie des nonnes. www.goolle.FR

2-René chapus. Droit administratif générale. pop cit p 32 et s

1-سامي جمال الدين، المرجع السابق، ص 42.

- **عيب عدم الدستورية:** إذا كانت المخالفة مباشرة للقواعد الدستورية أو للمبادئ العامة للقانون ذات الطابع الدستوري.

- **عيب عدم المشروعية:** إذا كانت المخالفة غير مباشرة.

وثمة رأي في الفقه يرى أن العيب كل الأحوال هو عيب عدم المشروعية لكونه يتضمن عيب عدم الدستورية.

الفرع الثالث: خضوع السلطة القضائية للقواعد الدستورية:

تأسيساً على مبدأ تدرج القواعد القانونية، تلتزم كل سلطة عامة تنشئ أو تنفذ أو تطبق القواعد القانونية باحترام نتائج هذا المبدأ، ومن بينها تقرير سمو القواعد الدستورية، وفي ذلك احترام لمبدأ الشرعية، الذي يشكل أساس القضاء، فيقع على كافة جهات القضاء سواء منها المنتمية لسلك القضاء العادي أم الإداري عبء تطبيق القواعد القانونية، وعلى رأسها القواعد الدستورية على ما يعرض عليها من منازعات.

وعلى ذلك فالسلطة القضائية مخاطبة بالخضوع للقواعد الدستورية²، والنزول عند مقتضياتها، بل وتطبيقها مباشرة دون وساطة القواعد التشريعية متى كانت تقبل ذلك، غير أن هذا الرأي غير مستساغ من البعض، فالقاضي لا يخضع إلا للقواعد التشريعية بالنسبة إليهم، وهو ما يفرض مناقشة هذه المسألة لبيان مدى التزام القاضي بالخضوع للقواعد الدستورية مباشرة (أولاً) ثم تحديد مظاهر هذا الخضوع (ثانياً).

أولاً : التزام القاضي بالخضوع للقواعد الدستورية :

2- ويعتبر النظام الأمريكي نموذج جاء في مجال استناد القاضي في أحكامه للدستور مباشرة ورقابة لدستورية القوانين إذ تنص المادة الثالثة من الدستور الأمريكي على أن السلطة القضائية تختص بجميع المنازعات سواء تعلقت بالقانون العام وقواعد العدالة التي تنشأ بمناسبة تطبيق أحكام هذا الدستور انظر ، عاطف خليل ، الحياة العلمية للنظام القضائي في الولايات المتحدة الأمريكية ، مجلة مجلس الدولة المصري السنوات العشرين إلى الخمسة والعشرين 1975 ص 166 وما بعدها.

يرى فريق من الفقه أن القاضي لا يخاطب سوى بالخضوع للقواعد التشريعية، وبالتالي فلا يتصور مخاطبته مباشرة بالقواعد الدستورية، إذ جاء في نص المادة 138 من الدستور أن:

"السلطة القضائية مستقلة وتمارس في إطار القانون" ونص المادة 147 منه: "لا يخضع

القاضي إلا للقانون"

ويضيف أصحاب هذا الرأي اعتبارا آخر لإلزام القاضي بالخضوع للقواعد التشريعية وحدها، فلا يكون له أن يطبق القواعد الدستورية للفصل في النزاعات، ولا للأفراد الاستناد مباشرة إلى تلك القواعد لتأسيس طلباتهم أو دفعهم، وهذا الاعتبار هو مبدأ فصل السلطات، الذي يقصر عمل القضاء على تطبيق القواعد القانونية الصادرة عن السلطة التشريعية وحدها، بل هناك من ذهب إلى ما هو أكثر غلوا، حيث لا يعتبر الدستور قانونا لانعدام الجزاء على مخالفة قواعده، باعتباره ينظم العلاقة بين الحكام والمحكومين.

ولكن هذا الرأي محل نظر، إذ أن مخاطبة القاضي بتطبيق القانون ينصرف إلى القانون بالمفهوم العام بما فيه الدستور، بل هو القانون الأساسي في الدولة، وهو فوق الجميع، ويضفي الشرعية على ممارسة السلطات، حسب ما ورد بديباجة دستور 1996، وتنص المادة 60 منه على أنه: "يجب على كل شخص أن يحترم الدستور وقوانين الجمهورية" ونص المادة 140 منه: "أساس القضاء مبادئ الشرعية والمساواة" وتنص المادة 80 من القانون الأساسي للقضاء: "يجب على القاضي أن يصدر أحكامه طبقا لمبادئ الشرعية والمساواة..". ويلتزم القاضي بموجب يمينه التي يؤديها قبل توليه وظائفه بأن يحكم وفقا لمبادئ الشرعية والمساواة، ولا شك أن الشرعية ينصرف معناها إلى كل القواعد القانونية مهما كان مصدرها، بما فيها القواعد الدستورية.

ثم إن تطبيق القاضي للقواعد الدستورية، ونزوله عند مقتضياتها، هو مقتضى وظيفة القاضي باعتباره حاميا للشرعية، وضامنا للحقوق والحريات المكفولة دستوريا، فلا يعد ذلك متعارضا مع مبدأ فصل السلطات، طالما لم يتدخل بنفسه لسن القواعد القانونية أو تعديلها أو

تعطيل تنفيذها أو إلغائها، بل كل ما في الأمر أنه قام بتطبيق قاعدة قانونية تم وضعها من طرف السلطة التأسيسية، إذ مقتضى وظيفته ذلك، وأما ما ذهب إليه البعض من كون قواعد الدستور تعتبر مجرد توجيهات لا إلزامية لها، لانعدام الجزاء على مخالفتها.

ثانياً: مظاهر خضوع القاضي للقواعد الدستورية :

مما سبق ذكره، فإن القاضي يجب عليه الالتزام بالقواعد الدستورية (I) والامتناع عن تطبيق أي قانون مخالف لها (II).

1- التزام القاضي بالخضوع للقواعد الدستورية: لقد تناول الدستور تنظيم السلطة القضائية في الفصل الثالث من الباب الثاني في المواد : 138 إلى 158 والتي تؤسس السلطة القضائية وتضع لها الحدود التي لا يجوز لها تجاوزتها، ويضاف إلى ذلك مواد أخرى متفرقة في الدستور تتعلق بتنظيم العمل القضائي، وتفرض على القضاء مبادئ وأحكاماً لا يجوز تجاوزها، مثله مثل كل السلطات العامة في الدولة، وخصوصاً المواد المتعلقة بحقوق الإنسان والمواطن وحرّياتهما، والتي تمثل مبادئ دستورية عليا لا يجوز المساس بها، وعلى ذلك يفرض مبدأ سمو الدستور أن تكون أعمال القضاء ضمن الحدود الدستورية فتخضع للدستور شكلاً (1) موضوعاً (2).

1 - الخضوع الشكلي للقواعد الدستورية: لقد حدد الدستور اختصاص السلطة القضائية، كما نص على إجراءات واجبة الاحترام، وتتمثل فيما يلي:

أ- احترام قواعد الاختصاص: يتوجب على القضاء التقيد بمجال الاختصاص المحدد دستورياً، وإلا عد عمله تدخلاً في عمل باقي السلطات، كما لا يجوز له تفويض اختصاصه هذا، ولكن من الواجب التساؤل عن وظيفة القضاء التي يتحدد بها مجال اختصاصه؟

تنص المادة 139 من الدستور: "تحمي السلطة القضائية المجتمع والحرّيات وتضمن للجميع ولكل واحد المحافظة على حقوقهم الأساسية" وتنص المادة 143: "ينظر القضاء في الطعن في "قرارات السلطات الإدارية" والمادة 146: "يختص القضاء بإصدار الأحكام" وهذه

النصوص الدستورية تلقى بظلالها على تحديد الوظيفة القضائية باعتبارها إحدى وظائف الدولة الثلاث: التشريع والتنفيذ و القضاء، فما هو دور القضاء؟

يتجه الرأي الغالب في الفقه أن الهدف من القضاء ودوره هو **تطبيق القانون**، وهو مقتضى طبيعي لفكرة فصل السلطات، فالسلطة التشريعية تضع القانون والسلطة التنفيذية تنفذه بما يحقق المصلحة العامة، والسلطة القضائية تطبقه فيما يعرض لها من منازعات، فمهمة القضاء هي إعادة الاستقرار إلى النظام القانوني.

وعلى ذلك فالقضاء كمرفق عام يكتسي صبغة متميزة، لكونه يسهر على حماية النظام القانوني والحقوق والحريات الدستورية من خلال كفالة تطبيق القانون أثناء الفصل في المنازعات، فالمهمة الأساسية للقضاء هي إحقاق حكم القانون، وذلك بالفصل في جميع المنازعات بين الأفراد في ما بينهم أو بينهم وبين الدولة، ولا يملك القضاء للقيام بتلك المهمة سوى وسيلة إصدار الأحكام، فالقضاء يتحدد اختصاصه في إصدار الأحكام في المنازعات المختلفة بما يحمي الشرعية والمساواة ويضمن الحقوق والحريات، وعلى ذلك فيندرج ضمن اختصاصات السلطة القضائية مراقبة تصرف الأفراد والسلطات العامة، وإلزامها بالخضوع لحكم القانون وذلك بمناسبة النزاعات المعروضة عليها، ولذلك تنص المادة **143** من الدستور على أن **القضاء يختص في النظر في شرعية قرارات السلطات الإدارية** وهو ما يثير التساؤل عما إذا كان لا يمكن إدماج الرقابة الدستورية في اختصاص السلطة القضائية، وهو ما نراه في الفصل الثاني.

ب- احترام الشكل والإجراءات الدستورية: ثمة قواعد إجرائية تم رفعها إلى مرتبة المبادئ الدستورية بالنص عليها في الدستور، ومنها المادة **141** من الدستور التي تفرض أن يصدر القضاء أحكامه باسم الشعب والمادة **144** التي تفرض تعليل الأحكام القضائية وينطق بها في جلسة علانية والمادة **151** التي تكرر الحق في الدفاع وتجعله مضمونا في القضايا الجزائية، والمادة **152** التي تجعل المحكمة العليا ومجلس الدولة هيئتين مقومتين لأعمال المجالس

القضائية والمحاكم أو الجهات القضائية الإدارية حسب الحالة، ومعنى ذلك أن الأحكام الصادرة عن القضاء تخضع للرقابة على مدى مطابقتها للقانون من طرف المحكمة العليا ومجلس الدولة، إضافة إلى كون القضاء الجزائري يقوم على ازدواجية القضاء فهناك القضاء الإداري والقضاء العادي، فهذه القواعد الإجرائية وغيرها ملزمة للقضاء بموجب النصوص الدستورية التي كرستها ولو لم توجد نصوصا تشريعية تنص عليها.

2- الخضوع الموضوعي للقواعد الدستورية¹: لقد تضمن الدستور قواعد يتوجب على القضاء

الخضوع لها، وتتعلق:

أ- بالهدف أو الغاية التي يقصدها القضاء من وراء أحكامه والمتمثلة حسب الدستور في حماية المجتمع والحريات وضمان المحافظة على الحقوق الأساسية الفردية والجماعية (المادة 139)، وهو ما يفرض حماية المتقاضي من أي تعسف أو أي انحراف يصدر من القاضي (المادة 150) كما يقتضي استقلالية السلطة القضائية (المادة 138) وحماية القاضي من كل أشكال الضغوط والتدخلات والمناورات التي قد تضر بأداء مهمته أو تمس نزاهة حكمة (المادة 148).

ب- بالقيود التي يتوجب على القضاء التقيد بها وهو يؤدي وظيفته، وهي قيود فرضها الدستور لضمان الحقوق والحريات التي لا يجوز الاعتداء عليها لا من القضاء ولا من غيره، ومنها نص المادة 36 "لا مساس بحرمة حرية المعتقد وحرمة الرأي" و نص المادة 38: "لا يجوز حجز أي مطبوع أو تسجيل أو أية وسيلة أخرى من وسائل التبليغ والإعلان إلا بمقتضى أمر قضائي" ونص المادة 40 "تضمن الدولة عدم انتهاك حرمة المسكن فلا تفتيش إلا بمقتضى القانون وفي إطار احترامه ولا تفتيش إلا بأمر مكتوب صادر عن السلطة القضائية المختصة" ونص المادة 45: "كل شخص يعتبر بريئا حتى تثبت جهة قضائية

1 - حسني بوديار ، الوجيز في القانون الدستوري، المرجع السابق، ص 21 وما بعدها.

نظامية إدانته مع كل الضمانات التي يتطلبها القانون" ونص المادة 46 "لا إدانة إلا بمقتضى قانون صادر قبل ارتكاب الفعل المجرم" ونص المادة 48 "يخضع التوقيف للنظر في مجال التحريات الجزائية للرقابة القضائية ولا يمكن أن يتجاوز مدة ثمان وأربعين ساعة. يملك الشخص الذي يوقف للنظر حق الاتصال فوراً بأسرته ولا يمكن تمديد مدة التوقيف للنظر إلا استثناءً ووفقاً للشروط المحددة بالقانون" ونص المادة 60: "لا يعذر بجهل القانون" فالقضاء يجب عليه النزول عند مقتضى هذه النصوص الدستورية وغيرها طالما قررت قواعد تخاطب القضاء مباشرة أو تمنح حقوقاً محددة للأفراد، فتطبق دونما حاجة لنص تشريعي يقرها.

II- امتناع القاضي عن تطبيق القواعد التشريعية المخالفة للدستور: إن الملفت للنظر هو خلو الدستور من الإشارة إلى أية رقابة قضائية على دستورية القوانين، خصوصاً وأن القاضي هو المطبق والمفسر للقانون، فإذا تقدم أحد الأطراف في المنازعة المعروضة على القضاء بدفع متعلق بعدم دستورية القانون المراد تطبيقه على قضيته، ففي هذه الحالة تتخذ الرقابة على دستورية القوانين شكل دفع، وهو ما يضع القاضي أمام مسألة أولية يجب الفصل فيها قبل الفصل في موضوع النزاع مالم يوجد نص يقضي بغير ذلك، وإن عدم الرد على هذا الدفع يجعل القاضي منكراً للعدالة، فرقابة القاضي لدستورية القوانين هنا إنما هي إعمالاً لحق الدفاع المكرس دستورياً، كما أن القضاء يختص بحماية المجتمع والحريات والحقوق الفردية والجماعية من أي اعتداء عليها، ولو وقع الاعتداء من طرف السلطة التشريعية ذاتها، ويضاف إلى ذلك أن القضاء أساسه الشرعية والتي تتضمن من بين عناصرها القواعد الدستورية، وطالما لم يوجد نص يمنع القاضي من رقابة دستورية القوانين عن طريق الدفع الفرعي، فمعنى كل ذلك أن القاضي مختص بالبت في هذا الدفع، أي أنه ينزل عند مقتضى مبدأ تدرج القواعد القانونية¹ وسوف يتم تفصيل هذه المسألة في الفصل الثاني.

1- بن هني عبد القادر ، القضاء والإصلاحات ، الندوة الوطنية الثانية للقضاء ، نادي الصنوبر أيام 25/24/23 فبراير 1991 منشورات الديوان الوطني للأشغال التربوية 1993 ص 133 وما بعدها.

المطلب الثاني: نتائج تدرج القواعد القانونية الأخرى:

توصلنا في المبحث الأول إلى أن القواعد القانونية ما عدا القواعد الدستورية تتدرج وفق الشكل التالي: اتفاقيات دولية، قوانين عضوية، قوانين عادية، وبعدها اللوائح، وهو الترتيب الذي ينجم عنه نتيجة أساسية مفادها خضوع القاعدة الأدنى للقاعدة الأعلى، أي خضوع كل القواعد التشريعية العضوية والعادية واللوائح للاتفاقيات الدولية، وخضوع القوانين العادية للقوانين العضوية و خضوع اللوائح للقوانين بنوعها العادية والعضوية، ولذلك يتوجب تحديد نتائج سمو القواعد الاتفاقية الدولية على القواعد القانونية الأخرى (الفرع الأول) ثم نتائج المرتبة الإلزامية للقواعد التشريعية واللوائح (الفرع الثاني) .

الفرع الأول: نتائج سمو القواعد الاتفاقية الدولية

بعد أن تبين لنا من خلال إعمال نص المادة 132 من الدستور، والموقف القضائي والفقهى الثابت حول مكانة القواعد الاتفاقية الدولية طبقاً لمبدأ تدرج القواعد القانونية، والتي تأتي مباشرة بعد القواعد الدستورية، فإنه ينتج عن تلك المرتبة خضوع السلطة التشريعية (أولاً) والتنفيذية (ثانياً) والقضائية (ثالثاً) لتلك القواعد الدولية .

أولاً: خضوع السلطة التشريعية للقواعد الاتفاقية الدولية :

إن سمو المعاهدات يقود إلى جملة من النتائج يجب على السلطة التشريعية النزول عند مقتضياتها، سواء أثناء سنّها التشريعات (I) أو بالنسبة للتشريعات السارية والتي صارت باطلة لمخالفتها معاهدة صادقت عليها الجزائر لاحقاً (II).

I- التقيد بالقواعد الاتفاقية الدولية أثناء سن التشريعات: يجب على السلطة التشريعية احترام مضمون المعاهدات التي صادقت عليها الجزائر، وذلك أثناء سن التشريعات، فهاته الأخيرة يجب أن لا تتعارض مع الاتفاقيات الدولية المصادق عليها نصاً وروحاً وأن هذا التعارض يعتبر خرقاً لمبدأ سمو المعاهدات، وخروجاً عن مبدأ تدرج القوانين، وقد يرتب المسؤولية الدولية

للجرائر. وقد كرس المجلس الدستوري الجزائري¹ هذا الالتزام بمناسبة إخطاره من قبل رئيس الجمهورية للنطق بدستورية بعض أحكام قانون الانتخابات لسنة 1989 وقد ابتدع المجلس الدستوري قواعد غير مسبوقة، ومنها انه قرر اختصاصه برقابة مطابقة القانون للمعاهدات، باعتبارها تدرج ضمن الكتلة الدستورية فيصير القانون المخالف لها غير دستوري اعتمادا على كون مبدأ سمو المعاهدة على القانون يمثل مبدأ دستوريا، ويفعله هذا يكون المجلس الدستوري كرس مبدأ عدم جواز مخالفة القانون الجديد لمعاهدة مصادق عليها قبل سنة، إضافة لمبدأ أن المخالفة تمثل عيب عدم الدستورية .

II- تعديل القوانين المخالفة للمعاهدات اللاحقة: بالنسبة للقوانين السابقة على نفاذ المعاهدة والتي أصبح مضمونها يتنافى معها، فإن مبدأ التدرج وسمو المعاهدة، يفرض على السلطة التشريعية أن تحين هذه القوانين بأن تدخل عليها التعديلات اللازمة التي تكفل تماشيها مع القواعد الاتفاقية الدولية، وإلا شابها ما يطلق عليه في فقه القانون العام **بعبء عدم الاتفاقية أو عيب عدم المطابقة (le vice d'inconditionnalité des lois)** .

وقد كرس القضاء الجزائري هذه النتيجة في الملف رقم 654633¹ قرار بتاريخ 2001/09/5 بخصوص الإكراه البدني في الإلتزامات التعاقدية استنادا للمادة 407 من قانون الإجراءات المدنية التي شرعت بتاريخ 1966/06/08 والتي لم تحين بعد المصادقة على العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية وقد جاء في الحثيات: **"ويعد الإطلاع على أحكام المادة 11 من الاتفاقية المذكورة والمنشورة بالجريدة الرسمية عدد 11 المؤرخ في**

1- قرار رقم 01 السنة 1989 سالف الذكر (الملحق رقم 01).

1 - المحكمة العليا ، ملف رقم 254633 قرار بتاريخ 2001/09/05 ، قرار غير منشور سلم للطلبة القضاة السنة الثانية في مقياس علاقة القاضي الداخلي بالمعاهدات الدولية في التطبيقات لسنة 2005/2004 (ملحق 03).

2 - المحكمة العليا ، الغرفة الجزائرية ، ملف رقم 167921 قرار بتاريخ 2000/02/22 قضية (م ع) ومن معه ضد (ن ع) المجلة القضائية ، العدد 2000/2 ص 206 وما بعدها (ملحق 02)

1997/02/26 والتي جاء فيها (لا يجوز سجن أي إنسان لمجرد عجزه عن الوفاء بالتزام تعاقدي) وتبعاً لذلك أصبح من غير الجائز توقيع الإكراه البدني لعدم تنفيذ التزام تعاقدي " بل ذهبت المحكمة العليا لما هو أكثر جرأة وخطورة حيث قررت تطبيق نص في معاهدة دولية يتعلق بالعقاب على جريمة المخدرات بعقوبة تكميلية، لما لم يتدخل المشرع الجزائري لإدراجها في قانون العقوبات بعد المصادقة على المعاهدة، إذ جاء في القرار² المؤرخ في 2000/02/22 تحت رقم 167921 : " فإن مصادرة المبالغ المالية التي تحصل عليها من المتاجرة غير المشروعة في المخدرات .. تعد إجراء قانوني في حد ذاته " وهذا اعتماداً على اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الاتجار بالمخدرات والمؤثرات العقلية، والتي صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي 41/95 المؤرخ في 1995/01/28.

