

جامعة مولود معمري تيزي وزو

كلية الحقوق و العلوم السياسية

الحقوق الأساسية في ظل المنازعات الدستورية

(دراسة مقارنة)

أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم

تخصص: القانون

تحت إشراف الأستاذة الدكتورة:

سعيداني لوناسي ججيقة

من إعداد الطالب:

علي قاسم ربيع

أعضاء لجنة المناقشة:

د. كايس شريف، أستاذ (ة)، جامعة تيزي وزو رئيسا

د. سعيداني لوناسي ججيقة، أستاذ (ة)، جامعة تيزي وزو مشرفة ومقررة

د. عليان بوزيان، أستاذ (ة)، جامعة تيارت ممتحنا

د. نوح عبد الله، أ. محاضر (ة) " أ"، جامعة تيزي وزو ممتحنا

د. شريط وليد، أ. محاضر (ة) " أ"، جامعة البليدة ممتحنا

د. خلوفي خدوجة، أ. محاضر (ة) " أ"، جامعة البويرة ممتحنا

تاريخ المناقشة : 2 ديسمبر 2019

بسم الله الرحمن الرحيم

إهداء

إلى روح أمي رحمها الله، التي زودتني بالحنان و المحبة

إلى روح أخي سفيان رحمه الله

إلى أبي حفظه الله، الذي علمني شغف الاطلاع و المعرفة

إلى زوجتي و أبنائي

إلى أختي و إخوتي الأعزاء

إلى كل من لم يدخر جهدا في مساعدتي لإنجاز هذا البحث، ولو بكلمة طيبة.

شكر

أتوجه بجزيل الشكر و الامتنان إلى كل من ساعدني من قريب أو من بعيد على انجاز هذا البحث، و أخص بالذكر المشرفة الأستاذة الدكتورة: سعيداني لوناسي ججيقة، التي لم تبخل علينا بتوجيهاتها و إرشاداتها، و نصائحها القيمة التي كانت سندا كبيرا لنا في تثمين و إتمام هذه الدراسة، كما أتوجه بالشكر إلى الأخ الدكتور: سبتي عبد القادر من جامعة المدية على تصويبه لهذه الأطروحة.

Liste des abréviations قائمة المختصرات

Art :Article.

CC(F): Conseil Constitutionnel (Français).

C J A : Code de justice administrative.

C R D F: Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux.

Cass : Cour de Cassation française.

CE : Conseil d'État.

Cf. : confer, signifiant « reportez-vous à ».

CURAPP : Centre Universitaire de Recherches sur l'Action Publique et le Politique.

DC : Décisions constitutionnelles.

Ibid. : Source auparavant cité.

L.G.D.J: librairie générale de droit et de jurisprudence.

O .U.A: Organisation de l'Unité Africaine.

Op.cit: Référence.

P.U.F : Presses Universitaires de France.

QPC : Question prioritaire de constitutionnalité.

مقدمة:

لقد أضحت دولة القانون¹ مرجعية ثابتة لأغلب النظم السياسية التي مفادها إقامة دولة المؤسسات تخضع فيها السلطات العامة للقانون، لا سيما بعد إنتشار الديمقراطية، الأمر الذي أثر على تطور القانون الدستوري المعاصر من ناحيتين، الناحية الأولى، تتمثل في المكانة التي أصبحت تتمتع بها الحقوق الأساسية اتجاه القضاء الضامن و المفسر لتلك الحقوق، ومن الناحية الثانية، في ظهور المنازعات الدستورية كاختصاص جديد، بعد الانتقال من فكرة الدولة الشرعية القائمة على مبدأ سيادة القانون، إلى فكرة دولة القانون القائمة على مبدأ سيادة الدستور، الذي يعد من بين أحد الضمانات القانونية الوضعية لدولة القانون، الشيء الذي يترتب عنه إلزام السلطات العامة باحترام القانون الأسمى للدولة أي الدستور، والتقيّد بأحكامه باعتباره أسمى القواعد القانونية، ولما كان الدستور يحدد السلطة السياسية، فإن السلطة التشريعية عند سنّها للقوانين هي مقيدة بالأحكام الدستورية ولا يمكن مخالفتها، و إلا أعتبر عملها التشريعي غير شرعي لانتهاكه لتلك الأحكام سند نشأتها في حد ذاتها، ينطبق على أعمال السلطة التنفيذية التي أصبحت لها مجال هام و واسع في التشريع.

في هذا السياق تظهر المنازعات الدستورية، كمجموعة المنازعات الناتجة عن تطبيق القواعد الدستورية، و بالتالي فهي تدرس آليات عمل القضاء الدستوري الذي تكمن مهمته في السهر على احترام القانون للدستور، وهو عنصر أساسي في التأطير القانوني للنظم السياسية، ومن ثمّ حماية الحقوق الأساسية التي يخولها دستور دولة ما للأشخاص، و هذا بعد التحول في المفاهيم و الانتقال من مبدأ سيادة القانون إلى سيادة الدستور، و من الدستور منظم لعمل السلطات العامة فقط إلى الدستور كميثاق للحقوق الأساسية، و من

¹ - نقصد بدولة القانون في كل الأطروحة من الناحية الاصطلاحية دولة الحق و القانون، فهي الدولة التي تحترم القانون و في نفس الوقت الحقوق الأساسية.

النظام الديمقراطي القائم على الأغلبية إلى نظام الديمقراطية، كل ذلك تبلور مع بروز نظرية الحقوق الأساسية التي هي ملازمة لنظرية دولة القانون.

و عليه، يجب علينا في هذا المجال أن ننطلق من فكرة أن المنازعات الدستورية تقتصر على ربط القوانين بالنص الدستوري¹، و من ثمّ نستبعد من الدراسة الدور الذي يلعبه القضاء العادي و الإداري في حماية الحقوق الأساسية، و ما يستدعيه ذلك من أصول إجرائية أمام تلك الجهات لأن ذلك يدرس في إطار المنازعات المدنية والإدارية و يقتصر مداه على تطبيق القانون، إلا في حالة ما إذا كانت تلك الجهات القضائية - العادية أو الإدارية- مرتبطة إجرائيا بالقضاء الدستوري.

و عليه، تشمل دراستنا الإجراءات التي يجب أن تتخذ أمام القضاء الدستوري، لحماية الحق الأساسي من الناحية الشكلية، كمباشرة الطعن أو الإخطار و حجية القرارات و الأحكام التي يصدرها القاضي الدستوري، ومن ناحية الموضوع، فيما يخص كفاءات تعامل القاضي الدستوري مع الحقوق الأساسية المختلفة، من خلال التفسيرات المختلفة التي يجسدها عند أداء تفسيره للحقوق الأساسية، كل ذلك هو من صميم موضوع المنازعات الدستورية، و التي لا تشمل كذلك الصلاحيات التي تسند للقاضي الدستوري المتعلقة بالفصل في المنازعات الانتخابية، و كذا بعض الصلاحيات الخاصة بكسلطة دستورية يرجع إليها للاستشارة، أو تقرير حالة دستورية معينة كصلاحية المجلس الدستوري الجزائري أو الفرنسي في الحالات الاستثنائية، كما أنه و لضبط الدراسة سنركز على التجربة الفرنسية والجزائرية في مجال المنازعات الدستورية للحقوق الأساسية.

و على ضوء هذه المعطيات تبرز أسباب اختيار الموضوع الموسوم ب: " الحقوق الأساسية في ظل المنازعات الدستورية (دراسة مقارنة)"، في إثراء النقاش القانوني حول

¹-أمين عاطف صليبا، دور القضاء الدستوري في إرساء دولة القانون (دراسة مقارنة) ، أطروحة دكتوراه في القانون العام، الجامعة اللبنانية، كلية الحقوق، تمت مناقشتها بتاريخ 2 فيفري 2002، المؤسسة الحديثة للكتاب طرابلس، لبنان، ص.11.

موضوع جديد ألا وهو كفالة الحقوق الأساسية من خلال المنازعات الدستورية، و التي في إطارها يتم حمايتها من قبل القضاء لاسيما القضاء الدستوري، خاصة بعد التطور التاريخي الذي شهدته نظم الرقابة الدستورية و الذي مسّ كذلك المنظومة القانونية الفرنسية، التي ما فتئت فكرة الرقابة تتطور فيها بعدما كانت الثورة الفرنسية ضد فكرة الرقابة الدستورية لأسباب فلسفية وتاريخية، وتتجلى الأسباب الفلسفية في تشبع رجال الثورة بأفكار جون جاك روسو، التي تعتبر أن: " القانون هو التعبير عن الإرادة العامة"¹، تلك الإرادة يعبر عنها البرلمان الممثل و المجسد للأمة تطبيقاً لنظرية سيادة الأمة، فعمل البرلمان استناداً على ذلك المنظور محصن ولا يمكن مناقشته من أي جهة كانت، زد على ذلك تم الاستناد على مبدأ الفصل بين السلطات، على اعتبار التصدي للقانون بالإلغاء يعد تدخل للسلطة القضائية في اختصاصات السلطة التشريعية، وبالتالي نكون أمام انتهاك لمبدأ الفصل بين السلطات الذي ضمنه إعلان حقوق الإنسان و المواطن لسنة 1789، أما الأسباب التاريخية التي تزامنت مع الثورة هي ذكريات البرلمانات القضائية في عهد الملكية التي كانت تجابه كل قانون يتضمن إصلاحات ملكية ومن ثم إلغاؤه.

و في هذا السياق جاء قانون 16 و 24 أوت 1790، الذي أكد على عدم جواز تدخل المحاكم بشكل مباشر أو غير مباشر في صلاحيات السلطة التشريعية²، ورغم ذلك بحث الثوار على طريقة أخرى للرقابة على أن لا تكون قضائية، بعد اقتناعهم بفكرة إعلاء الدستور في النظام القانوني للدولة، وتلك المحاولات تم تجسيدها بموجب دستور 1799 ودستور 1852 بإسناد مهمة الرقابة على دستورية القوانين لهيئة من طبيعة سياسية وهو مجلس الشيوخ حامي الدستور و هي ترجمة لأفكار الفقيه "سايز" (Sieyès)، لكن تلك الرقابة لحقها الفشل لأن الهيئة لم تتمتع بالاستقلالية لتبعيتها المباشرة للإمبراطور، و تركت

¹ - Art. 6 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789.cf. site:www.conseil-constitutionnel.fr.

² - Art. 10 de la loi des 16 et 24 aout 1790 sur l'organisation judiciaire. Loi disponible en ligne à l'adresse électronique : [mafr.fr/fr/article/lois des 16 et 24 aout 1790 sur l'organisation judi/](http://mafr.fr/fr/article/lois%20des%2016%20et%2024%20aout%201790%20sur%20l'organisation%20judi/).

الفكرة في عهد الجمهورية الثالثة لتشبتها بفلسفة الثورة وبالخصوص فكرة القانون هو التعبير عن الإرادة العامة، وذلك تجسد من خلال ما أقره مجلس الدولة الفرنسي برفضه ممارسة الرقابة الدستورية في قراره الشهير (Arrighi) الصادر بتاريخ 6 نوفمبر 1936¹، رغم أن دستور الجمهورية الثالثة لسنة 1875 من جهة تجاهل مسألة الرقابة و لم يتطرق لها، و من جهة أخرى لم يمنع صراحة الجهات القضائية المختلفة من ممارسة الرقابة، و على ذلك الأساس ذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى القول أن القضاء مختص في ممارسة الرقابة على دستورية القوانين طالما أن الدستور سكت عليها ولم يمنعها، لكن القضاء الفرنسي لم يساير تلك الآراء الفقهية.

وقد تم العودة لفكرة الرقابة ولكن بحذر بموجب دستور الجمهورية الرابعة لسنة 1946، الذي انشأ بما يسمى باللجنة الدستورية التي كان دورها في حقيقة الأمر ليس أداء مهمة الرقابة على دستورية القوانين، بل دورها هو إيجاد حل توفيقى داخل البرلمان لحل الخلافات التي تنشأ بين غرفتي البرلمان، ورغم ذلك الدور الضئيل فإن اللجنة كانت معطلة لخضوعها للاعتبارات والأهواء السياسية، لكن يمكن القول عليها كانت سابقة استلهمت واضعي دستور الجمهورية الخامسة لسنة 1958 في إنشاء المجلس الدستوري، الذي يعد تجسيدا لقطيعة مع التقاليد الفرنسية الموروثة من الثورة، وحتى واضعي دستور 1958 تصرفوا بحذر عند إنشائهم للمجلس الدستوري، لأنهم كانوا يميلون إلى اعتبار أن هذه المؤسسة ستلعب دور الحكم بين السلطة التشريعية و التنفيذية في إطار ما يسمى بعقلنة النظام البرلماني، و ذلك بحفظ المجال التنظيمي بإرجاع البرلمان لحدوده الدستورية، استنادا إلى

¹ - Jean-Marc Sauvé, « L'examen de la constitutionnalité de la loi par le Conseil d'Etat », Journée d'étude organisée au Conseil d'Etat par le Centre de recherche en droit constitutionnel de l'université de Paris 1, Panthéon- Sorbonne , 1er avril 2011, p. 1, disponible en ligne à l'adresse électronique: <http://www.conseil-etat.fr/Actualites/Discours-Intervention> : L'examen de la constitutionnalité de la loi par le Conseil d'Etat .

التحديد الدستوري الحصري لمواضيع التشريع المنوطة للبرلمان بموجب دستور 1958، أي السهر على مراقبة التوزيع الدستوري للاختصاصات بين مجال القانون¹، و مجال التنظيم².

فكانت صلاحية الرقابة الدستورية وضمان الحقوق بمثابة دور ثانوي للمجلس لدى واضعي الدستور، أين اقتصروا حق إخطار المجلس إلا في رؤساء السلطتين التنفيذية و التشريعية³، و لكن ذلك الأمر تغير من خلال اجتهادات المجلس الذي بدأ يتبلور منذ صدور قرار سنة 1971، وتدعم بالتعديل الدستوري الفرنسي لسنة 1974، الذي فتح الباب للبرلمانيين الحق في إخطار المجلس، مما زادت وتيرة الطعون الدستورية وتمكن المجلس على ضوء اجتهاداته من فرض نفسه في النظام المؤسساتي الفرنسي أين تحول لحامي الحقوق الأساسية، وأستكمل ذلك التطور بالتعديل الدستوري لسنة 2008، بمنح المؤسس الفرنسي الحق للمتقاضين الدفع بعدم دستورية حكما تشريعا يمس بالحقوق و الحريات، التي يكفلها الدستور أثناء النظر في دعوى مقيدة أمام جهة قضائية، فأصبحت اليوم الرقابة الدستورية في النظام الدستوري الفرنسي رقابة مختلطة بالجمع بين الرقابة المجردة والرقابة المحددة، وبالتالي أصبحت الحقوق الأساسية المحور الجوهري للمنازعة الدستورية.

وعليه، كان لزاما علينا معرفة وضعية نظامنا الدستوري من كل ذلك، إذا أخذنا بعين الاعتبار و سلمنا أن مؤسسا الجزائري تأثر بالنظام الفرنسي إلى حد كبير، أين نص على

¹ - Art. 34 de la Constitution française du 4 octobre 1958, texte intégral en vigueur, cf. site: www.conseil-constitutionnel.fr.

² - Art. 37, ibid.

³ - منح دستور سنة 1958 الفرنسي عند صدوره، الحق في إخطار المجلس الدستوري للسلطات العمومية المتمثلة في رئيس الجمهورية، الوزير الأول، رئيس الجمعية الوطنية، رئيس مجلس الشيوخ حول دستورية القوانين كاختصاص ثانوي، أما نية المؤسس الفرنسي آنذاك عند إنشاء المجلس الدستوري كانت تذهب إلى إنشاء مؤسسة دستورية تعمل على حل الخلافات التي قد تقع بين السلطة التنفيذية و السلطة التشريعية طبقا للإجراءات المقررة في المادة 37 و 41 من الدستور الفرنسي، في إطار ما يسمى بعقلنة النظام البرلماني التي جاءت به الجمهورية الخامسة الفرنسية واضحة نظاما شبه رئاسي، بعدما كان نظاما برلمانيا في ظل الجمهورية الثالثة و الرابعة، و قد عبر آنذاك الوزير الأول للحكومة الفرنسية ميشال دوبري على أن: "إنشاء المجلس الدستوري هو من أجل صد الانحراف البرلماني".

إنشاء المجلس الدستوري في أول دستور بعد الاستقلال ألا وهو دستور 1963¹، لكن تم توقيف العمل بذلك الدستور بعد أيام من صدوره، وفي الواقع حتى وإن تم إنشاء تلك المؤسسة في ظل دستور 1963، فإنه لا يكون لها أي معنى في إطار نظام الحزب الواحد الذي لا يعترف بالتعددية، وتجاهل دستور 1976² فكرة الرقابة الدستورية، وظهرت المؤسسة من جديد في دستور 1989³ بعد تبني الجزائر المذهب الدستوري، بالأخذ بمبدأ الفصل بين السلطات و تكريس الحقوق والحريات ذات الطابع السياسي، و أدخلت المراجعة الدستورية لسنة 1996⁴ بعض التعديلات على المجلس، ولكن بقي أداء المجلس الدستوري الجزائري في مجال الرقابة الدستورية جد ضئيل، واقتصرت رقابته بالأساس بعد سنة 1996 على مراقبة مطابقة الأنظمة الداخلية لغرفتي البرلمان و القوانين العضوية للدستور إلزامية عرضها على المجلس الدستوري قبل إصدارها، و جاءت المراجعة الدستورية لسنة 2016⁵، التي شملت بنود دستورية أراد المؤسس من خلالها تدارك النقائص التي كانت موجودة سابقا بإعطاء دفع حقيقي للرقابة الدستورية في الجزائر، من خلال الأخذ بمطالب الأكاديميين في المجال الدستوري في الجزائر، الذين لم يتوقفوا على المطالبة بتنفيذ دور المجلس الدستوري الجزائري في النظام المؤسساتي و إخراجهم من حالة الركود بتحويله لهيئة ذات طبيعة قضائية، و من ثمّ للارتقاء بالرقابة الدستورية في الجزائر من الرقابة السياسية إلى الرقابة القضائية، و ذلك بضرورة وضع إصلاحات دستورية عميقة و جدية للمؤسسة، وشملت

1- دستور الجزائر لسنة 1963، صادر في 10 سبتمبر 1963، جريدة رسمية، عدد 64.

2 - دستور الجزائر لسنة 1976، صادر بموجب الأمر رقم 76-97 مؤرخ في 22 نوفمبر 1976، جريدة رسمية، عدد 94، مؤرخة في 24 نوفمبر 1976 المعدل و المتمم سنة 1979 و 1988.

3- دستور الجزائر لسنة 1989، صادر بموجب مرسوم رئاسي رقم 89-18 مؤرخ في 28 فيفري 1989، جريدة رسمية، عدد 9، مؤرخة في 1 مارس 1989.

4- التعديل الدستوري الجزائري لسنة 1996، صادر بموجب مرسوم رئاسي رقم 96-438 مؤرخ في 7 ديسمبر 1996، جريدة رسمية، عدد 76، مؤرخة في 8 ديسمبر 1996.

5- التعديل الدستوري الجزائري لسنة 2016، صادر بموجب القانون رقم 16-01 مؤرخ في 6 مارس 2016، جريدة رسمية، عدد 14، مؤرخة في 7 مارس 2016.

تعديلات سنة 2016 دسترة استقلالية المجلس وهو أمر له أهمية بالغة لأداء هذه المؤسسة لأعمالها بنزاهة وحياد وإبعادها من الضغوطات السياسية مهما كان نوعها، وتضمنت المراجعة إعادة النظر في تشكيلة المجلس الدستوري، و كذا التقرير لأول مرة الحق للوزير الأول، وللبرلمانيين إخطار المجلس الدستوري، وللمتقاضين الحق في الدفع في دستورية حكما تشريعيا أمام الجهات القضائية إذا كان يمس بحقوقهم وحررياتهم المضمونة في الدستور، وتتم الإحالة بواسطة إجراءات التصفية عن طريق المحكمة العليا، أو مجلس الدولة بحسب نوع النزاع القضائي، وهو الإجراء المسمى بالمسألة الدستورية الأولية التي وضعها المؤسس الفرنسي في سنة 2008.

إذا، فمن الضروري معرفة الدور الذي يلعبه المجلس الدستوري الجزائري مع هذه التعديلات الجديدة من جهة كفالة الحقوق الأساسية بالمقارنة مع النموذج الفرنسي، الذي ما هو إلا نتاج لنموذج القضاء الدستوري الأوروبي، الذي انبثق من نظرية تدرج القواعد القانونية المنتجة لمبدأ سمو الدستور، والتي بلورها الفقيه النمساوي هانز كالس (Hanz Kalsen) في كتابه "النظرية الخالصة للقانون"، بحيث يرى: " أن النظام القانوني هو ليس نظاما تكون فيه القواعد القانونية من مرتبة واحدة، بل هو بناء من عدة طوابق على بعضها البعض، فهي عبارة عن هرم أو تسلسل متكون من عدد محدد من الطوابق، بحيث يشغل كل طابق قاعدة قانونية"¹، أي أن القاعدة لا تكون لها قيمة قانونية، ولا تأخذ تلك الصفة إلا إذا كانت في علاقة مع قاعدة أخرى، التي هي بدورها تكون في علاقة مع قاعدة أسمى منها وهكذا... الخ، ويرى كلسن: "أن كل درجة في الهرم القانوني تمثل مجموعة من القواعد المنتجة لحقوق بالنظر للدرجة الأسفل منها"²، ويذهب كلسن في تحليله المنطقي إلى: " أن النظام القانوني يشكل وحدة واحدة، وذلك من خلال الترابط بين عناصره الناتجة عن اكتساب

¹ - Hanz KALSEN, La théorie pure du droit, traduction de Charles EISENMANN, 2^e édition, Dalloz, Paris, 1962, p. 299.

² - Dominique ROUSSEAU, Droit du contentieux constitutionnel, 7^e édition, Montchrestien, Paris, 2006, p.16.

القاعدة للشرعية من القاعدة الأسمى منها، وهذه الأخيرة هي تكتسب شرعية من قاعدة أسمى منها، إلى أن نصل للقاعدة الأساسية¹، أي الدستور، الذي يسمو من الناحية الشكلية والموضوعية² في النظام القانوني.

فالحقوق الأساسية مرتبطة بمسألة الدسترة، وهي نتاج لتطور فكرة الحقوق والحريات و للعلاقة بين الأفراد و الدولة، و ذلك بإعادة هيكلة مكانة الحقوق في المجتمع، ذلك التطور ظهرت معالمه بالهيمنة التدريجية لفكرة دولة القانون، وأخذت تلك الفكرة في الوقت المعاصر مفهوما إيديولوجيا، مما جعل من مسألة حماية الحريات هدفا أساسيا للنظام القانوني، و شعاعا لشرعية أعمال الدولة، تجلّى ذلك من خلال قيام نظرية دولة القانون على تنظيم سياسي هو الآخر قائم على مبدئين أساسيين، الأول، أنّ دولة القانون أساسها مبدأ تدرج القواعد القانونية الذي وضعه الفقيه هانز كلسن (Hanz Kalsen)، والذي يشكل فيه الدستور القاعدة الأسمى، و الثاني يتجلّى في أنه من الناحية الأساسية أنّ دولة القانون تقوم على الحقوق الأساسية³، التي يجب أن يتم دسترتها لأنها في دولة القانون تكتسب الطبيعة الدستورية، وهنا يظهر لنا الفرق بين الحقوق الأساسية، والحريات العامة هذه الأخيرة تستمد من قواعد أدنى موضوعية من قبل البرلمان. في حين الحقوق الأساسية هي عبارة عن حقوق للأشخاص في مواجهة السلطة، تستمد من إرادة السلطة التأسيسية واضحة الدستور.

فكانت لأفكار هانز كلسن (Hanz Kalsen) أثرا بالغا في إنشاء أول محكمة دستورية في أوروبا سنة 1920 سميت " المحكمة العليا الدستورية "⁴، وكان هذا الفقيه أحد المساهمين

¹ - Hanz KALSEN, op.cit, p.299.

² - ليلي بن حمودة ، الديمقراطية و دولة القانون، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2014، ص.104.

³ - Céline COUDERT, Réflexions sur le concept de fondamentalité en droit public français, Thèse pour le doctorat en droit, soutenue à Bayonne, le 23 juin 2011, Faculté de droit et de science politique de Clermont-Ferrand, p.8.

⁴ - بعد الحرب العالمية الأولى أي 1918 تحولت النمسا إلى جمهورية فيدرالية، و أسندت مهمة تحديد مصير محكمة الإمبراطورية التي كانت في عهد الملكية، و التي كانت لها صلاحية مراقبة القوانين و التنظيمات بموجب دستور 1867

في تحرير دستور 1920 النمساوي، وفي الحقيقة ذلك النموذج كان له أثر على جل النظم الدستورية الأوروبية، خاصة بعد الحرب العالمية الثانية بما فيها المنظومة الفرنسية بإنشائها للمجلس الدستوري، الذي لا يخرج عن دائرة الحراك الذي شهدته الدول الأوروبية بعد سنة 1945، والذي يصب في وضع الآليات والميكانيزمات اللازمة لضمان سيادة الدستور، بحيث يسند الرقابة لمؤسسة واحدة في الدولة تفصل في المنازعات الدستورية، أين يكون تحريك الدعوى من قبل الأشخاص والهيئات أصحاب الصفة وهي رقابة مركزية، تفصل المحكمة الدستورية فيها بحكم نهائي و قطعي حائز لقوة الشيء المقضي فيه، ولا يمكن الطعن فيه بأي شكل من أشكال الطعن، و هو ملزم على جميع السلطات التنفيذية، التشريعية، و القضائية، أي أن القانون الذي يتقرر عدم دستوريته لمساسه بالحقوق الأساسية المكفولة دستوريا يصبح معدوم و كأنه لم يكن، وبالتالي فحجية الأحكام الصادرة عن المحاكم الدستورية الكلسينية هي مطلقة، وهو بالتالي يختلف على النموذج الأمريكي الذي يوكل مهمة الرقابة لكل الجهات القضائية، على جميع مستوياتها و بدون استثناء عن طريق الدفع الفرعي، و هي رقابة غير مركزية، مما قد يؤدي إلى تضارب الأحكام الخاصة بدستورية القوانين، على اعتبار أن تلك الأحكام لها حجية نسبية على موضوع الدعوى و أطرافها فقط.

و عليه، نهدف من خلال بحثنا إلى الوقوف على التطور التاريخي الدستوري المعاصر، والمرجعيات الفقهية التي أسست عليها المحاكم الدستورية المركزية، وهو النموذج الأوربي، الذي استلهم منه المؤسس الجزائري إنشاء المجلس الدستوري، وتهدف دراستنا إلى تبين عملية الانتقال نحو تجسيد نظرية الحقوق الأساسية واقعيًا، بواسطة المنازعة الدستورية التي هي نتاج تطبيق القاعدة الدستورية من قبل القضاء، والتي تجد مصدرها في النظرية

لمستشار الاتحاد كارل رونر، هذا الأخير تقدم بطلب استشارة للفقير هانز كالسن الذي قدم مشروع المحكمة الدستورية النمساوية، و تم تبني إقتراحاته بإنشاء المحكمة الدستورية سنة 1920.

Voir : Joseph PINI, « La Cour constitutionnelle autrichienne et les rapports entre juge constitutionnel et pouvoir constituant », Cahiers du Conseil constitutionnel n° 7 (Dossier : Autriche), décembre 1999, cf. site : www.conseil-constitutionnel.fr.

الكلسينية القائمة على مبدأ سمو القاعدة الأساسية، أي على مبدأ سيادة الدستور الممثل للشرعية الفوقية التي تحكم جميع نشاطات الدولة، هذا ما يجعل الموضوع جدير بالبحث في إطار دراسة متخصصة.

و تبرز أهمية الموضوع في دراسة المنازعات الدستورية من ناحية ضمان و كفالة الحقوق الأساسية، من خلال تبين معالم نظرية الحقوق الأساسية، والتركيز على اجتهادات القاضي الدستوري، من خلال تحديد الآليات والمنهجية التي يتبعها بوجه خاص المجلس الدستوري الفرنسي، والجزائري في عملية الرقابة، بناء على التفسير المزدوج الذي يقوم به أي تفسير للنصوص الدستورية الضامنة للحقوق الأساسية، وتفسير القانون محل الطعن بعدم دستوريته، ومن ثمّ التوصل للنتائج المختلفة في عملية الرقابة التي يحددها القاضي الدستوري بناء على تسببيه لقراراته، والتي تحمل في طياتها الكثير من المبادئ الدستورية الضامنة للحقوق الأساسية، وكذا الكثير من القواعد الجديدة المنشأة للحقوق الأساسية من قبل القاضي الدستوري، والذي أصبح اليوم يلعب دور هام في تقرير حقوقاً أساسية جديدة، لم ينص عليها الدستور صراحة، بل استلهمها القاضي الدستوري على ضوء عملية تفسير الدستور، الذي يفرض عليه الأمر في الكثير من الحالات إلى البحث على الحلول الهادفة إلى ضمان الحقوق الأساسية.

و بناء على ما سبق، فإن إشكالية الدراسة تتمحور حول : ما مدى نجاعة الآليات المعمول بها لحماية الحقوق الأساسية في إطار المنازعات الدستورية، على ضوء المعايير الفقهية و اجتهادات القضاء الدستوري ؟

و من أجل الإجابة على الإشكالية المطروحة، قمنا بدراسة تحليلية مقارنة، سنعتمد على منهج تحليلي يقوم على أساس تحليل النصوص الدستورية، القانونية، والآراء الفقهية،

ومناقشتها واستخراج الأحكام المناسبة منها، فضلا عن تعزيز المواقف التشريعية، والفقهية بقرارات فاصلة في المنازعات الدستورية ذات صلة وثيقة بالموضوع.

كما سنعتمد في دراستنا على المنهج المقارن، إذ سنقارن بين النظام الجزائري و النظام الفرنسي وبعض النظم الأجنبية، كما سنتطرق إلى موقف القضاء الدستوري في كل من هذه الدول كلما أمكننا ذلك.

و عليه، فقد قسمنا دراستنا لموضوع الحقوق الأساسية في ظل المنازعات الدستورية إلى بابين:

نتناول في **الباب الأول**: أنّ الحقوق الأساسية في ظل المنازعات الدستورية، ما هي إلا لب نظرية دولة القانون، و من ثمّ تشكل: **"الحقوق الأساسية نواة صلبة للدستور"**، ينبغي تجسيدها واقعيًا، من خلال نشر الشعور لدى الشخص القانوني بمعنى الشخص الطبيعي و المعنوي، بأنه يتمتع بحقوق أساسية تسمو في النظام القانوني.

ثم يأتي **الباب الثاني**: للتطرق إلى: **"تأسيس القضاء الدستوري للحقوق الأساسية: بين القصور وإرساء دولة القانون"**، في محاولة إقامة قضاء دستوري فعال يلجأ له الشخص القانوني لحماية حقوقه الأساسية.

ثم نخلص في الأخير إلى خاتمة نضمنها أهم النتائج والاقتراحات التي توصلنا إليها.

الباب الأول

الحقوق الأساسية نواة صلبة

للدستور

إن فكرة الحقوق الأساسية تجد أصلها الفلسفي في فكرة حقوق الإنسان، التي تمتد جذورها من نظرية القانون الطبيعي، فكفاح الشعوب ضد الاستبداد، و الظلم، و التسلط، كان الهدف منه وضع الحدود اللازمة على السلطات العامة لمنعها من المساس بحقوق الإنسان، و لذلك كان النقاش الفقهي يدور دائما حول الآليات التي يجب أن توضع لتجنب تعسف السلطات العامة بحقوق الإنسان.

ولعل من أهم الأحداث التاريخية في العصر الحديث، التي حاولت أن تترجم الأفكار الفلسفية الهادفة لتقييد سلطة الحكام، إلى قواعد تحكم العلاقة بين الحكام و المحكومين، و بين الأفراد و المؤسسات الحاكمة الممارسة للسلطة، هي البعد الفلسفي لفكرة القضاء على دمج شخصية الحاكم في الدولة، التي كانت الدافع للانتقال لفكرة دولة المؤسسات التي تقوم على مبدأ المساواة كضابط للحقوق و الحريات.

و لعبت الثورة الأمريكية، التي تجسدت من خلال دستور 1787¹ دورا فاعلا في إبراز دولة المؤسسات من خلال شكل السلطات و حقوق و حريات الأمريكيين²، و قد تأثر رجال الثورة الفرنسية بالدستور الأمريكي، عند وضعهم لإعلان حقوق الإنسان و المواطن لسنة 1789، مؤسسين بذلك الحركة الدستورية الحديثة، فالإعلان أقرّ للمواطنين حقوقا في مواجهة السلطة العامة بتحديد العلاقة القانونية التي تربط الشخص بالدولة، ألا و هي المواطنة، وجاء يخاطب بالدرجة الأولى الإنسان لأن الحقوق التي تضمنها هي حقوق طبيعية و فطرية لصيقة بالطبيعة البشرية، و لا يمكن أن تتفصل عليها للأبد، و قد ترجمت

¹ - La Constitution des États-Unis d'Amérique, 17 septembre 1787, disponible en ligne à l'adresse : <http://mjp.univ-perp.fr/constit/us1787.htm>.

² - La Constitution des États-Unis d'Amérique suivie de notes explicatives, texte adapté de THE WORLD BOOK ENCYCLOPEDIA, 2004, p.3, disponible en ligne à l'adresse: <https://fr.usembassy.gov>.

المادة 16 منه الإطار العملي الذي يجب أن يتخذه المجتمع لوضع الدستور، و هو مبدأ الفصل بين السلطات، و ضمان الحقوق و الحريات و بدون ذلك فلا وجود للدستور أصلاً¹.

فذلك النص جاء بعد تقرير الحقوق المدنية و السياسية و هي حقوق الجيل الأول في القرن الثامن عشر، لكن في الحقيقة النص لم يفعل في الواقع طالما أن المنظومة الفرنسية اتخذت موقف مضاد لفكرة الرقابة على دستورية القوانين، محتجة بفكرة سيادة القانون المنبثقة من فكرة " القانون هو التعبير عن الإرادة العامة"²، و لم تبقى المنظومة الحقوقية ساكنة بل تطورت بالموازاة مع الحراك السياسي بظهور الأفكار الاشتراكية التي دخلت في صراع أيديولوجي و فقهي مع المذهب الفردي الليبرالي، فانقل ذلك التطور إلى ظهور حقوق الجيل الثاني، و هي الحقوق الاجتماعية و الاقتصادية و الثقافية، و يمكن القول أن دسترة تلك الحقوق بشكل حديث و دقيق كان بموجب دستور فايمار الألماني لسنة 1919³، و في فرنسا بديباجة دستور 1946⁴ و استكمل ذلك التطور بظهور حقوق الجيل الثالث.

¹ - Art.16 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789.

²-Art. 6 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789.

³ - Constitution Allemande de Weimar du 11 août 1919, disponible en ligne à l'adresse: <http://mjp.univ-perp.fr/constit/de1919.htm>.

لقد تم سن دستور 1919 الألماني بعد الحرب العالمية الأولى المسمى بدستور فايمار (Weimar) ، أقام ذلك الدستور نظاماً ديمقراطياً يكرس قطيعة مع النظام الشمولي الذي ساد ألمانيا في حقبة الإمبراطورية (l'empire bismarckien et wilhelmien)، و قد انشأ ذلك الدستور ديمقراطية برلمانية، و كذا نظاماً شبه رئاسي باعتبار رئيس الدولة ينتخب مباشرة من قبل الشعب، كما جسد الدستور نظاماً فيدرالي مع إعطاء صلاحيات أوسع للحكومة المركزية، ذلك الدستور تم وقف العمل به بعد وصول النازيين للسلطة سنة 1933، و لكن في الواقع لم يتم إلغاء ذلك الدستور رسمياً، و قد أصبح ذلك الدستور باطلاً بسقوط ألمانيا " النازية" بتاريخ 8 ماي 1945، رغم ذلك هناك بعض النصوص من دستور فايمار تشكل جزءاً من الدستور الألماني الحالي " القانون الأساسي لسنة 1949 " .

Constitution de Weimar, disponible en ligne à l'adresse : https://fr.wikipedia.org/wiki/Constitution_de_Weimar.

⁴ - Préambule de la Constitution Française du 27 octobre 1946. cf. site : www.conseil-constitutionnel.fr.

و إن كان منذ عهد الثورة الفرنسية و ما بعدها تم اعتبار بعض الحقوق بأنها أساسية، فإن تفعيل النصوص المقررة للحقوق و الحريات، و اعتبارها بالأساسية لم يتجسد في النظم القانونية إلا بعد ظهور نظرية دولة القانون، التي تعالج فكرة الحقوق من زاوية أخرى، أين ينصب كل اهتمامها على ضمان و حماية تلك الحقوق من جهة، وتنميتها من جهة أخرى، على اعتبار أنها حقوقا تسمو في النظام القانوني و لها قيمة دستورية.

و عليه، فإن الحقوق الأساسية هي مجموعة من الحقوق التي تعتبر ضرورية للكرامة الإنسانية، باعتبارها منبثقة من قيم تشترك فيها البشرية جمعاء، تلك الحقوق إما يكون لها طابع شخصي لصيق بالإنسان، و إما أن يكون لها طابع جماعي لصيق بالجماعة أي المجتمع، و إما أن يكون لها طابع عالمي لصيق بالإنسانية جمعاء بعد ظهور حقوق جديدة و حديثة، كحماية البيئة، و تحقيق التنمية المستدامة، و على ذلك الأساس تعتبر الحقوق الأساسية ذات قيمة دستورية تقع في قمة الهرم القانوني للدولة، و يقع التزام على هذه الأخيرة باتخاذ كل التدابير الدستورية، و القانونية، لضمان و حماية هذه الحقوق الأساسية، و هي بالتالي تشكل نواة صلبة للدستور باعتبارها اليوم أصبحت الجانب المهم من الدستور، بعدما حقق التطور الدستوري نقلة نوعية في الإطار المفاهيمي للدستور، من دستور ناظم للسلطات، إلى دستور الحقوق الأساسية، ذلك ما نلمسه من خلال الحقوق الأساسية موضوع للمنازعات الدستورية (الفصل الأول)، والقيمة الدستورية للحقوق الأساسية (الفصل الثاني).

الفصل الأول:

الحقوق الأساسية موضوع المنازعات الدستورية

تعالج الدساتير نوعين من القواعد، قواعد تتعلق بتنظيم عمل السلطات، وقواعد تتعلق بالحقوق الأساسية، هذه الأخيرة تطورت أهميتها مع تطور الرقابة الدستورية، ولذلك يجب دراسة الاجتهاد الدستوري الخاص بالحقوق الأساسية الذي يعد عنصر مهم في القانون الدستوري، و كذا في المنازعات الدستورية بالتحديد، حيث أصبحت تحتل الحقوق الأساسية الدستورية¹ مرتبة متفوقة في القانون الدستوري المعاصر، أين يمكن اعتبار النظام القانوني في مجمله مبني على أساس الحقوق الأساسية، التي في الحقيقة لها مفهوم غير مضبوط يتسع تارة و يضيق تارة أخرى²، و لذلك نحاول في هذا الفصل إعطاء بعض العناصر التي تساعدنا على معرفة نظرية الحقوق الأساسية، فسندرس نظرية المنازعات الدستورية و الحقوق الأساسية في الفقه القانوني (المبحث الأول)، و الحقوق الأساسية في النظام القانوني للدولة بين التوسيع و التضييق (المبحث الثاني).

¹ - ظهرت نظرية الحقوق الأساسية بعد الحرب العالمية الثانية كأحد الأعمدة التي تقوم عليها دولة القانون، و التي أضفت على تلك الحقوق الحماية الدستورية بتقرير مبدأ الرقابة على دستورية القوانين، خاصة بعد استكمال ذلك البناء على المستوى الدولي و الإقليمي بالاتفاقيات الدولية، و المعاهدات الهادفة لتقرير حقوق الإنسان، و ضمانها، و حمايتها على المستوى الداخلي، كالإعلان الدولي لحقوق الإنسان لسنة 1948، الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان و الشعوب، و قد توج تبني نظرية الحقوق الأساسية على المستوى الداخلي للدول الأوروبية، بإصدار الاتحاد الأوربي، ميثاق الحقوق الأساسية للاتحاد الأوروبي لسنة 2000... الخ.

² - Phillipe ARDANT, Bertrand MATHIEU, Institutions politiques et droit constitutionnel, 20^e édition, L.G.D.J, Paris, 2008, p. 131.

المبحث الأول: نظرية المنازعات الدستورية و الحقوق الأساسية في الفقه القانوني

ترتبط نظرية المنازعات الدستورية بنظرية الحقوق الأساسية¹، باعتبار أن هذه الأخيرة تعد أحد المواضيع الجوهرية للمنازعات الدستورية، و لكن كلا النظريتين ظهرتتا مع الحركة الدستورية الحديثة، باعتبار أساسها هي الدستور المبني على فكري الفصل بين السلطات، و ضمان الحقوق، و لم تتجسد الفكرتين في الفقه القانوني إلا بعد انتشار آلية الرقابة على دستورية القوانين في النصف الثاني من القرن العشرين²، التي تولدت عنها المنازعات الدستورية، و هي تخصص أكاديمي و قضائي حديث، مثلها مثل الحقوق الأساسية، و عليه يجب علينا في بادئ الأمر تحديد الإطار المفاهيمي للمنازعات الدستورية، و الحقوق الأساسية، لحدثة المنازعات الدستورية (المطلب الأول)، و نحو إيجاد تعريف للحقوق الأساسية (المطلب الثاني)، و حداثة الحقوق الأساسية (المطلب الثالث).

المطلب الأول: حداثة المنازعات الدستورية

تعالج المنازعات الدستورية آليات عمل القضاء الدستوري، وهي اختصاص حديث لم يظهر إلا مع ظهور فكرة دولة القانون المرتبطة أساسا بفكرة تدرج القواعد القانونية التي انتشرت بصفة تدريجية، و كانت البداية بظهور القضاء الدستوري في الولايات المتحدة

¹ - إن الحقوق الأساسية لها ميزتين التاليتين، فمن الناحية الشكلية: هذه الحقوق مصدرها قاعدة أسمى و هي الدستور أو قواعد القانون الدولي خاصة بالنسبة للنظم التي تجعل من المعاهدات بمرتبة الدستور، فارتباط فكرة الحقوق الأساسية بقاعدة من درجة أسمى يفيد أن هذه الحقوق تتمتع بالحماية الكاملة، لاسيما في مواجهة السلطات العامة، و من الناحية الموضوعية: القول بأن الحقوق هي " أساسية " لأنها تعد الضابط لخاصية منشأة لتلك الحقوق، و لكن لم تتبلور فكرة الحقوق الأساسية إلا مع التطور الذي شهدته فكرة الرقابة على دستورية القوانين، في الولايات المتحدة الأمريكية، ثم انتقلت الفكرة لأوروبا و كانت بداية تكريسها بعد الحرب العالمية الأولى في النمسا، متأثرة بكتابات هانز كاسن و فكرة دولة القانون، أنظر في هذا الشأن:

David CAPITANT, Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne, L.G.D.J, Paris, 2001, p.105.

² - محمد أتركين، الدستور و الدستورية، من دساتير فصل السلط إلى دساتير صك الحقوق، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، 2007، ص.79.

الأمريكية، و كان للفكرة رواجاً في الدول الأوروبية في النصف الثاني من القرن العشرين مع التجسيد الدستوري الفعلي لفكرة الرقابة على دستورية القوانين، ثم انتقلت الفكرة لبقية دول العالم، و عليه لحدثة المصطلح نحاول في هذا المطلب، محاولة لإعطاء تعريف للمنازعات الدستورية (الفرع الأول)، و معالجة الإشكالات التي يطرحها المصطلح من خلال إشكالات المنازعات الدستورية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: محاولة لإعطاء تعريف للمنازعات الدستورية

إن كان من الصعب إعطاء تعريف جامع للمنازعات الدستورية لحدثة الموضوع ولاختلاف تلك المنازعات بحسب نظم الرقابة الدستورية المعتمدة من دولة لدولة أخرى، فإننا سنحلل التعاريف الفقهية الفقهية لهذا الاختصاص الجديد في العلوم القانونية و نذكر منها، تعريف الفقيه الفرنسي "لوي فافورو" (Louis Favoreu) (أولاً)، تعريف "قيوم دراكو" (Guillaume Drago) (ثانياً)، تعريف "دومنيك توربين" (Dominique Turpin) (ثالثاً)، و في الأخير محاولتنا لتعريف المنازعات الدستورية (رابعاً).

أولاً- تعريف الفقيه الفرنسي "لوي فافورو" (Louis Favoreu): الذي اقتصر على وضع تعريفاً للنموذج الأوربي للمنازعات الدستورية على أن: " المنازعات الدستورية هي التي تتميزها على المنازعات العادية، و هي اختصاص محتكر من قبل محكمة منشأة بغرض الفصل فقط في المنازعات الدستورية، الذي يمكن له أن يفصل بدون أن يكون هناك نزاع حقيقي، و يكون ذلك بناء على إخطار مباشر من السلطات السياسية أو القضائية، و حتى من قبل الأفراد، حيث يكون الفصل بقرار له قوة الشيء المقضي فيه " ¹، من خلال هذا التعريف يمكن الوقوف عند بعض الملاحظات و هي:

¹ - Guillaume DRAGO , Contentieux constitutionnel français , 3^e édition, P.U.F, Paris, 2011, p.46.

أ- يتضح جليا أن الفقيه الفرنسي لوي فافورو (Louis Favoreu) يركز على الخصائص التي تحكم النموذج الأوربي للرقابة الدستورية، على أنها لها ذاتية خاصة مستقلة على المنازعات الأخرى، موضوعها الوحيد هو الفصل في مسألة مدى توافق القانون مع الدستور، حيث نجد ذلك الاختصاص في جهة واحدة في الدولة تكمن في مؤسسة على المستوى الوطني تحتكر لوحدها صلاحية النظر في الدعوى الدستورية، و تأخذ تلك المؤسسة عدة تسميات باختلاف البلدان الأوربية محكمة دستورية (ألمانيا، إيطاليا ...)، مجلس دستوري (فرنسا)، إذ يكون للسلطات السياسية و للأفراد الأهلية في الطعن في دستورية أعمال السلطة التشريعية، و كذا التنفيذية في بعض النظم، و ذلك في حالة ما إذا لم تحترم تلك السلطات الدستور، و يكون الفصل في النزاع بتقرير دستورية العمل أو عدم دستوريته بموجب حكم قطعي و حاسم لا يمكن الطعن فيه بأي شكل من الأشكال، ذلك الحكم له حجية مطلقة على جميع السلطات.

ب - الملاحظ أن ذلك التعريف غير شامل، باعتبار أنه لا يضم المنازعات الدستورية التي قد تمارسها كل المحاكم عن طريق الدفع الفرعي، و هو النموذج الأمريكي للرقابة الدستورية أين تكون أحكام تلك المحاكم الفاصلة في المسألة الدستورية أحكاما ذات حجية نسبية تقتصر فقط على أطراف الدعوى و موضوع النزاع المطروح على المحكمة.

ثانيا- تعريف "قيوم دراغو" (Guillaume Drago): الذي عرفها على النحو التالي: "مصطلح المنازعات الدستورية نقصد به مجموع الخصومات التي تتعلق بمنازعة دستورية الأعمال المحكومة و الخاضعة للدستور، و تدرس كذلك مجموع الإجراءات والتقنيات التي تهدف لحل تلك النزاعات"¹، و من خلال هذا التعريف يمكن الوقوف عند بعض الملاحظات و هي:

¹ - Bertrand MATHIEU, Michel VERPEAUX , Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux , L.G.D.J , Paris, 2002, p.8 .

أ - الفقيه "قيوم دراكو" (Guillaume Drago) يمنح للمنازعات الدستورية مفهومها واسعا و لا يركز على نموذج واحد بل يمكن القول أنه يشمل النموذج الأمريكي و النموذج الأوربي (الكلسيني)، فالأول: يستمد مبدأ الرقابة من سمو الدستور و بدون النص عليه فيه، ويقوم على عدم مركزية الرقابة إذ لكل المحاكم صلاحية النظر في المنازعة الدستورية، والفصل فيها بمناسبة النظر في نزاع قضائي، أما الثاني: فهو يركز الرقابة في جهة واحدة في الدولة يحددها الدستور مسبقا، مختصة في الفصل في دستورية القوانين.

ب - كما أن تعريف الفقيه "قيوم دراكو" (Guillaume Drago)، يخضع جميع الأعمال الأدنى من الدستور للرقابة، و من ثمّ فهو يخضع أعمال السلطة التشريعية، و كذا أعمال الإدارة المتمثلة في القرارات الإدارية التنظيمية، و الفردية للرقابة الدستورية، كما انه يشير في التعريف إلى إجراءات و تقنيات الرقابة، و من ثمّ يمكن أن تكون متعددة و لا تقتصر على الجهة القضائية المكلفة بمراقبة دستورية القوانين، فتشمل كذلك على سبيل المثال إجراءات الرقابة عن طريق الدفع الفرعي أمام المحاكم المختلفة و شروط قبولها و سيرها.

ج - التعريف الواسع للمنازعات الدستورية الذي جاء به الفقيه "قيوم دراكو" (Guillaume Drago)، يشمل جميع المؤسسات المنشأة بصفة مباشرة، أو غير مباشرة بموجب الدستور، و كل الإجراءات حتى تلك التي لا تعد قضائية، و التي تهدف لحل كل النزاعات الدستورية التي تثار بمناسبة أداء المؤسسات الدستورية لنشاطها، فينتج عنه تشابه بين المنازعات الدستورية والقانون الدستوري، ومن ثمّ يشمل ذلك المفهوم جميع المنازعات كالمسؤولية الجنائية والسياسية لرئيس الجمهورية، وأعضاء الحكومة، و تلك المنازعات التي تثار بين المؤسسات الدستورية المختلفة، كحل الغرفة السفلى للبرلمان، وحل نزاع بين السلطة التشريعية و السلطة التنفيذية¹.

¹ - Bertrand MATHIEU , Michel VERPEAUX , op.cit, p.9.

ثالثا - تعريف "دومنيك توربين" (Dominique Turpin): حيث يعرف المنازعات الدستورية على أنها: "دراسة لقرارات القضاء الدستوري"¹، من خلال هذا التعريف يمكن استخلاص الملاحظات التي نوجزها فيما يلي:

أ - يمكن القول أن الفقيه (Dominique Turpin)، لا يقتصر دراسة المنازعات الدستورية على "القرارات" فقط، بل يتعداها إلى كل القواعد التي تؤدي لصدور تلك القرارات التي لا يمكن فصلها على المنازعات الدستورية، كما هو الحال بالنسبة لأي فرع من فروع المنازعات².

ب - يجب البحث في النظام الدستوري على الجهة التي لها صلاحية الفصل في المنازعات الدستورية، بموجب قرارات تتخذها في هذا الشأن، فهل على سبيل المثال المجلس الدستوري الجزائري لوحده له صلاحية الفصل في المنازعة الدستورية ؟

بالعودة لنصوص الدستور نجده ينص على إنشاء المجلس الدستوري على أنه: "هيئة مستقلة تكلف بالسير على احترام الدستور" طبقا للمادة 182، فهو يفصل في نزاعات من طبيعة دستورية تتمثل في الدور الذي يلعبه كقاضي انتخابي و هو موضوع لا نتطرق له بالدراسة في بحثنا، و كذا صلاحيته بالنظر في دستورية المعاهدات و القوانين والتنظيمات تطبيقا للمواد 186 و 187، و الفصل في المسألة الأولية الدستورية طبقا للمادة 188، فيمكن الجزم بأن تلك النصوص حددت المجلس الدستوري كمؤسسة تفصل في المنازعات الدستورية دون غيرها من المؤسسات.

¹ - Bertrand MATHIEU , Michel VERPEAUX , op.cit , p.10.

² - Ibid, pp.10-11.

و لكن من جهة أخرى نجد المادة 84 تنص على أن رئيس الجمهورية " هو حامي الدستور"¹، فذلك النص يوحي بأن تقدير مدى تطابق أعمال السلطات العامة مع الدستور قد يتولاه كذلك رئيس الجمهورية بجانب المجلس الدستوري².

و لكن عمليا رقابة تطابق العمل التشريعي و التنفيذ مع الدستور من قبل رئيس الجمهورية له حدود دستورية لا يمكن تجاوزها³، فحقيقة رئيس الجمهورية في الدستور الجزائري له صلاحية تقدير دستورية تلك الأعمال شرط أن لا تكون تخضع لرقابة المجلس الدستوري، أي لا تتعلق بالمعاهدات، و القوانين و التنظيمات، كما يمكن لرئيس الجمهورية أن يمارس مهمة حماية الدستور كامتناعه عن اصدار قانون يرى انه غير دستوري⁴ و يطلب اجراء مداولة ثانية في قانون تم التصويت عليه في غضون ثلاثين يوما الموالية لتاريخ اقراره⁵، و من ثمّ مهمة رئيس الجمهورية في حماية الدستور هي من طبيعة سياسية، في حين الرقابة التي يمارسها القاضي الدستوري هي من طبيعة قانونية.

ج - الملاحظ أنه لا يوجد ما يمنع الجهات القضائية المختلفة تطبيق أحكام الدستور، و هي من مواضيع المنازعات الدستورية، لكن لا نتطرق لها بالدراسة في بحثنا هذا، ونلمس قلة في تطبيق الدستور على المنازعات العادية، و يرجع ذلك لسببين رئيسيين:

1- السبب الأول، يتمثل في ضعف الصلة المباشرة بين النزاعات العادية والدستور، لأن هذا الأخير هو نص ذو طابع سياسي يصعب استعمال أحكامه في النزاعات العادية المطروحة على القضاء، خاصة أن الدستور يضع مبادئ عامة تتعلق بتنظيم السلطات و علاقاتها ببعضها البعض، و يحدد الحقوق الأساسية المضمونة للأفراد في صلب الدستور،

¹ - المادة 186 من التعديل الدستوري الجزائري لسنة 2016.

² - مهمة حماية الدستور المسندة لرئيس الجمهورية، نص عليها الدستور الفرنسي لسنة 1958 المعدل و المتمم بموجب المادة 5 منه.

³ - نفس الأمر ينطبق على النظام الفرنسي بخصوص صلاحية رئيس الجمهورية الخاصة بحماية الدستور.

⁴ - Philippe ARDANT , Bertrand MATHIEU, op .cit, p.458.

⁵ - المادة 145 من التعديل الدستوري الجزائري لسنة 2016.

أو في وثائق أخرى لها القيمة الدستورية أما التفصيلات فهي متروكة للمشرع ينظمها بالنصوص القانونية المختلفة، و من ثم يصعب التمسك بتطبيق النص الدستوري على نزاع عادي مطروح على العدالة، و عليه نجد الجهات القضائية لا تهتم بتطبيق القاعدة الدستورية¹.

2-السبب الثاني، هو أنه في غالب الأحيان نجد ما بين الدستور و النزاع العادي المطروح على الجهات القضائية العادية تشريع عادي يطبق على النزاع، و من ثم الجهة القضائية تهتدي دائما لتطبيق تلك القاعدة القانونية لحل النزاع، و سميت تلك النظرية في الفقه الفرنسي بنظرية" قانون الحاجز" (Loi écran)، و هي ذات مصدر قضائي مترسخة في تقاليد القضاء الإداري الفرنسي استنادا على قرار مجلس الدولة المؤرخ في 06 نوفمبر 1936 في قضية "أريغي"(Arrighi) التي جاء في تسببيه على أن:" بخصوص الدفع المتعلق بعدم دستورية المراسيم المؤرخة في 04 أبريل و 10 ماي 1934، التي جاءت استنادا الى المادة 36 من القانون المؤرخ في 28 فيفري 1934، فإنه طبقا للقانون العام الفرنسي هذا الدفع لا يمكن مناقشته أمام مجلس الدولة بمناسبة فصله في المنازعات"²، وعلى هذا الأساس مجلس الدولة الفرنسي استتاده على نظرية" قانون الحاجز"، يكون أمام احتمالين عند مراقبته للأعمال الإدارية، الإحتمال الأول، قد يكون القرار الإداري محل دعوى الإلغاء لا يوجد بينه و بين الدستور نصا قانوني، و في هذه الحالة يراقب مجلس الدولة دستورية العمل الإداري، و هي من صميم الرقابة الدستورية، و من ثمّ يتقرر اختصاص مجلس الدولة في التصدي للمنازعة الدستورية، أما الاحتمال الثاني، هو أنّ القرار الإداري محل الرقابة تم اتخاذه على أساس نص قانوني، و في هذه الحالة يمتنع مجلس الدولة على مراقبة دستورية

¹-Bertrand MATHIEU, Michel VERPEAUX , op.cit, p.11.

² -Sur le moyen tiré de ce que l'art. 36 de la loi du 28 févr. 1934, en vertu duquel ont été pris les décrets des 4 avril et 10 mai 1934, serait contraire aux lois constitutionnelles, Considérant qu'en l'état actuel du droit public français, ce moyen n'est pas de nature à être discuté devant le Conseil d'État statuant au contentieux : Voir CE, Section 6- novembre 1936, Arrighi, recueil p. 966, disponible en ligne à l'adresse: <http://www.revuegeneraledudroit.eu/blog/decisions/conseild'etat-section-6-novembre-1936-arrighi-recueil-p-966/>.

العمل الإداري، باعتبار أنه لا يمكن إلغاء عمل إداري مخالف للدستور، لأن القانون يشكل حاجز لا يمكن تجاوزه، فيعتبر نفسه لو تصدى لتلك المسألة مع وجود القانون فإنه يكون قد راقب دستورية القانون بشكل غير مباشر¹.

و يعود رفض مجلس الدولة الفرنسي مراقبة دستورية القوانين لثلاثة اعتبارات، و هي:

2-1- الاعتبار الأول، المادة 10 من قانون 16 و 24 أوت 1790 التي تمنع على المحاكم وقف تنفيذ القانون، و ذلك يرجع لتقاليد المنظومة الفرنسية التي تستند على مبدأ " القانون هو التعبير عن الإرادة العامة"²، و هو ما يسميه الفقه القانوني الفرنسي " مركزية التشريع" (Légicentrisme)³، الذي كان مهيم في حقبة الجمهورية الثالثة، بمعنى أن التشريع يقع في مركز كل النشاطات القانونية في الدولة⁴، أي القانون الصادر عن البرلمان هو عمل صادر الأمة صاحبة السيادة⁵، و من ثم لا يجوز للقضاء إلغاء و تعطيل تنفيذ القانون وإلا كان ذلك انتهاك لصلاحيات السلطة التشريعية من قبل السلطة القضائية أي انتهاك لمبدأ الفصل بين السلطات⁶.

¹ - Dominique ROUSSEAU, .op.cit, pp. 227-228.

² - Ibid, p.228.

³ - La théorie de la loi-écran au XXI^e siècle(CE, sect., 06/11/1936, Arrighi), A jour 02/02/2017,p.4 ,disponible en ligne à l'adresse: <https://www.fallaitpasfairedudroit.fr>.

⁴ - Selon le mot de Jean-Louis de Lolme : « Le Parlement (français) peut tout faire sauf changer un homme en femme» , Voir: La théorie de la loi-écran au XXI^e siècle,...op.cit.

⁵ - استنادا على رفض مجلس الدولة الفرنسي الخوض في عملية مراقبة مدى تطابق القانون مع الدستور، فإن مجلس الدولة وفيما يتعلق برقابته لمدى تطابق القانون مع المعاهدة وفقا للنص الدستوري المقرر لعلوية المعاهدة على القانون، تعامل مجلس الدولة مع تلك المسألة بشكل تدريجي و بحذر، ففي المرحلة الأولى اعتبر أنه في حالة ما إذا صدر قانون لاحق من حيث التاريخ عن تاريخ صدور المعاهدة، فإنه يرفض النظر في ما إذا كان القانون متطابق، أو غير متطابق مع المعاهدة، و أكد على أن العبرة بالقانون حديث التاريخ عن المعاهدة السابقة له، و هذا ما اقره بموجب قرار الصادر بتاريخ 01 مارس 1968، ذلك الأمر مرده بدون شك إلى تشيبت مجلس الدولة بفكرة السيادة الوطنية، و فكرة " القانون هو التعبير عن الإرادة العامة"، و لم يتراجع مجلس الدولة الفرنسي عن اجتهاده المذكور إلا بصور قرار "نيكولو" (Nicolo) بتاريخ 20 أكتوبر 1989، بقبوله استبعاد تطبيق قانون لاحق من حيث تاريخ

على تاريخ المعاهدة، في حالة مخالفة ذلك القانون للمعاهدة. Voir: Dominique ROUSSEAU,op.cit, pp.228-229.

⁶ - Certains membres du Conseil d'Etat ont tenté de se fonder sur ces arguments, notamment sur celui de la souveraineté de la loi. Georges Teissier écrit que «les pouvoirs du Parlement, dans notre droit

2-2- الاعتبار الثاني، و هو أن دستور 1958 أسند مهمة مراقبة دستورية القوانين

للمجلس الدستوري و من ثم فمجلس الدولة ليس مختص في تلك المادة¹، باعتبار أن مجلس الدولة مهمته تكمن في مراقبة مدى تطابق الأعمال الإدارية مع القانون، و يرجع ذلك لأول قرار للمجلس الدولة الذي بسط رقابته على أعمال الإدارة بموجب قرار " بلا نكو" (Blanco) المؤرخ في 8 فيفري 1873²، المنشأ للقانون الإداري.

2-3 - الاعتبار الثالث، و هو سياسي أكثر منه قانوني، يتمثل في أن مصلحة

مجلس الدولة تكمن في حفظ شرعيته و فعالية رقابته للإدارة، فيذهب لتجنب الدخول في نزاع مع المشرع و ذلك بعدم الظهور كمنتقد للقانون، بل كجهاز يلزم الإدارة باحترام إرادة المشرع³.