ثانياً: خضوع السلطة التنفيذية للقواعد الاتفاقية الدولية:

إن مبدأ سمو المعاهدات يفرض على السلطة التنفيذية أن تخضع لأحكامها طالما صارت نافذة بالمصادقة عليها ونشرها، وهذا الخضوع يمثل التزاماً على السلطة التنفيذية ولو خالفت القانون، وذلك لكون مبدأ تدرج القواعد القانونية يجعل القانون المخالف لها باطلاً ولا إلزامية له، وبالتالي يتعين على السلطة التنفيذية أن تكون أعمالها مطابقة لأحكام المعاهدة وإلا جاءت غير مشروعة، وجاز للأفراد الطعن فيها أمام القضاء وطلب إلغائها، وهذا الخضوع لا يجد أساسه فحسب في مبدأ سمو المعاهدات بل واحتراماً للالتزامات الجزائرية الدولية التي إن أخلت بها ترتب على ذلك مسؤوليتها الدولية، وعلى ذلك فيجب على السلطة التنفيذية أن تخضع للمعاهدات النافذة سواء أثناء مشاركتها في العمل التشريعي (I) أو أثناء سنها القواعد اللائحية (II).

I- الخضوع للقواعد الاتفاقية الدولية أثناء المشاركة في سن التشريع: لقد اعترف الدستور للسلطة التنفيذية بدور كبير في سن القواعد التشريعية إذا تتدخل في إعداد القوانين والتصويت عليها وفي إصدارها ونشرها في ما بعد، وفي هذه التدخلات يتوجب على السلطة التنفيذية أن

تحرص على احترام أحكام المعاهدات النافذة في الجزائر، وذلك أثناء إعداد مشاريع القوانين التي تحرص السلطة التنفيذية على أن تتماشى هذه المشاريع نصا وروحا مع المعاهدات، كما يتوجب عليها أن تبادر بإعداد مشاريع القوانين الكفيلة بتعديل التشريعات السابقة على ضوء أحكام المعاهدات التي صادقت أو قد تصادق عليها الجزائر، وتسارع بعرضها على البرلمان للمصادقة عليها، وبالنسبة لرئيس الجمهورية فإن سمو المعاهدات يفرض عليه التدخل وفقا للسلطات المخولة له دستوريا بمنع صدور القوانين التي تتعارض مع التزامات الجزائر الدولية المؤطرة بمعاهدات، إذ يمكنه في هذا الإطار اللجوء إلى آلية طلب إجراء مداولة ثانية على القانون المصوت عليه طبقا للمادة 07/127 من الدستور، كما يمكنه اللجوء إلى إخطار المجلس الدستوري الذي أعلن اختصاصه برقابة مطابقة القوانين للمعاهدات الدولية باعتبارها جزء من الكتلة الدستورية حسب قراره رقم 89/01 سالف الذكر. وغني عن الذكر أن رئيس الجمهورية وهو يصدر أوامره التشريعية يجب عليه التقيد بالمعاهدات التي صادقت عليها الجزائر.

II- الخضوع للقواعد الاتفاقية الدولية أثناء سن القواعد اللائحية: يجب أن تكون كل اللوائح الصادرة عن السلطة التنفيذية- سواء في الظروف العادية أو غير العادية - متفقة مع المعاهدات الدولية، وإلا كانت غير مشروعة ويحكم القضاء الإداري بإلغائها وحتى ترتيب المسؤولية الإدارية عن الأضرار التي تسببها، وقد توصل القضاء الفرنسي إلى وجوب امتناع الإدارة عن إصدار اللوائح التنفيذية لقوانين متعارضة مع المعاهدة، وهو ما جاء ذلك في قرار مجلس الدولة الفرنسي في 1999/02/24 في قضية :

«association de patients de la médecin d'orientation anthroposophique et autre»
حيث ذهب المجلس إلى إن السلطة التنظيمية يقع على عاتقها الالتزام بأن تترك الأحكام التشريعية المتعارضة مع اتفاقية تأسيس الاتحاد الأوربي:

«de pouvoir réglementaire avait l'obligation de laisser de coté les dispositions législatives incompatibles avec le droit communautaire »

وقد برر مفوض الحكومة امتناع هذه الأخيرة عن إصدار النصوص التنظيمية المتعلقة بتنفيذ المادة 601/4 من قانون الصحة بأنها قد التزمت بالقيود المفروضة عليها في المادة 55 من الدستور:

« Le gouvernement s'est conformé aussi qu' il y était tenu a la hiérarchie des normes dans l'ordre juridique interne telles découlent de l'article 55 de la constitution»

ثالثاً: خضوع السلطة القضائية للقواعد الاتفاقية الدولية:

إن الاعتراف الدستوري للمعاهدات بمكانة أسمى من القانون يتتبع صيرورتها جزء من النظام القانوني الداخلي، فتكون واجبة النشر للنفاذ في مواجهة المخاطبين بأحكامها، وواجبة التطبيق بذاتها متى استوفت الإجراءات المقررة، فيلتزم القاضي بتطبيقها من تلقاء نفسه دون انتظار طلب الخصوم لذلك، وبخضوع في هذا الشأن لرقابة المحكمة العليا كحاله في سائر مسائل القانون، لكون المعاهدة تعتبر مصدراً للمشروعية والحقوق، وبالإمكان رفع دعوى إلغاء استناداً إليها ومعنى ذلك أن المعاهدات تكون واجبة التطبيق أمام القضاء، ويمكن للخصوم الاستناد إليها لتأسيس دعواهم، وهذا ما أكدته المجلس الدستوري الجزائري في قراره الأول لسنة 1989¹ الذي جاء فيه: "ونظراً لكون أية اتفاقية بعد المصادقة عليها ونشرها تدرج في القانون الوطني وتكتسب بمقتضى المادة 123 من الدستور لسنة 1989 المقابلة للمادة 132 من دستور 1996 سلطة السمو على القوانين وتخول كل مواطن أن يتذرع بها أمام الجهات القضائية .." وعلى ذلك يتوجب على القضاء الخضوع لأحكام المعاهدات وتطبيقها للفصل في النزاعات طالما كانت قابلة للتطبيق المباشر دونما حاجة إلى قوانين أو تنظيمات داخلية تكفل لها ذلك.

و من زاوية أخرى، فإن القضاء يجب عليه الاضطلاع بصلاحيته أعمال مبدأ أولوية تطبيق المعاهدات على القوانين في حالة التعارض، حيث يقوم القاضي بترجيح المعاهدات

1- قرار المجلس الدستوري رقم 01 المؤرخ في 20/08/1989 سالف الذكر (ملحق 01).

الدولية على كل القوانين واللوائح في حالة التعارض كنتيجة يفرضها عليه مبدأ التدرج²، بل ويمكن للقضاء الإداري إلغاء اللوائح المتعارضة مع المعاهدات النافذة في الجزائر، باعتبارها تكون غير مشروعة لمخالفتها المعاهدات التي صارت بالمصادقة عليها عنصرا من عناصر المشروعية ومصدراً من مصادر القواعد القانونية³.

الفرع الثاني: نتائج مرتبة القواعد التشريعية واللائحية

سبق وأن أوضحنا انه بعد القواعد الدستورية وما يلحق بها من مبادئ قانونية عامة، وبعد القواعد الاتفاقية الدولية تأتي القواعد التشريعية بنوعيتها العضوية والعادية، وبعدها تأتي القواعد اللائحية بنوعيتها أيضا الصادرة في الظروف الاستثنائية أو في الظروف العادية، وعلى ذلك فالقواعد التشريعية أسمى من القواعد اللائحية من جهة كما تسمو القوانين العضوية على القوانين العادية، وتترتب نتائج قانونية عدة على المرتبة الإلزامية للقوانين العضوية (أولا) ونتائج على سمو القواعد التشريعية على القواعد اللائحية (ثانيا)

أولا : نتائج المرتبة الإلزامية للقوانين العضوية

إذا كانت القواعد التشريعية تنقسم في ظل دستور 1996 إلى مجموعتين متباينتين من حيث المرتبة الإلزامية، إذ تسمو القواعد التشريعية العضوية على القواعد التشريعية العادية، وذلك إعمالا للمعيار الشكلي، وهو ما يؤدي بنا على ضوء مبدأ تدرج القواعد القانونية إلى خضوع القانون العادي للقانون العضوي نصا وروحا ، شكلا ومضمونا¹، لكن طالما كان لكل من القانون والقانون العادي مجالا محجوزا دستوريا فكيف يتصور مخالفة القانون العادي للقانون العضوي ؟ تتخذ هذه المخالفة شكلين فقد تكون مخالفة شكلية (II) وقد تكون موضوعية (II) .

2-انظر ، قرار المحكمة العليا ، الغرفة المدنية ، ملف رقم 288587، قرار بتاريخ 2002/12/11 قضية (ي ي) ضد (خ ب)، المجلة القضائية عدد 2003/1 (ملحق 04).

3- محمد فؤاد عبد الباسط ، المرجع السابق ، ص 6 وما بعدها.

1-Froncis Hamon et Michel droper, droit constitutionnel, op. cit., p 49 et s

II - المخالفة الشكلية: وذلك حينما يتم التشريع بقانون عادي في مجال القانون العضوي أو العكس، إذ يشكل ذلك مخالفة صريحة للدستور من حيث الإجراءات ويكون التشريع غير دستوري، ومثاله ما جرى بالنسبة للقانون الأساسي للقضاء باعتباره قانون عضوي إذ ضمن فيه البرلمان أحكاماً تنشئ فروعاً قضائية جديدة تسمى الأقطاب المتخصصة وبعد اخطار المجلس الدستوري قرر عدم مطابقة تلك المواد للدستور لكونها تدرج ضمن مجال القانون العادي وليس القانون العضوي.²

II- المخالفة الموضوعية: وتتجسد هذه الصورة من خلال صدور قوانين عادية تتعارض في نصها أو فحواها مع القوانين العضوية، فالقانون العادي لا يمكنه أن يلغي أو يعدل أحكام متضمنة في قانون عضوي، وإلا كان غير دستوري، فإذا كان الدستور مثلاً قد حول التشريع بقانون عضوي في مجال القانون الإطار المتعلق بقوانين المالية طبقاً لنص المادة 123 من الدستور فإنه قد نص على اختصاص البرلمان في التصويت على الميزانية وإحداث الضرائب والجبايات والرسوم والحقوق المختلفة وتحديد أساسها ونسبها وذلك بموجب قوانين عادية طبقاً لنص المادة 122 من الدستور، فإذا تضمنت قوانين المالية مخالفة للقانون الإطار فحين ذاك تكون تلك القوانين مخالفة لمبدأ المشروعية لمخالفتها قواعد قانونية أسمى منها.

ولا شك أن إيجاب خضوع القانون العادي للقانون العضوي سيقود إلى نتيجة أخرى وهي ضرورة فرض آليات رقابية لكفالة هذا الخضوع، وتختلف هذه الآليات حسب وجه التعارض بين القانونين، فإذا كان التعارض يتعلق بمجال الاختصاص فإن ذلك يشكل مخالفة مباشرة لنص الدستور مما يجعل القانون المتجاوز مشوباً بعيب عدم الدستورية، وهو الوجه الذي يختص برقابته المجلس الدستوري في إطار الرقابة على دستورية القوانين وإذا كان التعارض موضوعياً من القاعدة التشريعية العادية للقانون العضوي فإن المجلس الدستوري لم يعان صراحة أن

2- أنظر قرار المجلس الدستوري بخصوص مراقبة مطابقة القانون العضوي 0411 الذي يتضمن القانون الأساسي للقضاء للدستور (ملحق 11).

القوانين العضوية تنتمي إلى الكتلة الدستورية وهو ما يقودنا إلى نتيجة غاية في الأهمية هي أنه لا يمكن اعتماد القوانين العضوية كقواعد مرجعية للرقابة على دستورية القوانين، وبالتالي يتوجب التساؤل عن طبيعة العيب الذي يلحق القاعدة القانونية العادية المخالفة لقانون عضوي؟.

نظرا لعدم تصريح المجلس الدستوري بموقفه من هذه المسألة في آرائه وقراراته منذ 1996، خلافا للمجلس الدستوري الفرنسي الذي اعتمد القوانين العضوية كمرجع للرقابة على الدستورية وذلك في قراره رقم 08/60 الصادر بتاريخ 11/08/1960، وهو الموقف الذي سايره فيه بعض الفقه، ويترتب على ذلك أن التشريع العادي الذي يخالف أو يتجاهل أحكاما منصوصا عليها في قوانين عضوية أو يتجاوز حدود الاختصاص، يجب أن يصرح بكونه قانونا غير دستوري، وهو الاختصاص الذي يحتكره المجلس الدستوري، ولكن مع ذلك فإن هذه النتائج لم ترق مرتبة القوانين العضوية لتعادل مرتبة الدستور وقد عبر عن ذلك الأستاذ .

Hubert Aruiel:

«la référence aux lois organiques considérés comme les égales de la constitution ne peut être retenue, sans doute le conseil constitutionnel les vise il l'ors qu'il contrôle la conformité d'une loi a la constitution sans doute les lois organique doivent elles être d'une plus grand respect que lois ordinaires, Mais cela ne suffit pas a les éleres au range constitutionnel à les intégrés a la constitution» .

وقد عرضت هذه المسألة على مجلس الدولة الفرنسي أثناء تحضير مشروع دستور 1958، وتوصل إلى أن مخالفة مشروع قانون عادي للقانون العضوي لا تعتبر مخالفة للدستور، لكنها قد ترتب أثارا سيئة على سير المؤسسات في الدولة.

ثانيا: نتائج سمو القواعد التشريعية على القواعد اللائحية:

يجب على السلطة التنفيذية أن تخضع أثناء سن اللوائح للقواعد ذات القيمة التشريعية، سواء صدرت تلك اللوائح في الظروف العادية (I) أو غير العادية (II).

1- خضوع اللوائح للقواعد التشريعية في الحالة العادية: ويتخذ هذا الخضوع مظهرين أساسيين

1- ضرورة إصدار اللوائح التنفيذية: توصلنا فيما سبق إلى أن السلطة التنفيذية تستمد صلاحية إصدار اللوائح من الدستور وإن أثر الدعوة التشريعية لإصدارها إنما يقتصر على جعل سلطة الحكومة مقيدة فيجب عليها أن تتدخل لإصدار هذه اللوائح في أجال معقولة، ولا شك أن مخالفة الحكومة لهذا الالتزام يشكل مخالفة لمبدأ المشروعية عموماً، وخرقاً خطيراً لمبدأ تدرج القواعد القانونية على وجه الخصوص، كونه يجعل من القواعد التشريعية مجرد حبر على ورق، ولا شك أن الواقع الجزائري شهد وجود مئات النصوص التشريعية ضلت معطلة النفاذ نتيجة عدم صدور النصوص التنفيذية، ومما يزيد الوضع سوءاً أنه لا يوجد أي نص قانوني يحدد للحكومة أجلاً تلتزم فيه بإصدار هذه المراسيم.

2- احترام اللوائح التنفيذية لمضمون القواعد التشريعية: وهنا يطرح السؤال: متى ينتهي

مجال القانون ويبدأ مجال اللائحة طبقاً لمبدأ فصل السلطات ؟

لقد استقر الفقه والقضاء المقارن على أن مجال اللوائح التنفيذية يشمل كل ما هو لازم لتنفيذ القانون دون الخروج عنه أو تعديله أو إلغائه، وهذا يعد من مقتضيات مبدأ المشروعية وتدرج القواعد القانونية، فتكون سلطة رئيس الحكومة في إصدار المراسيم التنفيذية سلطة مقيدة، لكن الحدود بين اللوائح التنفيذية والقوانين ليست دوماً بهذا الوضوح، وهو ما أدى إلى ظهور عدة أفكار وتطبيقات قضائية أهمها :

أ- فكرة التمييز بين القواعد الموضوعية والقواعد الإجرائية: وقد جاء بها الفقيهان (دوجي) و (بونار) ومفادها أن حدود ومجال اللوائح يقتصر على القواعد والأحكام الإجرائية فقط.

ب- فكرة الطبيعة الإدارية والتنفيذية: وجاء بها الفقيهان (فيدل) و (ايزنمان) وتقوم على أن قيمة وجوه اللوائح التنفيذية هي التي يعول عليها في تحديد مجال وحدود هذه القرارات وطبيعة علاقتها بالقانون الذي تنفذه في الواقع العملي، وبذلك فإن تطبيق نظام تدرج القواعد القانونية يفرض تبيان الشروط والأساليب الإدارية اللازمة لتطبيق القانون بصورة فعالة ومشروعة.

ج- فكرة القضاء الإداري الفرنسي: و الذي ميز بين حالتين:

-حالة صدور اللوائح بعد دعوة تشريعية: و فيها أجاز القضاء لهذه القرارات أن تخلق قواعد موضوعية عامة مكملة للقانون ومساعدة على تنفيذه بصورة كاملة سليمة.

-حالة صدور اللوائح دون دعوة تشريعية: هنا ضيق القضاء الإداري الفرنسي من مجالها، وقصره على الأحكام والإجراءات التطبيقية للقانون.

ونخلص من عرض هذه الاتجاهات، إلى أن دور المراسيم التنفيذية يجب أن ينحصر في وضع الأحكام التفصيلية التي تساعد على تجسيد القواعد التشريعية وتطبيقها على الحالات الفردية، دون تناقض أو تعديل - صريحا كان أو ضمنا - لإرادة المشرع المعبر عنها بالنص القانوني.

وللملاحظة فإن كل ما سبق ذكره يتعلق باللوائح التنفيذية، أما اللوائح المستقلة فرغم أنها تعتبر قرارات إدارية، فإن القواعد التشريعية تختفي، وتظهر مكانها المبادئ العامة للقانون إضافة إلى القواعد الدستورية، وإذا خالفتها صارت غير مشروعة كنتيجة منطقية لمبدأ التدرج.

II- خضوع اللوائح للقواعد التشريعية في الحالة غير العادية:

سبق وأن حددنا قيمة اللوائح والأوامر الصادرة في الظروف غير العادية بكونها تكتسب قوة القانون نتيجة هذه الظروف، وبالتالي فيجوز لها مخالفة القواعد التشريعية، وكذلك الشأن للمبادئ العامة للقانون، ولكن رغم ذلك تبقى أعمالا إدارية طبقا للمعيار العضوي فتخضع للرقابة القضائية، التي ينبغي أن تتكفل بإخضاعها لما يسميه الفقه بالشرعية الاستثنائية، التي تمثل الحد الأدنى من القيود على السلطة التنفيذية وذلك لحماية الحقوق والحريات.

الفصل الثاني

التكريس القضائي لمبدأ تدرج القواعد القانونية

بعد أن تقرر أن القواعد القانونية في الدولة متدرجة من حيث قوتها الإلزامية، فتسمو القواعد الدستورية وما يلحق بها من مبادئ عامة للقانون على كل القواعد القانونية الأخرى، و تسمو الاتفاقيات على غيرها من القواعد القانونية ما عدا الدستور، وتسمو القواعد التشريعية على اللوائح، ثم تأتي القواعد العرفية، وبعدها مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة، و بعد أن تبين لنا مظاهر خضوع السلطات العامة للدولة لهذا التدرج، والجزاءات المترتبة على خروجها عن مقتضياته، فإنه لا بد من الإشارة إلى أن ذلك سيكون بلا معنى إذا لم يتم تكريسه عن طريق القضاء باعتباره سلطة مستقلة أوكل لها الدستور -وهو القانون الأساسي في الدولة - مراقبة تطبيق القواعد القانونية أيا كان مصدرها و، بالتالي حماية الشرعية من أي خروج عليها أو مجاوزة لحدودها.

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

المبحث الأول: الرقابة القضائية على سمو القواعد الدستورية:

يتولد عن تدرج القواعد القانونية ما يعرف بمبدأ دستورية القوانين و شرعية اللوائح، و عدم دستورية القوانين واللوائح يعني ورودها على خلاف قواعد الدستور، هذه المخالفة التي قد تكون مخالفة من حيث الشكل أو من حيث المضمون، و لقد ثار خلاف تقليدي في الفقه والقضاء حول مدى حق القضاء في الرقابة على دستورية القوانين¹، وتعدى هذا الخلاف إلى موقف المشرع في مختلف الدول، ففي حين يجعل البعض رقابة القضاء على دستورية القوانين أمرا مسلما به، يقف البعض الآخر على النقيض من ذلك، و لكل وجهة نظره وحججه التي

1- علي حسين نجيب، المرجع السابق، ص 4 و ما بعدها، و سامي جمال الدين المرجع السابق، ص 163 و ما بعدها، فوزي أوصديق، المرجع السابق، ص 200 و ما بعدها، و عصام غففي عبد البصير، مبدأ الشرعية الجنائية، دراسة مقارنة في القانون الوضعي و الفقه الجنائي الإسلامي، 2004، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، ص 61 و ما بعدها.

تدعم موقفه، وتدور تلك الحجج حول محور أساسي هو الحفاظ على مبدأ الفصل بين السلطات، وعلى الرغم من أن الاتجاه الغالب في الفقه و القضاء المقارن قد سلم بحق القضاء في الرقابة الدستورية، فإن الرأي ليس واحدا في هذه المسألة بالنسبة للقضاء الجزائري، فهناك من يعارضها و هناك من يؤيدها، كما انه وإن اعترفنا بحق القضاء في هذه الرقابة، فإن الخلاف سيثور مجددا حول السلطة التي يملكها اتجاه القانون الذي اكتشف عدم دستوريته، وماذا يترتب على الحكم الصادر في ذلك، كل تلك المسائل تفرض التعرض إلى تقرير مدى اختصاص القضاء برقابة دستورية القوانين (المطلب الأول) وتحديد السلطات التي يملكها القاضي في هذا الإطار (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تقرير الرقابة القضائية على دستورية القوانين:

إن سمو الدستور سيكون كلمة بلا معنى إذا كان من الممكن انتهاكه من جانب السلطة التشريعية أو التنفيذية، وذلك إذا لم تخضع أعمالها للرقابة على دستورية القوانين واللوائح¹، ولا شك أن الرقابة القضائية هي الرقابة الفاعلة باعتبار وظيفة القضاء الطبيعية في حماية الحقوق والحريات وحراسة الشرعية في الدولة، ولكن بسط القضاء رقابته على دستورية القوانين تقف أمامها عقبات أهمها ما يثيره المعترضون من أن اختصاص القضاء بهذه الرقابة يعد خروجاً عن مهمته في تطبيق القانون، وخرقا بالتالي لمبدأ فصل السلطات خصوصا وان الدستور أوكل اختصاص رقابة الدستورية للمجلس الدستوري، فكل ذلك مانعا من هذه الرقابة القضائية، ولكن ألا تعد القواعد الدستورية قواعد قانونية فتندرج ضمن القواعد التي يطالب القاضي بتطبيقها؟ وإذا وقع التعارض بينها وبين القواعد القانونية الأخرى فكيف يتصرف القاضي مع هذا التعارض؟ وماذا يفعل القاضي أمام الدفع بعدم دستورية قانون معين؟ هل يحيل الدفع للمجلس الدستوري؟ أليس هذا الحل ممنوعا عليه؟ فما الحل أمام التزامه بالرد على الدفع؟ ثم هل حقا مبدأ فصل السلطات يعد عائقا أمام بسط القاضي لرقابته على دستورية القوانين؟

1 ديندار شيخاني، الرقابة على دستورية القوانين Dasin ORG جريدة الكترونية عامة، www.google.fr، و سامى جمال الدين، المرجع السابق، ص 161 و ما بعدها.

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

الفرع الأول: التزام القاضي بتطبيق القانون:

الاتفاق حاصل على كون وظيفة القاضي هي تطبيق القانون للفصل في النزاعات المعروضة عليه، ولا شك أن القانون المقصود هو القانون بمعناه الواسع، فيندرج ضمنه كل القواعد القانونية المكتوبة منها وغير المكتوبة والمادة الأولى من القانون المدني تؤكد ذلك، فتندرج القواعد الدستورية ضمن مضمون القانون الذي يلتزم القاضي بتطبيقه¹، وهذا الأمر لا إشكال فيه إذ يعد سليماً من الناحية النظرية ويسلم به الفقه والقضاء، ولكن المسألة تصبح محل نظر عند التعارض بين نص دستوري ونص تشريعي فهنا كيف يتصرف القاضي؟ هل سيطبق النص التشريعي تماشياً مع الرأي القائل بامتناع القاضي عن التعرض لمسألة صحة القانون من الناحية الموضوعية، وإن جاز له فحصه من الناحية الإجرائية؟ أم أن القاضي سوف يوازن بين النصين فإذا وجد التعارض ثابتاً بينهما أعمل مبدأ التدرج الذي يفرض إهمال النص الأدنى والفصل في النزاع طبقاً للنص الأعلى؟.

إن الاتجاه الغالب في الفقه والقضاء المقارن يرى أن القضاء عليه أن يقوم بالرقابة على دستورية القوانين، إذ يعد ذلك من صميم عمله القضائي فيكون ذلك التزاماً وجوبياً لا جوازياً، لأن مهمته تشمل أية ناحية تتعلق بتطبيق القوانين ومراعاة ترتيبها، فالمهمة الأساسية للقاضي تقوم على تطبيق القانون فيلتزم أولاً بتعيين القاعدة التي يجب مراعاتها، وتغدو مهمته التي لا يستطيع التهرب منها منصبة على حل المناقشات التي يمكن أن تثور أمامه بين القواعد القانونية، وهذا في الواقع ما يعمل به بصورة مستمرة إذ أنه يفصل في النزاع بين القانون القديم والقانون الجديد، وبين القانون العام والقانون الخاص وبين القانون الوطني والقانون الأجنبي،

1- سامي جال الدين المرجع السابق، ص 184.

وعلى ذلك فالالتزام القاضي بتطبيق القانون يندرج ضمنه التزامه بإزالة التعارض بين القوانين بتغليب القانون الأعلى واستبعاد القانون الأدنى، وبالتالي فإذا كان التعارض بين الدستور والقانون فإنه يستبعد القانون لصالح الدستور، وهو في أدائه هذا الدور لم يخرج عن دوره في تطبيق القانون لاندرج أحكام الدستور ضمن مفهوم القانون الذي يخاطب القاضي بتطبيقه¹، وفي نفس الإطار يرى بعض الفقه أن القانون المخالف للدستور لا يعد موجود أصلاً² فلا يقع على القضاة عبء تطبيقه مادام مخالفاً للدستور أي منعماً، فالقاضي ملزم بتطبيق القانون طالما صدر وفقاً للقواعد الدستورية، فإذا جاء خرقاً لها فإنه يعد غير نافذ ولا يلتزم القاضي بتطبيقه، لأن واضعه خرج عن الشرعية الدستورية للقانون، وهذا هو مقتضى مبدأ تدرج القواعد القانونية وسمو الدستور.

وفي هذا تقول المحكمة الدستورية العليا المصرية³: " إن نصوص الدستور تمثل القواعد والأصول التي يقوم عليها نظام الحكم في الدولة، ولها مقام الصدارة بين قواعد النظام العام التي يتعين التزامها ومراعاتها باعتبارها أسمى القواعد الآمرة وإهدار ما يخالفها من تشريعات بغية الحفاظ على مبادئه (الدستور) وصون أحكامه من الخروج عليها " وتؤكد ذات المحكمة حتمية الرقابة القضائية على دستورية القوانين بقولها: " إن مبدأ الشرعية وسيادة القانون وهو المبدأ الذي يوجب خضوع سلطات الدولة للقانون والتزام حدوده في كافة أعمالها وتصرفاتها، هذا المبدأ لن ينتج أثره إلا بقيام مبدأ آخر يكمله ويعتبر ضروري مثله لأن الإخلال به يؤدي بمبدأ المشروعية ويسلمه إلى العدم ذلك هو مبدأ الرقابة القضائية على دستورية القوانين من جهة وعلى مشروعية القرارات الإدارية من جهة أخرى لأن هذه الرقابة القضائية هي المظهر العملي الفعال لحماية الشرعية وهي التي تكفل تقييد السلطات العامة بقواعد القانون، كما تكفل رد هذه السلطات إلى حدود المشروعية إن هي تجاوزت تلك

1- خليل جريج، المرجع السابق، ص 186.

2 - خليل جريج، نفسه، ص 187.

3 - المحكمة الدستورية العليا، حكم صادر في 1985/05/04 نقلاً عن سامي جمال الدين، مرجع سابق، ص 164.

الحدود وغني عن البيان أن أي تضيق في تلك الرقابة ولو اقتصر التضيق على دعوى الإلغاء سوف يؤدي حتما إلى الحد من مبدأ الشرعية وسيادة القانون ولذا يتعين أن تقف سلطة المشرع إزاء حق التقاضي عند حد التنظيم فلا تجاوزه إلى الحظر أو الإهدار¹ وبالتالي فطاعة القانون لا تمنع من رقابة مطابقتها للدستور. وفي حكم مارشال² الذي يربط الفقه بينه وبين نشأة مبدأ الرقابة القضائية على دستورية القوانين والذي صدر عام 1803 جاء فيه: "من واجب الهيئة القضائية أن تفسر القانون وتطبقه وعندما يتعارض نص تشريعي أو قانون مع الدستور فإن السمو والبقاء يكون للدستور" وهو ما تم تكريسه لاحقا في قضاء عديد الدول، ومنها القضاء الروماني حيث أصدرت المحكمة العليا الرومانية حكما سنة 1912³ جاء فيه: "حيث انه في حالة التعارض يكون من حق القاضي التثبت من دستورية القانون العادي فإذا اتضح له مخالفته للدستور وجب عليه تفضيل النصوص الدستورية، ولا يمكن القول أن القاضي في هذه الحالة قد خرج عن اختصاصه واعتدى على اختصاص السلطة التشريعية، بل بالعكس إن القاضي بعمله هذا إنما يقوم بوظيفته القانونية وهي معرفته أي قانون يجب تطبيقه في النزاع المعروض عليه" وعلى ذلك فالسلطة الدستورية المقررة للمحاكم في تفسير وتطبيق القوانين تفترض المفاضلة بين القوانين المطلوب تطبيقها على النزاع، بحيث ترجح القانون الأعلى مرتبة وتهمل القانون الأدنى، ومن ثم إذا ما تعارض حكم القانون مع الدستور وجب إعلاء الأخير وإهمال الأول، ذلك أن السيادة دائما يجب أن تكون للدستور.

ومعنى هذا جميعه أن عمل القضاء ونشاطه من اجل تطبيق القانون يجب أن يتم في إطار المفهوم الذي سبق تحديده لمبدأ تدرج القواعد القانونية، حيث انتهينا إلى اعتبار القواعد الدستورية مصدرا للمشروعية العليا في الدولة، فتقف على قمة درجات أو طبقات النظام القانوني، وعلى ذلك فإن القاضي باعتباره السلطة المنوط بها تفسير القانون وتطبيقه عليه إذا

1- المحكمة الدستورية العليا، حكم في 1976/04/03 في الدعوى رقم 11 السنة 05 القضائية نقلا عن سامي جمال الدين

المرجع السابق، ص 164

2- المحكمة الاتحادية العليا حكم سنة 1803 قضية ماربوري ضد ماديسون نقلا عن خليل جريج، المرجع السابق، ص 177.

3- المحكمة العليا الرومانية، حكم سنة 1912 ، نقلا عن خليل جريج، نفسه، ص 179.

ما عرض له عارض أي إذا ما اكتشف تعارضاً بين التشريع الذي يهتم بتطبيقه وبين الدستور أن يتصدى لهذا العارض ويسعى إلى إزالته ليمهد السبيل إلى التطبيق الصحيح للقانون.

الفرع الثاني: التزام القاضي باحترام حقوق الدفاع

يعتبر مبدأ احترام حقوق الدفاع¹ أحد الدعائم الإجرائية الأساسية في كل الأنظمة الإجرائية، ولهذا تتشدد المحاكم العليا في مختلف الدول في الرقابة على الأحكام التي تتجاهل حق الدفاع باعتبار ذلك مسألة قانون تخضع لاختصاصها، واستناداً لحق الدفاع فإن القاضي يلتزم بالرد على الدفع المباداة أمامه سواء منها المدنية أو الإدارية أو الجزائية طالما كانت جدية، وهذا تحت طائلة عدم التسبب الذي يجعل حكمه عرضة للنقض والإبطال من الجهات القضائية العليا، وهو ما كرسته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 21/1984/05 الذي جاء فيه: "من المقرر قانوناً أن القرار الذي لا يستجيب في تسببه إلى طلبات أو دفع أحد أطراف الدعوى فإن هذا القرار يكون مشوباً بانعدام التسبب" وكذلك القرار المؤرخ في 1984/11/26² الذي جاء فيه: "من المقرر قانوناً أن كل قرار يجب أن يتضمن الإجابة على كافة الطلبات والدفع المقدمة من أطراف الدعوى دون تفرقة أو تمييز بالأوجه المستظهر بها لتأييد طلب أو دفع والقضاء بما يخالف هذا المبدأ يجعله مشوباً بعدم التسبب" ومن الدفع التي قد تثار أمام القاضي الدفع بعد دستورية القانون المراد تطبيقه في النزاع فكيف يتصرف القاضي؟

تفرض القوانين الإجرائية سواء منها المدنية أو الجزائية على القاضي الرد على الدفع ومناقشتها، إذ يستشف من المادة 38 والمادة 144 من قانون الإجراءات المدنية والمادة 330 و 331 من قانون الإجراءات الجزائية، أن الجهة القضائية ملزمة بالاستماع للدفع المقدمة إليها ومناقشتها وتدوينها في حكمها والرد عليها تحت طائلة عدم التسبب، ولا شك أن القاضي

1 - هشام على صادق مركز القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، دراسة مقارنة، منشأة المعارف الإسكندرية، 1968، ص 87 و ما بعدها.

2- المحكمة العليا، ملف رقم 35780، قرار بتاريخ 1984/11/26 قضية ن ه م وزم ضد س ب، المجلة القضائية العدد 1990/01 ص 172.

سيجد نفسه أمام موقفين قد يتخذهما أمام الدفوع الجدية فهو إما يجيب على هذه الدفوع ولو كان غير مختص بها طبقاً لقاعدة (قاضي الأصل هو قاضي الفرع) أو (قاضي الدعوى هو قاضي الدفع) وهو مقتضى المادة 330 من قانون الإجراءات الجزائية، أو أنه يوقف الفصل في الدعوى، ويحيل الأطراف للجهة القضائية المختصة لتفصل في هذا الدفع طالما وجد مانعاً من الفصل فيه من طرفه، وهو ما تقرره المادة 331 من قانون الإجراءات الجزائية فأبي الموقفين يسلكه القاضي بالنسبة للدفع بعدم دستورية القوانين؟.

الأصل أن يتحدد اختصاص المحكمة بطلب المدعي الأصلي وبالخصومة الناشئة عنه، إلا أن اختصاص المحكمة يمتد كثيراً إلى مسائل أخرى، إذ قد تتفرع الخصومة بما يثار فيها من مسائل والتي منها المسائل الفرعية أو الطارئة التي تثار أثناء نظر الدعوى وتختص بها المحكمة بما لها ولاية ممتدة أو تكميلية لولايتها الأصلية بنظر الطلب الأصلي، وهناك أيضاً الدفوع التي تثار أثناء سير الخصومة، وتختص بها أيضاً المحكمة التي تنتظر الطلب الأصلي على أساس تمتعها بولاية تكميلية وأن من اختص بالأصل له أن ينظر الفرع المتولد عنه، ولكن امتداد اختصاص محكمة الأصل لتلك المسائل الفرعية أو الدفوع إنما يكون في حدود معينة، إذا أن قاعدة قاضي الدعوى هو قاضي الدفع تمنح للمحكمة سلطة الفصل في الدفوع المبدأة أمامها مالم ينتج عن الدفع مسألة أولية تخرج عن اختصاص المحكمة، فهنا لا تنتظرها محكمة الدعوى الأصلية، والمسألة الأولية هي مسألة يتوقف الحكم في الدعوى على الفصل فيها، والأصل أن قاضي الدعوى الأصلية لا يفصل فيها رغم تلازمها مع الطلب الأصلي لكونها لا تدخل في اختصاصه، ومن المسائل التي يعتبرها الفقه أولية (مسألة دستورية القوانين) فإذا كانت إحدى المحاكم تنتظر نزاعاً وستطبق نصاً معيناً على هذا النزاع ووجد أحد الخصوم أن هذا النص غير دستوري فله أن يثير مسألة عدم الدستورية ناهيك عن أنه لو اعتبرناها من النظام العام فسيثيرها القاضي من تلقاء نفسه وهذا يتوقف المحكمة عن الفصل في النزاع إلى أن تحسم مسألة دستورية هذا النص¹، هذا بالنسبة للدول التي تفسح المجال لإحالة تلك

1 - أحمد هندي أصول المحاكمات المدنية و التجارية، الدار الجامعية، بيروت، ط 1989، ص 138.

المسألة لمحكمة دستورية متخصصة كمصر وسوريا، أما في الجزائر فلا توجد محكمة دستورية بل مجلس دستوري ولا يملك القضاء أو الأفراد حق إخطاره، فماذا يفعل القاضي أمام الدفع بعدم دستورية القانون ؟

إن الاتفاق حاصل لدى الفقه والقضاء على أن القاضي عندما يخول النظر في نزاع معين ملزم - مالم يمنع بنص صريح - بالفصل في جميع المسائل المادية والقانونية التي يعتبر حلها ضروريا لإصدار الحكم في النزاع²، وهذا مقتضى مبدأ (قاضي الأصل هو قاضي الفرع) فعند ما يدلي بقبوله سبب يتعلق بعدم دستورية قانون ما عن طريق الدفع يكون الحكم بالضرورة عكس الإدلاء به بطريق الدعوى، فيحتاج القاضي لقبول الدعوى نصا يخوله الاختصاص بالفصل فيها، أما الدفع فإنه يكون دائما مقبولا أمام القاضي، إذ الفصل في الدفوع هو اختصاص يتقرر بحكم اختصاصه بالدعوى لا بنص خاص في القانون، وطالما لم يوجد نص قانوني في الجزائر يمنع القاضي من الرد على الدفع بعدم الدستورية، فإن معنى ذلك هو الزامية قيام القاضي بمناقشة هذا الدفع والرد عليه إيجابا أو سلبا³. وهذه المسألة من على أن أشد ما في الأمر أن القاضي لا يستطيع جهارة التهرب من أداء مهمته وإن كان يستطيع أن يخونها فمادام الدستور لا يتضمن نصا يحظر بحث الدفع بعدم دستورية القانون وقد عمد القاضي إلى رده بصورة مستمرة، فتكون النتيجة مهما أراد الدفاع عن خطته امتناعا عن تطبيق أحكام الدستور وتفضيل القانون العادي المتعارض معه فيكون في الواقع قد فصل في التنازع بين القواعد القانونية المعروضة عليه ولكنه أخطأ في قضائه، إذ إنه ضحى بالقاعدة العليا أي الدستور بعدم مراعاتها، واعتمد القاعدة الدنيا أي القانون العادي¹. و مفاد ذلك أن القاضي الجزائري يجد نفسه بين أمرين لا يمكنه تجنبهما فإما أن ينظر إلى دستور بلاده بصورة جدية واضعا أحكامه في المرتبة العليا من القواعد القانونية، بحيث تتغلب على أية قاعدة أخرى ويقبل

2- خليل جريج، المرجع السابق، ص 194.

3- محمد رأس العين المرجع السابق، ص 165.

1- خليل جريج، المرجع السابق، ص 175-176.

حينئذٍ الدفع بعدم دستورية القانون وإما أن يرفض الدفع بعدم دستورية القانون، وفي هذه الحالة ينكر في الواقع كل قوة قانونية لأحكام الدستور، ويعكس بالتالي الترتيب الطبيعي للقواعد القانونية. ويصلح في هذا الإطار الاستدلال بما جاء في إحدى أحكام المحكمة العليا الليبية في الطعن المدني رقم 3/36² إذ جاء "إن المشرع وإن نزع من المحكمة العليا اختصاصها في الرقابة على دستورية القوانين... إلا أنه لم يمنع القاضي من النظر في الدفع بعدم صحة التشريع المعين في الدعوى الماثلة أمامه إذا تعارض مع تشريع آخر انطلاقاً من وظيفته الأصلية في تفسير القانون وليس له في هذه الحالة أن يوقف النظر في الدعوى انتظاراً لتشريع ثالث يزيل التعارض بينهما لأن وقف الدعوى في مثل هذه الحالة يعد امتناع عن الفصل فيها وهو ما يحرمه المشرع على القاضي".

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

وعلى خلاف القضاء الفرنسي أبدى القضاء المصري شجاعة نادرة في التمسك باختصاصه برقابة الدستورية عن طريق الدفع رغم عم وجود نص يسمح له بذلك، بل ورغم وجود المحكمة الدستورية العليا فالرقابة الدستورية عن طريق الدفع هي رقابة عامة يختص بها أي قاضي تم الدفع بعدم الدستورية أمامه ودون حاجة إلى نص يسمح للقاضي بذلك، وهو ما جاء في الحكم الصادر عن محكمة مصر الابتدائية بتاريخ 1946/05/1¹ إذ جاء فيه بان

2- فتحي منصور عبد الصمد الفيتوري مدى اختصاص المحكمة العليا بالرقابة الدستورية في ضوء أحكام القانون رقم 17 لسنة 1423 www.almezon.Net، ص 4.

1- محكمة مصر الابتدائية، حكم صادر بتاريخ 1941/05/01 نقلاً عن عصام عفيفي عبد البصير المرجع السابق، ص 60.

"للمحاكم جميعها حق الرقابة على دستورية القوانين واللوائح" وهو الحكم الذي ألغته محكمة الاستئناف²، لكن القضاء المصري بنوعيه - العادي والإداري - ظل مصرًا على انتزاع هذه الولاية، لأنه لا يجوز وفقًا لمبدأ تدرج القوانين وعند تعارض قانون عادي مع الدستور إلا تغليب هذا الأخير والامتناع عن تطبيق القانون العادي، إذ قرر مجلس الدولة المصري في حكمه الصادر بتاريخ 1948/02/10³: "انه ليس في القانون المصري ما يمنع المحاكم المصرية من التصدي لبحث دستورية القوانين سواء من ناحية الشكل أو الموضوع" وبالنسبة للقضاء الجزائري فيحسن به تقرير حقه بالفصل في الدفع بعدم دستورية القوانين إذ لا يوجد نص دستوري أو تشريع يمنعه عن ذلك .

الفرع الثالث: مبدأ فصل السلطات يؤكد حق القضاء في الرقابة الدستورية:

رغم كون سمو الدستور وما يترتب عليه من بطلان القوانين المخالفة له، ورغم الأسانيد السالفة الذكر التي تؤسس بما لا يدع مجالاً لشكك حق القضاء في رقابة دستورية القوانين، فإن المعترضين يقفون في وجه هذا الرأي بالاستناد إلى مبدأ فصل السلطات، فبحسبانهم إن قيام القاضي برقابة الدستورية يعد تدخلاً في اختصاص السلطة التشريعية من جهة، وتعدّي على اختصاص المجلس الدستوري باعتباره مكلفاً برقابة الدستورية من جهة أخرى، وهذا الطرح مردود عليه، إذ الفهم الصحيح لمبدأ فصل السلطات سوف يقود إلى عكس تلك النتيجة، فلا تعد رقابة القضاء للدستورية تدخلاً في التشريع (أولاً) ورقابة المجلس الدستوري لا تمنع رقابة القضاء (ثانياً).

أولاً: رقابة القضاء لا تعد تدخلاً في التشريع:

2- محكمة الاستئناف حكم بتاريخ 1943/05/30 و أنكرت فيه حق المحاكم في فحص رقابة دستورية القوانين، نقلا عن

عصام عفيفي عبد البصير، المرجع نفسه ص 61.