استنادا على نظرة الفقه الفرنسي القائلة بأن " المنازعات الدستورية هي المنصب فقط على الرقابة الدستورية التي يشرف عليها المجلس الدستورية الفرنسي"⁴، نجد حاليا مجلس الدولة الفرنسي لا يراقب دستورية المعاهدات باعتبارها لا تدخل ضمن اختصاصاته، و هو ما أكدته مجلس الدولة الفرنسي من خلال قرار (SARL du parc d'activités de)

public, étant sans limites, les lois qu'il a votées ne sont susceptibles, quand elles ont été régulièrement promulguées, d'aucune espèce de recours, même pour violation de la Constitution, elles sont donc, au premier chef, des actes de souveraineté », un peu plus tard, chez Donnedieu de Vabres, pour qui « le Conseil d'Etat ne peut connaître de la constitutionnalité des lois parce que ce serait porter atteinte à la souveraineté du législateur », Voir: Laurent SEUROT, « L'exception d'inconstitutionnalité des lois et la doctrine du Conseil d'Etat », VIIIe Congrès Français de droit constitutionnel – Nancy – Atelier 9: Aspects historiques, 16,17 et 18 juin 2011, p.4, cf. site: <http://www.droitconstitutionnel.org> .

¹ - Dominique ROUSSEAU, op.cit, pp.228-229.

² - La théorie de la loi-écran au XXI^e siècle, ...op.cit , p.5.

³ - Ibid.

⁴ - Bertrand MATHIEU , Michel VERPEAUX , op.cit, p.15 .

Blotzheim) المؤرخ في 18 ديسمبر 1998¹، و أما فيما يخص القوانين، فإن مجلس الدولة لا يراقب دستوريته كمبدأ عام أبرزه من خلال " نظرية القانون الحاجز" كما تم تبيينه أعلاه.

و لكن هناك ثلاثة استثناءات حول هذا المبدأ، الأول بعد استحداث المسألة الأولية الدستورية (QPC) بموجب تعديل سنة 2008 الفرنسي، أصبح مجلس الدولة الفرنسي يبحث في جدية الدفع بعدم دستورية حكم تشريعي إذا ما أثير في نزاع قضائي، كي يتسنى لمجلس الدولة إحالة أو عدم إحالة النص التشريعي على المجلس الدستوري، أما الحالة الثانية هي في حالة معاينة مجلس الدولة أن قانون ما أصبح ملغى ضمناً (l'abrogation implicite)، بعد إقرار تعديل دستوري جديد لاحق لتاريخ ذلك القانون، ففي هذه الحالة يستبعد مجلس الدولة تطبيق القانون و يطبق النص الدستوري، و ذلك بمراقبة دستورية عمل إداري، و هو ما جسده مجلس الدولة الفرنسي في قرار (Syndicat national des huissiers de France) المؤرخ في 16 ديسمبر 2005²، و الحالة الثالثة يمكن للقاضي الإداري تجاوز الحاجز القانوني في حالة ما إذا كان القانون بدون مضمون (les lois de pure forme)، و من ثمّ فالحاجز القانوني يصبح شفاف يمكن تجاوزه (l'écran transparent)، و هو ما جسده بموجب قرار (Quintin) المؤرخ في 17 ماي 1991³.

رابعاً - محاولتنا لتعريف المنازعات الدستورية: و يمكن أن نعرفها على أنها: " هي مقياس في العلوم القانونية يدرس النزاعات الذي تستند لحلها، إما على تطبيق القاعدة الدستورية مباشرة على القضايا المطروحة أمام الجهات القضائية المختلفة، و إما تتعلق بالطعن في العمل التشريعي أو التنفيذي لعدم دستوريته أمام القضاء بمناسبة النظر في دعوى مطروحة

¹ - CE, Assemblée, SARL du parc d'activités de Blotzheim , du 18 décembre 1998 , disponible en ligne à l'adresse : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000007990344>.

² - CE, Syndicat national des huissiers de France, du 16 décembre 2005, disponible en ligne à l'adresse : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000008260161>.

³ - CE, Quintin, du 17 Mai 1991, disponible en ligne à l'adresse : <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000007794873>.

أمامه، أو أمام جهة مختصة يحددها الدستور بناء على طلب السلطات العمومية أو الأفراد المتقاضين، كما أنها تشمل بالدراسة الإجراءات و الآليات الدستورية و القانونية المختلفة المستخدمة للفصل في المنازعة"، من خلال هذا التعريف يمكن استخراج العناصر التي تكون محل دراسة في المنازعة دستورية وهي:

أ- من حيث تحديد المؤسسة الدستورية المختصة في الفصل في المنازعات الدستورية:
نقصد بالمؤسسة الدستورية هي الهيئات المنشأة بموجب الدستور، و التي يحدد لها هذا الأخير اختصاصاتها الدستورية، تلك المؤسسة يجب أن تتمتع بالاستقلالية على السلطات الأخرى، و نقصد هنا السلطة التشريعية و التنفيذية للفصل في المنازعة الدستورية، فذلك يعد شرط ضروري يجب توافره كي يتم الفصل في النزاع بحياد، دون الخضوع للاعتبارات السياسية.

و قد تسند مهمة الرقابة لكل المحاكم دون استثناء استنادا على مبدأ سمو الدستور الذي يجعل من صلاحية القاضي إعلاء الدستور و استبعاد النص القانوني الغير دستوري و هو النموذج الأمريكي، أو تسند مهمة الفصل في المنازعة الدستورية إلى هيئة متخصصة مركزية وحيدة في الدولة يحددها الدستور مسبقا و هو النهج الذي سار عليه النموذج الأوربي للرقابة الدستورية.

ب- من حيث تكييف الرقابة: و هنا نبحث في طبيعة الرقابة الدستورية المنتهجة، هل هي رقابة مجردة (contrôle abstrait)، أو رقابة محددة (contrôle concret)¹، و نميز بينهما من خلال مايلي:

¹ . يرى فريديز سوكادو (F. Freadez Segado) ، بأن تحديد طبيعة الرقابة الدستورية، إن هي رقابة مجردة أو محددة يتوقف على الطريقة التي يتم بها طرح المسألة، فهو يميز بين رقابة القانون على "هامش تطبيق القانون" (en marge de son application) و هي الرقابة المجردة، و رقابة القانون "بمناسبة تطبيقه" (à l'occasion de son application) و هي الرقابة المحددة.

Voir : Marine HAULBERT, Les techniques juridictionnelles du contrôle de constitutionnalité à posteriori, Mémoire réalisé dans le cadre du Master 2, Université Montpellier 1, Faculté de droit et de science politique, année universitaire 2012/ 2013 , p. 3.

1- تكون رقابة مجردة، إذا كانت المسألة الدستورية لا تتعلق بحق شخصي، و لكن تقتصر فقط على نزاع بين قاعدتين، الدستور و قاعدة أدنى منه ، أو نزاع بين جهازين أو عدة أجهزة للدولة، بحيث القاضي الدستوري لما يفصل في المسألة الدستورية يكون بغرض تحقيق السير الحسن للدولة، و يكون قراره حلا لمسألة تم تحريكها من قبل شخص له أهلية التحدث باسم المصلحة العامة. و بالتالي الرقابة المجردة هي رقابة تتحرك بمبادرة السلطة العامة لتحقيق المصلحة العامة¹.

2 - تكون رقابة محددة، إذا كان طرح المسألة الدستورية بمناسبة النظر في نزاع أمام جهة قضائية، حيث تكون مرتبطة بوقائع النزاع و كذا بحق شخصي، هنا نكون أمام رقابة محددة، إذ أن حل المسألة الدستورية يؤدي إلى الفصل في الحق الشخصي اللصيق بالمتقاضي و المنشئ للمسألة الدستورية²، و من ثم فالرقابة المحددة هي رقابة تثار في نزاع قضائي بمناسبة تطبيق قاعدة قانونية في موضوع النزاع، و يكون تحريكها بمبادرة المتقاضي المعني مباشرة³.

3 - الرقابة المجردة هي بعيدة على كل العناصر المتعلقة بالوقائع، خاصة إن تمت ممارستها بصفة قبلية أي قبل دخول النص حيز التطبيق، فهي تتعلق بالبحث في العلاقة الدستورية بطريقة خالصة بين القاعدة الأدنى و الدستور، كما تتعلق بالبحث في الوقائع الإجرائية التي تم إتباعها لوضع القاعدة القانونية محل الطعن بعدم الدستورية⁴.

4 - في الرقابة المحددة، تقدير الوقائع هي عنصر أساسي في الرقابة، و لكن المسألة الدستورية المتعلقة بالقاعدة الواجبة التطبيق على النزاع تنفصل بشكل سريع عن الوقائع لتتحول إلى علاقة قاعدة بقاعدة أخرى، كما هو الحال بالنسبة للمسألة الأولية الدستورية التي

¹ - Marine HAULBERT, op.cit, p.3.

² - Guillaume DRAGO, op.cit, p.41.

³ - Marine HAULBERT, op.cit, p.3.

⁴ - Guillaume DRAGO, op.cit, p.42.

استحدثت في المنظومة الفرنسية منذ التعديل الدستوري لسنة 2008، فحتى وإن كانت تلك الآلية هدفها الدفاع على الحقوق الأساسية، من خلال وقائع القضية، فهي تصنع آثار عامة لها طبيعة القاعدة تتعلق بالحقوق الأساسية التي تسمو على الوقائع التي كانت سببا في إثارة المسألة الأولية الدستورية¹.

و من ثمّ عندما نبحث في إجراءات المنازعة الدستورية، يتبين لنا أن الرقابة المحددة تكون بعدية فقط، أي المسألة الدستورية لا تثار إلا بعد دخول النص حيز التطبيق لأنها تتعلق بالمساس بحقوق الشخص القانوني، و ذلك لا نتصوره إلا إذا كانت القاعدة القانونية سارية المفعول، عكس الرقابة المجردة التي تكون قبلية، أو بعدية، أي قبل أو بعد دخول النص حيز التطبيق.

ج - من حيث تحديد موضوع المنازعة: يشترط في المنازعة الدستورية، إما أن تنصب حول تطبيق النص الدستوري مباشرة على الخصومات المطروحة على القضاء، و هي حالة نادرة عمليا و نستبعدا من دراستنا، أو تنصب على مراقبة دستورية القوانين.

و لكن الجانب الذي هو على درجة من الأهمية في المنازعات الدستورية هي الحقوق الأساسية، التي باتت تمثل هيكل النظام الديمقراطي، بعدما وقع تحول من المفهوم التقليدي للنظام الديمقراطي القائم على الديمقراطية النيابية، إلى مفهوم حديث للديمقراطية المسماة بالديمقراطية الدستورية²، حيث أن الدستور يعد الضامن للحقوق الأساسية، فالمفهوم الحديث للدستور يهتم بالحقوق الأساسية التي يتمتع بها المواطنون أكثر من تنظيم السلطات و امتيازات الحكام، فالدساتير أصبحت أداة في يد المواطنين لفرض احترام الحكام للحقوق الأساسية.

¹ - Guillaume DRAGO, op.cit, p. 41.

² - Dominique ROUSSEAU, op.cit, pp.489-500.

د- من حيث تحديد إجراءات المنازعات الدستورية: و هي كذلك نقطة ذات أهمية بالغة، لأنه بشكل عام لا يمكن تجسيد القاعدة القانونية الموضوعية، إلا بتحديد قواعد إجرائية فعالة أمام الجهة المختصة في الفصل في المنازعة، ففي مجال الحقوق الأساسية هي عبارة عن تأسيس لنظام من القيم المشتركة يجب أن تعيش في ظله الجماعة، و عليه يستدعي الأمر إلى ضمان تلك الحقوق في النظام القانوني، و ذلك بتنمية و تجسيد تلك الحقوق في القوانين و التنظيمات، و بالموازاة مع ذلك يتطلب الأمر وضع إجراءات فعالة لحماية الحقوق الأساسية.

إن تقييم النصوص الإجرائية هو الذي يمكننا من الحكم، على الرقابة الدستورية المقررة لحماية الحقوق الأساسية ناجعة أم لا، و هذا الأمر ما فتأ الفقه الدستوري الوقوف عنده لتقييم الرقابة المنتهجة في النظم الدستورية المختلفة و المقارنة.

و كانت للدراسات الفقهية الدستورية لنظم الرقابة أثرا بالغا في التأثير على المؤسس لإدخال التعديلات الضرورية من حيث الإجراءات، لإعطاء ضمانة حقيقية للحقوق الأساسية، و على سبيل المثال ما يشهده نظام الرقابة في فرنسا، الذي أدخلت عليه تعديلات كان للفقه الدستوري الفضل في تحريك الأمور نحو الأحسن في مجال الرقابة الدستورية، كالتعديل الدستوري لسنة 1974 الذي فتح الباب للمعارضة في البرلمان الحق في إخطار المجلس الدستوري، و بالتالي استحداث آلية لمراقبة عمل الأغلبية و إخضاعها للدستور، و كذا التعديل الدستوري لسنة 2008، الذي فتح المجال للأفراد الحق في الطعن في دستورية القوانين أمام الجهات القضائية المختلفة، عن طريق إجراءات المسألة الأولية الدستورية، في حالة مخالفة الحكم التشريعي الذي يطبق في النزاع للحقوق الأساسية المضمنة في الكتلة الدستورية.

الفرع الثاني: إشكالات المنازعات الدستورية

إن استعمال مصطلح المنازعات الدستورية يطرح إشكالات عملية، من حيث المفاهيم التي تقترب منها، و تتقاطع معها، و من ثم يستوجب التمييز بين المنازعات الدستورية و القانون الدستوري، و هي تقترب نوعا ما من الإشكالات التي تقع فيها المنازعات الإدارية مع المنازعات القضائية الأخرى في الدول التي تأخذ بمبدأ ازدواجية القضاء، و كذا إشكالية حل المنازعة الدستورية، و نعالج تلك الإشكالات من خلال النموذج الأمريكي و التمييز بين المنازعات الدستورية و المنازعات القضائية الأخرى (أولا)، و النموذج الأوربي و التمييز بين المنازعات الدستورية و المنازعات القضائية الأخرى (ثانيا).

أولا-النموذج الأمريكي و التمييز بين المنازعات الدستورية و المنازعات القضائية الأخرى:لقد نشأت الرقابة على دستورية القوانين تزامنا مع نشأة دولة الولايات المتحدة الأمريكية بموجب دستور 1787 الذي دخل حيز التنفيذ عام 1789¹، و صدر القرار الشهير في قضية "ماربوري ضد ماديسون" (Marbury contre Madison)، المنشئ للرقابة على دستورية القوانين سنة 1803، رغم أن الدستور الأمريكي لم ينص صراحة على الرقابة الدستورية، فإذا بحثنا عن تاريخ وجود المنازعة الدستورية على المستوى الفيدرالي في المنظومة الأمريكية، سنرجعه بدون أدنى شك إلى قرار "ماربوري ضد ماديسون"، الذي كان من صنع و براءة القاضي "جون مارشال" (John Marshall)² الذي أقر مبدأ الرقابة الدستورية استنادا على مبدأ سمو الدستور³.

¹ - La Constitution des États-Unis d'Amérique, 17 septembre 1787.

- يعد الدستور الأمريكي أقدم الدساتير المعاصرة السارية المفعول لحد الساعة، و الذي لم تدخل عليه تعديلات جذرية.

² - ترأس جون مارشال (John Marshall) المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية في الفترة الممتدة بين سنة 1801 إلى غاية سنة 1835، سنة وفاته.

³ - محمد أتركين، المرجع السابق، ص ص. 95-98.

و لكن تطرح إشكالية وجود منازعات دستورية مستقلة عن المنازعات القضائية الأخرى في الولايات المتحدة الأمريكية، و هنا يجب البحث على هيكلية النظام القضائي الأمريكي¹ الذي نجده يأخذ بوحدة القانون و القضاء، فكل المحاكم في النظام القضائي الأمريكي فدرالية كانت أو تابعة للولايات هي مختصة في النظر في دستورية القوانين، وذلك في أي دعوى مطروحة عليها إذا أثار الخصوم الدفع بعدم دستورية القانون الواجب التطبيق في القضية، وبالتالي فإن ذلك الاختصاص النوعي ليس مسند لهيئة قضائية خاصة، وهذا ما نستشفه من المادة الثالثة من الدستور الأمريكي التي لا تنص على اختصاص محدد للجهات القضائية، فتتص على أن: " تتاط السلطة القضائية في الولايات المتحدة بمحكمة عليا واحدة وبمحاكم أدنى درجة كما يرثي الكونغرس وينشئه من حين لآخر..."²، فذلك النص الدستوري ينشئ سلطة قضائية تتمتع بالاستقلالية على السلطتين التشريعية، والتنفيذية، في ظل الفصل المطلق بين السلطات المجسد في الدستور الأمريكي، و لا يسند مهمة الرقابة الدستورية صراحة للسلطة القضائية، على عكس نظم دستورية أخرى التي تنص صراحة على الجهة المختصة في المنازعة الدستورية، كما هو الحال في النموذج الأوربي للرقابة الدستورية.

و استطاعت المحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية أن تتحول الى محكمة دستورية، من خلال سهرها على توحيد الاجتهاد القضائي، فالتعون الدستورية التي تثار أمام الجهات القضائية الدنيا تصل للمحكمة العليا أين تعمل على وضع الاجتهاد الموحد، في حالة وجود تناقض في الاجتهادات القضائية في مسألة دستورية معينة، لاسيما بواسطة الإجراء المسمى ب: (Writ of certiorari)، و هو أمر يتعلق ببسط رقابة المحاكم الأعلى

¹ - رحمانى محمد مختار، « النظام القضائي الأمريكي (الحدود الفاصلة بين اختصاص القضاء الفيدرالي و القضاء في الولايات) »، مجلة المحكمة العليا، عدد 2، 2008، ص ص. 122-127.

² - Art.3, section 1 de la Constitution des États-Unis d'Amérique.

درجة على القرارات المتخذة، و الإجراءات المعمول بها في محاكم أدنى درجة¹، حيث تقوم المحكمة العليا بتصفية الطعون التي تفصل فيها، و من خلال قراراتها تعمل المحكمة على إعطاء تفسير موحد للدستور الفيدرالي، إذ تلعب المحكمة دور محوري في حماية النظام الفيدرالي الذي كان هو السبب في وضع الدستور الأمريكي لعام 1787، و قد ظهر حرص المحكمة على إعطاء البعد الفيدرالي للتشريعات المختلفة²، و ذلك بمراقبة مدى احترام المشرع لصلاحياته الفيدرالية، ففي حقبة رئيس المحكمة (Rehnquist)³، المحكمة ألغت لمرتين قانون فيدرالي لتجاوزه الصلاحيات الفيدرالية في مجال تنظيم التجارة بين الولايات⁴، وتتدخل المحكمة في كبريات المشاكل التي تهز المجتمع الأمريكي (عقوبة الإعدام، الإجهاض...) ⁵، فتلك القضايا تحمل في طياتها دفع دستورية حول مخالفة القانون الفيدرالي للحقوق الأساسية⁶.

¹ - Writ of Certiorari Law and Legal Definition, disponible en ligne à l'adresse: <https://definitions.uslegal.com/w/writ-of-certiorari/>.

² -Guillaume DRAGO, op.cit, p. 44.

³ - ترأس (William Hubbs Rehnquist) المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية في الفترة الممتدة بين سنة 1986 الى غاية سنة 2005، سنة وفاته.

disponible en ligne à l'adresse : https://fr.wikipedia.org/wiki/William_Rehnquist.

⁴ - Michel FROMONT, Justice constitutionnelle comparée, Dalloz, Paris, 2013, p.375.

⁵ - رحمانى مختار محمد، المرجع السابق، ص. 122.

⁶ . تعمل المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية، على حماية الحقوق الأساسية بجميع تفرعاتها، و لا تقتصر في ذلك على التفسير الضيق للدستور بل على التفسير الواسع له باستلزام الحقوق المختلفة من روح الدستور، رغم أن حقوقاً لم يتضمنها الدستور بشكل صريح فإن المحكمة تعمل على حمايتها، كالحق في الخصوصية التي أقرت المحكمة بشأنه أن: " حق الأفراد في الخصوصية هو حق أساسي تقتضي صونه الحريات الأخرى المنصوص عليها في الدستور بصورة حتمية، و إن كانت في صيغة ضمنية"، و فيما يخص حرية التنقل اعتبرت المحكمة في قرار لها سنة 1868 بأنه: " لا يحق لأية ولاية فرض قيود مباشرة على حرية الأفراد في السفر، و التنقل فيما بين الولايات "، و ضمانها لحرية التعاقد بتقرير: "حق الفرد أن يستخدم جميع الطرق القانونية للعيش و اكتساب رزقه، بكل الوسائل القانونية سواء كان ذلك عن طريق الهوية، أو العمل الإلزامي، و حق الأفراد الدخول في أية تعاقدات يرونها لازمة و ضرورية"، وكذا ضمانها لحرية اللجوء للقضاء عندما اعتبرت: "أن فرض الرسوم بشأن دعاوي الأحوال الشخصية قد يحول دون تمكين الفرد من استخدام ذلك الإجراء الذي هو حق من حقوقه"، و كذا الحق في محاكمة المتهم محاكمة علنية وسريعة، الحق في الدفاع و مواجهة الشهود، الحق في الاستعانة بمحام، حق المتهم في عدم دفع كفالة باهضة، المساواة بين البيض و السود، و اعتبار في النصف الثاني من القرن العشرين بموجب عدة قرارات للمحكمة في قضايا مختلفة بأن قوانين التمييز العنصري قوانين غير دستورية... الخ، أنظر في هذا الشأن: زهير شكر، النظرية العامة للقضاء الدستوري، الجزء الثاني، دار بلال بيروت، 2014، ص. 701-831.

الملاحظ أن الولايات المتحدة لا تعرف التمييز بين المنازعات الدستورية، والمنازعات القضائية الأخرى، فكل نزاع يطرح على القضاء يمكن أن يتحول إلى نزاع دستوري، و هذا أمام أي قاضي، أي سواء كان قاضي فيدرالي أو قاضي على مستوى الولاية، الذي هو مقيد بأسمى قاعدة معيارية و هي القاعدة الدستورية، و قد نستشف ذلك من المادة السادسة الفقرة الثالثة من الدستور الأمريكي " هذا الدستور، و قوانين الولايات المتحدة التي تصدر تبعاً له، و جميع المعاهدات المعقودة أو التي تعقد تحت سلطة الولايات المتحدة، تكون القانون الأعلى للبلاد. و يكون القضاء في جميع الولايات ملزمين به، و لا يعتد بأي نص في دستور أو قوانين أية ولاية يكون مخالف لذلك "¹، فهذا النص يقرر صراحة مبدأ سمو الدستور الفيدرالي على أي قاعدة قانونية أخرى، سواء كانت قاعدة دستورية خاصة بالولاية، أو قاعدة تشريعية لولاية معينة، إن الخوض في تفسير ذلك النص من الناحية الفقهية، يؤدي بنا للقول بأن الدستور الأمريكي يقرر ضمناً مبدأ الرقابة على دستورية القوانين، و لكن لم يوضح الآلية التي يجب اتباعها لتلبية إرادة السلطة التأسيسية واطعة الدستور، و هو الأمر الذي جسده بالفعل القاضي "مارشال" في قراره لعام 1803، الذي بموجبه ابتدع آلية الرقابة عن طريق الدفع الفرعي، و ذلك بعدما امتنع على تطبيق النص القانوني غير الدستوري دون إلغائه، كي لا يعتدي على صلاحيات السلطة التشريعية، و طبق النص الأسمى و هو الدستور من أجل احترام إرادة السلطة التأسيسية.

و كنتيجة لوحدة القضاء و القانون في الولايات المتحدة، هو أن القضاء لا يميز كذلك بين أطراف الخصومة سواء كان شخص قانوني خاضع للقانون الخاص أو القانون العام.

و يجب التأكيد على أن القضاء الأمريكي لا يثير تلقائياً المسائل الدستورية، أي ليس من صلاحياته تحريك المنازعة الدستورية، فذلك متوقف على الخصوم في القضية المطروحة

¹ - Art.6, section 3 de la Constitution des États-Unis d'Amérique .

على المحكمة، الذين تشترط فيهم المصلحة المباشرة في الدفع بعدم الدستورية، و من ثمّ يحق لهم الدفع بعدم دستورية القانون الذي يحكم نزاعهم بمناسبة النظر في دعواهم و لهذا أطلق عليه إسم (Judicial review)، أي أن الطعن في دستورية القوانين هو مرتبط بالقضية المطروحة على الجهة القضائية، إذا الرقابة في الولايات المتحدة هي: " محددة (Concret) كما أكدّه العميد "فافورو" (Favoreu)¹، و التي تقوم من خلال حالة خاصة لنزاع محدد يثار فيها الدفع بعدم الدستورية، وبالتالي هي محددة إتباعا بنزاع معين معروض على المحكمة، و هي في نفس الوقت تابعة لذلك النزاع، لأنها لا تثار إلا تبعا لمسألة موضوعية معروضة عليها، و يشترط في المسألة الدستورية أن تنصب حول إثبات ضرر بسبب انتهاك حق قانوني من الحقوق التي أنشأها الدستور، أو القانون، أو من حقوق القانون العام الأنجلوسكسوني القائم على السوابق القضائية (Common law)²، و من ثمّ يصبح الفصل في موضوع النزاع متوقف على حل الدفع بعدم الدستورية الذي من خلالها يتم الفصل في الموضوع (La Situation subjective) الذي خلق تلك المنازعة الدستورية³.

الملاحظ أن المحكمة العليا الأمريكية لها وسائل عملية ضئيلة لتنفيذ قراراتها، فليس للمحكمة العليا كسلطة عليا في الهرم القضائي وسيلة لفرض حل المنازعة الدستورية، و لكن قرارها ينفذ لعوامل إجرائية مترابطة فيما بينها متعلقة بتنظيم الجهاز القضائي، و للتقاليد التي ترسخت في المنظومة القانونية الأمريكية، المبنية على المكانة التي توليها للاجتهاد القضائي، حيث أن المحكمة العليا إذا صدر عنها اجتهاد يقرر عدم دستورية نص قانوني معين، فإن ذلك الاجتهاد يصبح معمول به من قبل المحاكم الدنيا، و عليه، حتى و إن كان القانون غير ملغى في النظام القانوني فهو من الناحية العملية ليس له أي مفعول.

¹ - Guillaume DRAGO, op.cit, p. 45.

² - أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق و الحريات، طبعة الثانية، دار الشروق، القاهرة، 2000، ص.178.

³ - Guillaume DRAGO, op.cit, p. 41.

إذا تأخذ قرارات المحكمة في الدفع بعد الدستورية¹ نوع من قوة الشيء المقضي فيه، و لكن لها خصوصيتها بسبب أخذ النظام القضائي الأمريكي بالسوابق القضائية، كل تلك العوامل تجعل من المحكمة عامل استقرار للنموذج الأمريكي في مجال القضاء الدستوري²، و للدور الكبير الذي تلعبه اليوم المحكمة العليا، أصبح القانون الدستوري في الولايات المتحدة الأمريكية في جزئه الأكبر من القواعد الدستورية، هي عبارة عن القرارات التي تصدر عن المحكمة العليا في مجال الرقابة الدستورية، التي على ضوءها يتم تفسير نصوص الدستور³.

ثانيا - النموذج الأوربي و التمييز بين المنازعات الدستورية و المنازعات القضائية الأخرى: إذا كان النموذج الأمريكي لا يعرف الفصل بين المنازعات الدستورية، والمنازعات القضائية الأخرى للاعتبارات التي تم توضيحها أعلاه، و التي تتعلق بالأساس بمبدأ وحدة القضاء و القانون، و كذا لصلاحيات جميع المحاكم في الولايات المتحدة بالنظر في المنازعة الدستورية، فما موقف النموذج الأوربي من ذلك ؟

النموذج الأوربي للرقابة الدستورية ما هو إلا تجسيد لأفكار هانز كالسن صاحب " النظرية الخالصة للقانون"، التي تقوم على مبدأ تدرج القواعد القانونية، و على وجوب ضمان ذلك التدرج بحماية القاعدة الأساسية، و هي القاعدة الدستورية، و يطلق عليه إسم النموذج الأوربي لميلاده في أوربا⁴ أو النموذج الكلسيني، و قد انتشر هذا النموذج في الدول الأوربية خاصة بعد الحرب العالمية الثانية في القرن الماضي⁵.

¹ - بالإضافة لأسلوب الرقابة عن طريق الدفع في النظام الأمريكي ، هناك أسلوبين للرقابة الدستورية منتهجين في ذلك النظام، و هما: أسلوب أوامر المنع، والحكم التقريري.

² - Guillaume DRAGO, op.cit, p. 45.

³ - Edward ALLAN FARNSWORTH , Introduction au système juridique des États-Unis, Les éditions internationales , Paris, 1976, pp.226-227.

⁴ - Valérie GOSEL-LEBIHAN , Contentieux constitutionnel, ellipses, Paris, 2011, pp.18-19.

⁵ - ظهر ذلك النموذج في النمسا من سنة 1920 إلى سنة 1938، تشيكوسلوفاكيا من 1920 إلى سنة 1938، و في اسبانيا "الجمهورية" من 1931 إلى سنة 1939.

Voir : Valérie GOSEL-LEBIHAN, op.cit, pp.18-19.

و النموذج الأوربي للقضاء الدستوري يتميز بوجود جهة قضائية مختصة في الفصل في المنازعات الدستورية، تلك الجهة مستقلة على الجهات القضائية الأخرى و لها خصوصياتها، ليس فقط من جهة المكانة التي تتمتع بها في النظام الدستوري، و لكن كذلك من حيث تكوين تلك الهيئة، حيث تتكون من قضاة لا يخضعون للنظام الذي يخضع له القضاة في القضاء العادي، فيعتمد النموذج الكلسيني على تعيين أو انتخاب القضاة للجهة الفاصلة في المنازعات الدستورية من قبل السلطات السياسية أي السلطة التنفيذية أو السلطة التشريعية، و في بعض النظم السلطة القضائية، و هذا لا يعني أنّ القضاة بعد تعيينهم من قبل السلطات السياسية يصبحون تابعين لها، بل أن استقلاليتهم يضمنها الدستور لهم بمجرد تعيينهم أو انتخابهم، و لا يمكن أن يخضعوا لأي ضغوط مهما كانت، و لتعزيز تلك الاستقلالية نجد أن الدساتير المقارنة تنص على نظام التنافي للقضاة الدستوريين و تمنحهم مدة طويلة يشغلون فيها مناصبهم بدون أن تكون لأي جهة مهما كانت الحق في عزلهم أو توقيفهم من أداء وظائفهم¹، و هنا يؤكد هانز كلسن على أنه: "من المهم ضمان استقلالية القضاة الدستوريين اتجاه السلطة التشريعية، و اتجاه السلطة التنفيذية، فالبرلمان و الحكومة هما اللذان يشرفان على اجراءات العملية التشريعية، و بالتالي يجب أن يخضعان لرقابة القضاء الدستوري"².

¹ - Antonis PANAGOPOULOS, *Modèle Américain ou modèle Européen de justice constitutionnelle ? étude comparative à travers le cas hellénique*, thèse pour le doctorat en droit, Institut Louis FAVORAU, Groupe d'études et de recherches comparées sur la justice constitutionnelle, soutenue le 28 Janvier 2011, pp.15-17.

² - Comme le remarquait Hans Kelsen : «son indépendance vis-à-vis du Parlement comme vis-à-vis du gouvernement est un postulat évident. Car ce sont précisément le parlement et le gouvernement qui doivent être, en tant qu'organes participant à la procédure législative, contrôlés par la juridiction constitutionnelle», Voir: Emmanuel TAWIL, *L'organe de justice constitutionnelle – aspects statutaires*, VIème Congres de l'association Française des constitutionnalistes, atelier 5, ou en est le juge constitutionnel ? , Montpellier juin 2005, pp.1-2, disponible en ligne à l'adresse : www.droitconstitutionnel.org/congresmtp/textes5/TAWIL.pdf.

فالنظام الكلسيني للقضاء الدستوري يعتمد على مركزية الرقابة في الدولة أين تكون الجهة المختصة في المنازعة الدستورية واحدة¹، ولأهمية الرقابة نجد أن تلك المؤسسة منصوص عليها في الدستور.

و عليه، فالهيئة المكلفة بالرقابة الدستورية في النموذج الأوربي، تستمد وجودها من الدستور، فهي ليست فوق السلطات الأخرى التشريعية، التنفيذية، و القضائية، بل هي سلطة بجانب تلك السلطات، تسهر على ضمان سمو الدستور، في نفس الوقت هي سلطة مقيدة بالدستور أي بإرادة السلطة التأسيسية، و النموذج الكلسيني يجعل من أحكام القضاء الدستوري الفاصلة في المنازعة الدستورية أحكاما حائزة لقوة الشيء المقضي فيه، و ملزمة على جميع السلطات السياسية و القضائية، فالإقرار بعدم دستورية نص قانوني يؤدي حتما إلى إسقاط ذلك النص من النظام القانوني و جعله معدوم، و هو النموذج المعمول به في عدة دول أوربية كألمانيا، النمسا، إيطاليا، فرنسا، بلجيكا و اسبانيا.

إن الحجية المطلقة للأحكام التي تصدر عن المحكمة الدستورية في النموذج الكلسيني، تجعل من القضاة الدستوريين يؤدون في الواقع مهمة " المشرع السلبي"، حيث بالغائهم تلك القاعدة يضعون قاعدة أخرى و هي "قاعدة عامة"، تعد في الحقيقة تجسيد لإرادة السلطة التأسيسية المعبر عنها في الدستور، و التي تفرض تغليب القاعدة الدستورية على النصوص الأدنى منها في الهرم القانوني، بناء على تفسير القاضي الدستوري للدستور، فيقول كالسن في كتاب روح القوانين بخصوص هذه النقطة " إلغاء قانون يعني وضع قاعدة عامة، حيث إلغاء القانون له نفس الصفة العمومية المصطنعة ولكن بطريقة سلبية، و

¹ - المجلس الدستوري الفرنسي ما هو إلا أحد صور تطبيقات النموذج الأوربي " الكلسيني" فهي مؤسسة منظمة بموجب الدستور، و يكمل القانون العضوي تفصيلات تنظيمها، و من ثم فالنموذج المطبق في الجزائر للرقابة الدستورية هو كذلك نموذج أوربي، باعتبار المجلس الدستوري الجزائري هو مؤسسة دستورية منشئة بالدستور، و له صلاحية وضع نظامه الداخلي بكل سيادة على أساس أنه سلطة دستورية قائمة بحد ذاتها و مستقلة على جميع السلطات.

بالتالي ذلك الإلغاء يعد هو الآخر وظيفة تشريعية¹. فالاختلاف بين عمل القضاء الدستوري و المشرع، هو أن الأول عمله سلبي لما يقرر عدم دستورية نص تشريعي، لأنه في ظل النموذج الكلسيني سيسحب النص، في حين الثاني عمله إيجابي لأنه يضع القاعدة القانونية التي يجب أن تتصف بالعمومية، و هي خاصية من خصائص القواعد القانونية، إذا سواء القضاء الدستوري، أو البرلمان يشتركان في الوصف الذي يلحق بالقواعد التي يضعها و هي العمومية.

من خلال ما سبق نستخلص أن النموذج الكلسيني يميز بين المنازعات الدستورية، و المنازعات الأخرى، لأنه يضع قضاء مختص للفصل في المنازعات الدستورية، و يجعل من أحكام القضاء الدستوري لها حجية مطلقة تلزم جميع هياكل الدولة من سلطات سياسية، إدارية، و قضائية، و ذلك يختلف عن النموذج الأمريكي الذي لا يعرف ذلك التمييز لأن الرقابة مقررّة لجميع المحاكم التي تطبق في غالب الأحوال رقابة الامتناع، بمعنى تمتع الجهة القضائية على تطبيق القاعدة القانونية غير الدستورية بدون إلغائها مما يكتسي حكم المحكمة حجية نسبية تنحصر بين أطراف و موضوع الدعوى الصادر فيها الحكم بعدم دستورية القانون الواجب التطبيق في تلك القضية، و لا تنتقل تلك الحجية لأطراف و قضايا أخرى تطرح على محاكم أخرى و حتى على نفس المحكمة.

إن القول أن النموذج الأوربي الكلسيني يميز بين المنازعات الدستورية والمنازعات الأخرى، لا ينفي وجود ترابط من حيث الإجراءات بين القضاء الدستوري و القضاء العادي، و إن كان هذا النموذج يجعل من المحكمة الدستورية لا تنتمي للتنظيم القضائي العادي، بل قائمة بحد ذاتها و مستقلة على جميع السلطات الأخرى، كي يمكن لها أداء مهامها بحياد دون الخضوع لأي ضغوط مهما كانت في الدولة، فهي سلطة دستورية بجانب السلطات الأخرى و لكن محدودة بالدستور و بإرادة السلطة التأسيسية، هذا ما نلمسه بموجب القانون

¹ - Guillaume DRAGO, op.cit, pp. 47- 48.

الصادر في 12 مارس 1951 المتعلق بالمحكمة الدستورية الفيدرالية الألمانية التي تنص على أنه: " المحكمة الدستورية هي جهة قضائية مستقلة، لها ذاتية منفصلة على جميع الهياكل الدستورية الفيدرالية"، فالمحكمة الدستورية الفيدرالية هي جهة قضائية و لكنها لا تنتمي للتدرج الذي يحكم المحاكم المشكلة للسلطة القضائية العادية¹.

والملاحظ أن النموذج الأوربي فيما يخص تحريك الرقابة يجمع بين الرقابة المجردة (Contrôle abstrait)، و الرقابة المحددة (Contrôle concret)، فالرقابة المجردة هي من صلاحية السلطات العامة، و في هذه الحالة تكون الرقابة بدعوى أصلية (Par voie d'action)، دون وجود نزاع أو أطراف النزاع، هدفها مهاجمة القانون المشوب بعيب مخالفة الدستور لاستصدار قرار عن القضاء الدستوري بعدم دستوريته، كما هو الحال بالنسبة للرقابة السابقة التي تمارس أمام المجلس الدستوري الفرنسي²، أو الجزائري³، بناء على إخطار من قبل السلطتين التشريعية و التنفيذية، و الرقابة المحددة التي تحركها المحاكم من تلقاء نفسها أو الأفراد عن طريق الدفع بمناسبة نزاع قضائي (Par voie d'exception).

فالدفع يمكن أن ينتهي بإحالة أمام القاضي الدستوري، كما هو الحال في إيطاليا أين تمارس الرقابة بواسطة الإحالة من القضاء العادي، إما بإثارتها من قبل المحكمة من تلقاء نفسها أو إثارتها من قبل أحد أطراف النزاع⁴، فالعلاقة بين القضاء والقضاء الدستوري هي علاقة مؤسسة دستورية بمؤسسة أخرى، و لكن الشيء الملاحظ أن القاضي العادي في إيطاليا يعتمد على اجتهاد القضاء الدستوري في مسألة قبول الإحالة⁵، و هو القول الذي ينطبق على النموذج الفرنسي بعد تعديل 2008، الذي خول للمتقاضي الدفع بعدم دستورية

¹ - Guillaume DRAGO , op.cit, p.50.

² - Art 61. de la constitution française du 4 octobre 1958, texte intégral en vigueur.

³ - المادة 186 من الدستور الجزائري لسنة 2016.

⁴ - Franco GALLO, « Le modèle italien de justice constitutionnelle », Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel , n° 42, 2014/1, p.89.

⁵ - Guillaume DRAGO, op.cit, p. 50.

نص تشريعي وفق اجراءات المسألة الاولى الدستورية¹، فيفترض كذلك أن محكمة النقض و مجلس الدولة الفرنسيين، الأخذ باجتهاد المجلس الدستوري في مجال قبول الإحالة طالما الدستور يمنح الحجية المطلقة لقرارات المجلس الدستوري².

إن الترابط بين السلطة القضائية و القضاء الدستوري في بعض النماذج المستوحاة من النموذج الكلسيني، جعل من السلطة القضائية تلعب دور مصفي في عملية الرقابة الدستورية، لأنها تبحث في جدية الدفع بعدم الدستورية، و هو يعزز ما تم ذكره أعلاه، على أن القاضي في السلطة القضائية يلعب دور فعال في التحقق من مسألة مدى توافق النص القانوني مع الدستور، قبل الإحالة على القاضي الدستوري المركزي صاحب الاختصاص الوحيد للفصل النهائي في المنازعة الدستورية.

و في بعض النماذج الكلسينية الأخرى تسند مهمة التصفية للقاضي الدستوري في حد ذاته، و ذلك بدراسة قبلية من طرف جزء من قضاة المحكمة الدستورية للدفع الدستورية المحالة، من ناحية مدى توافر الشروط الدستورية و القانونية للدفع، قبل تصدي المحكمة ككل للدفع³.

المطلب الثاني: نحو إيجاد تعريف للحقوق الأساسية

إنّ فكرة الحقوق الأساسية هي فكرة حديثة، و ما زالت لحد الساعة محل بحث من قبل الفقه القانوني، فإنه من الصعب تحديد تعريفا لها جامع و محدد، و مادام أن هذه الفكرة هي منبثقة من فكرة الحقوق و الحريات، فإن الأسس الإيديولوجية و السياسية تؤثر لا محالة على معالجة موضوع الحقوق و الحريات من الناحية الدستورية، و من ثم يجب إلقاء لمحة

¹-Art 61-1. de la constitution française du 4 octobre 1958, texte intégral en vigueur, op.cit.

²-Art. 62 de la constitution française: « une disposition déclarée inconstitutionnelle ne peut être promulguée ni mise en application. Les décisions du conseil constitutionnel ne sont susceptibles d'aucun recours. Elle s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administrative et judiciaires ».

³- Guillaume DRAGO, op.cit, p.48.

على الأيديولوجية و المحاولات الفقهية لتعريف الحقوق الأساسية (الفرع الأول)، و الضمانات القضائية كوسيلة لتعريف الحقوق الأساسية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الأيديولوجية و المحاولات الفقهية لتعريف الحقوق الأساسية

لصعوبة تحديد مفهوم الحقوق الأساسية، و تضارب الآراء حولها من حيث شكلها و موضوعها، فمن الصعب تحديد تعريف للحقوق الأساسية، خاصة أن مفهومها يتطور من حيث الزمان، الشيء الذي يؤدي إلى ميلاد حقوقا جديدة تكتسب طبيعة الحقوق الأساسية، و لذلك يستوجب علينا إعطاء لمحة حول نظرة الإيديولوجية الليبرالية والاشتراكية للحقوق الأساسية (أولا)، و للجدل حول تحديد تعريف فقهي للحقوق الأساسية، سنحاول تبيان التعاريف الفقهية "القانونية" المختلفة للحقوق الأساسية (ثانيا).

أولا - نظرة الإيديولوجية الليبرالية و الاشتراكية للحقوق و الحريات

لقد اختلف الفقه في التمييز بين مصطلحي الحق و الحرية ، ف قيل أن الحرية أوسع نطاقا من الحق، باعتبار أن الحق هو حرية اعترف بها القانون، و هناك من ذهب للعكس من ذلك و جعل من الحق أوسع مدلولاً من مصطلح الحرية، لأن الحق يشمل الحقوق الشخصية المتبادلة بين الناس كالعلاقة بين الدائن و المدين في القانون الخاص، و لكن الغالب في الأمر هو أن المصطلحين الحق و الحرية يستخدم كمترادفين¹، و يمكن الاعتماد على التعريف الفقهي للحق الأقرب للحقيقة على أنه: "مكنة أو سلطة يثبتها القانون لشخص على سبيل الانفراد، أو يقر ثبوتها له تخوله التسلط على قيمة معينة أو اقتضاؤها، تحقيقاً لمصلحة يحميها القانون"²، أما الحرية فهو مصطلح يختلف مفهومه من حيث الزمان و المكان، و من حيث المرجعيات الفكرية و الإيديولوجية، و من حيث اختلاف الأنظمة السياسية السائدة، فهي كلمة تستخدم كثيرا و لكنها تعطي مدلولات مختلفة، و أحيانا متباينة

¹ - ماجد راغب الطلو، القانون الدستوري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1997، ص. 399.

² - محمد عطية محمد فودة، الحماية الدستورية لحقوق الإنسان دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، 2011، ص. 22.

بل و متناقضة، هذا ما قرره مونتسكيو حينما قال أن: " الحرية تعد من الأفكار الأكثر غموضا " ¹، و لذلك نجد تباين و اختلاف واضح بين الليبراليون و الماركسيون، نعالجه فيما يلي:

أ- **موقف الفكر الليبرالي من الحقوق و الحريات:** لقد أسس الفقهاء الليبراليون تعريفهم للحقوق و الحريات العامة على الصراع القائم بين السلطة و الحرية، و أن تقييد السلطة هو الذي يؤدي لقيام الحقوق و الحريات، فالفقه الليبرالي يرى أن السلطة السياسية هي التي تشكل الخطر الأكبر على الحقوق و الحريات، و كان ذلك إسقاطا على الاحتقان القائم بين طائفة الحكام و المحكومين في ظل الأنظمة الملكية المطلقة التي كانت تسود الدول الأوروبية قبل الحركة الدستورية، و بالأساس الصراع بين الطبقة البورجوازية و الطبقة الأرستقراطية، فاستندت الثورة الفرنسية على أفكار المدارس الفلسفية التحررية، التي فسرت و نظرت في العلاقة بين الأفراد و الحكام، و بينت أسسها من أجل بناء مجتمع تسود فيه العدالة و الحرية، و القضاء على كل أشكال الاستبداد و الاستغلال و طغيان الحكام، فكان لكل من أفكار مدرسة القانون الطبيعي، و نظرية العقد الإجتماعي، و مبدأ الفصل بين السلطات، أثر بالغ في وضع المرجعية الفكرية التي اعتمدت عليها الشعوب في أوربا، للقضاء على الحكم المطلق و يتبين ذلك مما يلي:

1 - مدرسة القانون الطبيعي : إن تلك المدرسة انطلقت من العلمانية ¹ لوضع نظريتها، فهي تقوم على المنطق (La raison) و ليس على الدين (Et non plus sur la foi)، فلدى

¹ - و هذا ما نلمسه كذلك من خلال الخطاب الذي ألقاه الرئيس الأمريكي لنكولن عام 1864 " إن العالم لم يصل أبدا على تعريف طيب للفظ الحرية، فنحن إذا كنا نستعمل ذات الكلمة، فإننا لا نقصد المغزى أو المعنى " أنظر في هذا الصدد: سعاد الشرقاوي النظم السياسية في العالم المعاصر تحديات و تحولات، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص ص. 298- 299. و ما قاله رئيس جنوب إفريقيا نلسون مانديلا الذي كافح نظام التمييز العنصري (الأبارتايد): " تكون تتمتع بالحرية هذا لا يعني فقط أنك تتخلص من قيودك، و لكن المعنى من ذلك هو أنك تعيش بشكل تحترم و تقوي فيه حرية الآخرين".

Voir : « Citation de Nelson Mandela », disponible en ligne à l'adresse: <http://citation-celebre.leparisien.fr/auteur/nelson-mandela>.

الليبراليون الإنسان في الحياة الطبيعية في بدايتها كان حرا و سعيد، و لكن بسبب غياب الأمن، الرجع إلى أن الحياة الطبيعية القوي فيها يتغلب على الضعيف، و على اعتبار أن: "الإنسان ذئب لأخيه الإنسان"، كانت هناك ضرورة للتحويل إلى حياة أفضل بواسطة العقد الاجتماعي، لإقامة المجتمع المدني عن طريق تنازل الأفراد عن جزء من حرياتهم الطبيعية كي يتحقق الأمان²، هكذا تولدت نظرية العقد الاجتماعي من مدرسة القانون الطبيعي، و التصقت النظرية بوجهة نظر الفقيه الفرنسي جون جاك روسو.

2 - العقد الاجتماعي سند حماية الحقوق و الحريات: يرى جون جاك روسو في كتابه " العقد الاجتماعي " أن حماية كيان الفرد و ممتلكات كل متعاقد لا يكون، إلا بواسطة العقد الاجتماعي، الذي يضمن الحريات التعاقدية، بحيث أن العقد المبرم بين الأفراد ليس الهدف منه منح السلطة لسلطة عليا فوق الأفراد لضمان أمنهم هذا قد يؤدي إلى العبودية، فالعقد لا يمكن أن يكون له وجود إلا بهدف ضمان و الحفاظ على حرية الأفراد، و كل خرق لمقتضيات العقد سيؤدي إلى إرجاع الأفراد إلى حالتهم ما قبل التعاقد، أي إلى تمتعهم بحرياتهم الطبيعية، و بالمقابل يفقدون حرياتهم التعاقدية³، و يمكن في هذا الشأن الاستشهاد بالمادة الثانية من إعلان حقوق الإنسان و المواطن لسنة 1789، التي حددت الحقوق التي يتحصل عليها التجمع السياسي الناتج عن العقد الاجتماعي، و هي: " الحرية و الملكية و الأمن و مقاومة الظلم ".

¹ - توصلت دراسة حديثة لمركز البحوث الإثنولوجيا الاجتماعية و الثقافية بوهران، بأن أغلبية الجزائريين يؤيدون فكرة " الإسلام العلماني " بنسبة 64 %، و يرى في هذا الشأن الباحث مصطفى فتحي ممن شاركوا في الدراسة بأن: " أكثرية الجزائريين لهم قناعة بضرورة تبني علمانية دينية، عوض دولة إسلامية، و بضربون مثلا عن ذلك بتركيا، و أو بما يحدث حاليا في بعض الدول العربية Voir : « 64 % des Algériens favorable à la laïcité » , publiées le 30 janvier 2018 sur L'EXPRESSION Le Quotidien disponible en ligne sur le site: <http://lexpressiondz.com>.

-و يمكن القول ان العلمانية تقوم على ثلاثة مبادئ و قيم: الأول، حرية المعتقد و حرية الإعلان عن المعتقد في حدود احترام النظام العام، ثانيا، الفصل بين المؤسسات العمومية و المؤسسات الدينية، ثالثا، مساواة الجميع أمام القانون مهما كانت اعتقاداتهم الدينية Voir: «Qu'est- ce que la laïcité ? » disponible en ligne à l'adresse: <http://www.gouvernement.fr>.

² - Dominique TURPIN, Libertés publiques et droit fondamentaux , édition du Seuil, Paris, 2004, p.10.

³ - Jean Jacques ROUSSEAU , Du Contrat Social , Edition TALANRIKIT , Bejaïa, 2002 , pp. 17-18.

3- مبدأ الفصل بين السلطات حتمية لحماية الحقوق و الحريات: بالنسبة لمونتسكيو يرى أن الحرية هي كل التصرفات التي يمكن أن تصدر عن الفرد و يجيزها القانون، و بالتالي القانون هو الذي يضع حدود للحريات¹، و لا يمكن تحقيق ذلك إلا بوضع دستور متوازن، و قوانين تضمن للأفراد الحق في الأمن، كي يتمكن الأفراد من التمتع بالحرية، فمونتسكيو كان يبحث على الوسائل التي من شأنها أن تضع حدود للسلطة، و لتحقيق ذلك جاء تصوره لمبدأ الفصل بين السلطات، الذي يهدف إلى عدم تركيز السلطة في يد شخص واحد أو هيئة واحدة، و تجنب الانفراد بالسلطة لحماية الحقوق و الحريات العامة، و ذلك بوضع حدود للسلطة بسلطة أخرى أي " سلطة توقف سلطة "، و لكن هذا المبدأ ليس مطلق يمكن أن يكون تعاون بين السلطات كالتعاون بين السلطة التشريعية و التنفيذية.²

وعلى هذا الأساس جاءت الحركة الدستورية معتمدة على الأفكار الفلسفية التي جاء بها مدرسة القانون الطبيعي، و الفلاسفة أمثال جون جاك روسو و مونتسكيو في القرن 18، رافعة شعار " الحرية " بحيث كرسها دستور الولايات المتحدة الأمريكية لسنة 1787، و إعلان حقوق الإنسان و المواطن الفرنسي لسنة 1789، و نلمس ذلك من خلال النصوص التي جسدت تلك الأفكار و ربطت وجود الدستور في حد ذاته المقيد للسلطة، و الراسم لحدودها بتبني مبدأ الفصل بين السلطات و حماية الحقوق و الحريات³، ذلك الأمر غير من مفهوم السلطة التي كانت تتصف بالإطلاق إلى السلطة المقيدة، و جعلت من الدستور ضابط لحدود السلطة صاحبة السيادة و ضامن للحقوق الأساسية، و ذلك بجعل الدستور يسمو في النظام القانوني للدولة تستمد منه السلطة وجودها، و شرعية أعمالها التي يجب أن

¹ - ذلك يعد مفهوم الحريات العامة التي سادت في ظل الدولة الشرعية (l'Etat l'égal)، قبل ظهور دولة القانون القائمة على حماية الحقوق الأساسية.

² - « Montesquieu », disponible en ligne à l'adresse: <http://www. lemondopolitique.fr/ cours/ philosophie politique/ déclin/ montesquieu.html>.

³ - تنص المادة 16 من إعلان حقوق الإنسان و المواطن لسنة 1789 على أنه: " كل مجتمع لا تكون فيه ضمانات للحقوق و فصل السلطات محدد هو مجتمع لا دستور له إطلاقاً"، ذلك النص يعد نصاً ثوري، و يمكن اعتباره النص المؤسس للحركة الدستورية في العصر الحديث.

لا تخالف المرجعية الدستورية و إلا كان عملها مشوب بالبطلان، تلك المفاهيم مهدت لظهور نظرية دولة القانون في القرن العشرين، القائمة على سمو الدستور و ضمان الحقوق الأساسية، و القضاء الدستوري كحامي للدستور.

ب - موقف الفقه الماركسي من الحقوق و الحريات: ظهور الفقه الماركسي سببه التحول نحو المجتمع الصناعي و نقد الليبرالية، و انتقال الصراع الذي كان بين الطبقة الارستقراطية و البورجوازية، إلى صراع ثاني بين الطبقة العمالية " البروليتاريا"¹ و البورجوازية، هذه الأخيرة انتهجت أسلوب استغلال العمال بحرمانهم من حقوقهم، و حرياتهم، تزامنا مع الثورة الصناعية في أوروبا في القرن التاسع عشر، الشيء الذي نتج عنه في النهاية طغيان المذهب الفردي و حرمان عامة الشعب من حقوقهم الاجتماعية و الاقتصادية، و عليه جاء المذهب الماركسي بأدوات جديدة من شأنها أن تقضي على نظام الاستغلال الذي تعاني منه الطبقات العمالية، وإقامة نظام اقتصادي جديد يمنح الأولوية للحقوق الاقتصادية و الاجتماعية من خلال القضاء على الملكية الفردية، والحلول محلها الملكية الجماعية لوسائل الإنتاج.

فترى النظرية الماركسية أن ظهور الدولة و وجودها مرتبط بظاهرة الصراع الطبقي لما تمثله في النهاية من سيطرة لإحدى الطبقات في المجتمع على غيرها من الطبقات الأخرى، مستمدة قوتها و سيطرتها مما تملكه من أدوات الإنتاج و سيطرتها على الجانب الاقتصادي الذي يتبعه سيطرة حتمية على الجانب السياسي².

¹ - البروليتاريا في الفكر الماركسي، هي الطبقة الاجتماعية المعاكسة للطبقة الرأسمالية، تتكون البروليتاريا من العمال، فالبروليتار، لا يملك رأس مال، و لا وسائل إنتاج، و من ثم لإشباع حاجاته فهو يعتمد على أجرة عمله، فالبروليتار هو كل عامل مأجور مهما كان ثمن أجرته، و يعرف ماركس البروليتاريا في كتابه رأس المال (Le capital)، على أن: " مفهوم البروليتار هو العامل المأجور الذي ينتج رأس المال و ينمي، و يقوم الشخص الرأسمالي بالتخلص منه - أي من البروليتار - بمجرد يكون بغير حاجة له... ". Voir, Karl Marx, Le capital, 1867, Garnier Flammarion, Paris, 1969,p.675.

² - نعمام أحمد الخطيب، الوسيط في النظم السياسية و القانون الدستوري، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، 2006، ص.73.

فنظرة الماركسيين معاكسة لنظرة الليبراليين، فالحياة الطبيعية " في بدايتها كان يسودها الاضطهاد، أما الحرية فلا تتأتى إلا بالتحرر"¹، و يرى ماركس أن الحقوق والحريات تنبني على ثلاثة أسس، الأساس الأول، تهيئة البيئة الاقتصادية، والثاني، هو أن يكون للدولة دور ايجابي، و الثالث، يجب إعطاء الأولوية للحريات الاقتصادية والاجتماعية².

و من أجل كفالة الحقوق الاقتصادية و الاجتماعية، يجب القضاء على النظام الرأسمالي البورجوازي، و طالما أن الدولة ما هي إلا آلة قمعية للحريات في يد البورجوازية، فيجد عليها أن تزول و ذلك بإتباع ثلاثة مراحل زمنية الأولى و هي، المرحلة التي تكون فيها الدولة الرأسمالية قائمة أين تنعدم فيها الحريات لأنها في الحقيقة وهمية و شكلية، لكن بنظر ماركس أن هذه المرحلة مهمة لأن في ظلها يبدأ العمل لتغيير النظام القائم، بواسطة تشكيل الأحزاب العمالية التي تعمل على نشر الدعاية و توعية الطبقات الكادحة، و من ثم القيام بالثورة بالقضاء على النظام الرأسمالي، بالقضاء على الدولة، بواسطة سيطرة البروليتاريا على وسائل تحكم الدولة المتمثلة في: الجيش، الشرطة، الإدارة، رؤوس الأموال و البنوك³، و قيام محل الدول ديكتاتورية البروليتاريا، و من ثم الانتقال للمرحلة الثانية، في ظل ديكتاتورية البروليتاريا التي تعمل على تحقيق القضاء على استغلال الإنسان للإنسان، بإلغاء جميع القيود التي تحد من نشاط الحكام.

و بالتالي فماركس يقلب المفاهيم رأسا على عقب فبعدها كانت حرية الأفراد هي قيد على الحكام و هي وسيلة لمجابهة استبداد الحكام، فالحرية تحتكرها ديكتاتورية البروليتاريا و يكون للحكام حرية العمل، حتى يتمكنوا من خلق الظروف الاقتصادية و الاجتماعية اللازمة لتمكين المواطنين من ممارسة الحرية فعليا، فمفهوم الحرية لدى ماركس هو مدى مساهمة الأفراد في السلطة الثورية، و كل من يقاوم نظام الحكم فلا حرية له، و بعد تمكن ديكتاتورية

¹ -Dominique TURPIN, Libertés Publiques et Droits Fondamentaux, ...op.cit, p.10.

² - سعاد الشراوي، النظم السياسية في العالم المعاصر تحديات و تحولات، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص.321.

³ - Marxisme , Idéologie inspirée par l'œuvre de Karl Marx , disponible en ligne à l'adresse: <http://fr.wikipedia.org/wiki/Marxisme>.

البروليتاريا من بسط سلطتها تأتي المرحلة الثالثة، التي تعمل فيها هذه الأخيرة على القضاء كل بقايا النظام الرأسمالي البورجوازي، بالنهوض بمستوى الإنتاج القومي.

و من ثم تنتهي ديكتاتورية البروليتاريا و تبدأ مرحلة الشيوعية، و تضمحل الدولة ثم يزول الحكام و السلطة السياسية، و من ثم في هذه المرحلة يمكن كفالة جميع الحقوق و الحريات العامة سواء منها التقليدية أو الجديدة و هي الحريات الاقتصادية و الاجتماعية عن طريق المساواة بالقضاء على الطبقة¹، فالهدف هو تحقيق مجتمع حر و متساوي و متآخي، المتخلص من العلاقات الهرمية، المتمثل في العمل المأجور، و الدولة².

و من أهم الانتقادات الموجهة للنظرية الماركسية، أنه ظهرت أنظمة ماركسية تبنت الديكتاتورية كأسلوب للحكم كمرحلة انتقالية، أو مؤقتة للقضاء على الرأسماليين المستغلين و على الطبقة في المجتمع للانتقال لمرحلة الشيوعية، و لكن من الناحية الواقعية تلك النظم كرسست الظلم و الاستبداد، و لم يشهد أنه وقع ذلك الانتقال للشيوعية التي تحقق الحريات بجميع مفاهيمها، بل تلك الأنظمة أدت إلى ظهور طبقة حاكمة تستأثر بجميع الامتيازات على حساب عامة الشعب، وحرموا الأفراد من الحقوق الفردية و الجماعية كحرية الرأي و التعبير، الحقوق السياسية، حق الملكية...الخ، و سلطت تلك الأنظمة أساليب مختلفة لقمع الحريات و تكبييلها مستعملة في ذلك الإكراه و القوة بواسطة الأجهزة الأمنية المختلفة.

فإن كان ماركس يؤمن بالحرية للجميع، و لكن بنظره لا يتأتى إلا بالقضاء على الاستغلال الرأسمالي و رواسبه، فإن ذلك لا يبرر القضاء على الحرية ولو مؤقتا، لأن هذا التوقيت لا يمكن التحكم فيه³، و قد حرمت تلك النظم أجيال كاملة في القرن العشرين من التمتع بالحقوق الأساسية الشيء الذي تولد احتقان بين الشعب و الأنظمة الاشتراكية، و تنامي ذلك الصراع في فترة الثمانينات من القرن الماضي مع دخول الدول الاشتراكية في

¹ - سعاد الشرقاوي، المرجع السابق، ص 321 - 322.

² - Marxisme, Idéologie inspirée par l'œuvre de Karl Marx, ...op.cit.

³ - سعاد الشرقاوي، المرجع السابق، ص. 324.

أزمة سياسية و اقتصادية خانقة، أدى في النهاية إلى زوال النظم الاشتراكية في أوروبا الشرقية، و يبقى الفكر الماركسي لحد الساعة الزاد الفلسفي لمجابهة الليبرالية الجديدة التي لا يمكن وصفها أحيانا إلا بالليبرالية المتوحشة، و مجابهة عولمة الاقتصاد التي عمقت الهوة بين الطبقات الاجتماعية، فالصراع الطبقي كما فسره ماركس مازال لحد الساعة قائما، و قد نجد من الانتقادات الموجهة للنظرية الماركسية، عندما نطبق الاشتراكية الديمقراطية، التي تعترف بالحقوق السياسية للأفراد وفقا للمبدأ الديمقراطي، و لكنها تدعم هذه الحقوق دون أن يؤدي للاستغلال¹ بتوزيع عادل للثروة بين أفراد المجتمع، و تحقيق العدالة الاجتماعية.