3- محكمة القضاء الإداري حكم بتاريخ 1948/02/10 القضية رقم 96 لسنة 01 ق، مجموعة أحكام محكمة القضاء الإداري بمجلس الدولة، السنة الثانية، نقلا عن عصام عفيفي عبد البصير نفسه، ص 61.

بالنظر إلى الجدل الدائر بين أنصار الرقابة القضائية ومعارضيه حول علاقة مبدأ فصل السلطات بمسألة رقابة القضاء على الدستورية، فإنه يتوجب تحديد مدلول هذا المبدأ في الدستور الجزائري.

لقد ارتبط مبدأ فصل السلطات¹ بالفقيه "مونتسكيو" الذي صاغه صياغة متميزة في كتابه "روح القوانين" وحسب رأيه فإن الأخذ بهذا المبدأ يضمن ممارسة واحترام الحقوق والحريات الفردية لكونه يقتضي توزيع وظائف الدولة الثلاث (التشريع والتنفيذ والقضاء) على هيئات ثلاث تسمى سلطات، فتباشر السلطة التشريعية التشريع وتباشر السلطة التنفيذية مهمة تنفيذ القانون، وتقوم السلطة القضائية بتطبيق القانون على كل ما يطرح أمامها من منازعات، وهذا المبدأ يمثل إحدى ضمانات دولة القانون، ذلك انه يعد وسيلة فعالة لمنع الاستبداد وصيانة الحريات وتحقيق شرعية الدولة، لأنه يوجد رقابة متبادلة بين السلطات، مما يكفل احترام القانون من طرفها جميعا، وعلى ذلك فمبدأ الفصل لا ينافي مبدأ الرقابة المتبادلة بين سلطات الدولة،² وليس له أدنى مساس بالتخصص الوظيفي، فالرقابة المتبادلة لا تعد خرقا لمبدأ الفصل بل تعد إحدى مقتضياته، لأنها تؤدي إلى ضمان اعتدال السلطات وتكفل حماية حقوق وحريات الأفراد، وبذلك يكون هذا المبدأ يعني تخصص وظيفي من جهة ورقابة متبادلة من جهة أخرى، وقد تضمن الدستور الجزائري الأمرين معا فمع اعترافه بوجود السلطات الثلاث وتخصص كل سلطة بوظيفة تخصصها، فإنه تضمن وجوها للرقابة المتبادلة بين تلك السلطات، إذ تملك السلطة التنفيذية حق الاعتراض على القوانين وإرجاعها لإجراء مداولة ثانية وحق إخطار المجلس الدستوري بل وتملك حق حل البرلمان، ومقابل ذلك تملك السلطة التشريعية حق مراقبة الحكومة عن طريق الأسئلة والاستجواب وسحب الثقة وغيرها من الوسائل في مواجهة الحكومة، لكن

1- أنظر: سعيد بو الشعير، القانون الدستوري و النظم السياسية المقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1988، ص 35 و ما بعدها، و حماد محمد شطا، الأصول الإسلامية للقانون الإداري، توزيع دار الكتاب الحديث، ص 439 و ما بعدها، و سعيد بو الشعير، النظام السياسي الجزائري، دار الهدى، ص 198 وما بعدها.

2 - سعيد بو الشعير، نفسه، ص 36 و إبراهيم عبد العزيز شيحا، الوجيز في النظم السياسية و القانون الدستوري، دراسة تحليلية للنظام الدستوري اللبناني، الدار الجامعية، ص 237 وما بعدها .

أجل أنواع الرقابة وأبعدها أثرا في علاقة السلطات بعضها ببعض تلك الرقابة المعروفة باسم الرقابة علي دستورية القوانين والرقابة على مشروعية اللوائح الممنوحين للقضاء، ورغم الاعتراف الكامل بالثانية فلا تزال الرقابة الدستورية محل جدل في مختلف الدول¹، وبالنسبة للدستور الجزائري فإنه لم يواجه مشكلة الرقابة القضائية على دستورية القوانين في نصوصه لا بالمنع ولا بالإجازة فما هو الحل؟

إن مبدأ تدرج القواعد القانونية يقتضى تفاوتاً في القوة بحيث يتحتم تقيد كل قاعدة دنيا بالقاعدة التي تسمو عليها في مدارج السلم القانوني، وينبني على ذلك لزوماً تقيد القانون بالقواعد الدستورية، ولذلك يكون من الضروري والطبيعي خلق آليات لرقابة الدستورية، ونظراً لمقابلة هذا الأمر بأمر آخر يتعلق بضرورة سيادة البرلمان في المجال التشريعي، فإن الرأي اتجه في الكثير من الدول إلى تنظيم الرقابة في حدود معقولة، توفق بين مبدأ إجراءاتها وبين عدم إقحام القاضي في صميم عمل السلطة التشريعية، وفي نطاق هذه الحدود قد تختلف أساليب هذه الرقابة بين دولة وأخرى، وقد تقتصر بعضها على الرقابة السياسية وحدها.

والقضاء بصفته موئل الحريات الحصين هو الجهة الطبيعية للرقابة على دستورية القوانين، فهذه الرقابة مما يلتئم مع طبائع الأشياء، ويتفق مع طبيعة وظيفية القاضي أن يكون هو الجهة التي تتبع منها الرقابة الدستورية، لأنه سلطة مستقلة يملك أن يرد أي سلطة أخرى إلى حدودها إذا ما خرجت عن الحدود المرسومة في الدستور، امتثالاً لمقتضى عبارة مونتسكيو² الشهيرة: "إن كل إنسان يتمتع بسلطة يسئ استعمالها في العادة إذ يتمادى في استعمالها حتى يظهر من يوقفه عند حده... والفضيلة ذاتها في حاجة إلى حدود ولضمان عدم إساءة استعمال السلطة ينبغي أن يكون النظام مؤسس على أن السلطة تحد السلطة":

« Seul le pouvoir arrête le pouvoir »

ومن الناحية النظرية لا تقوم أية عقبة قانونية من شأنها الحيلولة دون رقابة القضاء الجزائري على دستورية القوانين، ولكن الواقع هو أن القضاء الجزائري لم يسلم بحقه في هذه

1- محمود سعيد الدين الشريف النظرية العامة للضبط الإداري، ص 39 و ما بعدها

2- محمود سعد الدين الشريف، نفسه، ص 48

الرقابة متأسيا بالقضاء الفرنسي الذي رفض اختصاصه بالرقابة الدستورية سواء بطريق الدعوى أو الدفع¹، وعلى العكس من ذلك كانت عدة مناسبات للقضاء العربي، ومنه القضاء المصري ليبسط رقابته بحراً على دستورية القوانين عن طريق الامتناع، ومن ذلك حكماً شهيراً لمجلس الدولة المصري وقد صدر هذا الحكم في 10/02/1948 ومما جاء فيه: " ومن حيث أن محامي الحكومة دفع بان المحكمة لا تملك التصدي لبحث دستورية القوانين موضوعاً وكل ما تستطيعه هو التحقق من توافر الأركان الشكلية للقانون فإذا ظهر أنها متوافرة فيه فقد امتنع عليها البحث في دستوريته من حيث مطابقته أو عدم مطابقته للمبادئ المقررة في الدستور وذلك إعمالاً لمبدأ فصل السلطات الذي يقوم على استقلال كل سلطة عن الأخرى في عملها وعدم التدخل فيه أو تعطيله.

ومن حيث أن الدستور المصري إذ قرر أن السلطة القضائية تتولاها المحاكم قد ناط بها تفسير القوانين وتطبيقها فيما يعرض عليها من شتى المنازعات، و يتفرع عن ذلك أنها تملك الفصل عند تعارض القوانين في أيها هو الواجب التطبيق إذ لا يعدو أن يكون هذا التعارض صعوبة قانونية مما يتولد من المنازعة فتشملها سلطة المحكمة في التقدير و في الفصل لأن قاضي الأصل هو قاضي الفرع.

و من حيث أنه لا جدال في أن الأمر الملكي رقم 42 لسنة 1923 بوضع نظام دستوري للدولة المصرية هو أحد القوانين التي يجب على المحاكم تطبيقها، و لكن يتميز عن سائر القوانين بما له من طبيعة خاصة تضي عليه صفة العلو و تسمه بالسيادة بحسبانه كفيل الحريات و موئله و مناط الحياة الدستورية ونظام عقدها و يستتبع ذلك أنه إذا تعارض قانون عادي مع الدستور في منازعة من المنازعات التي تطرح على المحاكم و قامت بذلك لديها صعوبة مئارها أي القوانين هو الأجدر بالتطبيق و جب عليها بحكم وظيفتها القضائية بناء على مقتضى أصول هذه الوظيفة وفي حدوده الدستورية المرسومة لها ولا

1- عبد السلام ذهني بلا، مجلس الدولة و دستورية القوانين، مجلة مجلس الدولة، السنة الأولى، العدد الأول، يناير 1950،

ريب في إنه يتعين عليها عند قيام هذا التعارض أن تطرح القانون العادي و تهمله و تغلب عليه الدستور و تطبقه بحسابه القانون الأعلى الأجر بالاتباع و هي في ذلك لا تعتدي على السلطة التشريعية مادامت المحكمة لا تضع بنفسها قانونا ولا تقضي بإلغاء قانون و لا تأمر بوقف تنفيذه، و غاية الأمر أنها تفاضل بين قانونين قد تعارضا فتفصل في هذه الصعوبة و تقرر أيها الأولى بالتطبيق، و إذا كان القانون العادي قد أهمل فمرد ذلك في الحقيقة إلى سيادة الدستور العليا على سائر القوانين تلك السيادة التي يجب أن يلتزمها كل من القاضي والشارع على حد سواء".¹

و عليه فإن حق المحاكم في قبول الدفع بعدم دستورية القوانين و إن كان يبدو للوهلة الأولى فيه بعض المساس بمبدأ الفصل بين السلطات، وما يقتضيه من ضرورة امتناع القضاء عن التعرض لأعمال السلطة التشريعية، إلا أنه عند التعمق نجد أنه عند تعارض قانون عادي مع قانون أساسي يكون من الواجب على المحاكم تطبيق هذا دون ذلك، و لا يعتبر هذا تدخلا منها في أعمال السلطة التشريعية، لأنها لا تقرر إبطال القانون ولا تقول بعدم الدستورية بصفة عامة، بل تقول بعدم إمكانية تطبيقه على المنازعة المعروضة أمامها لتعارضه مع القانون الأساسي الواجب الاحترام.²

ثانيا اختصاص المجلس الدستوري لا يمنع الرقابة القضائية:

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

1- مجلة الدولة المصري، قرار بتاريخ 10/02/1948 ، نقلا عن خليل جريج ، المرجع السابق، ص 181. وقد أثبتناه كاملا

لأهمية ودقة تحليله وحسن صياغته ، ولا غرابة فقد صدر هذا الحكم تحت رئاسة العميد عبد الرزاق السنهوري.

2 - أنظر، معوض عبد التواب، الدفوع الإدارية، دار الكتاب الحديث، ص 715 و ما بعدها، و محمود سعد الدين الشريف، النظرية العامة الضبط الإداري المرجع السابق، ص 62 عبد الهادي عباس الاختصاص القضائي وإشكالاته، الفكر القضائي

للنشر، أديب استانبولي ، ط 1 ، 1983، ص 138

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

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

و نظرا لكون الدستور الجزائري لم يحدد طبيعة هذه الرقابة و لا تم معالجتها ضمن أحكام النظام الداخلي للمجلس الدستوري، فإن ذلك أدى إلى انقسام الفقه إلى اتجاهين¹ رئيسيين: يرى الاتجاه الأول أن المجلس الدستوري هيئة قضائية وذلك اعتمادا على مقارنته مع نظيره في النظم المقارنة التي اعترفت صراحة بالطبيعة القضائية للهيئة المكلفة بالسهرة على احترام الدستور كالنمسا وإيطاليا وإسبانيا، كما استندوا إلى حجج عدة منها الشكلية ومنها الموضوعية² ومنها أن المشرع الدستوري بتأسيسه المجلس الدستوري وتكليفه باحترام الدستور فهو قد مال إلى تبني نموذج القضاء الدستوري Une justice constitutionnelle وقد عبر عن هذا الأستاذ وليد العقون³ قائلا:

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

و هذا إضافة إلى أن كون المجلس الدستوري يتمتع بنفس الضمانات الممنوحة للقضاة كاستقلالية و الحياد و عدم إمكانية الجمع بين العضوية في المجلس ووظائف أخرى، و أن

وطه طيار، المجلس 1-David Rousseau, Droit du contentieux constitutionnel, paris. Montchrestien. 1993, p 49

الدستوري الجزائري تقديم و حوصلة لتجربة قصيرة، مجلة إدارة عدد 96/2، ص 35 و ما بعدها

2-Yelles Chaouch Bachir Le conseil constitutionnel en Algérie du contrôle de constitutionnalité a la créativité nominative. O PU, p 11 et s

3-Walid Laggon, La conception de contrôle du constitutionalité en Algérie. p08.

الآراء والقرارات التي تصدر عن المجلس تشبه كثيرا الأحكام والقرارات القضائية، وهذا الاتجاه لو سائرناه سوف يؤدي بنا إلى نتيجة مفادها عدم اختصاص القضاء بالرقابة على دستورية القوانين، طالما تم إيكالها للمجلس الدستوري و هو هيئة قضائية، و لكن هذا الطرح ليس مسلما من غالب الفقه و الذي يؤكد الطابع السياسي لرقابة المجلس الدستوري مستندا إلى حجج و أسانيد منها أن المشرع الدستوري نظم أحكام المجلس الدستوري في الفصل الأول من الباب الثالث تحت عنوان الرقابة بينما نظم السلطة القضائية في الباب الثاني الفصل الثالث، وهو ما يجعل المجلس الدستوري مستقلا تماما عن السلطة القضائية سواء من الناحية العضوية أو الموضوعية و هذه الملاحظة الشكلية جعلت البعض يذهب إلى القول بأن رقابة المجلس الدستوري لا تنتمي إلى الوظيفة القضائية

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

و أن تشكيلة المجلس الدستوري حسب المادة 164 من الدستور يغلب على اختيار أعضائها الطابع السياسي، إذ يعين ثلاثة من بينهم من طرف رئيس الجمهورية، و ينتخب أربعة أعضاء من طرف البرلمان، و لا يغير من هذه الطبيعة أن عضوين تنتخبهما المحكمة العليا و مجلس الدولة، ضف إلى ذلك أن تحريك المجلس الدستوري لا يكون بطريقة الدعوى التي يحرك بها القضاء بل بواسطة الإخطار المحتكر من طرف ثلاثة شخصيات في الدولة فحسب ، و ليسوا هم بالطبيعة أطراف النزاع، كما أن موضوع الآراء والقرارات الصادرة على المجلس الدستوري تختلف من حيث موضوعها مع الأحكام القضائية، إذ تقتصر على التصريح بوجود مخالفة للدستور أم لا فهي لا تنشئ حقا و لا تقرره، و هو ما يجعل آليات تنفيذها تختلف عن آليات تنفيذ الأحكام والقرارات القضائية، و يخلص هذا الاتجاه إلى القول بان المجلس الدستوري هيئة سياسية و رقابته على دستورية القوانين سياسية.

و بالتالي فهي لا تتعارض مع بسط القضاء لرقابته على دستورية القوانين لاختلاف الرقابتين في الأهداف والوسائل فتكون إحداها سندا للأخرى لا متعارضة معها ، خصوصا و أن النصوص الدستورية المتعلقة بالمجلس الدستوري لم تمنع رقابة القضاء.

II- عدم فعالية رقابة المجلس الدستوري: قصر الدستور حق تحريك المجلس الدستوري على ثلاثة شخصيات في الدولة و هم رئيس الجمهورية ورئيس المجلس الشعبي الوطني و رئيس مجلس الأمة، وهو ما يجعل المجلس الدستوري لا يختص تلقائياً، وأن بابيه مغلق أمام باقي الأشخاص والهيئات بما فيها الهيئات القضائية التي لا يمكنها إخطار المجلس الدستوري إذا تقدم أمامها الأطراف بطلب أو دفع يرمي إلى فحص دستورية القانون المراد تطبيقه عليهم في مراعاتهم المنشورة أمام القضاء، وهذا أحد أوجه القصور في الرقابة الدستورية التي يقوم بها المجلس الدستوري و الوجه الآخر أنه لا يوجد ما يلزم الأشخاص الثلاثة المختصون بالإخطار بتحريك هذه الرقابة إليهم إلا فيما يتعلق ببعض الحالات التي يوجد فيها نص خاص يلزمهم بالإخطار كحالة القوانين العضوية وبعض المعاهدات الدولية، وهو ما يجعل الرقابة الدستورية التي يقوم بها المجلس الدستوري تخضع لأهواء الشخصيات الثلاثة السابقة، ويؤكد قصور هذه الرقابة في حماية الشرعية الدستورية من انحراف السلطة التشريعية ويجعل بالتالي مبدأ تدرج القوانين و مبدأ سمو الدستور بدون معنى¹.

والخلاصة أن كل الأسانيد والحجج تؤكد أن القاضي الجزائري مختص للفصل في دستورية القوانين والقول بغير ذلك يؤدي للقول بأن القانون أسمى من الدستور وينقلب بالتالي الأساس الطبيعي للترتيب، ويؤدي بالنتيجة لإخضاع السلطة التأسيسية إلى رغبة السلطة التشريعية، وهو ما عبر عنه الفقيه ربيير¹: "إن غياب الرقابة القضائية يؤدي إلى النتيجة الغريبة التالية و هي تكريس سيادة القانون على الدستور في حين أن السلطة التشريعية مؤلفة من مجموعة هيئات أوجدها الدستور مع غيرها من السلطات الأخرى و أنها مثل هذه

1-ومما يدل على كل هذا الوضع تلك الترسانة من القوانين واللوائح المخالفة للدستور، ونذكر منها مرسومين رئاسيين مخالفين بصورة صارفة للدستور:

- المرسوم الرئاسي: 2-39/99 المؤرخ في 27/10/1999 المتضمن إلغاء المرسوم الرئاسي رقم 89/40 المتعلق بالوظائف التي هي من اختصاص رئيس الجمهورية والمرسوم التنفيذي رقم 98/307 الذي يحدد صلاحيات التعيين لرئيس الحكومة، و المرسوم الرئاسي - 240/99 المتعلق بالوظائف المدنية والسياسية في الدولة - انظر الجريدة الرسمية رقم 76 الصادرة في 30/10/1999.

1- أفول القانون 1949 (declin du droit) ص 15 نقلا عن خليل جريج - المرجع السابق ص 190.

السلطات خاضعة إلى الميثاق الأساسي" ومما يؤكد هذا الطرح ما قضت به المادة 116 من قانون العقوبات الجزائري التي نصت على أنه: "يعاقب بالسجن المؤقت مرتكبو جريمة الخيانة من خمس إلى عشر سنوات: - القضاة وضباط الشرطة القضائية الذين يتدخلون في أعمال الوظيفة التشريعية سواء بإصدار قرارات تتضمن نصوصا تشريعية بمنع وقف تنفيذ قانون أو أكثر أو بالمداولة لمعرفة ما إذا كانت القوانين ستنشر أو تنفذ " فهذه المادة تمنع تدخل القضاء في اختصاص السلطة التشريعية، سواء بإصدار نصوص تشريعية أو منع أو وقف تنفيذ القوانين أو بالمداولة التي تتعلق بمسألة نشر القانون أو تنفيذه، وهي الأفعال التي لا يندرج ضمنها قيام القاضي بمراقبة دستورية القانون، إذ منتهىها أن يمتنع عن الفصل في النزاع بواسطة هذا القانون إذا وجده مخالفا للدستور ويفصل في النزاع باعتماد قواعد قانونية أخرى².

المطلب الثاني: سلطات القاضي عند فحص دستورية القوانين

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

2- انظر القضاء والإصلاحات - الندوة الوطنية للقضاء - نادي الصنوبر أيام 25/24/23 فيفري 1991 - ص 133 وما بعدها.

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

الفرع الأول: استبعاد القانون المخالف للدستور عن حكم النزاع

يفرض مبدأ تدرج القواعد القانونية أنه إذا كان القانون مخالفا للدستور كان باطلا وكان على القاضي أن يتمتع عن تطبيقه طالما كان مخالفا للقاعدة الدستورية من الناحية الشكلية أو الموضوعية، وهذا هو الفارق بين هذا النوع من الرقابة القضائية أي الرقابة عن طريق الدفع أو الامتناع والرقابة عن طريق الدعوى، التي قد تصل نتائجها إلى أحد إلغاء القانون غير الدستوري وهو ما يعد بحق تدخلا في المجال المخصص للسلطة التشريعية، ولذلك لم تلق إقبالا ولا تمارس إلا بنص في الدستور يقرها، عكس رقابة الامتناع التي لاقت اهتماما واسعا، فهي تمارس بدون نص لاندراجها ضمن وظيفة القضاء في تطبيق القانون ولا تعد خرقا لمبدأ الفصل بين السلطات. ولذلك فالقاضي الجزائري إذا تبين له مخالفة القانون للدستور لا يمكنه إلغاء القانون ولا وقف تنفيذه (أولا) بل عليه الامتناع عن تطبيقه بصدد ذلك النزاع فقط (ثانيا) أولا : القاضي لا يلغي القانون المخالف للدستور: هناك من الدول من كرس في دستورها الرقابة القضائية الدستورية للقوانين عن طريق الدعوى إذ شكلت محكمة خاصة أو أعلى محكمة في البلاد ومنحتها الاختصاص بالحكم ببطلان القانون المخالف للدستور، وبالتالي إلغاء ذلك القانون وجعله في حكم العدم، ويكون لحكمها حجية في مواجهة الجميع بحيث لا يجوز الاستناد عليه في المستقبل¹، ومن الدول التي أخذت بهذا الأسلوب الرقابي نجد تركيا تشيكوسلوفاكيا، سويسرا أسيا النمسا وإيطاليا، ومن الدول العربية نجد مصر، سوريا، ليبيا والسودان، والحقيقة أن الإلغاء يعد تدخلا في عمل السلطة التشريعية، التي لها وحدها حق إلغاء التشريع، فالقضاء لا يختص بهذا الدور إلا بموجب نص خاص يمنحه هذا الاختصاص وفي غياب مثل هذا النص لا يكون أمام القاضي الذي يعرض للرقابة على الدستورية المثارة أمامه

1- علي حسين نجيب . المرجع السابق، ص 56.