ثانيا - التعاريف الفقهية المختلفة للحقوق الأساسية: لم يضبط الفقه لحد الساعة تعريف موحد للحقوق الأساسية، و لذلك سنتناول مجموعة من التعاريف الفقهية، لنصل في الأخير إلى إقتراح تعريفا للحقوق الاساسية.

أ-محاولة لتعريف الحقوق الأساسية في المناقشات البرلمانية: تم طرح إشكال إيجاد تعريف للحقوق الأساسية على مستوى البرلمان الفرنسي في مجلس الشيوخ، أين وجه السيناتور هوبرت هانيل (Hubert Haenel)، سؤال كتابي لوزير العدل حافظ الأختام طالبا منه: "القيام بجرد و تعريف الحقوق الأساسية كما هي موجودة في مبادئ ونصوص القانون الدولي، القانون الأوروبي، و القوانين الوطنية، باعتبار أن هذه الحقوق أصبحت تثار دائما في المناقشات البرلمانية، و من ثم يجب على البرلمان والحكومة أن يستندا على نفس المعايير الضابطة للحقوق الأساسية"²، وكان رد الوزير كتابيا أين أكد فيه على أنه:"وإن كان من الضروري إيجاد تعريف للحقوق الأساسية، فإنه من جهة أخرى يصعب الوصول لذلك المبتغى، ذلك أن الحقوق المعترف بها على المستوى الوطني، الأوروبي، والدولي، هي

¹ - سامي جمال الدين، القانون الدستوري و الشرعية الدستورية على ضوء قضاء المحكمة الدستورية العليا ، الطبعة الثانية، منشأة

المعارف، الاسكندرية، 2005، ص.192.

² - « Définition des droits fondamentaux », Question écrite n° 18050 de M. Hubert Haenel (Haut-Rhin - RPR) publiée dans le JO Sénat du 22/07/1999, p. 2469.

متباينة من جهة ومن جهة أخرى يختلف مضمونها، و قد حاولت لجنة الأوروبية لحقوق الإنسان سنة 1975، ضبط قائمة تتضمن الحقوق الأساسية لخدمة متطلبات المجتمعات الأوروبية، وذلك بإضافة الحقوق الاقتصادية والاجتماعية، التي لم تتضمنها الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان و الحريات الأساسية¹، لكن ذلك المشروع تم تركه بسبب عدم التوصل إلى إجماع من شأنه يحدد الحقوق الأساسية"، و بعد عرض وزير العدل للاتفاقيات المختلفة المبرمة على المستوى الأوروبي في مجال الحقوق و الحريات، توصل الوزير في رده إلى نتيجة مفادها: " يصعب جرد الحقوق الأساسية و توحيدها وتعريفها، ولكن تلك المسألة تعد ضرورية، و استمرار الأعمال المتعلقة بميثاق الحقوق الأساسية الأوروبي الذي تعمل الحكومة الفرنسية على تفعيلها يعد مرحلة مهمة"²، أي مرحلة على غاية من الأهمية لجرد الحقوق الأساسية و تعريفها.

ب- تعريف روبرت بادنتير (Robert Badinter) و برونو جينفوا (Bruno Genevois):

اللذان عرفا الحقوق الأساسية بمناسبة أشرفهم على تقديم التقرير الفرنسي للمؤتمر الثامن للمحاكم الدستورية الأوروبية، على أنها: " تعني مجموع الحقوق و الضمانات التي يقرها النظام الدستوري للأفراد في روابطهم مع السلطات الوطنية، و هذه الحقوق يطلق عليها حقوق أساسية لأنها من جانب ترتبط بالإنسان الذي يعد الأساس لكل حق، و من جانب

¹ - و تسمى كذلك الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان المبرمة بين دول أعضاء المجلس الأوروبي بتاريخ 04 نوفمبر 1950 و التي دخلت حيز التنفيذ بتاريخ 03 سبتمبر 1953 تلك الاتفاقية تهدف إلى تحديد حقوق الإنسان و الحريات الأساسية و وضع جهاز قضائي يسهر على فرض احترام تلك الحقوق من قبل الدول الأعضاء و الحقوق التي كرستها الاتفاقية هي : الحق في الحياة، منع التعذيب، منع الرق و العمل الجبري، الحق في الأمن، الحق في محاكمة عادلة، مبدأ لا عقوبة بدون نص، الحق في احترام الحياة الخاصة و العائلية، حرية الرأي و الفكر و المعتقد، حرية التعبير، حرية الاجتماع و تشكيل الجمعيات، الحق في الزواج، الحق في الطعن في حالة المساس بالحقوق المضمونة في بموجب الاتفاقية، منع التمييز ... وقد تم إبرام عدة اتفاقيات تعد مكملة للاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان ، كالاتفاقية الأوروبية المتعلقة بالحقوق الاجتماعية بتاريخ 18 أكتوبر 1961 و اتفاقية إطار لحماية الأقليات الوطنية المبرمة بتاريخ 10 نوفمبر 1994 و اتفاقية الأوروبية المتعلقة بالسمعي البصري العابرة للحدود المؤرخة في 05 أبريل 1989.

² - Définition des droits fondamentaux, Question écrite n° 18050..., op.cit, p. 2469.

آخر، لأن آثار إقرارها تتجاوز كل نظام قانوني، و هذه الحقوق متميزة تشمل الحريات الدستورية، فضلا عن الحقوق الاجتماعية و المكونات المختلفة لمبدأ المساواة¹.

ج- **تعريف إمانويل برين** (Emmanuel Breen): يعرف الحقوق الأساسية على أنها: " حقوق الإنسان التي تلتزم الدولة على احترامها و فرض احترامها على أساس نصوص القانون الدولي أو النصوص الدستورية"²، و من ثم يؤكد الأستاذ إمانويل برين، على أن ذلك الأمر يمنح الحقوق الأساسية خاصيتين بالنسبة لحقوق الإنسان و هي:

1 - الحقوق الأساسية معترف بها بموجب نصوص أو القيم من قيمة دستورية أو دولية³، هذه النصوص أو القيم هي أساسية باعتبارها تسموا على جميع القواعد (Norme) المتدرجة في الهرم القانوني، و بالتالي فهي تتمتع بقيمة قانونية أسمى جاعلة من حقوق الإنسان في قلب النظام القانوني كأساس للقانون العام و الخاص كذلك.

2 - لا تتحول حقوق الإنسان إلى حقوق أساسية، إلا إذا كان هناك قضاء مستقل يستطيع حماية تلك الحقوق بفعالية، أي بمعنى عندما يكون هناك قضاء يتمتعون بالقوة اللازمة التي تمكنهم من إلزام الدولة على احترام الحقوق الأساسية، و هذا ما جسده المادة 16 من إعلان حقوق الإنسان و المواطن لسنة 1789، أي وجوب ضمان إجراءات الطعن التي تهدف لحماية حقوق الإنسان، فلا يكفي النص أو الإقرار بوجود الحقوق بل يجب وضع الميكانزمات التي من شأنها أن تحمي تلك الحقوق⁴.

و يرى الأستاذ إمانويل برين أن هناك ضرورة إنسانية في حماية الحقوق بواسطة نصوص أساسية، و عن طريق تضمين طرق للطعن، تتميز تلك الحماية بأنها حديثة و

¹ - محمد فوزي نويجي، فكرة تدرج القواعد الدستورية (دراسة تحليلية نقدية)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص. 123.

² - Emmanuel BREEN, op.cit.

³ - معزوز علي، حقوق الإنسان بين العالمية و الخصوصية، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم ، تخصص قانون، جامعة مولود معمري تيزي وزو ، كلية الحقوق و العلوم السياسية، تاريخ المناقشة 2016/12/01، ص.38-39.

⁴ - Emmanuel BREEN, op.cit.

غير كاملة، بحيث لم تظهر إلا بعد الحرب العالمية الثانية بعد الانتهاكات الجسيمة للنظام النازي لحقوق الإنسان¹.

د- تعريف برترون ماتييو (Bertrand Mathieu)، و ميشال فريوا (Michel Verpeaux): قدم الأستاذين تعريفا شكليا و موضوعيا للحقوق الأساسية، فالتعريف الشكلي للحقوق الأساسية: " هي مجموعة الحقوق المنصوص عليها في الدستور، أو في النصوص الدولية (المعاهدات، و المواثيق...الخ) التي يهدف موضوعها إلى تحديد قائمة لتلك الحقوق، هذه المبادئ تحمي بموجب قواعد قانونية سامية، حسب مرتبتها في الهرم القانوني، و في آليات الحماية بما فيها القضائية².

من خلال التعريف الشكلي الاعتراف بحق بموجب نص دستوري أو نص دولي هو كافي بأن يسند صفة " الحق الأساسية" لذلك الحق، و بالتالي يعتبر حقا أساسيا في النظام القانوني³.

أما التعريف الموضوعي للحقوق الأساسية: " ينطلق من فكرة أن الحق الأساسي هو غير مرتبط بالقاعدة التي تنص عليه، أي عكس المفهوم الشكلي الذي يقتصر الحقوق الأساسية في الحقوق المنصوص عليها في الدستور، و النصوص الدولية، فالمفهوم الموضوعي يعتبر الحق هو أساسي بالنظر للأهمية التي يسندها المجتمع لذلك الحق، و من الناحية القانونية بالنظر للأهمية التي تسندها له السلطة واطعة الحق، و من ثم يمكن أن يكون حقا أساسيا إذا تبناه و نص عليه القانون، أو القضاء، أو حتى سلطة غير قضائية⁴.

¹ - Bertrand Mathieu, Michel VERPEAUX, op.cit, pp.12-13.

² - Ibid.

³ - Ibid.

⁴ - Ibid.

و عليه يمكن أن يكون حق أساسي إذا أعترف له الدستور، أو المعاهدة، أو القانون، أو أي قاعدة في الهرم القانوني صادرة من سلطة من السلطات، و بالنتيجة القول أن حقا أساسيا هو غير مرهون بالقاعدة القانونية التي تنص عليه، بل هو مرهون بالأهمية التي يعترف له بها، في ظل نظام من القيم التي تؤسس النظام القانوني، لأن تلك الحقوق و الحريات هي أساسية، فهي تخلق النظام القانوني و لا يمكن في ظله تجاهلها¹.

و من ثم إذا تحدثنا على الحقوق الأساسية وفق المفهوم الموضوعي، فإننا نميز بين حقوق أساسية دستورية، اتفاقية، أي ناتجة على المعاهدات، و تشريعية أو حتى حقوق لا يكون مصدرها القاعدة القانونية، فوجود ميكانيزم للحماية القضائية هو ليس شرط لوجود الحق الأساسي، لأنه يستمد وجوده من التنصيص عليه بموجب قاعدة، أما وجود ميكانيزم للرقابة ما هو إلا ضمان للحق الأساسي².

نلاحظ في الأخير أنه لا وجود لفرق كبير بين التعريف الشكلي للحقوق الأساسية و التعريف الموضوعي، باعتبار أن الحقوق الأساسية هي الحقوق المعترف بها بموجب النصوص المؤسسة، سواء على المستوى الوطني أو الدولي، كإعلانات حقوق الإنسان، و الدساتير³.

هـ- تعريف أندرياس أوار (Andreas Auer): يعرف الحقوق الأساسية على أنها: " مجموعة الحقوق و الضمانات التي يعترف بها النظام الدستوري للأفراد في علاقاتهم مع سلطات الدولة، فهي حقوق (أساسية)، لأنها متعلقة بالإنسان أساس كل الحقوق هذا من جهة، و من جهة أخرى فإن الاعتراف بأن حقوقا أساسية يؤدي إلى مرورها أو يجب أن تمر

¹ - Bertrand Mathieu, Michel VERPEAUX, op.cit, pp.12-13.

² - Ibid.

³ - Ibid.

على جميع النظام القانوني، و من ثمّ فالحقوق الأساسية تشمل الحريات الدستورية أو العامة، بما فيها الحقوق الاجتماعية، و جميع العناصر المكونة لمبدأ المساواة¹.

و - **تعريف كوستنس قراو (Grewe Constance):** و هي قاضية على مستوى المحكمة الدستورية الألمانية، فتعرف الحقوق الأساسية على أساس معيار اختصاصات المحكمة الدستورية الألمانية، بناء على اجتهادها القضائي على أن: "الحقوق الأساسية هي عناصر لنظام قيم أساسه القانون الأساسي (الدستور الألماني)، لها طابع موضوعي (Objective)، و تسمح إلى تقوية الحماية الشخصية (Subjective)، و من جهة أخرى فرض على الدولة التزامات ايجابية لتنمية الحقوق الأساسية"².

ز - **محاولتنا لتعريف الحقوق الأساسية:** يمكن تعريف الحقوق الأساسية على أنها: "مجموع الحقوق و الضمانات الضرورية لقيام دولة القانون في إطار النظام الديمقراطي، والتي يضمنها الدستور للأشخاص القانونية، أين تمثل تلك الحقوق الشرعية الفوقية في النظام القانوني للدولة، جاعلة من كل عمل صادر عن السلطات العمومية باطلا، إذا انتهك تلك الحقوق أو أفرغها من محتواها، مما يتطلب إنشاء مؤسسات تتمتع بالاستقلالية اللازمة لمراقبة مدى احترام السلطة العامة لتلك الحقوق، بتقرير الجزاء عند انتهاكها، بإبطال العمل المعيب و تقرير المسؤوليات، و تشمل الحقوق الأساسية، الحقوق المضمونة بموجب النصوص الدستورية، و ما تنتج من حقوق في الهرم القانوني.

¹ - Andreas AUER, « Les droits fondamentaux et leur protection », Revue Pouvoirs, n° 43, 1987, p. 87. Voir aussi : Arnaud REMEDEM, La protection des droits fondamentaux par la Cour de justice de l'Union européenne, Thèse pour le doctorat en droit, Université d'Auvergne Clermont 1 – École de Droit, soutenue le 5 décembre 2013, pp.5-4.

² - Anne – Charlene BEZZINA, Les questions et les moyens soulevés d'office par le conseil constitutionnel, Thèse pour le doctorat en droit, Université Paris 1 Panthéon- Sorbonne, soutenue le jeudi 29 novembre 2012, Dalloz, Paris, 2014, p.607.

الفرع الثاني: الضمانات القضائية كوسيلة لتعريف الحقوق الأساسية

تعتبر نظرية الحقوق الأساسية من أصول الفكر القانوني الألماني، و لم تدخل حيز التطبيق إلا بعدما أصبحت القواعد المتعلقة بحقوق الإنسان من قيمة دستورية مضمونة في النظام القانوني بموجب النصوص الدستورية، فنظرية الحقوق الأساسية ما هي إلا نتاج نظرية دولة القانون التي تضع الدستور فوق كل السلطات و تمنحه صفة سمو، و تجعل الحقوق الأساسية حقوقا من قيمة دستورية، و لحدثة نظرية الحقوق الأساسية و تداخلها بمفاهيم قانونية كثيرة حقوق الإنسان، الحريات العامة، الحقوق و الحريات... الخ، كما تم تبيينه في سابقا، فإنه يصعب من الناحية الفقهية وضع تعريف جامع لها، و لذلك يجب الرجوع للاجتهادات القضائية في هذا المجال، و عليه سنحاول إعطاء بعض المفاهيم للحقوق الأساسية من خلال، وجود ضمانات قضائية وسيلة لتعريف الحقوق الأساسية (أولا)، تعريف القضاء الدستوري للحقوق الأساسية (ثانيا).

أولا- وجود ضمانات قضائية وسيلة لتعريف الحقوق الأساسية: لقد صدر في فرنسا قانون بتاريخ 30 جوان 2000 تحت رقم 597-2000 المتعلق بالأمور الاستعجالية أمام القضاء الإداري، أين تبني المشرع الفرنسي لأول مرة طريقة من طرق الطعن القضائية خاصة بحماية الحريات الأساسية بحيث نصت المادة 06 من القانون المذكور على أنه: " في حالة الاستعجال يقدم طلب مسبب أمام القاضي الاستعجالي، الذي يمكن له أن يتخذ كل التدابير الضرورية لحماية الحريات الأساسية المنتهكة من قبل شخص معنوي الخاضع للقانون العام، أو الهيئات الخاضعة للقانون الخاص المكلفة بتسيير مرفق عام، أثناء ممارسته لسلطاته متى كانت تلك الانتهاكات تشكل مساس خطير و غير مشروع لتلك الحريات، يفصل قاضي

الاستعجال في ذلك الطلب في اجل 48 ساعة¹، و يطلق على هذا الإجراء اسم استعجال الحريات (Référé des libertés).

الملاحظ انه في النظام القانوني الفرنسي قبل استحداث هذا الإجراء، كان يعرف أنظمة قضائية خاصة لحماية الحقوق و الحريات من صنع الاجتهاد القضائي، كنظرية الاعتداء المادي (Théorie de la voie de fait)، ذلك الاعتداء تلحق به الإدارة انتهاك جسيم بحرية أساسية، أو بحق الملكية، نتيجة عملا مادي، أو حتى عند مباشرتها لتنفيذ قرار إداري كالقرارات الغير شرعية، أو تنفيذ قرار إداري ملغى من قبل السلطة القضائية، و قد تتعلق بتنفيذ قرار إداري قد يكون شرعي و لكن بإجراءات معيبة و باطلة، و يختص القاضي العادي بصفة خاصة في دعاوي المسؤولية، أما القاضي الإداري يختص في إبطال القرارات الإدارية المعيبة².

و لكن هذه الضمانات تقتصر على حماية " الحريات العامة " و ليس " الحقوق الأساسية"، بحيث وجدت في ظل نظرية الدولة الشرعية³ (L'État légal)، التي تقوم على أساس حماية الحريات المضمونة في نصوص القانون العادي الصادر عن البرلمان المعبر عن الإرادة العامة، وذلك بإلغاء أعمال الإدارة التي من شأنها تشكل انتهاك للحريات المضمونة في القانون.

كما أن القاضي الإداري يمارس حماية للحريات العامة في مجال رقابته لأعمال البوليس الإداري، تلك الرقابة منبثقة كذلك من نظرية ذات أصل قضائي نشأة في إطار الدولة الشرعية لحماية الحريات العامة ضد اعتداءات الإدارة⁴، و يعرف البوليس الإداري

¹-Loi n°2000-597 du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives, cf. Site: www.legifrance.gouv.fr.

²- Raymond GUILLIEN et Jean VINCENT, Lexique des termes juridiques, 13^e édition, Dalloz, Paris, 2001, pp.572-573.

³ - Marie – Joëlle REDOR, « Garantie juridictionnelle et droits fondamentaux », Revue C.R.D.F, n°1,2002, p.95.

⁴- Marie – Joëlle REDOR, op.cit, p.95.

فقها من قبل الأستاذ أندري دي لوبار على أن: " البوليس الإداري هو شكل من أشكال تدخل بعض السلطات الإدارية يتضمن فرض حدود على حريات الأفراد بغرض ضمان حماية النظام العام"¹، إذا فالإدارة تتدخل بواسطة اختصاصاتها للمحافظة على النظام العمومي عن طريق التنظيم أي بواسطة القرارات الإدارية التنظيمية و هي قرارات ذات طابع عام، و كذلك عن طريق قرارات فردية أو ذات طابع خصوصي كما تملك سلطة الإكراه، هذه الأعمال التي تقوم بها الإدارة تفرض حدود على ممارسة الحريات، وبالتالي يمكن للإدارة أن يصدر عنها تصرف ينتهك الحريات العامة، و لذلك القضاء الإداري هو السلطة القضائية التي تراقب التدابير التي تتخذها الإدارة في مجال الضبط أو البوليس الإداري². ولكن تبقى دائرة حماية الحريات تنصب على الحريات التي يكفلها المشرع العادي أي الحريات العامة و ليس الحقوق الأساسية³.

و إن كان اجتهاد القضاء الإداري الفرنسي المتعلق برقابته التدابير الخاصة المتخذة من قبل البوليس و التي تشكل مساس بحرية التعبير، و حرية الذهاب و الإياب، أو الحق في احترام الحياة العائلية، فإنه قد يستند في بعض الحالات الخاصة، على الحماية الدستورية أو تلك المحددة في الاتفاقيات الدولية الخاصة بالحريات، كي يتسنى للقضاء الإداري رفض كل سلطة تقديرية للإدارة، و من ثمّ تبرير رقابته العادية للبوليس الإداري أمام عدم وضوح النصوص القانونية المتعلقة بتدابير الخاصة للبوليس، ففي جميع هذه الحالات القاضي الإداري يقوم بممارسة رقابته القوية لشرعية التدابير الإدارية، ولا يتعلق الأمر بالأساس بطريق من طرق الطعن الخاصة بحماية الحرية الأساسية⁴.

¹ - ناصر لباد، الوجيز في القانون الإداري، الطبعة الرابعة، دار المجدد للنشر و التوزيع، سطيف، 2010، ص.154.

² - سناء بولعراس، «سلطات القاضي الإداري في دعوى حماية الحريات الأساسية (الظروف العادية و الظروف الاستثنائية)»، الملتقى الدولي الثالث، دور القضاء الإداري في حماية الحريات الأساسية، أيام 28 و 29 أفريل 2010، المركز الجامعي بالوادي، ص.3-2.

³ - Marie – Joëlle REDOR, op.cit, p.95.

⁴ -Ibid.

و على عكس من ذلك فإن استعجال الحريات، هو شكل من أشكال الطعون الخاصة تنصب على حماية الحريات الأساسية، و إذا كانت نظرية الاعتداء المادي للإدارة تستعمل هي الأخرى مصطلح الحريات الأساسية، فإنه يتضح من مضمون القانون المؤرخ في 30 جوان 2000، باستناده و إحالته على الحريات الأساسية، قد كرس هذا القانون معنى مغاير تماما للمعنى الذي جاءت به نظرية الاعتداء المادي للإدارة.

و يجب التأكيد على أن نص المادة 06 من القانون المؤرخ في 30 جوان 2000، لم يستعمل فيه المشرع مصطلح الحقوق الأساسية، بل استعمل مصطلح الحريات الأساسية الذي هو رمزيا يختلف مفهومه عن فكرة الحقوق الأساسية، و الذي يمكن أن يكون له مفهوم قانوني آخر، و إن كان كتاب قانون الحريات الأساسية ينتقلون بلا شعور في كتاباتهم من مصطلح الحريات الأساسية إلى الحقوق الأساسية أو العكس¹.

إن إجراء استعجال الحريات² له اثر على تحديد تعرف للحريات الأساسية، من خلال إدخال في التعريف لإجراء قضائي خاص لحماية الحريات الأساسية من جهة، و من جهة أخرى فإن القاضي الإداري هو الذي سيحدد نطاق تطبيق هذا الإجراء ، و من ثمّ المساهمة في تعريف الحريات الأساسية³.

ثانيا - تعريف القضاء الدستوري للحقوق الأساسية: إنه من خلال سهر القضاء الدستوري على حماية الحقوق الأساسية و تحديد مداها، فإن ذلك لا محالة يؤدي به في الأخير على

¹ - Marie – Joëlle REDOR, op.cit, p.95.

² - تأثر المشرع الجزائري بالمشرع الفرنسي، و تبنى إجراء استعجال الحريات من بموجب المادة 920 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية الجزائري التي تنص على أنه : " يمكن لقاضي الاسعجال، عندما يفصل في الطلب المشار إليه في المادة 919 أعلاه ، إذا كانت ظروف الاستعجال قائمة ، أن يأمر بكل التدابير الضرورية للمحافظة على الحريات الاساسية المنتهكة من الأشخاص المعنوية العامة، أو الهيئات التي تخضع في مقاضاتها لاختصاص الجهات القضائية الادارية أثناء ممارستها سلطتها ، متى كانت هذه الانتهاكات تشكل مساسا خطير و غير مشروع بتلك الحريات . يفصل قاضي الاستعجال في هذه الحالة في أجل ثمانية و اربعين (48) ساعة من تاريخ تسجيل الطلب " ، أنظر قانون 08 – 09 المؤرخ في 25 فيفري 2008، المتضمن قانون الاجراءات المدنية و الادارية، جريدة رسمية عدد 21 المؤرخة في 23 أفريل 2008.

³ - Marie – Joëlle REDOR, op.cit, p.96.

تحديد تعريف للحقوق الأساسية على ضوء أحكامه و قراراته، و ذلك نلمسه في كل من موقف القاضي الدستوري الأمريكي، المصري، و الفرنسي.

أ - في الولايات المتحدة الأمريكية: استقر قضاء المحكمة العليا الأمريكية على أن وصف و تكييف الحقوق بأنها أساسية، ينطبق على طائفتين من الحقوق، أولاهما تلك التي كفلها و نص عليها الدستور صراحة و أخراهما تلك التي تعتبر حقوقا هامة و كفلها الدستور ضمنا، و تعد محكمة القضاة " وارن " صاحبة الفضل في تطوير نظرية الحقوق الأساسية بتطبيق نظرية الحقوق الأساسية في مناطق أساسية، هي الحق في الانتخاب و الترشح، و الحق في التقاضي و الوصول إلى المحاكم، و الحق في الهجرة و الانتقال بين الولايات، أين تعالت الأصوات في ذلك الوقت منادية بتوسيع نطاق الحقوق الأساسية لتشمل الحصول على الاحتياجات الضرورية، مثل الإعانات و الإسكان، و التعليم، بيد أن محكمتي القضاة "برجر و رينوكويست" رفضتا هذا المد و اعتبرت أن هذه الضرورات و على الرغم من أهميتها، إلا أنها لا يمكن وصفها بأنها أساسية¹.

و يعود سبب هذا الموقف الغير المنطقي للقضاء الأمريكي، هو أن هذا الأخير ينحاز للنظام الليبرالي المطلق الذي يحد من تدخل الدولة في مجال الحقوق الاجتماعية، و لا نتصور أن يتمتع الفرد بحقوق كالانتخاب و الترشح...الخ بدون أن يتمتع هذا الأخير بالحق في السكن، و العيش الكريم و التعليم و الصحة، فدائرة الحقوق الأساسية التي يجب أن يتمتع بها الفرد ككل هي غير قابلة للتجزئة فهي وحدة واحدة من حقوق شخصية و حقوق اجتماعية و غيرها، و لكن يمكن التوفيق بين الحقوق الأساسية عند معالجة المنازعة الدستورية.

¹ - حسام فرحات ابو يوسف، الحماية الدستورية للحق في المساواة (دراسة مقارنة) بين النظام المصري و النظام الدستوري الأمريكي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص 590.

ب - في مصر: فإن المحكمة الدستورية العليا تبنت مفهوم الحقوق الأساسية في تطبيقاتها، عند معالجتها لمبدأ عدم جواز معاقبة شخص عن فعل واحد مرتين، بحيث أكدت المحكمة على أن: " مبدأ عدم جواز معاقبة الشخص مرتين عن فعل واحد، من المبادئ التي رددتها النظم القانونية على اختلافها، و يعتبر جزءا من الحقوق الأساسية التي رددتها النظم القانونية على اختلافها، و يعتبر من الحقوق الأساسية التي تضمنتها الاتفاقيات الدولية لكل إنسان، و يخل إهداره بالحرية الشخصية التي يعتبر صونها من العدوان ضمانة جوهرية لآدمية الفرد و لحقه في الحياة ، ذلك أن الجريمة الواحدة لا تزر وزرين ¹ .

إذا المحكمة الدستورية العليا المصرية جعلت من مبدأ عدم جواز معاقبة شخص عن فعل واحد مرتين كحق من الحقوق الأساسية مستندة على النظم القانونية على اختلافها، و بالتالي أسست حكمها على النظام القانوني الداخلي من بينها الدستور باعتباره القانون الأساسي للدولة، و كذا على النظم القانونية في القانون المقارن هذا من جهة، و من جهة ثانية إستندت على الاتفاقيات الدولية و هنا نقصد المواثيق الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان كالإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948.

ج - في فرنسا: إذا رجعنا للدستور الفرنسي المؤرخ في 4 أكتوبر 1958، و حتى بالنسبة لديباجة دستور المؤرخ في 27 أكتوبر 1946 التي يحيل عليها دستور 1958، لا نجد أي حق أو حرية يوصف بالأساسي، ففي سنة 1946 كان الشغل الشاغل للسلطة التأسيسية هو استكمال إعلان حقوق الإنسان و المواطن لسنة 1789 بالحقوق الجماعية، والاجتماعية، وبالتالي فالحقوق تم معالجتهم بمصطلحات كلاسيكية، كالحقوق الشخصية، والحقوق الاجتماعية، على أنهما طائفتين من الحقوق منبثقة من أسس إيديولوجية مختلفة، و لكن لها نفس القيمة القانونية، و بالتالي فالاستناد على مصطلح " الحقوق الأساسية " هو أمر غير محتمل، خاصة و أن ذلك المصطلح كان قليل الاستعمال آنذاك، كما أنه حتى المؤسس

¹ - حسام فرحات ابو يوسف، المرجع السابق، ص.591.

الفرنسي لم يفكر في التمييز بين طائفتين حقوق الإنسان المقررة في إعلان 1789، و الحقوق الاجتماعية المقررة في ديباجة دستور 1946، فإن الفقه دخل في جدل من حيث تفسير مسألة تدرج بين الحقوق المختلفة، لعدم وضوح موقف إرادة المؤسس حول مرتبة أي إن كانت احدهما في مرتبة اقل من الأخرى، أو العكس أو التوحيد بينها تحت طائفة واحدة من الحقوق و هي " الحقوق الأساسية"¹.

في حين أنه و على العكس المنظومة الفرنسية، فإنه عقب الحرب العالمية تم تكريس فكرة الحقوق الأساسية صراحة بموجب الدستور الألماني لسنة 1949، و لم يتم تبني فكرة الحقوق الأساسية بموجب النصوص القانونية الفرنسية إلا منذ 1990، في محاولة تم إجهاضها كان هدفها تقرير نظام الرقابة على دستورية القوانين عن طريق الدفع تحت عنوان " أحكام القانون المتعلق بالحقوق الأساسية المعترف بها بموجب الدستور لكل شخص"².

فإذا كان الدستور الفرنسي الذي يعبر عنه الفقه الفرنسي تحت عنوان " الكتلة الدستورية " (Bloc de constitutionnalité) لم يتبنى فكرة الحقوق الأساسية، فإن التعديل الدستوري لسنة 1974 الذي فتح المجال للنواب و الشيوخ، الحق في إخطار المجلس الدستوري، أخرج المجلس الدستوري من حالة الجمود إلى حالة من الحركية أين تحول تدريجيا إلى حامي للحقوق و الحريات.

و قد تم تبني فكرة الحقوق أو الحريات الأساسية من قبل المجلس الدستوري الفرنسي تدريجيا في اجتهاداته، إذ ظهرت الفكرة كأول مرة بموجب قرار مؤرخ في 16 جانفي 1982 المتعلق بالتأميم أين اقر " أن حق الملكية لها صفة أساسية"³، و بموجب قرار مؤرخ في 10 و 11 أكتوبر 1984، وصف المجلس حرية الاتصال و الفكر و الرأي بأنها "حريات

¹ -Antoine LYON – CAEN, Pascal LOKEIC, op.cit, pp. 15-16.