بدفع إلا أن يقرر إما دستورية القانون وتطبيقه للفصل في النزاع¹ ، أو عدم دستوريته واستبعاده من حكم ذلك النزاع ونظر لاندراج هذا الأمر ضمن وظيفته في تطبيق القانون وتفسيره - كما تبين سابقا - فإن المحاكم بمختلف أنواعها ودرجاتها تختص برقابة دستورية القوانين غير الدستورية والفصل في النزاع من خلال القواعد القانونية الأخرى وخلافا لذلك ، فقد ذهبت محكمة النقض المصرية إلى حد إلغاء القانون الذي تبين لها عدم دستوريته دون وجود نص يمنحها هذا الاختصاص وذلك في حكم لها سنة 1972 وهو القانون رقم 83 لسنة 69 المتعلق بإعادة تشكيل الهيئات القضائية والذي كان قد عزل استنادا له 169 قاضيا فيما يعرف بمذبحة القضاء².

ثانيا: إمكانية تطبيق ذات القانون في نزاعات أخرى: خلافا للحكم الصادر بإلغاء القانون المخالف للدستور، والذي يتمتع بحجية مطلقة في مواجهة الكافة بالنسبة للأنظمة التي اعتمدت الرقابة الدستورية بطريق الدعوى، فإن الحكم الصادر بعدم دستورية قانون ما عند الفصل في الدفع المثار أمام القاضي أثناء فصله في النزاعات المعروضة عليه له حجية نسبية، بحيث يتوقف أثره على النزاع الذي تم إثارة الدفع بعدم الدستورية في إطاره دون باقي النزاعات التي لا تتصرف حجية الحكم إليها، وبالتالي فلا حجية له على باقي القضاة، بل ولا على باقي النزاعات المعروضة على ذات القاضي، إذ أن حجيته نسبية تتوقف على النزاع المعروض على القاضي، فيمكنه في نزاع آخر أن يقرر دستورية ذلك القانون ويطبقه عليه، وهو ما قرره محكمة تلا -الجزئية- المصرية في جانفي 926³ إذ جاء فيه : " اتفق علماء القوانين الدستورية حتى الذين مذهبهم أن للمحاكم حق البحث في دستورية القوانين... أنهم مع اعترافهم بحق المحاكم في تقدير دستورية القوانين لا يخولونها حق إلغاء هذه القوانين غير الدستورية عملا بنظرية فصل السلطات بل كل ما للمحاكم هو أن تمتنع عن تنفيذ القانون

1- محمد رأس العين ، المرجع السابق ، ص 169 خليل جريج ، المرجع السابق ، ص 170 وما بعدها.

2- محكمة النقض المصرية ، حكم عام 1972 نقلا عن شقيق إمام ، بعد حكم محكمة النقض الرقابة على دستورية القوانين

إلى أين مركز الدراسات السياسية والإستراتيجية ، www.ahram.org

3- علي حسين نجيب ، نفسه ، ص 21.

لعدم دستوريته وبدون أن يغير ذلك من قيام القانون المذكور واحتمال أن تحكم محاكم أخرى بدستوريته" فالحكم في الدفع بعدم الدستورية أيا كانت طبيعته غير ملزم لأية محكمة أخرى، ولا حتى لنفس المحكمة التي أصدرته، وهو ما يطلق عليه الفقه (نسبية الأحكام الصادرة في الدفع بعدم الدستورية)¹ وبالتالي فالقانون قد يعتبر في آن واحد دستوريا وتطبقه بعض المحاكم وغير دستوري تمتع عن تطبيقه محاكم أخرى، وهذه إحدى الانتقادات الموجهة للرقابة الدستورية بطريق الدفع، إذ أن نسبية الأحكام الصادرة في هذا الإطار.

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

الفرع الثاني: التزام القاضي بتطبيق النص الدستوري للفصل في النزاع

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

أولا: التطبيق المباشر للنص الدستوري:

1- علي حسين نجيب، نفسه، ص 23.

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

1- بالنسبة للقاضي الجنائي: إن القاضي الجزائري إذا تقرر لديه أن القانون الذي توابع به المتهم غير دستوري، عليه أن يحكم بالبراءة طبقا لمبدأ الشرعية، الذي يقضي بأنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص تشريعي صادر عن البرلمان، وطالما قرر القاضي عدم دستوريته وامتنع عن تطبيقه فإنه لم يبق لديه أساسا قانونيا للمتابعة وتوجب عليه تبرئة المتهم¹، وهو ما كرسته محكمة النقض المصرية في حكم لها إذ حكمت ببراءة محافظ الجيزة الأسبق عبد الحميد حسن على سند من قضائها الذي امتنعت فيه عن تطبيق قانون الكسب غير المشروع، لقيام الإدانة فيه على قرائن افترضها المشرع من واقعة زيادة ثروة الموظف العام مع عجزه عن التذليل على أسباب هذه الزيادة، بما يخالف افتراض البراءة في المتهم الذي نص عليه الدستور²، ويضاف إلى ذلك، أن القاضي الجنائي يعتمد على النص الدستوري عند قيامه بتفسير النصوص الجزائية، حتى يكون مضمونها مطابقا للدستور، ولا يقتصر الأمر على مجرد تحقيق هذه المطابقة بل يتجاوزه إلى تحقيق مصداقية التفسير التي تعبر عن إرادة المشرع الواعية المتطورة، فالحقوق والحريات تستقي حمايتها من الدستور ذاته، وما التشريع إلا منظما لهذه الحماية، وعلى ذلك فمن المقرر أن القاضي حين يطبق النصوص التشريعية يجب عليه تفسيرها وفق للمعنى المطابق للدستور طالما أن نصوص التشريع تتسع لذلك، من مثل المادة 25 " يعاقب القانون على المخالفات المرتكبة ضد الحقوق والحريات وعلى كل ما يمس سلامة الإنسان البدنية والمعنوية " ففي مثل هذه الحالة يستعين القاضي -كما سبق الذكر- في تفسير نصوص التجريم بهذه النصوص الدستورية.

1 - انظر ، عاصم و عفيفي عبد البصير ، مبدأ الشرعية الجنائية ، المرجع السابق، ص 63 وما بعدها ، وأحمد فتحي سرور ، القانون الجنائي الدستوري دار النهضة العربية ، ط2001 ، ص 165.

2- انظر شفيق إمام ، بعد حكم محكمة النقض الرقابة على دستورية القوانين إلى أين ؟ مركز الدراسات السياسية والإستراتيجية

II- بالنسبة للقاضي العادي: والذي عليه التزام بالفصل في النزاع وإلا كان منكرا للعدالة، وطالما انه استبعد القانون عن حكم النزاع فماذا سيطبق؟

بالطبع إنه سيطبق أحكام الدستور باعتبار كونها قواعد قانونية ملزمة، ولكن هل أحكام الدستور صالحة للتطبيق المباشر من طرف القاضي للفصل في النزاعات المعروضة أمامه؟. يجب التمييز في هذا الصدد بين نوعين من القواعد الدستورية، يتمثل النوع الأول في النصوص الدستورية التي تقرر قاعدة قانونية تصلح للتطبيق المباشر وهي النصوص التي تقرر حقوق مباشرة للأفراد، مما يجعلها تصلح أساسا للفصل في النزاع المعروض على القاضي، ففي هذه الحالة لا يكون تطبيق النص الدستوري معلقا على نص قانوني أو تنظيمي يكفل تطبيقه، ومن ذلك نص المادة 17 من الدستور التي تنص على " الملكية العامة هي ملك المجموعة الوطنية وتشمل باطن الأرض والمناجم والمقالع والموارد الطبيعية للطاقة والثروات المعدنية الطبيعية والحية في مختلف مناطق الأملاك الوطنية البحرية والمياه والغابات كما تشمل النقل بالسكك الحديدية والنقل البحري والجوي والبريد والمواصلات السلكية واللاسلكية وأملاكا أخرى محددة في القانون" فإذا تعلق النزاع بواحد من الأملاك العامة المذكورة في نص هذه المادة فإن القاضي بغض النظر عن القانون أو التنظيمات سوف يمكنه اعتماد نص هذه المادة مباشرة للحكم بمقتضاه، وإبطال كل تصرف يخالف الطبيعة العامة لهذه الأملاك، بحيث لا يجوز التصرف فيها ولا تملكها بالتنازل عنها أو بالتقادم ولا ترتيب أي حق عيني عليها ونص المادة 38/3: "لا يجوز حجر أي مطبوع أو تسجيل أو أية وسيلة أخرى من وسائل التبليغ والإعلام إلا بمقتضى أمر قضائي" فهذه المادة تصلح أساسا للفصل في النزاع المتعلق بقيام الإدارة بحجر أيا من الأشياء المذكورة فيها، بحيث يبطل القاضي ذلك الحجر طالما تم بدون أمر قضائي ونص المادة 143: " ينظر القضاء في الطعن في قرارات السلطات الإدارية " فيعتمد القضاء على هذه المادة لتقرير اختصاصه دون التكريس القضائي لمبدأ تدرج القواعد القانونية حاجة إلى نص قانوني آخر، وغير ذلك من النصوص الدستورية التي يطبقها القاضي مباشرة للفصل في النزاع لكونها تقرر حقوقا أو حريات للأفراد وجاءت واضحة قابلة للتطبيق

ولم تعلق على قانون أو تنظيم لتطبيقها. وبالمثل فإنه يحق للمتقاضين حينئذ تأسيس طلباتهم ودفعهم مباشرة على نص أو مبدأ دستوري، إذا كان هذا الأخير هو مصدر الحق المطالب به. وأما النوع الثاني فهو النصوص الدستورية التي لا يمكن تطبيقها إلا بعد صدور تشريع أو تنظيم يكفل لها القابلية للتطبيق، ففي هذه الحالة يلتزم القاضي بالفصل في النزاع بالرجوع لمصادر القانون الأخرى التي منها المبادئ العامة للقانون حيث قد يستخلصها من ديباجة الدستور ذاته أو من المصادر المشار إليها في نصوصه، كمبادئ التشريعية الإسلامية والمعاهدات الدولية، إضافة إلى ما ذكرته المادة الأولى من القانون المدني كالعرف ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة، إذ في هذه الحالة يكون القاضي أمام حالة انعدام التشريع، وهو ما يجعله يلجأ إلى مصادر القانون الأخرى، ومثال ذلك تلك النصوص الدستورية التي تحيل على القانون أو التنظيم مباشرة كنص المادة 2/38: "**حقوق المؤلف يحميها القانون**" و نص المادة 3/3: "**يحدد القانون شروط وكيفيات إنشاء الجمعيات**" ففي هذه النصوص الدستورية ومثيلاتها، يكتفي الدستور بوضع المبدأ محيلاً للقانون لتنظيمه، وبالتالي فلا تصلح مثل هذه النصوص للتطبيق المباشر، ولذلك يلجأ القاضي حينئذ للمصادر الأخرى للقواعد القانونية حسب التدرج المشار إليه في الفصل الأول.

ثانياً: سلطة القاضي في تفسير النص الدستوري:

لا شك أن تفسير القواعد القانونية لتحديد مدلولها الذي يتبادر من ألفاظها أو فحواها هو الخطوة الأولى نحو تطبيق هذه القواعد على الوقائع التي تحكمها تطبيقاً صحيحاً عادلاً¹ والقواعد الدستورية طالما كانت قواعد قانونية فإنها لا تحيا بمعزل عن القواعد القانونية الأخرى، بمعنى أن جوهر القواعد الدستورية وغاياتها لا يتم التعرف عليها بعيداً عن النظريات القانونية التي تنمو وتزدهر في نطاق فروع القانون الأخرى، طالما لم يوجد تعارض بين نتائج هذه النظريات مع جوهر القاعدة الدستورية وغايات القانون الدستوري ومفاد ذلك أنه لا تعارض بين قواعد تفسير القانون بوجه عام وقواعد تفسير القانوني الدستوري بوجه خاص، فكافة نظريات

1 - كمال عبد الواحد الجوهري، مرجع سابق، ص 306

وقواعد التفسير تنطبق في المجال الدستوري، وإن كان هذا لا يتعارض مع وجود قواعد أو نظريات خاصة بالقانون الدستوري، ومنها قواعد التفسير، ومعنى ذلك أن تفسير القانون الدستوري لا يثير أي إشكالية فالقاضي يختص به مثلما يختص بتفسير أي قاعدة قانونية أخرى¹، ويتبع في ذلك نفس قواعد ونظريات التفسير التي يتبعها بصدد تفسير أي قاعدة أخرى، ولكن نظرا لكون مسألة تفسير القواعد الدستورية لها علاقة بمسألة بسط رقابة القاضي على دستورية القوانين، فإنها خلافا للقواعد العامة في التفسير تثير بعض الحذر إذ لن تكون يد القاضي طليقة هكذا بحيث يستطيع أن يقرر بمحض اجتهاده ما إذا كان التشريع متوائما مع الدستور أو متعارض معه، بل لا بد من رعاية قواعد ثابتة وضوابط أكيدة تضمن حسن التزامه لدائرتيه، وتكفل سداد خطوه، ولذلك يثور التساؤل هل للقاضي أن يتفحص الدستور تفحصا يدخله اجتهادا كبيرا بحيث يستطيع تحكيم المصادر الدستورية الأخرى غير الوثيقة الدستورية كالعرف الدستوري؟ أم يقتصر على مجرد فهم النصوص؟ وبصيغة أخرى هل يستطيع القاضي مراقبة التشريع من حيث مخالفته لعبارة النص الدستوري فقط؟ أم يستطيع كذلك مراقبته حتى لو خالف روح تلك النصوص أو خالف عرفا دستوريا أو مبدأ عاما غير مكتوب؟

من المسلم به في النظم التي تجبر رقابة دستورية القوانين أن للقاضي مراقبة نص التشريع، من حيث مخالفته لعبارة نص الدستور، ولكن يختلف بعد ذلك في ما إذا كان يمكن مراقبة مخالفة التشريع لروح الدستور ومبادئه العامة المستقاة من ديباجته أم لا، فذهب قول إلى الجواز حتى في هذه الحال استنادا إلى الانحراف الذي يحتمل أن يقع فيه المشرع، ولكن دون إعمال هذا الرأي مصاعب جمة تظهر من خلال دراسة موضوع التفسير القضائي للنصوص الدستورية²

وعلى هذا فإن القانون يكون غير دستوري إذا ما خالف نصا في الدستور أو مقتضى نص أو خالف المبادئ العامة المستقاة من ذات النصوص كذلك، وهنا ينبغي أن تحدد

1- فوري أو صديق، الوافي في شرح القانون الدستوري، الجزء 01، ص 123 وما بعدها.

2- إبراهيم، إبراهيم شحاتة، سلطة القاضي عند فحص دستورية القوانين، مجلة مجلس الدولة، ص 400.

المقصود بروح الدستور¹ لأن الإطلاق في استعمال كلمة روح هذه سوف تؤدي إلى توسع كبير وغير مقبول أن المقصود من روح الدستور هو المعاني المستقاة من دلالات المنطوق واستلهاهم هذه الدلالات ذاتها في استخلاص المبادئ العامة للدستور لفهم نصوصه مجتمعة ومرتبطة لا مجزئة، أما الدلالات الأخرى كدلالة الاقتضاء ودلالة المقابلة ودلالة الإشارة والتي يراد بها استنباط مكنونات النص وخفياته فإنها قد تفقد على أمور غير مقبولة .

المبحث الثاني: الرقابة القضائية على تدرج القواعد القانونية الأخرى

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

المطلب الأول: الرقابة القضائية على اتفاقية القواعد التشريعية واللائحية

ترتبا على القيمة القانونية للقواعد الاتفاقية الدولية وسموها على القواعد التشريعية طبقا للمادة 132 من دستور 1996 ، فإن هذه القواعد الدولية تكون واجبة التطبيق أمام القضاء الداخلي متى تم التصديق عليها وفق للشروط والإجراءات الدستورية، وهو ما ذهب إليه المجلس الدستوري الجزائري في قراره الأول لسنة 1989² إذ جاء في إحدى حيثياته: " ونظرا لكون أية اتفاقية بعد المصادقة عليها ونشرها تدرج في القانون الوطني وتكتسب بمقتضى المادة 123 من الدستور - لسنة 1989 والمقابلة للمادة 132 من دستور 1996 - سلطة سمو على القوانين وتخول كل مواطن جزائري أن يتذرع بها أمام الجهات القضائية " وهو ما

1- إبراهيم، إبراهيم شحاتة، المرجع السابق، ص 400 وما بعدها، وعلي حسين نجيب، المرجع السابق ص 71 وما بعدها

2- المجلس الدستوري، قرار رقم 1 المؤرخ في 08/20/1989 (ملحق 01).

استجاب له القضاء المقارن - وخصوصا الفرنسي وبعده القضاء الجزائري إذ اعتمد على المعاهدات كمصدر للمشروعية وقام بتطبيقها واستبعد القواعد التشريعية أو اللاتحوية الداخلية 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 تكريس سمو المعاهدات (الفرع الثاني) وطرق حل الإشكاليات التي تثار أمام القضاء في هذا الصدد (الفرع الثالث).

الفرع الأول: تكريس اختصاص القضاء برقابة اتفاقية القانون

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

إن الإجابة عن هذا التساؤل تفرض تحديد طبيعة العيب الذي يلحق القانون أو اللوائح إذا جاءت مخالفة للقواعد الاتفاقية الدولية والذي يسميه الفقه بعيب عدم الاتفاقية¹ هل هو عيب عدم الدستورية أم عيب عدم المشروعية؟

بالرجوع إلى الاجتهاد القضائي الفرنسي باعتباره السباق في هذا المجال فإن الملاحظة التي نكتشفها هي أن موقفه كان يكتنفه الغموض إلى غاية صدور قرار Nicolò الشهير في سنة 1989 والذي اعترف فيه مجلس الدولة الفرنسي بدوره في رقابة احترام سمو المعاهدات على القوانين، بصدد الطعن الذي رفعه السيد Nicolò واستند فيه إلى مخالفة القانون الداخلي الفرنسي للاتفاقية المؤسسة للاتحاد الأوروبي، واجه مجلس الدولة إشكالية من حيث تسبب الحكم فهل يستبعد الوجه المثار أي لا يفحص تماشي القانون مع اتفاقية روما مثل ما ذهب إليه في اجتهاده السابق؟ أم يغير اجتهاده ويفصل في هذا الدفع ؟ كان الرأي الذي اقترحه مفوض الحكومة Frydman هو أن يراجع المجلس قضاءه ومما قال :

1-Karim Michelet, la loi in conventionnelle, R.F D.A.NI /2003. P 23

«En considérant que cette loi n'est applicable que parce qu'elle est précisée conforme à ce traité ¹»

وهو ما فعله مجلس الدولة بالفعل، إذ قضى بأن القانون المؤرخ في 1977/7/7 المتعلق بالانتخابات يطبق لعدم تعارضه مع اتفاقية روما، وكان هذا قرارا مبدئيا، وشكل انقلابا قضائيا لكونه أول قرار ينظر فيه المجلس في مدى تطابق القانون الداخلي مع معاهدة سابقة حال كون المستقر عليه في قضاء مجلس الدولة انه غير مختص بذلك، ولهذا كان مجلس الدولة يرفض رقابة مطابقة القانون اللاحق لمعاهدة سابقة، لكن بمناسبة قضية Nicolo رأى المجلس بأن تهريه من مواجهة الموقف سيؤدي إلى شل تطبيق نص المادة 55 من الدستور التي تكرر سمو المعاهدات على القوانين، لذلك كان مضطرا إلى استبعاد القوانين اللاحقة التي تخالف معاهدة نافذة متخذا موقفا مشابها لموقف استقر عليه القضاء العادي منذ 1931 في قضية Matter ومسايرا للدعوى غير المباشرة للمجلس الدستوري الذي أعلن عدم اختصاصه بالموضوع إذ صرح في قراره ² رقم 54/74 المؤرخ في 1975/01/15 بأن قانونا متعارضا مع المعاهدة لا يعني انه مخالف للدستور وبذلك استبعد الاتفاقيات من بين القواعد المرجعية للرقابة الدستورية، وقد أسس المجلس الدستوري موقفه هذا على أن قراراته المتعلقة بالرقابة تحوز طابعا مطلقا ونهائيا بينما سمو المعاهدات على القوانين المكرس بالمادة 55 من الدستور يعد ذا طابع نسبي ومحدود، إضافة إلى أن تطبيقه معلق على شرط المعاملة بالمثل.

إن موقف مجلس الدولة في قضية Nicolo قد أثار نقاشات حادة خاصة في ما يتعلق بالنتائج الناجمة عن هذا الاتجاه الجديد، فإعطاء نص المادة 55 امتدادها الطبيعي من حيث التطبيق يؤدي إلى حرق نص مادة دستورية أخرى وهي المادة 21 وذلك من خلال التعديل

1- محمد عبد الباسط ، المرجع السابق، ص 126.

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

غير المباشر للالتزامات السلطة التنفيذية اتجاه القانون ، فيكون مجلس الدولة أعطى الأولوية لمبدأ تدرج القوانين على مبدأ تدرج السلطات¹

"Le juge administratif fait prévaloir le principe de hiérarchie des normes sur la hiérarchie des organes normateurs. il semble même établi une hiérarchie entre différentes normes constitutionnelles au profit de l'article 55 de la continuation²"

وبعد عرض الموقف الفرنسي يثار التساؤل عن الجهة التي تضمن احترام القوانين واللوائح

للمعاهدات في الجزائر في ظل دستور 1996 ؟

لعل أول ما يبرز في هذا المجال هو موقف المجلس الدستوري الجزائري في قراره رقم 01 لسنة 1989 والمتعلق بدستورية المادة 86 من قانون الانتخابات لسنة 1989 والتي تحدد الشروط الواجبة في المترشحين لانتخابات المجلس الشعبي الوطني، ورغم كون إخطار المجلس كان يستهدف مدى مطابقة المادة 86 لقواعد الدستور فإنه لم يكتفي بذلك إذ أعلن عدم مطابقة المادة المذكورة للمادتين 27 و 47 من الدستور، وأضاف تبريرا إضافيا يتعلق بعدم مطابقة هذه المادة مع اتفاقيات دولية صادقت عليها الجزائر، ومما جاء فيه "ونظرا لكون أية اتفاقية بعد المصادقة عليها ونشرها تندرج في القانون الوطني وتكتسب بمقتضى المادة 123 من الدستور - السنة 1989 و تقابل المادة 132 من دستور 1996 سلطة السمو على القوانين وتخول كل مواطن جزائري أن يتذرع بها أمام الجهات القضائية" وبعد أن قرر المجلس أن عهدي الأمم المتحدة لسنة 1966 والميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان " تمنع منعا صريحا كل تمييز مهما كان نوعه " وتأسيسا على ذلك نطق المجلس بعدم دستورية المادة 86 من قانون الانتخابات، فالمجلس الدستوري قام بمراقبة دستورية قانون الانتخابات ليس فقط بالنظر على الدستور وإنما أيضا على ضوء المعاهدات الدولية التي أبرمتها الجزائر وهذا الموقف يقودنا إلى النتائج التالية :

1 - والحقيقة أن الرقابة القضائية ستؤدي إلى محدودية رقابة الاتفاقية لسنة أحكام القضاء ولعدم إمكانية إلغاء القوانين المخالفة

للانفاقية بها عكس رقابة المجلس الدستوري . أنظر David Baileyl le juge admistratif et la Couventoinalite de loi vers

une remise en question de la jurisprudence Nicola, R.F.D.N.S /2003-p876 et s. Etienne picard la jurisdiction administrative au regard du droit international. op eit, p 44

2- Karime Michelet. Op. cit. p 26 .

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

2- 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، وبالتأكيد لم يكن قصد المجلس الدستوري تحويل هذا الحق للمواطن الجزائري وحده دون الأجانب، وإلا عد ذلك تمييزا قد يرتب المسؤولية الدولية للجزائر، ولكن سياق هذا القرار كان يتعلق بممارسة إحدى الحريات العامة المكفولة للمواطنين دون الأجانب ولا شك أن هذا القرار يثير التساؤل عن حجيته في ظل دستور 1996 ؟

إنه من خلال الفصل الأول يتبين أن الكتلة الدستورية تتضمن الدستور بديباغته ونصوص مواده، إضافة إلى المبادئ العامة للقانون ذات القيمة الدستورية، أما القواعد الاتفاقية الدولية فهي تخضع للقواعد الدستورية كونها أقل منها من حيث المرتبة الإلزامية.

واستنادا إلى قرار المجلس الدستوري سالف الذكر، فإن المحكمة العليا كرست في عديد قراراتها اختصاصا برقابة مدى مطابقة القوانين الداخلية للمعاهدات النافذة بالجزائر، ومن هذه القرارات، القرار المؤرخ في 2000/02/22¹، والذي اعتمدت فيه المعاهدات كمصدر للشرعية الجنائية إذ قضت الغرفة الجزائرية بصحة الحكم بمصادرة المبالغ المحجوزة والتي حصل عليها المتهمون من خلال بيع المخدرات فاعتبرت المصادرة عقوبة مشروعة، نظرا للنص عليها في اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الاتجار غير المشروع بالمخدرات والمؤثرات العقلية التي صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم : 95/41 المؤرخ في 28/01/1995 وهذا رغم النص عليها في قانون الصحة رقم 05/85 الذي توبع المتهمون والقرار الثاني صدر عن الغرفة المدنية للمحكمة العليا في 2001/09/205² والذي استبعدت فيه المحكمة العليا نص المادة 407 من قانون الإجراءات المدنية المتعلقة بالإكراه البدني لمخالفته لنص المادة 11 من

1- م ع م رقم 167921. ق في 2000/02/22 قضية (م ع ومن معه) ضد م ق 2000/2 ص 206 (ملحق 02).

2- م ع م رقم 254633 ق في 2001/09/05 غ م سلم لطلبة القضاة في مادة علاقة القانون بالقاضي الداخلي ، السنة الثانية الدفعة 14 السنة 2005 / 2006 (ملحق 03).

العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية. وهو ما أكدته بقرار لا حق بتاريخ: 2002/12/11¹ فالمحكمة العليا تمسكت باختصاصها برقابة مدى مطابقة القوانين للاتفاقيات الدولية النافذة بالجزائر تلقائيا ووصلت لحد استبعاد القانون المعارض للاتفاقية، بل إلى حد التطبيق المباشر لنص من المعاهدة وفي الميدان الجزائي الذي يخضع لمبدأ الشرعية حسب المادة الأولى من قانون العقوبات. ولا شك أن مجلس الدولة سوف يمشي في نفس الطريق لو طرح عليه الأمر.

الفرع الثاني: سلطات القضاء في رقابة اتفاقية القانون

خلافًا للقاضي العادي الذي لا يملك سوى استبعاد القانون أو اللائحة المخالفة للاتفاقيات يملك القضاء الإداري عدة وسائل في إطار رقابته على اتفاقية القوانين واللوائح وذلك من خلال المنازعات المعروضة عليه، سواء في إطار رقابته الشرعية (أولا) أو المسؤولية (ثانيا) ولذلك سوف نركز على سلطات القاضي الإداري².

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

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

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

1- م ع م رقم 288587 ق في 2002/12/11 قضية (ي ي) ضد (خ ب) م ق عدد 1 / 2003 (ملحق 04).

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

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

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

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

الحالة الرابعة: أما إذا صرح القاضي بطريقة غير عادية بسمو قاعدة دولية على تشريع نافذ، فلا يمكنه في أفضل الأحوال إلا أن يصرح بعدم إمكانية تطبيق هذا الأخير¹، ويبقى التساؤل قائماً حول الحجية التي يتمتع بها هذا التصريح ؟

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

ثانياً: سلطات القضاء الإداري في إطار منازعات المسؤولية

ويختلف الوضع حسب حالتين، تتمثل الأولى في المسؤولية عن أعمال السلطة التشريعية (I) والثانية المسؤولية عن أعمال السلطة التنفيذية (II) .

I- المسؤولية عن أعمال السلطة التشريعية: لقد صرح مجلس الدولة الفرنسي منذ قراره في قضية Driancout² أن كل حالة عدم مشروعية تشكل خطأ، فهل أن كل خرق من المشرع لأحكام اتفاقية ما يشكل خطأ يؤدي بالنتيجة إلى مسؤولية الدولة ؟

لقد تردد مجلس الدولة في الحسم في هذا الأمر، فلم يصرح بالمسؤولية المباشرة للدولة من أعمال السلطة التشريعية إلا في مجال فرق مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة، كما فعل في

1- Etienne picard. IBID. p 42 et s

2- Etienne picard. IBID..p43.et s

قضية لافلورات¹ الشهيرة وهي فرضية لا تنطبق إلا على حالات قليلة لخرق القواعد الدولية . ومرد ذلك إلى كون القانون يمثل تعبيراً عن الإرادة العامة فاستفاد هذا الأخير (القانون) بنظام

تفضيلي، لا سيما على صعيد المسؤولية على حد تعبير **Morange**:

"la loi a longtemps bénéficié d'un régime juridique de for ex y compris en matière de la responsabilité"

إن نظام المسؤولية بدون خطأ عن أعمال السلطة التشريعية يبدو محدد الأفق ليس فقط بسبب قلة السوابق في هذا المجال فقط 03 حالات حسب الأستاذ Michelet - ولكن بسبب الشروط الخاصة لإقامة هذه المسؤولية، والتي لا تتماشى مع أغلب حالات القوانين المخالفة للاتفاقيات، وخاصة فيما يتعلق بشروط الضرر الذي يستوجب القضاء أن يكون جسيماً جساماً غير عادية، وذا خطورة استثنائية préjudice caractère anormal et spéciale وعلى ذلك فإن المسؤولية الدولية عن القوانين المخالفة للاتفاقيات لا تجد لها أساساً في نظام المسؤولية الإدارية، بل تبدو فقط نتيجة منطقية أفرزها قرار **Nicolo**.

ومن هنا نخلص إلى أن الأساس الحالي للمسؤولية عن طريق مبدأ سمو القواعد الاتفاقية

الدولية إنما يتمثل في المسؤولية الخطئية عن قواعد تنظيمية غير مشروعة:

la responsabilité pour faute du fait de l'application d'un règlement².

II- المسؤولية عن أعمال السلطة التنفيذية: وهي المسؤولية التي كرسها مجلس الدولة

الفرنسي في قراره المبدئي الصادر سنة 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 تعليمة

دولية صادرة في 1972/12/19، علماً 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

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

96 وما بعدها

1-Karime Michelet, Op.cit. p 27.

سعى إلى تطبيقه مع تلك التعلّمة الدولية .

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

"C'est dans le cadre du droit national de la responsabilité qu'il incombe l'état de réparer les conséquences du préjudice cause"¹

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

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

إنه من السهل أن نقول بأن المعاهدة تصير قانوناً بتمام الإجراءات المقررة لحصولها على ذات قوة القانون، فنتداعى بذلك النتائج وتحل المشكلة التي يثيرها الفقه بصدد اختلاف الطبيعة ما بين المعاهدات والقوانين الداخلية، ولكن الحقيقة غير ذلك فإنشاء القانون شيء واستعارة قوته شيء آخر، ولا يستوي في النهاية وبإطلاق ما أنشأته إرادة دولة واحدة بنتاج توافق إرادات الدول والنص الدستوري نفسه لم يقل أن المعاهدة قانوناً، وإنما فقط واستجابة لطبيعتها الخاصة منحها قوته تتقدم بها في التطبيق فوق القانون الصادر عن البرلمان في تدرج القواعد القانونية، وعندما تسمو المعاهدة على القانون لا يكون لها ذلك إلا بنص في الدستور

1- C J CE 19 Nov 1991. Francovich et Bonifaci cité dans / Du Louis, la responsabilité de l'état législateur pour les dommages causés aux particuliers par la violation du droit communautaire et son incidence sur la responsabilité de la communauté, R.F.D.A 1996.

وما كانت المعاهدة لتحتاجه لو كانت بطبيعة ذاتية تغنيها عنه، وما اشترطه الدستور من إجراءات تدخل بها المعاهدة في النظام الداخلي هو إعلان بأن قدومها هو بإذن السيادة الوطنية وليس مفروضاً لمقتضى خضوع سائر للقواعد الدولية، يؤكد أيضاً أن المعاهدة تخالف في النهاية القانون الداخلي، ولا شك أن هذه الطبيعة المتميزة للمعاهدات تثير أمام القاضي وهو يتعامل معها إشكاليات تتميز بخصوصياتها عن الإشكاليات التقليدية التي كان يواجهها القضاء، وهو ما يفرض على القاضي لعب أدوار جديدة لحل تلك الإشكاليات، والتي قد تتعلق بمسائل خارجة عن مضمون المعاهدة (أولاً) أو متعلقة بمضمونها (ثانياً).

أولاً: الإشكاليات غير المتعلقة بمضمون المعاهدة: يواجه القاضي أثناء تعامله مع المعاهدات عدة مسائل تتعلق بمدى إلزامية تطبيقها¹، وتتمثل في:

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

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

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

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

1- محمد فؤاد عبد الباسط، مرجع سابق، ص 10 و ما بعدها.

1- إشكالية التفسير¹: فهل يختص القاضي به أم لا؟ وكيف سيقوم بتفسير النص الاتفاقي الدولي؟ باعتبار أن الاتفاقيات تبرم من قبل السلطة التنفيذية، فقد اعتبر أنها الهيئة الوحيدة المؤهلة لتفسيرها، وخوفا من التدخل في العلاقات الدولية بين السلطة التنفيذية والسلطات الأجنبية، حرص القاضي على إحالة مسألة التفسير إلى وزارة الشؤون الخارجية وكان ملزما به، وهو ما درج عليه القضاء الفرنسي التقليدي، لكن قضية Gisti كانت المناسبة التي تمسك فيها مجلس الدولة الفرنسي باختصاصه في تفسير النصوص الاتفاقية الدولية، حيث أعطى المجلس التفسير الذي رآه ملائما دون أن يرى نفسه ملزما بالتفسير الوزاري، وبقراره هذا أكد مجلس الدولة الفرنسي أن هناك مشكلة تفسير كانت قائمة في هذا الخصوص، وإن المجلس قد سمح لنفسه بتقدير مدى صحة التفسير الوزاري، ليستخلص بالتبعية ما يراه هو نفسه من تفسير للنصوص محل النزاع ويبني قضاءه عليه.

وبالنسبة للقضاء الجزائري فالمحكمة العليا كانت لها مناسبة للتمسك باختصاصها بالتفسير، ويتعلق الأمر بالقرار المؤرخ في 2002/12/11² والذي يتعلق بطعن بالنقص في قرار وقع الإكراه البدني عليه لعدم وفائه بدين تجاري وأسس قضاة المجلس قرارهم على أن المادة 11 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية تتعلق بالحقوق المدنية فحسب، فقامت المحكمة العليا بتفسير نص المادة 11 من الاتفاقية المذكورة، ومما جاء في القرار:

"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) وتبعا لذلك أصبح من غير الجائز توقيع الإكراه البدني لعدم تنفيذ المدين لالتزامه التعاقدي.

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

1 - محمد فؤاد عبد الباسط، نفسه، ص 14 و ما بعدها.

2- المحكمة العليا ملف رقم 288587 قرار بتاريخ 2002/12/11 بقية (ي ي) من (خ ب) م ق عدد 1/ 2003 ص 201 وما بعدها (ملحق 04).

وحيث انه 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 التعاقدى التجاري وغير التجاري، فيكفي أن يكون هناك التزام تعاقدى سواء كان موضوع هذا الالتزام معاملة مدنية أو تجارية، فيمتنع تنفيذ هذا الالتزام عن طريق الإكراه البدني ..."

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

لقد كانت قضية *Yeter Cinnar*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.

المطلب الثاني: الرقابة القضائية على مشروعية القواعد اللاتحوية

تطبيقا لمبدأ المشروعية ومقتضياته ومنها مبدأ تدرج القواعد القانونية فإن أعمال السلطة التنفيذية سواء منها الفردية أو اللاتحوية تخضع وتنفيد بالقانون بمعناه الواسع ، وكل مخالفة لذلك تجعل عملها باطلا وقابلا للطعن فيه أمام القضاء، وعلى ذلك فإن اللوائح الصادرة عن السلطة

1- لعرابة أحمد تطبيق وتفسير الاتفاقيات الدولية من قبل القاضي الداخلي، مطبوعة سلمت في إطار التطبيق مادة علاقة القاضي الداخلي بالقانون الدولي السنة 2004/2005 للطلبة القضاة السنة 02 الدفعة 14 - ص 493.

التنفيذية - مهما كان نوعها والظروف التي صدرت فيها- تخضع للرقابة القضائية باعتبارها أعمالاً إدارية، وتطبيقاً للمادة 143 من الدستور "ينظر القضاء في الطعن قرارات السلطات الإدارية" وقد أثبتت عملية الرقابة القضائية جدواها وفعاليتها في النظم القانونية المقارنة، حيث استطاع القضاء عن طريق صور وأنواع الرقابة القضائية التي بسطها على اللوائح أن يوفر ضمانات جدية وفعالة لحماية الشرعية وحريات الأفراد وحقوقهم في مواجهة السلطة التنفيذية، التي أجبرها القضاء على الخضوع للقانون واحترام مبدأ المشروعية، وتتخذ رقابة القضاء على اللوائح عدة صور حسب الجهة التي تتولاها، فقد تكون رقابة إلغاء من طرف القضاء الإداري، وقد يختص بها القاضي العادي عن طريق الدفع بعدم الشرعية فيختص بها طبقاً لمبدأ تدرج القواعد القانونية¹ ولذلك فقد تكون الرقابة القضائية على مشروعية اللوائح بواسطة دعوى الإلغاء (الفرع الأول) أو عن طريق الدفع بعدم الشرعية (الفرع الثاني) إضافة إلى الوسائل التي ابتدعها القاضي لتوسيع مجال رقابته عليها (الفرع الثالث).

الفرع الأول: رقابة الإلغاء

يختص بنظر هذه الدعوى القضاء الإداري فقط دون القضاء العادي، طبقاً لنص المادة 01 من القانون 98/02 المؤرخ في 30 ماي 1998 المتعلق بالمحاكم الإدارية التي تنص على أنه "تنشأ محاكم إدارية كجهات قضائية للقانون العام في المادة الإدارية" والمواد 9 و 10 و 11 من القانون العضوي 98/01 المؤرخ في 30 ماي 1998 المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله والتي تجعله مختصاً بالنظر في المنازعات المتعلقة بالطعون بالإلغاء المرفوعة ضد القرارات التنظيمية أو الفردية الصادرة عن السلطات المركزية والهيئات العمومية الوطنية والمنظمات المهنية الوطنية والطعون الخاصة بالتفسير ومدى شرعية القرارات التي تكون نزاعاتها من اختصاص مجلس الدولة، إضافة إلى كون جهة استئناف ونقض في أحكام وقرارات الجهات القضائية الإدارية، وكذا في قرارات مجلس المحاسبة، وعلى ذلك فيملك أي فرد أو هيئة الطعن في اللوائح إذا ما شابها عيباً من عيوب المشروعية كعدم الاختصاص

1- طعيمة الجرف، المرجع السابق، ص 206 و ما بعدها.

أو عيب الشكل والإجراءات أو مخالفة القوانين بمعناها الواسع أو الخطأ في تطبيقها أو تأويلها أو عيب إساءة استعمال السلطة أو الانحراف أو عيب السبب¹، والملاحظ من خلال الإطلاع على قرارات مجلس الدولة المنشورة في مجلة مجلس الدولة، أن مجلس الدولة يرتب جزاءات مختلفة على القرارات الإدارية المخالفة للمشروعية، ومرد ذلك هو درجة جسامة المخالفة، فإن كانت لا تمثل خروجاً كبيراً على مبدأ المشروعية كان القرار الإداري باطلاً، أما إذا بلغت المخالفة حداً كبيراً من الجسامة كان القرار الإداري معدوماً²، فمثلاً في القرار الإداري الفاصل في مسألة تدخل أصلاً في اختصاص القضاء عدده المجلس قراراً باطلاً لتجاوزه السلطة، وفي القرار رقم 169417 الصادر بتاريخ 1998/07/27 انتهى مجلس الدولة إلى اعتبار القرار الإداري الصادر من جهة غير مختصة منعدماً، ونلاحظ في ذلك خطأ كبيراً إذ الصواب خلاف ذلك حسب المستقر عليه فقها وقضاء³.

ويترتب على ذلك اختلاف الآثار المترتبة على الانعدام عن تلك المترتبة على البطلان، إذ أن تنفيذ القرار الإداري المنعدم يشكل اعتداء مادياً *une voie de fait*، وهو ما يغير قواعد الاختصاص إذ يصبح القضاء الإستعجالي الإداري والعادي مختصين بالنظر فيه إضافة لقضاء الموضوع الإداري، وذلك لكون القرار المعدوم تنتفي فيه مواصفات العمل القانوني المستحق للحماية، ونظراً لكون الانعدام من النظام العام، فإنه يمكن إثارته في أي درجة للتقاضي، وتثيره المحكمة تلقائياً، وإن هذا القرار لا يستفيد من الحصانة بعد انقضاء المدة القانونية لرفع دعوى الإلغاء أو السحب من طرف الإدارة، ضف إلى ذلك أن مبدأ فصل السلطات يمنع على القاضي الإداري توجيه أوامر للإدارة، بينما إذا ثبت أن عمل الإدارة يشكل خروجاً جسيماً على قواعد المشروعية، وبالتالي اعتباره منعدماً وعدم استحقاقه للحماية القانونية، فإن للقضاء توجيه أوامر للإدارة للكف عن كل ما من شأنه أن يضع العمل المتخذ حيز التنفيذ⁴

1- لعروسي دعوى الإلغاء أو الطعن بالبطلان، ملتقى قضاة الغرف الإدارية، ص 37 و ما بعدها.

2- بودريوة عبد الكريم، جزاء مخالفة القارات الإدارية لقواعد المشروعية، مجلة مجلس الدولة، العدد 2003/5،

3- انظر: بودريوة عدد الكريم، المرجع نفسه، و انظر René chapus. Droit administratif, Op.cit 4

4- أنظر فريدة أبركان التعدي، ملتقى قضاة الغرف الإدارية، ص 97 و ما بعدها.

ففي القرار الصادر عن مجلس الدولة بتاريخ: 2004/05/11¹ بعد أن أثبت عدم مشروعية قرار الإدارة، وان تنفيذها المباشر إياه يمثل تعديا يمنح الاختصاص للقاضي الاستعجالي قام بإلزام الإدارة بوضع حد لفعل التعدي ومما جاء في هذا القرار:

" مما يجعلها فعلا قد قامت بفعل التعدي الذي هو من اختصاص القاضي الاستعجالي، وان الأمر بوضع حد لفعل التعدي لا يمس بأصل النزاع وحقوق الأطراف، لأن كل طرف له الحق في استعمال الإجراءات القانونية الأخرى سواء في الإلغاء أو التوقيف ولا يمكن في أي حال من الأحوال أن يكون فعل التعدي هو إجراء قانوني يسمح للإدارة أن تستعمله للإضرار بالمواطنين. مما يستوجب إثبات وجود فعل التعدي، وبالتالي القول باختصاص قاضي الاستعجال وإلغاء القرار المستأنف والتصدي من جديد بوضع حد لفعل التعدي " وقد قرر مجلس الدولة في هذا القرار " القضاء بإلغاء القرار المستأنف الصادر عن قسم الاستعجال للغرفة الإدارية... والتصدي من جديد بإلزام البلدية بوضع حد لفعل التعدي ضد المستأنف " .