² - Ibid, op.cit, pp. 15-16.

³ - CC n° 81-132 DC du 16 janvier 1982, cf site:www.conseilconstitutionnel.fr.

أساسية"¹ ، وفي قرار مؤرخ في 29 جويلية 1994، أعتبر المجلس "حرية التأليف و النشر و التكلم أنها حريات أساسية"²، و مع استمرار صدور قرارات المجلس الدستوري أسس هذا الأخير قواعد من طائفة خاصة من القواعد الدستورية، و هي " الحقوق الأساسية الدستورية"، و أقرّ المجلس بموجب قرار مؤرخ في 22 جانفي 1990، أن " الحقوق و الحريات ذات الصلة تحضى بنظام حماية خاص بحيث لا يمكن للمشرع الإنقاص من مستويات حمايتها"³، فالحقوق الأساسية لدى المجلس الدستوري الفرنسي تمثل طائفة مفتوحة، إذ يعمل المجلس على تحديد محتواها حالة بحالة.

و بموجب قرار مؤرخ في 13 أوت 1993، اعتبر المجلس أن " لكل المقيمين على تراب الجمهورية أن يتمتعوا بالحريات و الحقوق الأساسية من قيمة دستورية "⁴، بدون تحديد هذه الحريات و الحقوق، فأدرج فيها المجلس عدة حقوق، كالحق في الدفاع، حق اللجوء، الحريات الشخصية و الأمن، حرية الذهاب و الإياب، حرية الزواج، حرية العيش حياة عائلية عادية، و بموجب قرار رقم 98- 401 المؤرخ في 10 جوان 1998، أقر بأن الحقوق و الحريات الأساسية المعترف بها لأرباب العمل أو المستخدم و الأجراء، من بينها الحقوق المقررة بموجب المادة 04 من إعلان حقوق الإنسان و المواطن لسنة 1789، التي أقرت حرية المقاول، و المساواة أمام القانون في تحمل الأعباء العامة..."⁵، و في قرار آخر مؤرخ في 22 جانفي 1998، اعتبر المجلس أن " الحقوق الأساسية هي خاصة بكل كائن بشري"⁶ و هذا بموجب قرار رقم 98-408.

¹- CC n° 84-181 DC du 10 et 11 octobre 1984, cf. site :www.conseilconstitutionnel.fr.

² - CC n° 94-345 DC du 29 juillet 1994, cf. site :www.conseilconstitutionnel.fr.

³ - CC n° 89-259 DC du 22 janvier 1990, cf. site :www.conseilconstitutionnel.fr.

⁴ -CC n° 93-325 DC du 13 aout 1993, cf. site :www.conseilconstitutionnel.fr.

⁵ - CC n° 98-401 DC du 10 juin 1998, cf. site :www.conseilconstitutionnel.fr.

⁶- CC n° 98-408 DC du 22 janvier 1999, cf. site :www.conseilconstitutionnel.fr.

إذا الملاحظ أن المجلس الدستوري الفرنسي بتفعيل إجراءات الإخطار، تمكن من بناء نظرية للحقوق الأساسية من خلال اجتهاداته، و اعتبر أن الحقوق التي تعد من حقوق الجيل الأول و التي جاء بها إعلان سنة 1789، و حقوق الجيل الثاني التي جاءت بها ديباجة دستور 1946، تشكل في الأخير حقوقا أساسية¹، ذلك يساهم في اعتماد تعريف للحقوق الأساسية استنادا على تحديد دائرة تلك الحقوق.

المطلب الثالث: حداثة الحقوق الأساسية

مصطلح الحقوق الأساسية و إن كان استعماله حديث في الاصطلاح القانوني فإن مفهومه يوضع في قلب فلسفة حقوق الإنسان²، و لم يستعمل مصطلح "الحقوق الأساسية" إلا بعد الحرب العالمية الثانية، أي بعد سنة 1945 بحيث أستخدم في القانون الدولي، و بعض الدساتير الدول التي أرادت وضع نظاما جديد يشكل قطيعة مع النظم السياسية التي كانت قبل الحرب، بترسيخ الحقوق الأساسية في دساتيرها، كدستور ألمانيا لسنة 1949 الذي يأخذ إسم: "القانون الأساسي" (La loi fondamentale)³، نجد الفصل الأول حمل عنوان: "الحقوق الأساسية"⁴، و الدستور الياباني⁵ لسنة 1947، الباب الثالث الحامل لعنوان حقوق و واجبات الشعب، بحيث تنص المادة 11 منه على أن "الشعب لا يحرم من ممارسة أي حق من الحقوق الأساسية لشخص الإنسان، هذه الحقوق الأساسية هي مضمونة بالدستور الحالي، تمنح لشعب هذا الجيل، و الأجيال المقبلة كحقوق أبدية لا تنتهك"⁶.

¹ - Antoine Lyon – CAEN, Pascal LOKEIC, op.cit, p. 17.

² - Alexandre VIALA, « Droits fondamentaux (notion) », in Dictionnaire des droits fondamentaux, Sous la direction de: Dominique CHAGNOLLAUD, Guillaume DRAGO, Dalloz, Paris, 2010, p. 307.

³ - Loi Fondamentale pour la République fédérale d'Allemagne, Version mise à jour : novembre 2012, cf. site :<http://www.bundestag.de>.

⁴ - Alexandre VIALA, op.cit, p.307.

⁵ - La Constitution du Japon de 1947, disponible en ligne à l'adresse: <http://mjp.univ-perp.fr/constit/jp1946.htm>.

⁶ - وضع الفقيه الياباني " كيومييا " (Kiyomiya) نظرية دستورية تقوم على مفهوم "القاعدة الأساسية"، والتي ينظر إليها بطريقة مختلفة جدا عن نظرة كلين، ويتصور صاحب النظرية أن هناك هرم من القوانين، تكون فيه العلاقة بين القاعدة العليا والقاعدة

هذه الدساتير جاءت بعد الحرب العالمية الثانية كعقد اجتماعي جديد لدولة ألمانيا، و اليابان، اللتان خضعتا قبل الحرب لأنظمة ديكتاتورية لا تعترف بحقوق الإنسان¹، أين أسست دساتيرها على مبدأ دستوري ثابت و هو احترام الحقوق الأساسية، في هذا الإطار يتوجب علينا الحديث عن المعالجة الدستورية لمصطلح الحقوق الأساسية (الفرع الأول)، و على المصطلحات المتقاربة مع مفهوم الحقوق الأساسية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: المعالجة الدستورية لمصطلح الحقوق الأساسية

إن مصطلح الحقوق الأساسية يتميز بالحدثة، فهو لم يستعمل في الدراسات الدستورية و القانونية بشكل واسع إلا في العشرين سنة الأخيرة، ذلك يتبين من خلال مصطلح الحقوق الأساسية يعود أصله للنظرية الدستورية الألمانية (أولا)، و مصطلح الحقوق الأساسية في الدساتير الفرنسية (ثانيا)، و مصطلح الحقوق الأساسية في الدساتير الجزائرية (ثالثا).

أولا - مصطلح الحقوق الأساسية يعود أصله للنظرية الدستورية الألمانية: هذا ما جسده الفصل الأول الحامل لعنوان " الحقوق الأساسية" من القانون الأساسي (Loi Fondamentale)، و هو الدستور الألماني، فنجد ذلك الدستور عالج الحقوق الأساسية في 19 نصا، يحمل كل نص عنوان للحق أو الحقوق الأساسية التي هي محل الكفالة و الحماية، فالمادة 1 منه تحمل عنوان: "كرامة الإنسان - حقوق الإنسان - القوة الملزمة قانونا

اللأدنى ذات طابع "قسري"، فالقاعدة العليا "تأذن" للقاعدة الأدنى، أو "تحد" من القاعدة الأدنى، ويستمد الدستور نفسه صلاحيته من مستوى أعلى يسميها " كيوميا " بالقاعدة الأساسية، أو بالأحرى " القواعد الأساسية"، هذا هو "دستور الدستور"، الذي تكون مصدره السلطة التأسيسية.

Voir: Simon Serverin, «La légitimité de la Constitution dans la doctrine constitutionnelle japonaise», revue Droit et culture n°58/ 2009-2, point n°46, disponible en ligne à l'adresse :<http://journals.openedition.org/droitcultures/2191>.

¹ - من أجل تجنب سقوط ألمانيا و اليابان في التطرف، و بضغط من الدول الغربية الثلاثة (الولايات المتحدة الأمريكية ، بريطانيا ، فرنسا)، تم إرغام ألمانيا و اليابان آنذاك على تبني دساتير ديمقراطية تحترم كرامة الإنسان.

للحقوق الأساسية"، بحيث تنص الفقرة 03 منها على أن "تلتزم السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية بالحقوق الأساسية الآتية باعتبارها تشريعاً مباشراً ونافاً¹ هذا يشكل حرص المؤسس الألماني على تقييد كل سلطة من السلطات الثلاثة بالحقوق الأساسية، و المادة 2 تحمل عنوان: "الحريات الشخصية"²، إلى المادة 19 التي تحمل عنوان: " تقييد الحقوق الأساسية - حق التقاضي"³، و لا تقتصر الحقوق الأساسية على تلك المواد فقط، بل كذلك على مواد أخرى من الدستور.

كالمادة 20 الحاملة لعنوان: "المبادئ الدستورية - حق المقاومة"، و المادة 20 أ: "حماية المقومات الطبيعية للحياة و حماية الحيوانات"، المادة 21: "الأحزاب السياسية"⁴، و وضعت ضمانات لحماية الحقوق الأساسية، بإسناد تلك المهمة للمحكمة الدستورية الاتحادية طبقاً للمادة 93 الفقرة 1 على أن: "تبت المحكمة الدستورية في المسائل التالية: 4... أ. الشكاوى الدستورية التي يجوز لأي شخص أن يرفعها إلى المحكمة بدعوى أن السلطات العامة قد انتهكت أحد حقوقه الأساسية، أو أحد حقوقه الواردة في الفقرة (4) من المادة 20، أو المواد 33 و 38 و 101 و 103 و 104"⁵.

¹ - Art.1, Loi Fondamentale pour la République fédérale d'Allemagne.

² - Art. 2, ibid.

³ - Art. 19, ibid.

⁴ - Art. 20, 20 a, 21, ibid.

⁵ - يخول النظام الدستوري الألماني عدة طرق لحماية الحقوق الأساسية، إما بصفة مجردة تحركها السلطات العمومية و هي الحكومة الفيدرالية، حكومات الولايات، ثلث أعضاء الغرفة السفلى للبرلمان (البندستاغ)، فيمكن أن يتعلق الطعن حول دستورية قانون اتحادي أو قانون ولاية ساري المفعول، و الرقابة تكون بعدية و ليست قبلية، و ذلك طبقاً للمادة 93 الفقرة 1 النقطة رقم 2 من القانون الأساسي، و المادة 76 إلى 79 من قانون المحكمة الدستورية الفيدرالية، و قد تكون الرقابة بصفة محددة بواسطة إحالة من المحاكم إذا خلصت محكمة إلى أن القانون الذي تتوقف أحكامها على العمل به مخالف للدستور عملاً بالمادة 100 فقرة 1 من القانون الأساسي، و التي يحدد شروط قبوله بموجبه المواد من 80 إلى 82 من قانون المحكمة الدستورية الفيدرالية، كما يخول نص 93 الفقرة 1 النقطة رقم 4 أ حق لجوء الأفراد المباشر للمحكمة الدستورية للطعن في أعمال السلطات العمومية في حالة انتهاكها للحقوق الأساسية المباشر، تلك الأعمال يمكن أن تكون قانوناً صادر عن السلطة التشريعية، أو قرارات إدارية صادرة عن السلطة التنفيذية و ذلك في أجل سنة من صدوره طبقاً للمادة 83 فقرة 3 من قانون المحكمة الدستورية الفيدرالية، و قد ينصب الطعن حول أحكام القضائية بعد استنفاها كل طرق الطعن القضائية في حالة انتهاكها للحقوق الأساسية، و الملاحظ أن جل الطعون الدستورية التي يحركها الأفراد تتمحور حول انتهاكات سلطات الدولة للحقوق الأساسية، و تؤسس على انتهاك مبدأ التناسب و ذلك السبب شكل نسبة 96 % من موضوع الطعون المسجلة سنة 2009، و قد جسدت المحكمة الدستورية مبدأ سمو الحقوق الأساسية باعتبارها نظام

فالظاهر أن الدستور الألماني لم يعرف الحقوق الأساسية، ولكنه وفق لحد بعيد في تجسيد فكرة إعلاء الحقوق الأساسية و جعلها ملزمة على كافة السلطات العمومية و القضائية بشكل صريح من خلال نصوص الدستور التي ركزت على الحقوق الأساسية و على ميكانزمات حمايتها من الانتهاكات التي قد تطالها من قبل السلطات في الدولة.

و قد يشوب مفهوم الحقوق الأساسية لبعض الدساتير الأخرى اللبس، لاستعمال مصطلح "الحقوق الأساسية" مع مصطلحات الحقوق، و حقوق الإنسان، و الحريات العامة، مما أدى إلى صعوبة التمييز بينها، طالما أن المصطلحات المستعملة لوصف الحقوق والحريات ليست دائما دقيقة، بحيث يمكن ملاحظة ذلك بقراءتنا لدساتير الدول الأوربية التي أسست كلها على نظرية دولة القانون التي تجد مصدرها الفقهي في النظام القانوني النمساوي و الألماني¹، فالدستور الاسباني يتحدث على الحقوق و الواجبات الأساسية، والتي تتضمن الحقوق و الحريات، و حقوق و واجبات المواطنين و كذا ضمانات ممارسة الحريات و الحقوق الأساسية².

الدساتير الفنلندية و الهولندية يستعملون مصطلح الحقوق الأساسية، في حين الدستور اليوناني يستعمل مصطلح الحريات العامة و الحقوق الاجتماعية، و الدستور البرتغالي الحقوق و الواجبات الأساسية، والدستور السويدي الحريات والحقوق الأساسية³.

لقيم مرتبطة بشكل وثيق بسير المؤسسات و النظام الديمقراطي، هذه الحقوق جسدتها المحكمة في مواجهة قوة السلطات العمومية أي الدولة ، و كذلك في مواجهة أشخاص القانون الخاص.

Betty NGOTO, La protection des droits fondamentaux selon la loi fondamentale allemande, publiés le 4 Avril 2014 sur le blogs pédagogique de l' Université Paris Nanterre, disponible en ligne sur le site : www.blogs.u-paris10.fr. Voir aussi : Présentation de la Cour Constitutionnelle Fédérale d' Allemagne, cf. site: www.conseilconstitutionnel.fr, et voir aussi: Constance GREWE, « Le contrôle de constitutionnalité de la loi en Allemagne : Quelques comparaisons avec le système français», Revue Pouvoir , n°137, 2011-2 , p.143.

¹ - نباي فطة، « المجلس الدستوري و تدرج القواعد القانونية»، إدارة مجلة المدرسة الوطنية للإدارة ، عدد 43، 2012-1، ص.21.

² - Henri OBERDORFF , Droits de l' homme et libertés fondamentales, 2^e édition, L.G.D.J, Paris, 2010 , p.27.

³ - Ibid.

ثانيا- **مصطلح الحقوق الأساسية في الدساتير الفرنسية:** في النظام الفرنسي مصطلح الحقوق الأساسية غير موجود بصراحة في النصوص الدستورية المتعاقبة للمنظومة الفرنسية¹، كما أن مصطلح الأساسية لوصف الحقوق و الحريات كان تقريبا غير موجود في كتابات الفقه القانوني الفرنسي، و لم يستعمل المصطلح بشكل واسع إلا منذ منتصف الثمانينات من القرن الماضي، فشرح القانون الفرنسيين كانوا يستعملون بشكل واسع مصطلحات: "حقوق الإنسان"، و "الحريات العامة"، أو "الحقوق الشخصية أو الاجتماعية الدستورية"، أما مصطلح الحقوق أو الحريات الأساسية بدأ يحقق رواجاً بشكل تدريجي في الخطاب القانوني في نهاية الثمانينات، و حقق المصطلح الأخير انتشار واسع في منتصف التسعينيات على أساس عدة اعتبارات نوجزها فيما يلي:

أ - من الناحية الأكاديمية المقياس التقليدي "الحريات العامة" المدرس لطلبة الليسانس في الجامعات الفرنسية، تحولت تسميته بشكل تدريجي إلى "الحقوق الأساسية"، وسأيرت المؤلفات المتعلقة بالموضوع ذلك التحول.

مصطلح الحقوق الأساسية أصبح يعتمد عليه لتقسيم، و لتصنيف المواضيع المتعلقة بالاجتهاد القضائي فعلى سبيل المثال يستعمل في المجالات المهمة بالدراسات القانونية، و ككلمة مفتاح للوصول لبعض اجتهادات محكمة النقض أو مجلس الدولة الفرنسيين، على مستوى المواقع الإلكترونية الخاصة بهذه الهيئات القضائية².

ب- منذ نهاية التسعينيات أطروحات الدكتوراه المتعلقة بمواضيع الحقوق الأساسية تركت جميع المصطلحات الأخرى ذات الصلة، و تبنت خطاب قانوني حديث على أساس الحقوق الأساسية مستعملتا ذلك المصطلح³، لكن رغم ذلك التحول نحو اعتماد مصطلح "الحقوق

¹ - لحال مختارية، الحماية القضائية المستعجلة للحريات الأساسية دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في العلوم ، تخصص قانون عام، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، السنة الجامعية 2016-2017، ص 31.

² - Antoine LYON – CAEN , Pascal LOKEIC , Droits fondamentaux et droit social , Dalloz, Paris, 2005, pp. 14- 15.

³ - Ibid.

الأساسية " على المستوى الأكاديمي و الفقهي، فالملاحظ على مستوى نصوص الدستور الفرنسي لم يرد فيه مصطلح الحقوق الأساسية، و حتى التعديل الدستوري لسنة 2008 الذي تضمن إجراء جديد يمكن المتقاضي من الطعن في دستورية القوانين بطريقة غير مباشرة، لما تكون دعواه مطروحة أمام الهيئات القضائية، نجده استعمل مصطلح "الحقوق والحريات" (Droits et Libertés) بموجب المادة 61 مكرر 01، التي تنص على أنه: "إذا ثبت أثناء دعوى قيد النظر أمام جهة قضائية، أن حكما تشريعيا يمس بالحقوق والحريات التي يكفلها الدستور..."¹، و لم يستعمل مصطلح الحقوق الأساسية.

رغم ذلك تم تعميم ذكر المصطلح لدى فقهاء القانون الدستوري الفرنسيين منذ التسعينيات القرن الماضي، و كان ذلك تأثرا باجتهاد المجلس الدستوري الفرنسي الذي كرس استعمال المصطلح في العديد من قراراته و اجتهاداته، منذ صدور قراره رقم 84 - 181 المؤرخ في 11 أكتوبر 1984 و المتعلق بمؤسسات الصحافة، بحيث أكد على أن حرية الإعلام و الرأي و التعبير المقررة بموجب المادة 11 من إعلان حقوق الإنسان والمواطن المؤرخ في 26 أوت 1789 هي: " حرية أساسية جد ثمينة، فممارستها هي في حد ذاتها ضمانة على غاية من الأهمية لاحترام الحقوق و الحريات الأخرى و السيادة الوطنية"²، و بموجب قرار للمجلس الدستوري رقم 89 - 269 مؤرخ في 22 جانفي 1990 المعلق بقانون الحماية الاجتماعية و الصحة، استعمل مصطلح " الحقوق الأساسية " بصراحة، في الحثية 33 منه، على أن: " المشرع يمكن أن يتخذ تجاه الأجانب تدابير خاصة، بشرط احترام الالتزامات الدولية التي عقدتها فرنسا من جهة، و من جهة ثانية احترام الحريات، و الحقوق الأساسية ذات القيمة الدستورية، المعترف بها لكل من يقيم تراب الجمهورية "³، و قد أصبح المجلس يستخلص حقوقا يصفها بأنها حقوق أساسية، وهذا ماجاء في قرار له بتاريخ 10

¹- La constitution française du 4 octobre 1958, texte intégral en vigueur.

²-CC n° 84-181 DC, du 11 octobre 1984 , cf. site : www.conseilconstitutionnel.fr.

³- Samuel ETOA ,« La terminologie des droits fondamentaux dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel » , Revue CRDF, n° 9 , 2011, p.24, Voir aussi , CC n° 89-269 DC du 22 janvier 1990, cf. site : www.conseilconstitutionnel.fr.

جوان 1998 تحت رقم 98-401، المتعلق بالقانون التوجيهي و التحفيزي الخاص بتخفيض وقت العمل، على أن: " و باعتبار أنه إذا كان يجوز للمشرع، في إطار سلطاته التي يتمتع بها في المادة 34 من الدستور، التي تجعل من مضامين القانون، المبادئ الأساسية...للحق في العمل"¹، فبمقتضى قراره أسند وصف الحق الأساسي لحق العمل، و نفس الوصف أسنده في قراره للحق النقابي، والضمان الاجتماعي.

ثالثا- مصطلح الحقوق الأساسية في الدساتير الجزائرية: لم تتغير المصطلحات المستعملة عبر الدساتير الجزائرية المتعلقة بالحقوق و الحريات، منذ اعتماد التعددية السياسية فأُسعملت: "الحريات الأساسية"، " حقوق الإنسان و المواطن"، "الحقوق الأساسية للإنسان"، "الحريات الفردية و الجماعية"، " الحقوق و الحريات"، وهذا بموجب دستور سنة 1989²، و تعديلات 1996³، 2008⁴، تلك المصطلحات لم تتغير بموجب الدستور الحالي لسنة 2016، الذي يعد تعديل دستوري وليس دستورا جديداً، فيستعمل مصطلح "الأساسي" لتعريف الدستور في الفقرة 11 من ديباجته: "...إن الدستور فوق الجميع وهو القانون الأساسي"⁵ الذي يضمن الحقوق والحريات الفردية والجماعية"، ومن ثمّ فالحقوق و الحريات هي أساسية، تلك الديباجة تعد جزء لا يتجزأ من الدستور كما أكدّه المؤسس في الفقرة الأخيرة منها، و استعمل المؤسس عنوان "الحقوق و الحريات" في الفصل الرابع من الدستور، الخاص بالتحديد الدستوري للحقوق و الحريات المضمنة في الدستور، و نجده استعمل مصطلح " الحريات الأساسية" بموجب المادة 08 من الدستور التي تنص على أنه: " يختار الشعب

¹ - CC n° 98-401 DC, du 10 juin 1998,cf. site : www.conseilconstitutionnel.fr.

²-دستور الجزائر لسنة 1989.

³- دستور الجزائر لسنة 1996.

⁴ -التعديل الدستوري الجزائري لسنة 2008، صادر بموجب بقانون رقم 08. 19 مؤرخ في 15 نوفمبر 2008 ، الجريدة الرسمية عدد 63، صادرة بتاريخ 16 نوفمبر 2008.

⁵ . القول أن الدستور هو: " قانون الأساسي"، فإن المؤسس الجزائري استعمل نفس صياغة المؤسس الألماني الذي عنوان الدستور بـ " القانون الأساسي".

لنفسه مؤسسات غايتها ما يأتي: حماية الحريات الأساسية للمواطن، و الازدهار الاجتماعي و الثقافي للأمة¹، و في المادة 38 استعمل مصطلح نفس المصطلح بالقول " الحريات الأساسية و حقوق الإنسان و المواطن مضمونة"، و كذلك في المادة 52 منه التي تنص على انه: " حق إنشاء الأحزاب السياسية معترف به و مضمون. ولا يمكن التذرع بهذا الحق لضرب الحريات الأساسية..."²، ونجده استعمل مصطلح "الحقوق الأساسية" في نص المادة 39: " الدفاع الفردي أو عن طريق الجمعية عن الحقوق الأساسية للإنسان و الحريات الفردية و الجماعية مضمون"، و أستعمله في نص اليمين الدستورية الذي يؤديه رئيس الجمهورية خلال الأسبوع الموالي لانتخابه تطبيقا لنص المادة 90 من الدستور، " ... و أحمي الحريات و الحقوق الأساسية للإنسان و المواطن ..."³، و في المادة 140 ربط مصطلحي "الحقوق و الواجبات" بمصطلح "الأساسية" بحيث جاء النص على النحو التالي: " يشرع البرلمان في الميادين التي يخصصها له الدستور و كذلك في المجالات الآتية: 1 - حقوق الأشخاص وواجباتهم الأساسية، لا سيما نظام الحريات العمومية، و حماية الحريات الفردية، وواجبات المواطنين"⁴، و كذا المادة 212 المتعلقة بالحضر الموضوعي للتعديل الدستوري التي تنص على أنه: " لا يمكن لأي تعديل دستوري أن يمس... 5 . الحريات الأساسية و حقوق الإنسان و المواطن ..."⁵.

إذا، فالدستور الجزائري استعمل عدة مصطلحات تتعلق بالحقوق و الحريات، الحقوق و الحريات، الحريات الأساسية، الحقوق الأساسية للإنسان، حقوق الأشخاص و واجباتهم الأساسية، حقوق الإنسان و المواطن، الحريات العمومية، الحريات الفردية، و لكن الشيء الأكيد أن أساسية الحقوق ملموسة و موجودة من خلال النصوص الدستورية، و من ثمّ يمكن

¹ - التعديل الدستوري الجزائري لسنة 2016.

² - المرجع نفسه.

³ - المرجع نفسه.

⁴ - المرجع نفسه.

⁵ - المرجع نفسه.

القول أن هناك إرادة للمؤسس الجزائري لتعميم وصف الحقوق الأساسية على جميع الحقوق و الحريات في الدستور الجزائري، و لكن ذلك لم يطور في الجانب الأكاديمي على مستوى كليات الحقوق، و كذلك من الجانب الفقهي، أو حتى من خلال اجتهاد المجلس الدستوري الجزائري.

الفرع الثاني: المصطلحات المتقاربة مع مفهوم الحقوق الأساسية

إن مصطلح الحقوق الأساسية يتقاطع مع عدة مصطلحات من نفس الطبيعة، و لكن في بعض الحالات قد يختلف عليها لأسباب عديدة تتلخص في ظروف استعمال المصطلح، و في البعد القانوني لكل مصطلح، هذا ما نلمسه من خلال حقوق الإنسان و الحريات العامة و الحقوق الأساسية (أولا)، و الحقوق الأساسية و الحريات الأساسية (ثانيا).

أولاً- حقوق الإنسان و الحريات العامة و الحقوق الأساسية: فكرة حقوق الإنسان هي سابقة على مفهوم الحقوق الأساسية، فحقوق الإنسان ترجع للحركة الدستورية في نهاية القرن 18، و جسدها المجتمع الدولي من خلال مواثيق حقوق الإنسان في القرن العشرين، و قد تزامن ظهور حقوق الإنسان مع ظهور الحريات العامة في إطار الدولة الشرعية القائمة على سمو القانون، و كان هناك انتقال نحو استعمال مصطلح الحقوق الأساسية على المستوى الدولي و الوطني خاصة مع ظهور دولة القانون، و ذلك يتبين من خلال مايلي:

أ- إن علاقة حقوق الإنسان بالدولة هي علاقة ذات عدة أوجه:

1- الدولة وجدت من أجل احترام حقوق الإنسان التي يمكن تعريفها على أنها: "الحقوق الضرورية لشخصية الإنسان و التي تلتزم الدولة على احترامها و تلزم الأفراد على احترامها".

بتأسيس الدولة يمكن ضمان احترام حقوق الإنسان هذا ما جسده إعلان حقوق الإنسان و المواطن لسنة 1789 على أنه: "إن هدف كل تجمع سياسي هو الحفاظ على حقوق الإنسان الطبيعية غير القابلة للتقادم، و هذه الحقوق هي الحرية، الملكية، الأمن، و

مقاومة الطغيان"¹، فالدولة هي مؤسسة يجب أن تكون قوية كي تتمكن من فرض احترام حقوق الإنسان، و لكن هناك خطر أن تتعسف الدولة في أي وقت عند استخدام قوتها بشكل تنتهك فيه حقوق الإنسان، و هو الأمر الذي نلمسه في كثير من الدول، و في هذا الشأن جاءت المادة 12 من إعلان حقوق الإنسان و المواطن لسنة 1789 للحيلولة دون ذلك بحيث نصت على أنه: " إن ضمان حقوق الإنسان و المواطن يستدعي وجود قوة هامة، و هذه القوة مشكلة إذا لصالح الجميع و ليس للمنفعة الخاصة لأولئك الذين أوكلت عليهم"²، وعليه فالدولة في حد ذاتها يجب أن تحترم حقوق الإنسان، في نفس الوقت تفرض احترام الجميع لحقوق الإنسان لذلك يستوجب وجود في الدولة فرع القانون عام الذي يسمح بمراقبة الدولة.

2 - هناك التزامات عديدة تفرضها حقوق الإنسان على الدولة نلخصها فيما يلي:

2-1 - الدولة يجب عليها أن تفرض على الأفراد الالتزام باحترام بعضهم البعض هذا ما نصت عليه المادة 04 من إعلان حقوق الإنسان و المواطن لسنة 1789 على أن " تقتصر الحرية على قدر المرء على القيام بكل ما لا يلحق ضرر بالآخرين ..."³، فالدولة بواسطة القوانين هي التي تضع حدود للممارسة الحرية من قبل كل فرد في المجتمع.

2-2 - كما يمنع على الدولة القيام ببعض التصرفات، فلا يمكن لها حبس شخص أو إلقاء القبض عليه بطريقة كيفية أو المساس بحياته الخاصة، أو المساس بحريته في التعبير عن آرائه...الخ⁴، أي أن السلطة السياسية في الدولة محدودة، و هذا ما جسدهته الدولة الليبرالية التي يتمتع فيها الفرد بدائرة من الحريات لا يمكن للدولة أن تمسها.

¹ - Art. 2 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789.

² - Art. 12, de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789.

³ - Art. 4, ibid.

⁴ - Art. 7,10 et 11, ibid.

2-3 - التزام الدولة بتقديم خدمات للأفراد، و هو الالتزام الإيجابي للدولة الذي يولد حقوق للأفراد و التي تسمى بالحقوق الاجتماعية أو حقوق الجيل الثاني كالحق في العمل، الحق في الضمان الاجتماعي، الحق في التعليم... الخ، و هناك الجيل الثالث للحقوق و هي حقوق البيئة، هذا الجيل من الحقوق يضع التزامات على الأفراد، فقبل هذا الجيل حقوق الإنسان كانت في البداية التزامات على الدولة و ليس على الإنسان، و لكن لما ظهر الجيل الثالث للحقوق أصبح هناك التزام على الإنسان يتجلى في التصرف باحترام تجاه البيئة، فهذه الحقوق هي للإنسانية جمعاء و ليس للفرد في حد ذاته¹.

2-4 - هناك نقاش على المستوى الاصطلاحي حول المصطلحات الأكثر ملائمة في الاستعمال، بحيث السؤال الذي يمكن طرحه هو ما مدى ملائمة مصطلح " حقوق الإنسان " في الخطاب القانوني ؟، ففي الدول الأوروبية، نجد المنظومة الفرنسية استعملت مصطلح حقوق الإنسان، في حين هناك العديد من الدول تتحدث عن حقوق إنسانية.