الفرع الثاني: الرقابة عن طريق الدفع بعدم الشرعية

يمكن الطعن ضد اللوائح غير الشرعية ولو تحصنت بفوات ميعاد الطعن ، وذلك عند صدور قرارات تنفيذية تطبيقا لها، إذ يمكن الطعن في هذه القرارات على أساس عدم شرعية اللائحة التي تعد مصدرا لها، فحينئذ يتصدى القضاء الإداري باعتباره مختصا بالمنازعات الإدارية المتعلقة بالقرارات التنفيذية اللائحية لفحص اللائحة باعتبارها مسألة فرعية **Question préalable**². فإذا ثبت له عدم شرعيتها ألغى القرار التنفيذي مع بقاء اللائحة .

وهناك صورة أخرى للدفع بعدم الشرعية، وذلك إذا ما خالف احد الأفراد لائحة يراها معينة وقدم للمحكمة من اجل 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

1- مجلس الدولة، ملف رقم 018915 قرار بتاريخ 2004/05/11 قضية أخ ضد رئيس المجلس الشعبي البلدي للدائرة

الحضرية باب الزوار مجلة مجلس الدولة العدد 2003/5 (ملحق 10).

1- ثمة خلط في المصطلحات بخصوص المسألة الأولية والفرعية، وفي هذه الدراسة التزمنا بالمصطلحات كما وردت في المادتين 330 و 331 من قانون الإجراءات الجزائية.

مسألة خارجة عن اختصاصه لكونها مسألة مبدئية أو أولية question préjudicielle فيوقف الدعوى ويحيل الأطراف على القاضي الإداري؟

وقد استقر الأمر في القضاء الفرنسي على اعتبار القضاء الجزائي مختصا بفحص شرعية اللوائح التي يراد تطبيقها على الدعاوى المنظورة أمامه، أما القاضي المدني فإذا عرضت أمامه مسألة مبدئية أو فرعية تتعلق بالدفع بعدم شرعية لائحة، فإنه يحيل طلب فحص الشرعية إلى القضاء الإداري المختص وأما في الجزائر فالمسألة تحتاج إلى مناقشة جدية، فمن جهة تمثل المحاكم الإدارية جهات القانون العام للمنازعات الإدارية ومجلس الدولة يختص بكل منازعات الإلغاء و التفسير 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 أولا البت في مسألة تدخل بطبيعتها في طائفة المنازعات الإدارية ، فإنه يتعين على القاضي ، ما لم يكن هناك نص خاص يقتضي باختصاصه بالفصل في هذه المسألة ، أن يوقف نظر الدعوى وإحالة هذه المسألة للقضاء الإداري ليفصل فيها بوصفها من المسائل المبدئية ، ففي قرار للغرفة المدنية للمحكمة العليا المؤرخ في 09/ 10/ 2002¹ 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." وحيث أن مثل هذا البطلان مطلق يتعين على المجلس إثارته تلقائيا، وحيث ثابت من ملف الدعوى أن دعوى المستأنف عليهم الزامية إلغاء عقد رسمي مشهر لم يتم إشهارها ، وحيث أن ما اتجه إليه قضاة الموضوع هو اتجاه خاطئ من أساسه ، ذلك انه بالرجوع إلى الأمر

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

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 شرطا جديدا لصحة العريضة الافتتاحية لم يرد لا في قانون الإجراءات المدنية ولا القانون المتضمن إعداد مسح الأراضي العام ، ومن ثمة يوجد التعارض بين القانون والمرسوم المشار إليه ، وحيث انه طبقا لمبدأ تدرج القوانين الذي يقضي بأنه في حالة ما إذا وقع التعارض بين التشريع والتشريع الفرعي فإنه يطبق التشريع الأعلى وي طرح التشريع الأدنى، وحيث أن قضاة الموضوع عندما طبقوا التشريع الفرعي وطرحوا التشريع الأعلى يكونوا قد طبقوا ذلك المبدأ بالمفهوم العكسي " ، فهذا القرار استبعد المرسوم التنفيذي دون أن يتعرض مباشرة لشرعيته ، إذ استبعده باعتباره قانونا فرعيا خالف قانونا عاديا فتطلب طبقا لمبدأ تدرج القوانين استبعاده.

الفرع الثالث : وسائل القاضي لتوسيع رقابة مشروعية اللوائح

في إطار الدور القضائي المكرس دستوريا والمتمثل في حراسة المشروعية ، فإن القضاء ينشئ ويبتدع من الوسائل ما توسع مساحة رقابته على أعمال السلطة العامة ، وترتفع عنه القيود التي قام سابقا بوضعها على نفسه مما ضيق من المجال الدستوري الواسع للرقابة القضائية على الإدارة طبقا للمادتين 139 و 143¹ من الدستور 1996.

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

تنص المادة 139 من الدستور على أنه " 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 " .

وصار يبتدع وسائل لتوسيعه، ومن هذه الوسائل الاستناد إلى القواعد الدستورية لبسط رقابة المشروعية على اللوائح الإدارية (أولاً) وكذلك المبادئ العامة للقانون (ثانياً).

أولاً: الرقابة القضائية بالاستناد إلى القواعد الدستورية

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

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

- بالنسبة للدفع بعدم الدستورية: كما رفض مجلس الدولة الفرنسي قبول الدفع الذي يدعو إلى استبعاد تطبيق لائحة أثناء النظر في دعوى إدارية نتيجة الدفع بعدم الدستورية اعتماداً على نفس الحجة، وهي أن رقابة الدستورية اختصاص مانع للمجلس الدستوري. وتطبيقاً 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 الدفع وليس ممارسة للرقابة على دستورية القوانين.

- بالنسبة لدعوى فحص المشروعية: وبموجبها يقوم القاضي بمعاينة اللوائح المعروضة عليه من حيث الأركان التي تقوم عليها، ليصرح بمشروعيتها إذا جاءت 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.

بالنسبة لدعوى فحص المشروعية: وبموجبها يقوم القاضي بمعاينة اللوائح المعروضة عليه من حيث الأركان التي تقوم عليها، ليصرح بمشروعيتها إذا جاءت مواجهة للقواعد القانونية الأسمى منها دستورية كانت أم غيرها، أو العكس إذا كانت غير ذلك، وباعتبار القواعد

الدستورية في قمة الهرم القانوني في الدولة فإنه من الواجب على مجلس الدولة التصريح بعدم مشروعيتها اللائحة المخالفة للدستور.

ثانيا: توسيع الرقابة القضائية بالاستناد للمبادئ العامة لقانون:

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

بالرجوع إلى القضاء المقارن وخصوصا الفرنسي، نجد أن مجلس الدولة الفرنسي كرس نظرية المبادئ العامة للقانون باعتبارها وسيلة لتوسيع مجال رقابته على اللوائح، وبالتالي التحرر من قبضة الاختصاص المانع للمجلس الدستوري برقابة دستورية اللوائح، ولذلك اعترف مجلس الدولة الفرنسي بالقيمة الدستورية لبعض المبادئ العامة للقانون¹، كما سبق تفصيله، وهو ما يصلح اعتماده من قبل القضاء الجزائري لتشابه المعطيات الدستورية والقانونية في النظامين الفرنسي والجزائري ولذلك نتساءل عن الدور الذي تلعبه المبادئ العامة للقانون ذات القيمة الدستورية في إطار الرقابة على مشروعية اللوائح في الجزائر؟

لقد كان الدافع وراء الاعتراف بالقيمة الدستورية لبعض المبادئ العامة للقانون هو بسط القضاء في رقابته على دستورية اللوائح المستقلة من جهة (I) والأوامر التشريعية من جهة أخرى (II)

II- المبادئ العامة للقانون كأساس للرقابة على دستورية اللوائح: لقد أعلن الفقه الفرنسي انزعاجه من المادة 37 من دستور 1958 وهي المقابل للمادة 125 من دستور 1996 الجزائري، لكونها تدرج ضمن الاختصاص المستقل للسلطة التنفيذية وفي نطاق واسع، فالسلطة التنفيذية تختص بإصدار اللوائح دون الاستناد للقانون ولا خضوع لرقابة البرلمان، ولا يجوز لهذا الأخير التشريع في هذا المجال، ومع انزعاجه بحث الفقه عن التقنيات اللازمة لفرض رقابة موضوعية على محتوى ومضمون تلك اللوائح المستقلة من جانب القضاء الإداري، ونظرا لعائق

1- محمد رفعت عبد الوهاب المرجع السابق، ص 149 و ما بعدها.

الاختصاص المانع للمجلس الدستوري بالرقابة على الدستورية لم يجد الفقه بدا من إضفاء الطابع الدستوري على بعض المبادئ العامة للقانون.

II- المبادئ العامة للقانون كأساس للرقابة على دستورية الأوامر التشريعية: وهذه الأوامر تصدر عن رئيس الجمهورية في المجال غير المخصص للقانون طبقا للمادة 124 من الدستور، ولكنها رغم ذلك لا تعدو كونها أعمالا إدارية طبقا للمعيار العضوي، فكيف فعل القضاء الإداري لبسط الرقابة على دستورتها ؟

لقد رأى أن الاحتفاظ بالمبادئ العامة للقانون بقيمة القانون لا تخوله مثل هذه الرقابة، ولذلك اعترف القضاء الإداري وأيده في ذلك الفقه بالقيمة الدستورية لبعض المبادئ العامة للقانون، وهو ما مكنه عند مخالفة تلك الأوامر لهذه المبادئ التصريح بعدم مشروعيتها وبالتالي إلغائها، وهو ذات المنطق الذي يمكن تكريسه في الجزائر على الأوامر الصادرة طبقا للمادة 124 من دستور 1996 قبل عرضها على البرلمان أو التي لا يمكن تصور عرضا عليه، إذ تبقى مجرد أعمالا إدارية ومن ثم يمكن للقاضي بسط رقابته عليها اعتمادا على المبادئ العامة للقانون، ومنها مبدأ تدرج القوانين وهذه المبادئ يخلقها القضاء الإداري، مستلهما إياها من المرجعية الدينية والاجتماعية والسياسية للمجتمع، 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.

ومن الضروري التساؤل عن موقف القضاء الإداري الجزائري بخصوص هذه المسألة ؟ لا توجد سابقة قضائية يمكن الاستناد عليها للإجابة عن التساؤل المطروح بخصوص رقابة القضاء الإداري لدستورية اللوائح المستقلة، أو الأوامر التشريعية، اللهم إلا قرارا صادرا عن مجلس الدولة بتاريخ 1998/07/27¹ استند فيه المجلس للفصل في طعن من أجل تجاوز

1- مجلس الدولة، ملف رقم 172994 قرار بتاريخ 1998/01/27 قضية (خ ق) ضد المجلس الأعلى للقضاء ووزير العدل، مجلة مجلس الدولة العدد 2002/1 (ملحق 08).

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 استتبته في قضية: Dame La motte¹ 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 2002/01/28² 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** " فضلا عن ذلك استند المجلس إلى مبدأ آخر وهو ما قرره في حيثية أخرى جاء فيها: " **المجلس الأعلى للقضاء بكامل هيئته التأديبية قد أهمل الأخذ بعين الاعتبار المبدأ العام للقانون القاضي بأنه لا يمكن الفصل مرتين في قضية بنفس الوقائع** " وعلى ذلك فإن المبادئ العامة للقانون يمكن أن تلعب أدوارا عدة في حماية المشروعية، فهي تحل محل القانون الغائب بالنسبة للوائح المستقلة والأوامر التي تضعها السلطة التنفيذية دون ما استناد إلى قانون، فتجيء هذه المبادئ لتحل محله، كما أنها تسمح للقضاء الإداري ببسط رقابته الفاعلة على تلك الأعمال الإدارية وتضمن إخضاعها لسيادة القانون، إذ بالاستناد لهذه المبادئ العامة يخضع القاضي الإداري للوائح المستقلة التي يصدرها رئيس الجمهورية طبقا لنص المادة **125** من الدستور لرقابته سواء من حيث الشكل و الاختصاص أو من حيث المضمون، كما تصلح أساسا لرقابة القاضي الإداري

1 -CE . Dame La motte 17/02/1950 in . les grandes arrête de la jurisprudence administrative. M . long et autres. p 433 et s.

2- مجلس الدولة، ملف رقم 5240 قرار بتاريخ: 2002/01/28 قضية خ ق ضد المجلس الأعلى للقضاء ووزير العدل، مجلة مجلس الدولة عدد 2002/2 (ملحق 09).

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 للقانون¹

وتلخيصاً لما سبق تقريره بشأن دور القضاء الإداري في رقابة دستورية اللوائح الصادرة عن السلطة التنفيذية، سواء بالاستناد إلى نصوص الدستور أو إلى المبادئ العامة للقانون، فإنه من اللازم التقرير بأن اللوائح بطبيعتها ومهما كانت مجرد قرارات إدارية، وقاضيتها الطبيعي هو مجلس الدولة، ومن ثم كون نظرية المبادئ العامة للقانون ملاذاً لمجلس الدولة لاستعادة اختصاص جوهرى انتزع منه أو تنازل هو عنه بغير حق².

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

2-Bruno Genevois. Le conseil d'états et l'interprétation de loi. R. F D. A. 2002. p 883 et s.



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

- فمبدأ التدرج القانوني في التنظيم - مضمونا ونتائج - يتيح المجال واسعا للطموح والأمل في تحقيق دولة القانون وتجسيدها، لأنه يقدم بالفعل ضمانا أكيدا لخضوع كل النشاطات العامة للقانون، وذلك بما يضعه من قيود عليها وما يرتبه من جزاءات على تجاوزها .

- وأما في الممارسة، فتكشف الحالات العديدة والخطيرة للتعارض بين التشريعات المتفاوتة في مرتبتها الإلزامية عن تهرب القضاء - وهو السلطة الرقابية الحامية للشرعية في الدولة - من مواجهة المشكلة وتطبيق المبدأ، فلا نجد حالة واحدة تمسك فيها القاضي الجزائري باختصاصه الرقابي على دستورية القوانين ولا للتطبيق المباشر للنص الدستوري، فيما نجد مناسبتين فحسب لتكريس القضاء الجزائري سمو الاتفاقيات على القوانين وإحدى هاتين الحالتين تمثل خطأ فادحا لتعلقها بالميدان الجزائي 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 إنما يتعلق الأمر بقانون سابق للمصادقة على المعاهدة، فنكون أمام حالة عادية لإلغاء النص اللاحق للنص السابق أكثر مما نكون أمام رقابة سمو المعاهدات، ولا نجد إلا قرارين فحسب للمحكمة العليا تتعلقان برقابة القضاء العادي لمدى مطابقة النوائح التنفيذية للقوانين الصادرة عن البرلمان، وكليهما تتعلق بنفس المسألة حيث أعلنت المحكمة العليا صراحة تطبيقها لمبدأ تدرج القوانين وأثارته تلقائيا وحددت بدقة مضمونة ونتائجه، وهو ما يمثل بحق سابقة قضائية جديرة بالتنويه والإشادة.

وفي نفس الإطار كانت مناسبة الطعن في قرار العزل التأديبي الصادرة عن المجلس الأعلى للقضاء ضد احد القضاة الفرصة المواتية لمجلس الدولة، الذي أصدر قرارين حول نفس القضية تجسدان جرأة القاضي الإداري في الخروج عن النص التشريعي إذا كان مجافيا للمبادئ العامة للقانون باعتبارها ذات طبيعة دستورية، ذلك انه اعتمد مبدأ المساواة المكفولة

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

إنه مما لا شك فيه أن هذه المناسبات رغم قلتها تكشف عن استعداد من القاضي الجزائري للحاق بركب القضاء المقارن، وتكريس مبدأ التدرج القانوني، والتكفل بانشغال إكمال التشريع وتحقيق انسجامه بما يجعل القضاء بحق حاميا للشرعية وضامنا للحقوق والحريات، وهذا ليس معناه أن القاضي الجزائري قد بلغ النضج الكافي في هذا المجال إذ لا يعكس اجتهاده غالبا هذا المبدأ الجوهرى فهل معنى ذلك أن القاضي الجزائري يحجم عن الاجتهاد لنقص في الكفاءة أو الشجاعة ؟ أم أن في ذلك اقتناع منه بانحصار دوره في تطبيق القانون دون التعرض لصحته ؟ ولماذا تخلو أحكام القضاء الجزائري خلافا للقضاء المقارن في التسبب من مسألة التعارض القانوني ؟ وبعبارة أخرى لماذا لم يهتم القاضي الجزائري بالوقوف على حالات النقص والعيب والتعارض في التشريع ؟ ألا يعد اجتهاد القاضي بما يكمل النقص ويصلح العيب ويزيل التعارض هو وسيلته الوحيدة لتحقيق العدالة وهي مبتغى القاضي وهدفه الوحيد ؟

من الواضح أن تقييم أي نظام قضائي لابد أن يمر عبر قناة من التساؤلات، والتي يتوجب على القضاة مواجهتها وتقديم الإجابات التي ترضى ضمائرهم عنها، ولعل التساؤلات سالفة الذكر بعضا من تلك الأسئلة التي يجب على القضاة مواجهتها، وقد تكون هذه المذكرة فاتحة لهذا الباب .

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع

- القرآن الكريم.

ثانيا: النصوص الرسمية

1- دستور 1996 المعدل.

2-الأمر رقم 15466 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 08 يونيو - جوان - 1966 يتضمن قانون الإجراءات المدنية المعدل والمتمم .

3-الأمر رقم 155/66 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 08 يونيو - جوان - 1966 يتضمن قانون الإجراءات الجزائية المعدل والمتمم .

4-الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم .

5-الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون التجاري المعدل والمتمم.

6-القانون العضوي رقم 01/98 المؤرخ في 30 ماي 1998 المتضمن اختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله .

7-القانون رقم 02/98 المؤرخ في 30 ماي 1998 المتضمن المحاكم الإدارية .

8-القانون العضوي رقم 11/04 المؤرخ في 21 رجب عام 1425 الموافق 06 سبتمبر 2004 يتضمن القانون الأساسي للقضاء .

ثالثا : الكتب والمؤلفات :

1 - باللغة العربية:

1- إبراهيم عبد العزيز شيحا - الوسيط في مبادئ وأحكام القانون الإداري الدار الجامعية 1997.

2-احمد كمال أبو مجد الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية والإقليم المصري رسالة القاهرة 1958 - الطبعة 1960.

3-احمد هندي أصول المحاكمات المدنية والتجارية - الدار الجامعية - بيروت - الطبعة 1989 .

4-إسحاق إبراهيم منصور - نظريتنا القانون والحق وتطبيقاتها في القوانين الجزائرية - ديوان المطبوعات الجامعية - الجزائر 1987 .

5- حسن السيد بسيوني - منهجية العمل القضائي - 2000.

6-حسنى بوديار الوجيز في القانون الدستوري دار العلوم للنشر والتوزيع - 2003

7-حسني درويش عبد الحميد نهاية القرار الإداري عن غير طريق القضاء دار الفكر العربي

- 8-حسين صغير - النظرية العامة للقانون ببعديها الغربي والشرعي دراسة مقارنة دار المحمدية العامة الجزائر - الطبعة الثانية 2001
- 9-حماد محمد شطا الأصول الإسلامية للقانون الإداري - دار الصحوة للنشر توزيع دار الكتاب الحديث.
- 10-خليل جريج الرقابة القضائية على أعمال التشريع معهد البحوث والدراسات العربية - 1971 .
- 11-زروقي ليلي وحمدي باشا عمر المنازعات العقارية دار هومة - الطبعة 2002
- 12 سامي جمال الدين-تدرج القواعد القانونية ومبادئ الشريعة الإسلامية-منشأة المعارف بالإسكندرية(دت).
- 13-سامي جمال الدين أصول القانون الإداري نظرية العمل الإداري توزيع دار الكتاب الحديث طبعة1993.
- 14- سعيد بو الشعير - القانون الدستوري والنظم السياسية المقارنة الجزء الثاني - ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر الطبعة الثانية 2003.
- 15- سليمان محمد الطماوي السلطات الثلاث في الدساتير العربية المعاصرة وفي الفكر السياسي الإسلامي - مطبعة جامعة عين شمس - الطبعة الخامسة 1986
- 16-سليمان محمد الطماوي - القضاء الإداري الكتاب الأول قضاء الإلغاء - 1986 .
- 17-سليمان مرقس الوافي في شرح القانون المدني الجزء الأول المدخل للعلوم القانونية وشرح الباب التمهيدي للتقنين المدني توزيع دار الكتاب الحديث الطبعة السادسة - 1987 .
- 18- سمير تناغو - النظرية العامة للقانون - دار المعارف - الإسكندرية - 1985.
- 19-صلاح الدين أحمد حمدي دراسات في القانون الدولي العام منشورات ELGA- الطبعة الأولى 2002.
- 20- طعيمة الجرف - مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الدولة للقانون - مكتبة القاهرة الحديثة -1963.
- 21-عادل السعيد محمد أبو الخير القضاء الإداري وحدوده الطبعة 1993 .
- 22-عاطف النقيب أصول المحاكمات الجزائية دراسة مقارنة - دار المنشورات الحقوقية - لبنان- الطبعة الأولى 1993.
- 23-عبد الرزاق السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني الجزء الأول - 1986.
- 24- عبد الغني بسيوني عبد الله القضاء الإداري قضاء الإلغاء الدار الجامعية - 1993.
- 25-عبد الله بوقفة-أساليب ممارسة السلطة في النظام السياسي الجزائري دراسة مقارنة - دار هومة - الطبعة 2002.
- 26-عبد الهادي عباس - الاختصاص القضائي وإشكالاته -الفكر القضائي للنشر الطبعة الأولى1983.
- 27-عصام عفيفي عبد البصير مبدأ الشرعية الجنائية دراسة مقارنة في القانون الوضعي والفقہ الجنائي الإسلامي دار الفكر الجامعي - الإسكندرية 2004.
- 28-علي حسين نجيب-الرقابة على دستورية القوانين المحكمة الدستورية العليا- دار الفكر العربي - 1988
- 29-عمار بوضياف النظام القضائي الجزائري 1962 إلى 2002 دار ربحانة للكتاب-الطبعة الأولى2003.
- 30-عمار عوابدي القانون الإداري الجزء الثاني النشاط الإداري ديوان المطبوعات الجامعية - الجزائر - الطبعة2002

- 31-عمار عوابدي - عملية الرقابة القضائية على أعمال الإدارة العامة في النظام الجزائري - ديوان المطبوعات الجامعية - الجزائر .
- 32-عمار عوابدي قضاء التفسير في القانون الإداري دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع -الجزائر - الطبعة 2002.
- 33- فتحي فكري - مسؤولية الدولة عن أعمالها غير التعاقدية - توزيع دار الكتاب الحديث - 1995.
- 34- فوزي أو صديق - الوافي في شرح القانون الدستوري الجزائري الجزء الثاني النظرية العامة للدساتير - ديوان المطبوعات الجامعية - الجزائر - الطبعة الثانية 2003.
- 35-كمال عبد الواحد الجوهري - القصور التشريعي وسلطة القاضي الجنائي توزيع دار الكتاب الحديث - الطبعة الأولى - 1994 .
- 36-ماجد راغب الحلو القضاء الإداري - توزيع دار الفكر العربي.
- 37-محمد أحمد رأفت المبادئ العامة للقانون كمصر للمشروعية في القانون الإداري الدارالجامعية - 1992
- 38-محمد الصغير بعلي-الوجيز في المنازعات الإدارية دار العلوم للنشر والتوزيع - الطبعة 2002.
- 39-محمد عاطف البنا - مصادر القانون الإداري توزيع دار الكتاب - مصر - الطبعة الثانية 1992
- 40-محمد عبد الرحيم عنبر الضوابط العملية والقانونية للإدارة العامة في القطاع الحكومي والقطاع العام الجزء الأول والثاني الهيئة المصرية العامة للكتاب الطبعة 1973.
- 41- محمد كامل عبيد - استقلال - القضاء دراسة مقارنة - الطبعة 1991 .
- 42-محمد كامل ليلة-الرقابة على أعمال الإدارة الرقابة القضائية الكتاب الثاني - بيروت - الطبعة 1970.
- 43-معوض عبد التواب الدفوع الإدارية دار الفكر الجامعي - توزيع دار الكتاب الحديث.
- II - باللغة الفرنسية:

- 1- David Rousseau -Droit du contentieux constitutionnel - paris Montchrestien - 1993.
- 2- Francis Hamon et Michel troper - Droit constitutionnel - 28° édition – L.G.D.J.
- 3-François Terré-Introduction générale au droit -2 édition- 1994 Dalloz.
- 4-jean Picquel - Droit constitutionnel et institutions politique 19° édition- montchrestien.
- 5-Les grands Arrêts de la jurisprudence administrative paris - Sirey 4 édition 1965.
- 6-Louis favoreu -Le contrôle de constitutionnalité des actes administratif- Encyclopédie du contentieux administratifs- Dalloz – A.
- 7-P Weil et autre, les grands arrêts de la jurisprudence administrative- 12 édition, Dalloz 1999.
- 8-René chapus - Droit Administratif Général - Edition Montchrestien Paris - 1998.
- 9- Walid Laggon -La conception de control du constitutionnalité en Algérie.

10- Yelles chaouch Bachir - le contrôle constitutionnel En Algérie - Du contrôle de constitutionnel en Algérie - Du control de constitutionnalité a la créativité normative - office des pullulations universitaire - Alger.

رابعا : المقالات والأبحاث

1 - باللغة العربية:

- 1- إبراهيم إبراهيم شحاتة - وظيفة القاضي عند فحص دستورية القوانين مجلة مجلس الدولة - السنوات الثامنة والتاسعة والعاشر 1960 و 5 و 3 إلى 463.
- 2- احمد مجودة - رسالة الاجتهاد القضائي في دولة القانون المجلة القضائية - العدد رقم 01 ص 11 إلى ص 19.
- 3- بغدادي جيلالي الاجتهاد القضائي الندوة الوطنية الثانية للقضاء نادي الصنوبر أيام 23 /24/ 25 فبراير 1991 - منشورات الديوان الوطني للأشغال التربوية 1993 من 157 إلى 164.
- 4- بن هني عبد القادر القضاء والإصلاحات - الندوة الوطنية الثانية للقضاء نادي الصنوبر أيام 23/24/25 فبراير 1991 - منشورات الديوان الوطني للأشغال التربوية 1993 - ص 126 إلى 139.
- 5- بودريوة عبد الكريم ... جزاء مخالفة القرارات الإدارية لقواعد المشروعية - درجات البطان في القرارات الإدارية - مجلة مجلس الدولة العدد رقم 5.
- 6- تبون عبد المجيد المنظومة الإدارية في علاقاتها مع السلطة القضائية - الندوة الوطنية الثانية للقضاء نادي الصنوبر أيام 23/24/25 فبراير 1991 - منشورات الديوان الوطني للأشغال التربوية 1993 - ص 141 إلى 148.
- 7- جبار عبد المجيد تأملات حول قرار المجلس الدستوري الأول فيما يتعلق ببعض القضايا المرتبطة بالمعاهدات الدولية مجلة العلوم القانونية والسياسية والاقتصادية - عدد 1 /1996 - ص 141 وما بعدها.
- 8- ديندار شيخاني - الرقابة على دستورية القوانين - مركز فنديل للنشر والإعلام
WWW.GOOGLE.FR .DASIN.ORG جريدة إلكترونية عامة
- 9- شفيق إيمان - بعد حكم محكمة النقد .. الرقابة على دستورية القوانين على أين - مركز الدراسات السياسية والإستراتيجية - WWW.AHRAM.ORG .
- 10- طالب احمد - الأخطاء الشكلية والموضوعية في الأحكام القضائية المجلة القضائية - العدد 1 - 2003 - ص 18 إلى 42.
- 11- طه طيار - المجلس الدستوري الجزائري تقديم وحوصلة لتجربة قصيرة مجلة ادارة - عدد 2 /1996 - ص 35 وما بعدها.
- 12- عاطف خليل - الحياة العلمية للنظام القضائي في الولايات المتحدة الأمريكية - مجلة مجلس الدولة المصري - عن السنوات من العشرين إلى الخامسة والعشرين - مطابع مؤسسة أخبار اليوم 1975 - ص 116 وما بعدها.

- 13- عبد الحكيم فراج بك - القضاء الإداري في مصر - مجلة مجلس الدولة المصري - السنة الثانية يناير 1951 - ص 188 إلى 164.
- 14- عبد الرزاق السنهوري مخالفة التشريع الدستوري والانحراف في استعمال السلطة التشريعية - مجلة مجلس الدولة - السنة الثالثة - جانفي - 1952 - ص 1 إلى 134.
- 15- عبد السلام ذهني بك - مجلس الدولة ودستورية القوانين - مجلة مجلس الدولة - السنة الأولى - ص 79 إلى 103.
- 16- عزيزة بغدادي - مراقبة شرعية أعمال المجموعات المحلية من طرف القضاء الإداري - ملتقى قضاة الغرف الإدارية الديوان الوطني للأشغال التربوية 1992 - ص 105 إلى 110.
- 17- علاقة السلطة القضائية مع السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية والإعلام - الندوة الوطنية الثانية للقضاء نادي الصنوبر أيام 23 /24/ 25 فبراير 1991 - منشورات الديوان الوطني للأشغال التربوية 1993 - ص 71 إلى 119.
- 18- غناي رمضان عن موقف مجلس الدولة من الرقابة على القرارات التأديبية الصادرة عن المجلس الأعلى للقضاء - حالة الغلط الصارخ في التقدير - مجلة مجلس الدولة - العدد 06 - 2005 منشورات الساحل - الجزائر - ص 33 إلى 58.
- 19- الغوتي بن ملحمة ... أفكار حول الاجتهاد القضائي - المجلة القضائية - العدد الأول 2000 ص 43 إلى 65.
- 20- فتحي منصور عبد الصمد الفيتوري مدى اختصاص المحكمة العليا للرقابة الدستورية - Libyans Justice - WWW.ALMIEZAN.NET
- 21- فريدة أبركان - التعدي - ملتقى قضاة الغرف الإدارية الديوان الوطني للأشغال التربوية 1992 - ص 97 إلى 104.
- 22- لعراية احمد - تطبيق وتفسير الاتفاقيات الدولية من قبل القاضي الداخلي - مطبوعة سلمت للطلبة القضاة الدفعة 14 السنة الثانية سنة 2004/2005 في مادة علاقة القاضي الداخلي بالقانون الدولي.
- 23- محمد تقية - مبدأ المشروعية ورقابة القضاء على الأعمال الإدارية - ملتقى قضاة الغرف الإدارية الديوان الوطني للأشغال التربوية 1992 من 137 إلى 154.
- 24- محمد رأس العين - الرقابة على دستورية القوانين عن طريق الدفع الفرعي - الندوة الوطنية الثانية للقضاء نادي الصنوبر أيام 23/24/25 فبراير 1991 - منشورات الديوان الوطني للأشغال التربوية 1993 - ص 165 إلى 171.
- 25- محمد عبد السلام بك أعمال السيادة في التشريع المصري - مجلة مجلس الدولة - السنة 02 يناير 1951 ص 9 إلى 31.
- 26- محمد عبد الله العربي بك. كفالة حقوق الأفراد والحريات في الدساتير - مجلة مجلس الدولة - السنة 02 يناير 1951 ص 32.

- 27-محمدي زواوي فريدة مدى تعارض المرسوم التنفيذي 24/92 المتعلق بتغيير اللقب مع مبادئ الشريعة الإسلامية - المجلة القضائية العدد 02-2002- ص 69 إلى ص 77.
- 28-محمود سعد الدين الشريف - النظرية العامة للضبط الإداري - مجلة مجلس الدولة - السنة 11- 1962 - ص 22 إلى 175.
- 29-مصطفى كمال وصفي - النظرة الحديثة للمشروعية في القانون الإداري - مجلة مجلس الدولة المصري - من السنوات من العشرين إلى الخامسة والعشرين مطابع مؤسسة أخبار اليوم 5 197 - ص 35 وما بعدها.
- 30-مصطفى مرعي بك القرارات الإدارية ماهيتها وشروط صحتها القرارات الإدارية - مجلة مجلس الدولة المصري - السنة الثانية - يناير 1951 - ص 3 إلى 31
- 31-موسى بودهان - الفصل بين السلطات في النظام القانوني الجزائري مجلة النائب السنة الأولى 2003 - العدد 02 - مجلة فصلية يصدرها المجلس الشعبي الوطني الجزائري - ص 33 وما بعدها.
- 32-وليم سليمان قداد - مجلس الدولة تاريخية دوره في المجتمع المصري - مجلة مجلس الدولة - السنة 27 ص 119 إلى 230.

II - باللغة الفرنسية :

- 1- Djebbar - La loi et Règlement dans la constitution du 28 Novembre 1996 - Revue conseil d'états.
- 2- Albert Souque - Notion de cours; Légalité et hiérarchie de normes - Sommaire Droit administratif.
- 3- David Bailleul -Le juge administratif et la conventionalité de la loi - Vers une remise en la jurisprudence Nicol - Revue française de droit administratif - N 5, 2003 P 1876 - 1889.

خامسا: الأطروحات:

- 1- أوصيف العيد - تدهور المعيار التشريعي في الجزائر - بحث لنيل شهادة الماجستير فرع الإدارة والمالية - جامعة الجزائر 2001/2002 .
- 2- ديباش سهيلة - المجلس الدستوري ومجلس الدولة - مذكرة ماجستير - جامعة الجزائر 2001 .
- 3- عبد الباسط العيدوني - تطبيق قانون مكافحة التخريب والإرهاب في الزمان مذكرة لنيل شهادة الماجستير فرع القانون الجزائي والعلوم الجنائية جامعة الجزائر 1994/1995.



الفهرس

2 مقدمة
	الفصل الأول: ماهية مبدأ تدرج القواعد القانونية
9 المبحث الأول: مضمون مبدأ تدرج القواعد القانونية
10 المطلب الأول: تدرج القواعد القانونية المكتوبة
11 الفرع الأول: القواعد الدستورية
11 أولاً: مدلول القواعد الدستورية:
12 ثانياً: مرتبة القواعد الدستورية:
13 الفرع الثاني: القواعد التشريعية
14 أولاً مدلول القواعد التشريعية:
16 ثانياً: مرتبة القواعد التشريعية:
17 الفرع الثالث: القواعد اللائحية
17 أولاً: مدلول القواعد اللائحية:
18 ثانياً: مرتبة القواعد اللائحية:
19 المطلب الثاني: تدرج القواعد القانونية غير المكتوبة
20 الفرع الأول: مبادئ الشريعة الإسلامية
21 أولاً: مدلول مبادئ الشريعة الإسلامية:
21 ثانياً مرتبة مبادئ الشريعة الإسلامية:
25 الفرع الثاني: القواعد العرفية
25 أولاً: مدلول القواعد العرفية:
26 ثانياً: مرتبة القواعد العرفية:
27 الفرع الثالث: المبادئ العامة للقانون
27 أولاً: مدلول المبادئ العامة للقانون:

29	ثانيا: مرتبة المبادئ العامة للقانون:
32	المبحث الثاني: نتائج مبدأ تدرج القواعد القانونية
32	المطلب الأول: نتائج سمو القواعد الدستورية
33	الفرع الأول: خضوع السلطة التشريعية للقواعد الدستورية
33	أولا: الخضوع الشكلي للقواعد الدستورية :
35	ثانيا: الخضوع الموضوعي للقواعد الدستورية:
38	- الفرع الثاني: خضوع السلطة التنفيذية للقواعد الدستورية
38	أولا : خضوع السلطة التنفيذية غير المباشر للقواعد الدستورية :
40	ثانيا: خضوع السلطة التنفيذية المباشر للقواعد الدستورية :
41	الفرع الثالث: خضوع السلطة القضائية للقواعد الدستورية:
41	أولا : التزام القاضي بالخضوع للقواعد الدستورية :
43	ثانيا: مظاهر خضوع القاضي للقواعد الدستورية :
47	المطلب الثاني: نتائج تدرج القواعد القانونية الأخرى :
47	الفرع الأول: نتائج سمو القواعد الاتفاقية الدولية
47	أولا: خضوع السلطة التشريعية للقواعد الاتفاقية الدولية :
49	ثانيا: خضوع السلطة التنفيذية للقواعد الاتفاقية الدولية:
51	ثالثا: خضوع السلطة القضائية للقواعد الاتفاقية الدولية:
52	الفرع الثاني: نتائج مرتبة القواعد التشريعية واللائحية
52	أولا : نتائج المرتبة الإلزامية للقوانين العضوية
54	ثانيا: نتائج سمو القواعد التشريعية على القواعد اللائحية:
<u>الفصل الثاني: التكريس القضائي لمبدأ تدرج القواعد القانونية</u>		
58	المبحث الأول: الرقابة القضائية على سمو القواعد الدستورية:
59	المطلب الأول: تقرير الرقابة القضائية على دستورية القوانين:
60	الفرع الأول: التزام القاضي بتطبيق القانون:
63	الفرع الثاني: التزام القاضي باحترام حقوق الدفاع

- 67 الفرع الثالث: مبدأ فصل السلطات يؤكد حق القضاء في الرقابة الدستورية:.....
- 67 أولاً: رقابة القضاء لا تعد تدخلا في التشريع:.....
- 71 ثانياً اختصاص المجلس الدستوري لا يمنع الرقابة القضائية:.....
- 75 **المطلب الثاني: سلطات القاضي عند فحص دستوريه القوانين**.....
- 76 الفرع الأول: استبعاد القانون المخالف للدستور عن حكم النزاع.....
- 76 أولاً : القاضي لا يلغي القانون المخالف للدستور.....
- 77 ثانياً: إمكانية تطبيق ذات القانون في نزاعات أخرى.....
- 78 الفرع الثاني: التزام القاضي بتطبيق النص الدستوري للفصل في النزاع.....
- 78 أولاً: التطبيق المباشر للنص الدستوري:.....
- 81 ثانياً: سلطة القاضي في تفسير النص الدستوري:.....
- 83 **المبحث الثاني: الرقابة القضائية على تدرج القواعد القانونية الأخرى**.....
- 83 **المطلب الأول: الرقابة القضائية على اتفاقية القواعد التشريعية واللائحية**.....
- 84 الفرع الأول: تكريس اختصاص القضاء برقابة اتفاقية القانون.....
- 88 الفرع الثاني: سلطات القضاء في رقابة اتفاقية القانون.....
- 88 أولاً : سلطات القضاء الإداري في إطار منازعات المشروعية.....
- 89 ثانياً: سلطات القضاء الإداري في إطار منازعات المسؤولية.....
- 91 الفرع الثالث: الإشكاليات التي تثار أمام القاضي بصدد رقابة اتفاقية القانون.....
- 92 أولاً: الإشكاليات غير المتعلقة بمضمون المعاهدة.....
- 92 ثانياً: الإشكاليات المتعلقة بمضمون المعاهدة.....
- 94 **المطلب الثاني: الرقابة القضائية على مشروعية القواعد اللائحية**.....
- 95 الفرع الأول: رقابة الإلغاء.....
- 97 الفرع الثاني: الرقابة عن طريق الدفع بعدم الشرعية.....
- 99 الفرع الثالث : وسائل القاضي لتوسيع رقابة مشروعية اللوائح.....
- 100 أولاً: الرقابة القضائية بالاستناد إلى القواعد الدستورية.....
- 101 ثانياً: توسيع الرقابة القضائية بالاستناد للمبادئ العامة لقانون:.....

106	خاتمة
109	قائمة المصادر والمراجع
116	الفهرس

ملخص مذكرة الماستر

يعد مبدأ تدرج القواعد القانونية أساس دولة القانون الشكلية، ودولة القانون فكرة من ابتكار الفقهاء الألمان، في النصف الثاني من القرن التاسع عشر التي مفادها تأطير وتقيد سلطة الدولة عن طريق القانون في تدرجه من القاعدة الأعلى إلى القاعدة الأدنى. أوضح الفقيه النمساوي كلسن صاحب مبدأ تدرج القواعد القانونية كيفية ترتيب هذه القواعد فيرى أن النظام القانوني ليس مجموعة من قواعد قانونية موضوعة كلها في نفس المرتبة ولكنه بنيان يتكون من عدة طبقات منضودة يربط البعض تدرج القواعد القانونية بالفصل بين السلطات، إذ يرى هؤلاء أن تدرج القواعد القانونية ناتج عن تدرج السلطات والأجهزة في الدولة. انتقدت هذه الفكرة على أساس أن تدرج القواعد القانونية يرتكز على العلاقة العمودية بين القواعد القانونية، بينما يرتكز الفصل بين السلطات من الناحية النظرية على التنظيم الأفقي لسلطات الدولة عندما نسقط الرسم البياني أو المخطط الهرمي الذي رسمه الفقيه النمساوي كلسن على الدساتير الحالية، نجد أن التدرج غير صالح إلا بالنسبة لبعض القواعد القانونية دون البعض الآخر فالطبقات القانونية أصبحت غير متجانسة بفعل تعدد طرق سن التشريع من الناحية الشكلية وتعدد مصدره من الناحية العضوية فالنتدرج في واقع الدساتير الحالية ليس بتلك البساطة التي تصورها، كلسن فبالنسبة للدستور الجزائري أرسى الخطوط العريضة للنتدرج المؤسس على سمو الدستور بينما يتولى المجلس الدستوري في إطار اجتهاده المساهمة في تشييد البناء القانوني.

الكلمات المفتاحية:

1/ تدرج القواعد القانونية 2/ الفصل بين السلطات 3/ سمو الدستور 4/ المجلس الدستوري 5/ تدرج السلطات 6/ القانون

Abstract of Master's Thesis

The principle of the gradation of legal rules is the basis of the formal state of law, and the state of law is an idea invented by German jurists, in the second half of the nineteenth century, which implies framing and restricting state authority through law in its gradation from the higher base to the lower base. The Austrian jurist Kelsen, the owner of the principle of the gradation of legal rules, explained how to arrange these rules. He believes that the legal system is not a set of legal rules placed all in the same rank, but rather a structure consisting of several stacked layers. Some associate the gradation of legal rules with the separation of powers, as they see the inclusion of legal rules It results from the hierarchy of authorities and apparatuses in the state. This idea was criticized on the grounds that the gradation of legal rules is based on the vertical relationship between the legal rules, while the separation of powers is theoretically based on the horizontal organization of state powers. It is valid except for some legal rules and not for others. The legal classes have become heterogeneous due to the multiplicity of methods of enacting legislation in terms of formality and the multiplicity of its source in terms of membership. While the Constitutional Council, within the framework of its jurisprudence, contributes to the construction of the legal structure.

key words:

1/ The hierarchy of legal rules 2/ The separation of powers 3/ The highness of the constitution 4/ The Constitutional Council 5/ The hierarchy of powers 6/ The law.