و إذا بحثنا في مصطلح " الإنسانية"، نجده يعني في بادئ الأمر كل ما له علاقة بصفة الإنسان، للتفريق بينه و بين أي شيء آخر في الكون، بحيث حقوق الإنسان هي حقوق لا يمكن أن يتم مسها، أو ارتكاب أفعال من شأنها أن تؤدي إلى تدهورها، ككرامة الإنسان، على سبيل المثال التعذيب يهدف إلى جعل الإنسان يعاني و إذلاله من أجل نزع صفة الإنسانية للشخص، كما أن الحرية هي ضرورة للإنسان كحرية التنقل، حرية الرأي و التعبير، و هي من صميم موضوع كرامة الإنسان التي تستخدم من أجل احترام " إنسانية الإنسان"².

- الإنسانية ترمز للمجموعة البشرية، فحقوق الإنسان هي حقوق لكل البشر بدون تمييز يعود سببه للجنس، العرق أو الانتماء الجغرافي، ففكرة كونية حقوق الإنسان هي ضرورة و ذات

¹ - Emmanuel BREEN, Des droits de l'homme aux droits fondamentaux, revu par E. BREEN le 24 avril 2017, cf. site : <http://website.informer.com/visit?domain=libredroit.editme.com>

² - Ibid.

أهمية بالغة لتحقيق مبدأ الكرامة الإنسانية و القيم الحضارية، بحيث لا تعني فكرة حقوق الإنسان فقط المواطنون الذين يحملون جنسية الدولة بل كذلك الأجانب باعتبارهم بشر مثلهم مثل المواطنين¹.

- و ظهر مصطلح الإنسانية لحماية الإرث المشترك للإنسانية، كالمحيطات، و كوكب الأرض و طرح التساؤل حول إن كانت جينات الإنسان، و حماية و ضمان حقوق أجيال المستقبل تشكل هي الأخرى إرث مشترك للإنسانية².

ب- الحقوق الأساسية هي حقوق الإنسان أين تكون الدولة ملزمة باحترامها و فرض احترامها طبقا لقواعد القانون الدولي أو قواعد القانون الدستوري، هذا الأمر يجعل من الحقوق الأساسية تتصف بخاصيتين بالنسبة لحقوق الإنسان بصفة عامة و هي:

1- الحقوق الأساسية معترف بها بموجب نصوص و مبادئ من قيمة دستورية أو دولية، هذه النصوص أو المبادئ هي أساسية باعتبارها تقع في قمة الهرم القانوني، فتتمتع بخاصية السمو و لها قيمة قانونية أسمى في النظام القانوني للدولة، و بالتالي حقوق الإنسان يتموقعون في قلب النظام القانوني كأساس للقانون العام و كذا القانون الخاص³.

2- حقوق الإنسان لا يتحولون إلى حقوق أساسية، إلا إذا كان هناك جهاز قضائي قادر على حمايتهم بشكل فعال، أي بمعنى يجب أن يكون هناك قضاة يتمتعون بالقوة اللازمة التي من شأنها تلزم الدولة على احترام الحقوق الأساسية، و هذه هي ضمانة الحقوق و نجد هذه الفكرة قائمة بموجب المادة 16 من إعلان حقوق الإنسان و المواطن⁴، و التي تنص

¹- Emmanuel BREEN, op.cit.

²-Bertrand MATIHIEU , Michel VERPEUX , op.cit, p.20.

³-Emmanuel BREEN, op.cit.

⁴- Ibid.

على أنه: " كل مجتمع لا تكون فيه ضمانات الحقوق مؤمنة و لا فصل السلطات محدد هو مجتمع لا دستور له " ¹.

أي بمعنى يجب وضع قواعد إجرائية و طرق للطعن التي من شأنها أن تحقق احترام فعلي لحقوق الإنسان، فلا يقتصر الأمر على الإقرار بوجود تلك الحقوق و لكن يجب وضع ميكانيزمات قضائية لحماية الحقوق ²، و من ثم يتبين لنا جليا أن فكرة حقوق الانسان أوسع من الحقوق الأساسية.

و هنا نستشف برأي العميد فافورو (Favoreu) الذي مفاده أن: " الحقوق الأساسية هي مدينة بشكل كبير لحقوق الإنسان، " فالحقوق الأساسية، ما هي إلا تنويع قانوني للقيم و المبادئ العامة لحقوق الإنسان التي تولدت نتيجة تطور طويل المدى مسجل في تاريخ الفلسفة العامة، ذلك التطور هو سابق عن ظهور فكرة الحقوق الأساسية، و يسموا على جميع المؤسسات الخاضعة للقانون العام أو الخاص، فحقوق الإنسان تحيل على فكرة الاعتراف لكل شخص بحق التصرف، التي تجذرت بأخذها بعين الاعتبار بعالمية كرامة كل إنسان ³.

ج - الحريات العامة تنتمي إلى الدائرة الخاصة بالقانون و هي محدودة بما يقتضيه القانون، " فالحريات العامة مرتبطة بالنظام القانوني للدولة " ⁴، و هي معترف بها بموجب القانون الوضعي للدول، قواعدها تطبق داخل حدود الدولة على الأشخاص الذين يعيشون داخل حدود الدولة، يمكن لها أن تزدهر إذا أجاز القانون الداخلي ذلك و نص على تنظيمها، و في نفس الوقت يمكن للدولة إن أرادت وضع حدود على ممارسة الحريات العامة في حالة الضرورة، أو من أجل حماية النظام العام، هذا التحديد في بعض الحالات يكون ضروري

¹ - Art .16, de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789.

² - Emmanuel BREEN, op.cit.

³ - Mohamed Mounirou SY , La protection constitutionnelle des Droits fondamentaux en Afrique : l' exemple du Sénégal , Edition l' Harmattan, Paris, 2007, p. 27.

⁴ - Henri Oberdorff, op. cit , p. 25.

من أجل المحافظة على النظام الديمقراطي، على سبيل المثال في الحالات الاستثنائية. و في هذا السياق إذا كانت حقوق الإنسان منبثقة بالأساس من الأفكار الفلسفية الحرة، فعلى العكس من ذلك الحريات العامة أساسها القانون.

فالقانون هو المصدر الأساسي لحماية الحريات العامة فهو يحدد محتواها، و يبين أساليب حمايتها، و هذا ما عبرت عليه المادة 04 من إعلان حقوق الإنسان و المواطن لسنة 1789¹، فالفكرة واكبت ظاهرة الدسترة في حد ذاتها، و قد هيمنة هذه الفكرة بعد قيام الجمهورية الثالثة الفرنسية بموجب دستور 1875²، انطلاقا من فلسفة إعلان حقوق الإنسان و المواطن الذي تجعل من القانون هو التعبير عن الإرادة العامة، و يترجم إرادة الأمة تجسيدا لفكرة الدولة "الشرعية" أو "القانونية" (L'État légal) التي تقتضي سمو القانون الصادر عن البرلمان على أعمال السلطة التنفيذية و خضوع هذه الأخيرة لإرادة البرلمان.

وعليه، فالحريات العامة هي التي يفرضها مجلس الدولة الفرنسي على الإدارة، و بصفة خاصة على السلطات التي لها سلطة البوليس في السلم القانوني، إذا الحريات العامة لها مرتبة النصوص التشريعية، أو نصوص أقل درجة من النصوص التشريعية، فهي حريات يستخلصها القاضي الإداري من النصوص التشريعية بشكل عام³.

وبالتالي فالقانون وحده هو الذي يحدد شروط ممارسة الحريات ويرسم حدودها، فالقانون باعتباره مجموع القواعد العامة والمجردة بناء على المعيار المادي أصبح أول ضمانة للحريات العامة، في هذا المعنى يجب فهم ما توصل إليه الفقيه كوليار (Colliard) على أن: "نظرية الحريات العامة هي الاعتراف للفرد بحقوق معينة تنتمي إلى القانون الوضعي، و ليس القانون الطبيعي، بحيث لا وجود لقانون يسمو على القانون الوضعي"⁴، أي بمعنى لا وجود لشرعية فوقية تحكم القانون الصادر عن البرلمان الذي يعتبر محصن،

¹-Art. 4, de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789.

²-Mohamed Mounirou SY, op. cit, p.32.

³- Charlotte DENIZEAU, Droit des libertés fondamentales, 5^e édition, Vuibert, Paris, 2016-2017, p.5.

⁴- Ibid.

باعتبار أنه يعبر عن إرادة الأمة، و بالتالي سيفتح لا محالة المجال لتعسف السلطة التشريعية التي لا حدود لسلطتها بحيث يمكن لها أن تصدر قوانين كيفية تفرغ الحرية من محتواها، في حين و على العكس تماما من ذلك، فإن الحقوق الأساسية أساسها الدستور، و نجزم في هذا السياق أن الانتقال من الدولة الشرعية إلى دولة القانون، في النصف الثاني من القرن العشرين كان مرتبط، بالانتقال من فكرة الحريات العامة إلى فكرة الحقوق الأساسية.

ذلك الانتقال كان له بطبيعة الحال اثر على الجانب الاصطلاحي الفقهي، في خضم النجاح الأكاديمي للمنازعات الدستورية التي قلبت دراسات القانون الدستوري منذ سنوات الثمانينات من القرن الماضي، ذلك النجاح أدى إلى اندثار المؤلفات الحاملة لعناوين " الحريات العامة " تدريجيا، لصالح مؤلفات حاملة لعنوان "الحقوق و الحريات الأساسية"، أو " قانون الحريات الأساسية"، فعلى سبيل المثال " جاك روبار" في كتابه الحامل لعنوان " الحريات العامة و حقوق الإنسان" غير عنوانه في الطبعة السابعة ليصبح " حقوق الإنسان و الحريات الأساسية " بدون تعديل في محتوى و مضمون الكتاب، كما أن الإصلاحات المستعملة بكليات الحقوق في فرنسا تبنت هذه الثورة الاصطلاحية بتغييرها محاضرات من " الحريات العامة"، الذي تم تبنيها منذ سنة 1954 في برنامج ليسانس حقوق إلى محاضرة " الحريات الأساسية " بموجب القرار المؤرخ في 03 أفريل 1997¹.

ولكن دخول القضاء الدستوري للساحة كحامي لحقوق الإنسان ليس هو العامل الوحيد، الذي أنتج القطيعة مع المصطلحات السابقة فتغيير مصطلح " الحريات العامة " بمصطلح " الحقوق الأساسية " لم يتبناه على سبيل المثال المجلس الدستوري الفرنسي

¹-Alexandre VIALA, op cit, p. 305.

- L'enseignement des « Libertés publiques » a été instauré à l'Université en 1954. En 1993, le cours change de dénomination pour s'intituler « Droit des libertés fondamentales » (Arrêté du 19 février 1993 relatif au diplôme d'études universitaires générales Droit aux licences et aux maîtrises du secteur Droit et Sciences Politiques, JO, 13 mars 1993, p. 3891), voir, Charlotte DENIZEAU, ibid, p.5.

بموجب قراراته في البداية، بحيث استعمال المصطلح الأخير في لغة الاجتهاد القضائي و الفقهي الفرنسيين لقي رواجاً في بداية التسعينيات، مع أزمة السيادة الوطنية المتزامن مع سياسة البناء الأوروبي التي تسارعت بإبرام عدة معاهدات، كمعاهدة الاتحاد الأوروبي المعروفة كذلك باسم "اتفاقية ماسترخت" المؤرخة في 07 فيفري 1992، و معاهدة أمستردام المؤرخة في 02 أكتوبر 1997، و ميثاق الحقوق الأساسية المبرم من قبل الاتحاد الأوروبي بتاريخ 07 ديسمبر 2000¹، بموجبه تم الاعتراف بمجموعة من الحقوق الشخصية، المدنية، السياسية، الاقتصادية و الاجتماعية للمواطن الأوروبي، و تم تبنيها في التشريع الأوروبي، و معاهدة روما لسنة 2004 و هي المعاهدة المحددة للدستور الأوروبي، ثم معاهدة لشبونة المبرمة بتاريخ 13 ديسمبر 2007².

ذلك أدى إلى ظهور اضطرابات دستورية من ناحية تراجع سلطان الدولة في تنظيم ممارسة الحقوق و الحريات، في حين أن قوة الاجتهاد القضائي للمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان الكائن مقرها بستراسبورغ، والمحكمة الأوروبية العليا الكائن مقرها بليكسونبورغ، أثر بشكل حسّاس على القاضي الوطني العادي و القاضي الدستوري الأوروبيين³.

¹ - Charlotte DENIZEAU, pp . 305 -306 .

² . إن المؤسسات الأوروبية الحامية للحقوق الأساسية هي نوعين يجب التمييز بينهما، فهناك المجلس الأوروبي الذي يضم كل الدول الأوروبية (47 دولة)، ذلك المجلس عقد الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان الأوروبية لسنة 1950، التي تضمنها بشكل فعال المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان بستراسبورغ فرنسا، و تم عقد في ضله الاتفاقية الأوروبية لحماية الحقوق الاجتماعية للإنسان لسنة 1961 و المراجعة سنة 1997، التي تسهر على حمايتها اللجنة الأوروبية للحقوق الاجتماعية، و هناك نوع ثاني من المؤسسات، و هي المتعلقة بالاتحاد الأوروبي الذي يضم بالأساس دول أوربا الغربية (25 دولة)، و هو يختلف عن المجلس الأوروبي، فالإتحاد الأوروبي نشأ في الأصل بموجب اتفاقية روما المؤرخة في 25 مارس 1957، في ظلّه تم إصدار ميثاق الحقوق الأساسية للإتحاد الأوروبي المؤرخ في 7 ديسمبر 2000، و اتفاقية لشبونة المؤرخة في 13 ديسمبر 2007 التي دخلت حيز النفاذ بتاريخ 1 ديسمبر 2009، التي أعطت للميثاق القوة الإلزامية.

Voir: Emmanuel BREEN, op.cit.

³ - Alexandre VIALA, op cit, p.306.

ثانيا - الحقوق الأساسية و الحريات الأساسية: الفرق بين الحق و الحرية، ينصب بشكل أساسي على التفرقة بين تقرير المبادئ المتعلقة باستقلالية ذاتية الفرد أو الحرية الكلاسيكية، و حقوق الدائنية بمعنى الالتزامات التي تقع على الدولة في المجال الاجتماعي¹.

إن الحرية " تعبر عن استقلالية الشخص، في دوائر يتمتع فيها باستقلالية، بحيث يمكن له أن يتصرف في تلك الدوائر كما يشاء و له سلطة التصرف، أو عدم التصرف"، إذا فالحرية تغطي سلطات الشخص في تقرير تصرف، بحيث هناك حد واحد طبقا للقاعدة الكلاسيكية التي مفادها أن: " حرية المرء تنتهي عندما تبدأ حريات الآخرين"، و هذا ما كرسته المادة 04 من إعلان حقوق الإنسان و المواطن لسنة 1789 على أن: " تقتصر الحرية على قدر المرء على القيام بكل ما لا يلحق ضرر بالآخرين..."، إن زوج " حرية، حق"، لا يمكن الفصل بينها، فإذا كانت الحرية هي دائرة التصرف للفرد، فإن الحق هو أداة لتأطير و تنظيم ممارسة حرية أو الحريات، و بالفعل الحق كأداة يساهم في إجازة التصرف، و تنظيمه، و تقييده، أو إلغاء حرية من الحريات، فالحق يسمح بالاعتراف بحريات مثل: حرية الرأي و التعبير، حرية الصحافة، حرية الجمعيات و الاجتماع و التظاهر، حرية الذهاب و الإياب، بحيث الحق يسهل ممارسة الحرية و يحميها، كما يمكن له أن يحد من ممارستها لضرورة تنظيم المجتمع، أو الديمقراطية عن طريق الإلزام باحترام النظام العام².

و عليه، تظهر هناك ضرورة للمقاربة بين الحق و الحرية عندما تعرف الحريات، على أنها لا تقتصر على مجرد وجود نصوص صادرة عن السلطات الرسمية تقرر ممارستها، بل ذلك يجب أن يترافق مع الحق في هذه الحريات، أي بمعنى الحق في احترام الحريات، و ذلك سواء من قبل السلطة العامة في علاقتها مع الأفراد أو في علاقة الأفراد مع بعضهم البعض، أين تكون سلطة الدولة هي الساهرة على ضمان عدم انتهاك الحريات في

¹ - Philippe Ardant, Bertrand Mathieu, op. cit , p.135.

² - Henri Oberdorff, op. cit , p. 24.

تلك العلاقات، فهذه الفكرة لا نجد لها إلا في دولة القانون، و في الحقيقة هناك حريات ليست بحقوق، على سبيل المثال القدرة على الانتحار، وهناك حريات تعتبر بمثابة حقوق كما هو الحال بالنسبة للحريات الأساسية مثل حرية التنقل أو حرية ممارسة الإضراب، و هناك حقوق ليست بحريات كالحق في الرعاية الصحية¹.

إن نظرية دولة القانون التي تمّ تكريسها في النصف الثاني، كان لها الأثر البالغ في انتشار استعمال مصطلح الحريات الأساسية تارة، أو الحقوق الأساسية تارة أخرى، و هذا للتداخل و التجاذب بين مفهوم الحق و الحرية، التي لا يمكن فصلهما عن بعضهما البعض في بعض الحالات، ذلك الاستعمال الاصطلاحي مكرس في دساتير الدول بداية بالقانون الأساسي الألماني لسنة 1949، و لم يقتصر ذلك على الدساتير بل كان لذلك صدى على المستوى الدولي، في خطاب الإعلان العالمي لحقوق الإنسان للأمم المتحدة لسنة 1948²، و أستخدم المصطلح على مستوى المنظمات الإقليمية كما هو الحال بالنسبة للاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان لسنة 1950، و هو عنوانها المختصر في حين تسميتها الكاملة "اتفاقية حماية حقوق الإنسان و الحريات الأساسية"، و التي جاءت في ديباجتها على أن: "الحكومات الموقعة على الاتفاقية. الأعضاء في مجلس أوروبا... تأكيداً منها على تعلقها الراسخ بهذه الحريات الأساسية"³. و أستخدم المصطلح كذلك في الاتفاقية الأمريكية المتعلقة بحقوق الإنسان لسنة 1969، التي أكدت في ديباجتها الفقرة الأولى على أن: "دول القارة الأمريكية تقوم على... احترام الحقوق الأساسية للإنسان"⁴، و الميثاق الأفريقي لحقوق

¹ -Philippe Ardant , Bertrand Mathieu, op .cit, p. 135.

² - La déclaration universelle des droits de l'homme , adoptée le 10 décembre 1948 par l'assemblée générale des Nations unies , cf. site: www.un.org/fr.

³ - La convention européenne des droits de l'homme, adoptée en 1950 par le conseil de l'Europe et entrée en vigueur en 1953, telle qu'amendée par les Protocoles n° 11 et 14 , complétée par le Protocole additionnel et les Protocoles n° 4,6,7, 12 et 13, cf. site:www.echr.coe.int.

⁴ - La convention américaine relative aux droits de l'homme , adoptée à San José , Costa Rica , le 22 novembre 1969, entrée en vigueur le 18 juillet 1978, cf. site:www.dictionnaire - droit-humaintaire.org.

الإنسان و الشعوب لسنة 1981¹، و التي تم التأكيد من خلال الفقرة الخامسة من ديباجتها على أن: دول منظمة الوحدة الإفريقية تقر بأن: "حقوق الإنسان الأساسية تركز على خصائص بني البشر مما يبرر حمايتها الوطنية و الدولية..."²، فتطور أنظمة القيم الإنسانية جعلت من الفرد غاية للقانون، ذلك الأمر نتج عنه تقوية فكرة "حقوق الإنسان" بشكل عام، والتي وضعت الفرد و شخصية الإنسان في مركز القانون.

إن فكرة حقوق الإنسان التي انبثقت منها فكرة الحقوق الأساسية كنتاج لتعميم نظرية دولة القانون، كمعيار على مستوى الدولة الوطنية و على المستوى الدولي، كرست تلك الأفكار في آن واحد المثل العليا للفكر الليبرالي و للفكر الاشتراكي، و إن كانت هناك جدلية حول النظرة الليبرالية و النظرة الاشتراكية لحقوق و الحريات، فإن النظم القانونية للدول اليوم حتى بعد زوال النظم الاشتراكية، فإنها تحاول التوفيق بين تلك الجدلية لإيجاد نوع من التوازن، و ذلك ببناء دول ديمقراطية ليبرالية و اجتماعية، ذلك البناء الحقوقي يجمع بين ضمان الحقوق المدنية و السياسية و الحقوق الاجتماعية، زيادة على ذلك حقوق حديثة كالحق في البيئة و التنمية المستدامة.

إن التطور الذي شهدته حقوق الإنسان كنظام للقيم من خلال جعل الفرد هدف للقانون، ذلك الأمر أعطى قوة لمركز حقوق الإنسان الذي تبلورت عليه فكرة الحقوق الأساسية المرسخة لنظرية دولة القانون، هذه النظرة الشخصية لحقوق الإنسان المنبثقة من

¹ - En raison de l'hostilité de certains gouvernements africains à la protection régionale des droits de l'homme en Afrique, une conférence de plénipotentiaires, prévue à Addis Abéba, ne put se tenir. Cette période fut la plus tragique dans l'histoire de la Charte. Le projet de Charte était manifestement menacé. Dans cette atmosphère tendue et à l'invitation du Secrétaire Général de l'OUA, le Président de la Gambie convoqua deux conférences ministérielles à Banjul, en Gambie, où le projet de Charte fut adopté et soumis par la suite à l'Assemblée de l'OUA. C'est en raison de ce rôle historique de la Gambie que la Charte africaine fut baptisée "Charte de Banjul". La Charte de Banjul fut finalement adoptée par l'Assemblée de l'OUA le 28 juin 1981, à Nairobi, au Kenya. Suite aux ratifications par l'écrasante majorité des Etats membres de l'OUA, la Charte entra en vigueur le 21 octobre 1986. En 1999, la Charte avait été ratifiée par tous les Etats membres de l'OUA. Voir : Histoire de la charte africaine, disponible en ligne à l'adresse : <http://www.achpr.org/fr/instruments/achpr/history/>.

² - Charte Africaine des droits de l'homme et des peuples, adoptée par l'Assemblée de l'OUA le 28 juin 1981, entrée en vigueur le 21 octobre 1986, cf. site : www.achpr.org/fr.

الإعلان العالمي لسنة 1948 كانت من إيعاز و صنع الدول الغربية، في حين أنها بقيت في بعض أحكامها محل تحفظ من قبل عدة دول أخرى، كالدول الآسيوية بسبب تقاليدھا الدينية و الثقافية تدافع على نظرة تجد جذورها في اعتقاداتهم المتعلقة بنشأة المجتمعات الآسيوية، و كذا من بعض الدول الإفريقية التي تأخذ بعين الاعتبار النظم الجماعية بمعنى القبيلة¹، و نجد بعض الدول العربية لا تعترف بالحريات الذاتية و بالمساواة بين الأفراد²، فضعف مكانة حقوق الإنسان في دولة من الدول، يؤدي بطبيعة الحال إلى انتهاكات للحقوق و الحريات قد تصل لحد الجسامة، و لا يمكن من خلال ذلك التفكير بوجود الحقوق الأساسية التي تفرض على الدولة ضمانها بواسطة قضاء مستقل مع حتمية وجود قضاء دستوري مستقل كذلك.

¹ -Bertrand MATIHIEU , op.cit, p.18.

² - على سبيل المثال حكومة المملكة العربية السعودية تمنع على النساء سياقه السيارة، و لم تتراجع على هذا المنع إلا بموجب قرار ملكي يدخل حيز النفاذ بتاريخ 24 يونيو 2018، و لا يمكن معرفة تدابير رفع هذا المنع في الواقع إلا في المستقبل، كما يمنع على المرأة السفر لوحدها إلا مع محرم أي رجل كفيل على المرأة، فذلك يعد انتهاكاً لحرية التنقل المنصوص عليها في المواثيق الدولية و تمييز بين الجنسين، كما يطبق في تلك الدولة عقوبات ماسة بكرامة الإنسان كالجلد، و الرجم، و تنفيذ عقوبات الإعدام في الأماكن العمومية...الخ.

المبحث الثاني: الحقوق الأساسية في النظام القانوني للدولة بين التوسيع و التضييق

تقوم دولة القانون على مبدأ تدرج القواعد القانونية، و كان واضح هذا المبدأ الفقيه النمساوي هانز كالسن في كتابه النظرية الخالصة للقانون، بحيث أسس على إثرها المدرسة القاعدية¹ (L'école Normative)، نسبة إلى القاعدة القانونية (La norme juridique)، فيرى أن نظام القواعد القانونية الموضوعية لا يعتبر في ذات المرتبة، و لكنه ينشئ العديد من المراحل المقترحة، أو هرم، أو تدرج شكلي لعدد معين من المراحل، أو مجموعات من القواعد القانونية، تكتسب القيمة بدخولها في علاقة مع مجموعة أخرى من القواعد الأعلى منها في المرتبة، و هكذا حتى نصل إلى مجموعة القواعد الأعلى في النظام القانوني و هي مجموعة القواعد الدستورية²، أو بما يسمى بالقواعد الأساسية.

إن الحديث على الحقوق الأساسية يلزم علينا معرفة القواعد القانونية المحددة لهذه الحقوق في النظام القانوني، و التي تحظى بالحماية الدستورية، و تستمد الحقوق الأساسية من نصوص الدستور في حد ذاته، و لكن هناك مفهوم واسع للحقوق الأساسية عندما تستمد من قواعد لا تكون بالضرورة منصوص عليها صراحة في الوثيقة الدستورية، و من ثم سنعالج التحديد الدستوري للحقوق الأساسية في الأنظمة المقارنة (المطلب الأول)، وفي خضم الجدل الفقهي حول تحديد الحقوق الأساسية، استطاع القاضي الدستوري أن يحول القضاء الدستوري لمنشئ للحقوق الأساسية (المطلب الثاني).

¹ - لقد أسس الفقيه النمساوي هانز كالسن المدرسة القاعدية التي تقوم على تأسيس النظام القانوني للدولة بشكل مجرد من كل مرجعية إيديولوجية، محولة الدولة إلى مجموعة من الروابط القانونية على أساس مبدأ تدرج القواعد القانونية.

² - محمد فوزي نويجي، المرجع السابق، ص ص. 13 - 14.

المطلب الأول: التحديد الدستوري للحقوق الأساسية في الأنظمة المقارنة

إذا أخذنا بالتحديد المباشر للحقوق الأساسية فهذه الأخيرة تمثل مجموعة الحقوق التي تضمنتها الوثيقة الدستورية صراحة، و يتماشى ذلك مع المدلول الشكلي للدستور¹، الذي يعرف الدستور على أنه مجموعة القواعد التي تضمنتها الوثيقة الدستورية، أما ما يخرج عن تلك الوثيقة من قواعد فلا تعد بطبيعة الحال قواعد دستورية بل هي قواعد قانونية عادية، و سنتطرق لنماذج لدسترة الحقوق الأساسية في النظم القانونية المقارنة، بداية من دستور الولايات المتحدة الأمريكية: من دستور المؤسسات الفيدرالية إلى دستور الحريات (الفرع الأول)، التجربة الفرنسية: تكريس الحقوق الأساسية في الكتلة الدستورية (الفرع الثاني)، القانون الأساسي الألماني: دستور الحقوق الأساسية (الفرع الثالث)، الدستور الجزائري الحقوق الأساسية محددة في صلب الدستور (الفرع الرابع).

الفرع الأول - دستور الولايات المتحدة الأمريكية: من دستور المؤسسات الفيدرالية إلى دستور الحريات

دستور الولايات المتحدة الأمريكية لسنة 1787 هو الوثيقة المؤسسة لتلك الدولة، و لما صدر الدستور لم يعير أهمية للتحديد الدستوري للحقوق و الحريات، بل كان الشغل الشاغل لمؤسسي الولايات المتحدة الأمريكية في مؤتمر فيلادلفيا سنة 1787، هو تنظيم المؤسسات الفيدرالية و تحديد صلاحية السلطة الفيدرالية، و صلاحيات الولايات، و لكن

¹ - لقد انتقد المدلول الشكلي للدستور على أساس عدة اعتبارات نوجزها فيما يلي: أن النصوص التي تشتمل عليها الوثيقة الدستورية تختلف من دولة لأخرى، و أن الوثائق الدستورية قد لا تتضمن قواعد بالرغم من أنها من طبيعة دستورية كنظام الانتخابات يحيل الدستور الجزائري و الفرنسي و المصري على المشرع مهمة تحديد النظم الانتخابية و بالتالي قد نجد قواعد من طبيعة دستورية خارج الوثيقة الدستورية أو العكس قد نجد نصوص ليست من طبيعة دستورية واردة في الوثيقة الدستورية كالجنسية، كذلك في دول الدساتير المكتوبة تنشأ بجوار الوثيقة الدستورية قواعد عرفية متنوعة و منه من العسير مسايرة المعيار الشكلي في رفض النظر إلى الأعراف على أن قواعد القانون الدستوري لمجرد أنها تكونت بعيدا عن الوثيقة الدستورية، أن هناك دول بدون دساتير مكتوبة بل لها دساتير عرفية كإنجلترا و لا يمكن إنكار صفة عدم وجود دستور بالنسبة لهذه الدول-أنظر في هذا الصدد: اشرف عبد الفتاح أبو المجد، التنظيم الدستوري للحقوق و الحريات الاقتصادية دراسة تطبيقية على النظام الدستوري (التعديلات الأخيرة و أفاق التنمية)، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2009، ص ص. 11-15.

سرعان ما تبين أن هناك ضرورة لدسترة الحقوق و الحريات، و كانت تلك العملية تدريجية تسير التطور السياسي و الاجتماعي و الاقتصادي الأمريكي، و لكن لم يخرج المؤسس الأمريكي على الفلسفة الليبرالية للحقوق و الحريات، بداية من التعديل الأول بالنص على حرية العبادة و التعبير، و حق الاجتماع، و المطالبة برفع الأجور، ثم التعديلات التي تلتها كالحق في الأمان و حرمة المنزل و الخصوصية، حقوق المتهمين في القضايا الجزائية، حق المتهم بمحاكمة عادلة، حقوق المدعين في القضايا المدنية، عدم جواز إنزال عقوبات قاسية و غير مألوفة، في حالة تعداد الدستور لحقوق معينة لا يجوز أن يفسر على أنه إنكار أو الإنقاص من حقوق يتمتع بها الشعب، إلغاء الرق، الحقوق المدنية منح الزوج حق الانتخاب، منح المرأة حق الانتخاب، و كذا أحكاماً أخرى تتعلق بالحقوق السياسية و كفاءات انتخاب الرئيس و لكن بصفة متفاوتة سواء من حيث طبيعة الحقوق أو مستحقيها، و كان يجب انتظار التعديلات التي لحقت بالدستور الفيدرالي طوال قرن ونصف من الزمن ليحدث تطور إيجابي لحقوق الإنسان الأمريكي، و كان ذلك بتراجع المحكمة العليا الأمريكية على نظرتها العنصرية بالتمييز بين البيض و السود في المجتمع الأمريكي، التي كرستها على أساس "منفصلين لكن متساويين" (séparés, mais égaux) في قرارها لسنة 1896 المتعلق بقضية: "بليسي ضد فرقيسون" (Plessy v Ferguson)، و كان ذلك التحول في قرار صادر عنها سنة 1954 في قضية "براون ضد بورد" (Brown v. Board of Education) المتعلق بالتمييز في مؤسسات التعليم¹.

الفرع الثاني- التجربة الفرنسية : تكريس الحقوق الأساسية في الكتلة الدستورية

تكاد كل الدساتير الفرنسية تتضمن مجموعة من الحقوق ما عدا دستور الجمهورية الثالثة لسنة 1875، و إن كانت تختلف من دستور لآخر، و لكن تبقى منحصرة في مبادئ

¹ -Daniel SABBAGH, «Plessey contre Lochner : libéralisme et racisme dans la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis à l'ère ségrégationniste», in Égalité et Discrimination, Revue Droit et Cultures, n° 49, 2005 -1, pp.67-69.

الفلسفة الحقوقية المتجسدة في المذهب الفردي الليبرالي و كذا فلسفة العقد الاجتماعي لدى جون جاك روسو التي حدد معالمها في كتابه العقد الاجتماعي، كل ذلك نلمسه بإطلاعنا على محتوى إعلان سنة 1789، و المتمثلة في الحرية، مبدأ المساواة، حق الملكية، حق الأمن، حرية الرأي و التعبير، حرية المعتقد، و مقاومة الظلم، و الحقوق السياسية المنبثقة من الفكر الفلسفي لروسو، والتي عبر عليها الإعلان بالمادة 6 منه على أن: " القانون هو التعبير عن الإرادة العامة "¹، و بموجب دستور 24 جوان 1793 ظهرت أول الحقوق الاجتماعية كالحق في العمل و التعليم " التربية " و كذا الحق في مقاومة الطغيان"²، أما دستور الجمهورية الثانية لسنة 1848، جاء ليؤكد التمسك بحقوق الإنسان و فلسفتها التي كرستها الثورة الفرنسية لسنة 1789، بنصها في ديباجة الدستور على أن: " الجمهورية ...تتعترف بحقوق و واجبات سابقة، و سامية على القوانين الوضعية"، و هذا يظهر تجسيد مفهوم الحقوق الطبيعية التي يتمتع بها الإنسان.

و قد نص الدستور على عدة حقوق فردية و جماعية، مدنية و سياسية كالملكية، الحق في الأمن، حرمة المنزل، حرية العقيدة، حرية الاجتماع و التجمع، حرية الصحافة...الخ، و جانب من الحقوق الاجتماعية، كحرية التعليم، المساواة في العلاقة التي تحكم العامل برب العمل...الخ³، أما دستور الإمبراطورية الثانية جاءت المادة 01 من دستور 1852 لتؤكد التمسك بإعلان سنة 1789 فنصت: " الدستور يعترف، و يؤكد و يضمن المبادئ الكبرى المعلنة في 1789 و هي أساس القانون العام الفرنسي"⁴.

¹ - Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789.

² - Art. 18,22, et 35, de la Constitution française du 24 juin 1793, cf. site: www.conseil-constitutionnel.fr.

³ - De l'art. 1 à l'art. 19 de la Constitution du 4 novembre 1848, IIe République, cf. site : www.conseil-constitutionnel.fr.

⁴ -Constitution du 14 janvier 1852, Second Empire, cf. site: www.conseil-constitutionnel.fr.

و أنظر في هذا الصدد: يوسف حاشي، في النظرية الدستورية، ابن الناديم للنشر و التوزيع، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009، ص. 27.

فإذا أجرينا قراءة تاريخية للحركة الدستورية الفرنسية فيما يتعلق بالحقوق و الحريات في القرن التاسع عشر، نجدها لم تخرج عن فلسفة مدرسة القانون الطبيعي، العقد الاجتماعي، و مبدأ الفصل بين السلطات، و تمحورت بالأساس حول الحقوق المدنية و السياسية و هي حقوق الجيل الأول، و لم يتم تقرير حقوق الجيل الاجتماعية إلا بعد الحرب العالمية الثانية، كنتيجة للانتقال من مفهوم الدولة الحارسة، إلى الدولة المتدخلة بواسطة ما يسمى بدول العناية التي أصبحت كحتمية لتحقيق العدالة الاجتماعية، و قد عالجت ديباجة دستور 1946 الحقوق الاجتماعية.

إن تقرير تلك الحقوق ما بين القرن التاسع عشر إلى القرن العشرين، كان ناتج عن الثورات التي اندلعت و مواكبة التطور السياسي و الدستوري الفرنسي، و كانت من صميم عمل سلطة المؤسس، التي لم تتجسد إلا بفضل قبول و ترسخ نظرية التمثيل، أين تكون للممثلين (les représentants) صلاحية ممارسة حقوق من الذي يمثلونه الشعب وكأن هذا الأخير هو الذي يقوم بتلك الصلاحية مباشرة¹.

و الملاحظ أن المنظومة الفرنسية لم تعرف قي دساتيرها مصطلح "الحقوق الأساسية"، و بقت تلك الحقوق بدون قيمة قانونية إلا غاية قيام الجمهورية الخامسة، و إنشائها لمؤسسة رقابية آل و هو المجلس الدستوري²، الذي أضفى القيمة القانونية على الحقوق الأساسية منذ قرار المجلس لسنة 1971 المتعلق بالجمعيات، بمنحه القيمة الدستورية لديباجة دستور سنة 1958 الفرنسي التي أصبحت لها نفس الطبيعة و القيمة القانونية مع غيرها من أحكام الدستور.

¹ - Édouard BÉDARRIDES, Réviser la constitution : une histoire constitutionnelle française, Thèse pour le doctorat en droit, Université de Bourgogne, soutenue le 5 décembre 2014, p.15.

² - Vanessa BARBÉ, François – Xavier MILLET, Droit des libertés fondamentales, Extensio édition , Paris, 2011 , p.19.

ولإحالة الديباجة على إعلان سنة 1789، و ديباجة دستور 1946، أصبحت تلك القواعد بما فيها قواعد الدستور الأخرى تمثل بما يسمى الكتلة الدستورية (bloc de constitutionnalité)، التي يعرفها العميد لوي فافوري (Louis Favoreu) أنها: "مجموعة من المبادئ و القواعد ذات القيمة الدستورية، التي تلزم السلطة التشريعية و السلطة التنفيذية، و بصفة عامة تلزمه كل السلطات الإدارية و القضائية، و كذا تلزم الأفراد"¹.

إن المجلس الدستوري الفرنسي ذهب من منطلق أن هناك حقوق أساسية في المنظومة الفرنسية، و هو الذي أدى في الأخير الفقه الفرنسي إلى اعتبار الدستور يمثل كتلة دستورية، التي تتضمن القواعد المنظمة للمؤسسات و جانب آخر منظم للحقوق و الحريات، تلك الحقوق ظهرت و تطورت طوال التطور الدستوري الذي واكب التاريخ السياسي الفرنسي بعد الثورة بداية من إعلان حقوق الإنسان و المواطن لسنة 1789² إلى غاية اليوم.

و من ثمّ فلا يقتصر الحديث في النظام الفرنسي على الوثيقة الدستورية، بل يشمل عدة مواثيق عرفت فرنسا، و أضفى عليها المجلس الدستوري الفرنسي القيمة الدستورية، باعتبار أن الاختصار على الوثيقة الدستورية فقط يحدث إشكال عملي، و في نفس الوقت يشكل خطرا على الحقوق الأساسية، لأن دستور الجمهورية الخامسة لسنة 1958 اقتصر على تنظيم عمل السلطات، فهو يغلب عليه الطابع السياسي على فكرة دستور الحقوق، إذا

¹ - Marie Anne COHENDET , Droit constitutionnel , 4^e édition , édition Montchrestien , L'extenso édition, Paris, 2008, p.56.

² - إعلان حقوق الإنسان و المواطن له صدى كبير على صعيد التشريعات الوطنية، والاتفاقيات الدولية، ففي أوروبا قبل الحرب العالمية الأولى وبعدها، نجد كل من النمسا، تشيكوسلوفاكيا، سويسرا تبنت دساتيرها حقوق الإنسان التي جاء بها إعلان حقوق الإنسان المواطن لسنة 1789، هذا يبين إشعاع أفكار الثورة الفرنسية، بداية بظاهرة دسترة الحقوق في جميع الدول الأوروبية وتعميمها على كل دول العالم، أما الدستور الألماني لسنة 1919 فقد نص الجزء الثاني منه على (حقوق ووجبات الألمان) كحق الملكية الذي يجب أن يكون التصرف فيه و فق المصلحة العامة، وحق العمل الذي يجب أن يكون في خدمة مصلحة الجماعة، و نفس الشيء عرفه دستور يوغوسلافيا لسنة 1921، ودستور بولونيا، وتشيكوسلوفاكيا (الفصل الخامس منهما) ودستور رومانيا لسنة 1923، كما استلهم الإعلان مؤسسي دساتير الدول الأوروبية بعد الحرب العالمية الثانية، وواضعي الدساتير الدول حديثة الاستقلال كدول شمال إفريقيا الجزائر، المغرب، تونس، و الدول الإفريقية، كما يعد إعلان حقوق الإنسان و المواطن لسنة 1789 المرجعية للإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948، المصادق عليه من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة، و اتفاقية حقوق الإنسان الأوروبية لسنة 1950، و كذا العديد من إعلانات الحقوق على المستوى الدولي والإقليمي، أنظر في هذا الشأن: يوسف حاشي، المرجع السابق، ص ص.27-28.

هو غير كافي على الإطلاق لتأمين حماية للحقوق الأساسية، لأن تلك الوثيقة لا تنطبق للحقوق الأساسية إلا بصفة عرضية¹.

عكس ما هو معمول به مثلاً في الدستور الألماني، الإيطالي، و الإسباني، و ينطبق على الدستور الفرنسي وصف الفقيه الفرنسي مورييس هوريو على أن اقتصار الدستور على تنظيم للمؤسسات هو "دستور سياسي"، باعتباره يتضمن بالأساس أحكام تتعلق بالتنظيم السياسي لإدارة الدولة و للجماعات الإقليمية².

و لكن ذلك لا ينفي وجود بعض النصوص تتعلق بالحقوق الأساسية من بينها مبدأ المساواة³، حق الانتخاب⁴، حرية تأسيس الأحزاب السياسية⁵، الحرية الشخصية⁶، و حرية إدارة الجماعات الإقليمية⁷.

و من ثم فكان من الضروري تحديد الحقوق الأساسية في وثائق خارج الوثيقة الدستورية، و هي الدينامكية التي اعتمدها المجلس الدستوري الفرنسي منذ اجتهاده الشهير لسنة 1971 المتعلق بالجمعيات، و الذي تلتته عدة قرارات تكرر توجه المجلس نحو توسيع مرجعياته كأسس للحماية الدستورية للحقوق الأساسية، مما جعل من الفقه الفرنسي يسمى مجموع تلك الوثائق ذات القيمة الدستورية بالكتلة الدستورية، و هو المصطلح الغير المستعمل من قبل المجلس الدستوري الفرنسي الذي يستعمل مصطلح قواعد الإسناد (Norme de référence).

و تتشكل حالياً الكتلة الدستورية، من دستور الجمهورية الخامسة لسنة 1958 بما فيها الديباجة، والنصوص المكتوبة التي تحيل عليها الديباجة و هي، إعلان حقوق الإنسان

¹-Henry ROUSSILLON , Pierre ESPLUGAS, Le conseil constitutionnel, 7^e édition , Dalloz, Paris, 2011 , pp. 63-64.

²-Ibid.

³- Art. 1, de la constitution française du 4 octobre 1958, texte intégral en vigueur.

⁴- Art. 3, ibid.

⁵- Art. 4, ibid.

⁶- Art. 66, ibid.

⁷- Art. 72, ibid.

و المواطن لسنة 1789 التي تضمنت حقوق الجيل الأول و هي الحقوق المدنية و السياسية، و ديباجة دستور 1946 التي تضمنت حقوق الجيل الثاني و هي الحقوق الاقتصادية و الاجتماعية، إضافة إلى حقوق جديدة و هي حقوق الجيل الثالث بموجب ميثاق البيئة لسنة 2004، الذي تم دمجها في ديباجة الدستور بموجب التعديل الدستوري لسنة 2005، و كذا قواعد مكملة لكل ما ذكر و هي المبادئ الأساسية المنبثقة من قوانين الجمهورية، و كذا المبادئ المختلفة ذات القيمة الدستورية التي يضعها المجلس الدستوري على ضوء اجتهاداته.

فالمجلس الدستوري الفرنسي هو الذي حدد معالم الحقوق التي تعد أساسية في النظام القانوني بناء على اجتهاداته، فهو الذي أضفى على المواثيق المذكورة القيمة الدستورية، مضيفا لها مبادئ أخرى منحها القيمة الدستورية، كالمبادئ الأساسية المتعارف عليها في قوانين الجمهورية و التي شكلتها التشريعات المختلفة التي جاءت بعد دستور الجمهورية الثالثة لسنة 1875، كالمبدأ المتعلق بحرية تكوين الجمعيات الذي كرسه قانون الجمعيات الفرنسي المؤرخ في 1 جويلية 1901، حرية التعليم بقانون مؤرخ في 12 جويلية 1875، الحرية النقابية بقانون مؤرخ في 21 مارس 1884، حرية الاجتماع بقانونين مؤرخين في 30 جوان 1881، و 28 مارس 1907، حرية الصحافة بقانون مؤرخ في 29 جويلية 1881، كل تلك التشريعات وضعت في حقبة النظام الجمهوري، فتلك الحقوق كانت مضمونة و تلزم الحكومة و السلطة الإدارية اللذان كانا يخضعان لرقابة مجلس الدولة¹، في إطار الدولة الشرعية، و لم تحصل تلك الحقوق على القيمة لدستورية إلا في ظل رقابة القاضي الدستوري بواسطة المجلس الدستوري، أي في إطار دولة القانون.

و قد نجد تباين بين فقهاء و أساتذة القانون الدستوري الفرنسيين في تحديد عناصر الكتلة الدستورية، فهناك منهم من يدرج بالإضافة للمرجعيات المذكورة أعلاه قواعد أقل درجة

¹-Vanessa BARBÉ, François-Xavier MILLET, op.cit, p.19.

من الدستور، و لكن نجد التحديد الذي جاء به الفقيه دومنيك روسو (Dominique Rousseau) للكتلة الدستورية في: " الدستور، إعلان 1789، ديباجة دستور 1946، ميثاق البيئة لسنة 2004، المبادئ الأساسية المكرسة في قوانين الجمهورية و المبادئ ذات القيمة الدستورية " و يستثني الفقيه دومنيك روسو القوانين العضوية، الأنظمة الداخلية لغرفتي البرلمان، و المعاهدات من الكتلة الدستورية¹.

و يكون الفقيه دومنيك روسو قد استند على اجتهادات المجلس الدستوري الفرنسي في ذلك المجال، فبالنسبة للقوانين العضوية فإن قرار المجلس الدستوري الفرنسي المؤرخ في 11 أوت 1960، الذي أكد فيه على أن: "إذا كان القانون العضوي يخضع لرقابة المجلس، فإن القانون العادي المخالفة للقانون العضوي ليس بالضرورة مخالفة للقواعد الدستورية الذي تحيل على ذلك القانون العضوي"²، فالقانون العضوي أسمى من القانون و لكنه أدنى درجة من الدستور، و أما بخصوص الأنظمة الداخلية لغرفتي البرلمان، فالقد صرح المجلس في قرار له بتاريخ 22 جويلية 1980 بأن: "الأحكام المتعلقة بالأنظمة الداخلية لغرفتي البرلمان ليس لهم قيمة دستورية"³، و يستثني نفس الفقيه المعاهدات من الكتلة الدستورية على أساس قرار المجلس الدستوري الفرنسي المؤرخ في 15 جانفي 1975 الذي بموجبه رفض الاستناد على معاهدة حقوق الإنسان الأوروبية في عملية الرقابة الدستورية بناء على أن الدستور لا يحدد له تلك الصلاحية عملا بالمادة 61 من الدستور⁴.

¹ - Dominique Rousseau, op.cit. pp.112 – 116.

و أنظر في هذا الشأن: نباي فطة، دور المجلس الدستوري في حماية الحقوق و الحريات مجال محدود و حول محدود، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم ، تخص القانون ، جامعة مولود معمري تيزي وزو ، كلية الحقوق و العلوم السياسية، تاريخ المناقشة 14 جويلية 2010، ص ص.88-100.

² - CC n° 60 – 08 DC du 11 Aout 1960, cf. Site: www.conseil-constitutionnel.fr.

³ - CC n° 80 – 17 DC du 11 Juillet 1960, cf. Site: www.conseil-constitutionnel.fr.

⁴ - CC n°74 – 54 du 15 Janvier 1975 , disponible en ligne sur le site: www.conseil-constitutionnel.fr.

الفرع الثالث - القانون الأساسي الألماني: دستور الحقوق الأساسية

لألمانيا دور ريادي في مجال الحقوق الأساسية، و ذلك يعود بالأساس للأصول النظرية لفكرة الحقوق الأساسية، التي تجد مصدرها في دستور فايمار (Weimar) لسنة 1919، الذي أسس أول نظام ديمقراطي في ألمانيا بعد الوحدة، وبالعودة لنصوص ذلك الدستور نجده متشكل من بابين الأول نضم فيه السلطات تحت عنوان: "بناء و صلاحيات الرايخ" (Construction et fonctions du Reich)، و الباب الثاني يتعلق بالحقوق و الحريات تحت عنوان: " الحقوق و الواجبات الأساسية للألمان" (Droits et Devoirs Fondamentaux des Allemands)، فالملاحظ أن ذلك الدستور استعمل مصطلح "الحقوق...الأساسية"، فيعتبر أول دستور تبنى هذا الاصطلاح الذي لم يكن متداول في الدساتير، و هذا في الباب الثاني المتشكل من المواد 109 إلى المادة 165¹.

جاءت تلك الحقوق مفصلة بشكل واسع تضمنت حقوقا مدنية وسياسية، وحقوق فردية، و جماعية، كتكريسه لمبدأ المساواة ومنع أي امتياز سببه المولد أو مرتبة اجتماعية، الحق في التنقل، الحرية الشخصية، سرية المواصلات بواسطة الرسائل البريدية، التلغراف، التليفون، حرية التعبير و الرأي، ضمان الحق في الاجتماع، و كذا الحق في تكوين الجمعيات، ولا يمكن رفض تشكيلها لأسباب سياسية أو اجتماعية أو دينية، حرية المعتقد، وكرس حتى حقوقا اجتماعية واقتصادية، كالحق النقابي، الحق في الضمان الاجتماعي، والرعاية الصحية، وحماية الأمومة، والمساواة بين العمال وصاحب العمل في تحديد الأجور وظروف العمل، والاعتراف بالحقوق الاجتماعية والمهنية للعمال في عدة نصوص².

ذلك يثبت أن الدستور الألماني الذي جاء عقب الحرب العالمية الأولى، كان متطور في مجال الحقوق الأساسية على دساتير الدول الأوروبية الأخرى في تلك الحقبة، بل جاء

¹ - Constitution de Weimar du 11 août 1919, disponible en ligne à l'adresse: <http://mjp.univ-perp.fr/constit/de1919.htm>.

² - Art. 109, 111, 112, 114, 117, 118, 123, 124, 135 à 141, 159, 160, 161, de la Constitution de Weimar du 11 août 1919, ibid.

سابقا لوقته ذلك أنه جسد الحقوق و الحريات بشكل حديث، فإذا أخذنا على سبيل المثال المنظومة الفرنسية لم يتم دسترة الحقوق الاجتماعية و الاقتصادية، إلا بعد الحرب العالمية الثانية، أي بموجب ديباجة دستور 1946، و لم تعرف الحقوق الأساسية إلا بفضل تنامي دور المجلس الدستوري الفرنسي في نهاية سبعينيات القرن الماضي.

وتوقف العمل بدستور 1919 بعد 15 سنة من صدوره، أي سنة 1933، عند وصول النازية للسلطة، و لكن لم يلغى الدستور بشكل رسمي، ويعتبر سقوط النظام النازي (الرايخ الثالث) بعد هزيمة ألمانيا أمام الحلفاء بتاريخ 08 ماي 1945، هو التاريخ الفعلي لزوال دستور فايمار لسنة 1919 من الناحية القانونية، مع العلم أن الدستور الحالي الحامل لعنوان القانون الأساسي لسنة 1949 قد استلهم و تبنى عدة نصوص دستورية في مجال الحقوق الأساسية من دستور فايمار.

بعد الحرب العالمية الثانية جعل الدستور الألماني من الحقوق الأساسية المحور الأساسي للدستور، في حد ذاته بتبنيه النظام الديمقراطي كأساس للحكم، ووضع القيود اللازمة في الدستور لتجنب السقوط في الديكتاتورية، ورجوع النازية من جديد التي قضت على فكرة الحقوق الأساسية التي جاءت في دستور فايمار، و حلّ محله الاستبداد وانتهاك لا مثيل له لحقوق الإنسان الأساسية¹.

¹ - تجدر الإشارة أن رغم الولايات التي عاشتها أوروبا في الحرب العالمية الثانية من انتهاكات لحقوق الإنسان كالحق في الحياة ، كرامة الإنسان و سلامته البدنية و المعنوية، الحق في الأمن، الحق في التنقل، الحق في الحرية الشخصية حرية الرأي و التعبير بسبب شن ألمانيا النازية لحربا ضد كل شعوب أوروبا باحتلالها و إخضاعها لجميع أشكال الاستغلال و العبودية، فإن الدول الغربية التي هزمت ألمانيا بعد سنة 1945 و بالرغم ما توصلت إليه المجموعة الدولية إلى تقديس حقوق الإنسان كميثاق الأمم المتحدة، إعلان العالمي لحقوق الإنسان 1948 و ما جاء بعدها مواثيق دولية و إقليمية في ذلك المجال و على المستوى الداخلي في دساتيرها، فإن الدول الاستعمارية الأوروبية انتهكت في عدة محطات تاريخية حقوق الإنسان، و نذكر منها على سبيل المثال و ليس الحصر: أحداث 8 ماي 1945 في الجزائر و هو اليوم الذي استسلمت فيه ألمانيا للحلفاء حيث أبادت قوات الاستعمار الفرنسي 45000 جزائري، ذنبهم الوحيد استعملوا حقهم المضمن في قوانين الجمهورية الفرنسية، و هو التعبير عن مطالبهم السياسية بالخروج في مسيرات سلمية للمطالبة بالاستقلال و تقرير المصير، كما تتطلع له كل شعوب العالم بعد القضاء على النازية، ثم انتهاكات حقوق الإنسان من قبل الاستعمار الفرنسي بعد اندلاع ثورة التحرير في سنة 1954 من ممارسة التعذيب على جميع الأصعدة، جرائم القتل

و قد سمي الدستور الألماني لسنة 1949 ب" القانون الأساسي للجمهورية ألمانيا الاتحادية"، و بعد ديباجة الدستور جاء عنوان الفصل الأول منه " الحقوق الأساسية"¹، فيستشف من القانون الأساسي الألماني أنه كرس فكرة الحقوق الأساسية، و جعل منها حقوقاً تترتب الهرم القانوني في الدولة و نظام يحكم الدولة، بالتأكيد على عدم جواز بأي حال من الأحوال المساس بالحقوق الأساسية².

و من بين الحقوق الأساسية التي كرسها القانون الأساسي الألماني هي: كرامة الإنسان، والتزام سلطة الدولة بالحقوق الأساسية، الحرية العامة في التصرف، الحرية الشخصية والحق في الحياة، مبدأ المساواة، حرية العقيدة الضمير و الإيمان، حرية الرأي، الإعلام و الصحافة الفن و العلم، حقوق للأسرة و العائلة و حماية الأطفال الغير شرعيين، حق تعليم، حرية التجمع، حرية إقامة الجمعيات و الائتلافات، سرية الرسائل البريدية و الاتصالات الهاتفية، حرية التنقل، حرية مزاولة المهن و حظر العمل القسري، حرمة السكن، حق الملكية، الحق في مقاومة الطغيان، حقوق البيئة، الحق في تشكيل أحزاب سياسية، حق المثل أمام قاضي شرعي و الحق في الأمن، إلغاء عقوبة الإعدام...الخ.

الشيء الملاحظ هو أن القانون الأساسي الألماني³، ضمن في أحكامه الحقوق المدنية و السياسية و هي حقوق الجيل الأول، الحقوق الاقتصادية و الاجتماعية و هي

و التعذيب، تدمير القرى و المداشر، ترحيل المواطنين العزل و وضعهم في المحتشدات، المنع من الإقامة و التنقل...الخ، و كذا الحروب التي قادتها الولايات المتحدة الأمريكية لتكريس هيمنتها على العالم و لحماية مصالحها، وما تزامن معها انتهاك لأبسط حقوق الإنسان كالحرب في فيتنام، الحرب في العراق، الحرب في أفغانستان...الخ.

¹-Loi Fondamentale pour la République fédérale d'Allemagne, Version mise à jour novembre 2012, cf. Site : <https://www.bundestag.de>.

²- Art. De 1 à 19 et 20, 20a, 21, 33, 36, 101, 104 de la Loi Fondamentale de la République fédérale d'Allemagne.

³ - نجد الدستور الإيطالي قد تجنب الإشارة إلى تعبير " الحقوق الأساسية"، و استخدم في المادة الثانية منه تعبير " حقوق الإنسان غير قابلة للانتهاك"، فتتص المادة 02 من الدستور الإيطالي لسنة 1947 على أنه: " تعترف الجمهورية بحقوق الإنسان غير القابلة للانتهاك وتضمنها، أكان فرداً أم عضواً في تشكيلات اجتماعية تطور من خلالها شخصيته، كما تستوجب الالتزام بواجب التضامن السياسي، الاقتصادي والاجتماعي الذي لا يجوز مخالفته"، و نجد بعض دساتير الدول الأوروبية سايروا القانون الأساسي الألماني

حقوق الجيل الثاني، حقوق البيئة و هي حقوق الجيل الثالث، هذه الأخيرة ظهرت في الثمانينات القرن الماضي، و سماها البعض بحقوق الشعوب تشير بوجه خاص الحق في السلام، و الحق في التنمية، و الحق في الثقافة، الحق في البيئة، و هذه الحقوق تخول جميع الأفراد حق في مطالبة غيرهم من الأفراد باحترام قيم عالمية معينة، في إطار من التضامن حتى أنها سميت بحقوق التضامن¹، وهذه الحقوق بدأت تتبلور كجزء لا يتجزأ من الحقوق الأساسية المضمنة في النظام القانوني للدولة²، و ذلك بدسترتها و منحها القيمة الدستورية، و هو الأمر الذي جسده القانون الأساسي الألماني بموجب المادة 20 أ.

الفرع الرابع - الدستور الجزائري: الحقوق الأساسية محددة في صلب الدستور

لم يعرف نظامنا القانوني موضوع الحقوق و الحريات³ نظريا بشكل مجرد، إلا

كالدستور الإسباني الذي نص على في بابه الأول تحت عنوان " حول الحقوق و الواجبات الأساسية " فتنص المادة 10 من الدستور الإسباني على أن: " 1 . تمثل كرامة الإنسان والحقوق التي لا يمكن التعدي عليها المرتبطة بها وحرية تنمية الشخصية واحترام القانون وحقوق الآخرين، أساس النظام السياسي والسلام الاجتماعي 2 . يتم تفسير القواعد القانونية المرتبطة بالحقوق الأساسية والحريات التي يعترف بها الدستور بناء على الإعلان العالمي لحقوق الإنسان وبموجب المعاهدات والاتفاقيات الدولية المتعلقة بنفس الموضوع والتي قامت إسبانيا بالمصادقة عليها"

Voir: la Constitution Espagnole, Ratifiée par le peuple espagnol par le référendum du 6 décembre 1978, Catálogo de Publicaciones de la Administración General del Estado publicaciones oficiales.boe.es, et La Constitution italienne de 1947, Publication réalisée par le Bureau des informations parlementaires, des archives et des publications du Sénat. Mise à jour et révision pour la langue française: Alessio Colarizi Graziani.

¹ - أحمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص.42.

² - في النمسا الملاحظ أن الدستور النمساوي لا يعرف بمصطلح " الحقوق الأساسية " كمصطلح تقني، و قد سارت المحكمة الدستورية النمساوية على التقيد بالتفسير الحرفي للدستور رغم أن المحكمة أصبحت تسهر على البحث في =مضمون الضمانات التي من شأنها أن تضفي حماية الدستورية للحقوق الأساسية متأثرة باتفاقية حقوق الإنسان الأوروبية التي لها مرتبة الدستور في النظام النمساوي

Voir: Lorenza CARLASSARE, « Le contrôle par "voie incidente" - Le contrôle abstrait », in « La protection des droits fondamentaux par la Cour Constitutionnelle », Brioni, Croatie, 23 - 25 septembre 1995, Collection Science et technique de la démocratie n°15, Edition du Conseil de l'Europe, pp.149-150.

³ - إن الجزائر وبعد الاستقلال تبنت النظام الاشتراكي كخيار لا رجعة فيه، و إن اعترف دستور 1963 بالحقوق في الشطر الأول من الدستور تحت عنوان: " المبادئ و الأهداف الأساسية "، و في دستور 1976 حددها تحت عنوان: " الحريات الأساسية و حقوق الإنسان و المواطن "، فإن المؤسس في الدستورين المذكورين ربط ممارسة تلك الحقوق و الحريات بعدم المساس بالنظام الاشتراكي، و الحزب

بموجب دستور 1989¹، بتجسيد " المذهب الدستوري " (Le Constitutionnalisme) القائم على ضمان الحقوق و الحريات في ظل تنظيم السلطة وفقا لمبدأ الفصل للسلطات، و على الدستور تقيد السلطة كما يرى الفقيه (Benjamin Constant)²، ذلك الدستور تم تعديله في عدة محطات في سنة 1996، 2002، 2008، و أخيرا في سنة 2016، و لكن الملاحظ و على عكس أول دستور جزائري لسنة 1963، فإن الدستور الجزائري الساري حاليا، لم يستعمل مصطلح " الحقوق الأساسية " و نص على الحقوق منذ سنة 1989 في الفصل الرابع تحت عنوان " الحقوق و الحريات " ³ و لم يغير ذلك العنوان في التعديلات المشار إليها أعلاه، و إن كانت بعض النصوص استعملت مصطلح " الأساسية " كنص المادة 38 من دستور 2016 على أن: " الحريات الأساسية و حقوق الإنسان و المواطن مضمونة "، نجد المؤسس ضمن مجموعة من الحقوق من نص المادة 32 إلى نص المادة 73، تضمنت حقوق الجيل الأول (أولا)، الثاني (ثانيا)، و الثالث للحقوق و الحريات (ثالثا)، و من المنطلق أن تقرير الحريات هو ضمان للحريات، فإن الدستور الجزائري باعتباره القانون الأساسي هو ضامن لتلك الأجيال من الحقوق، و نعتد كطريقة لتقسيم الحقوق الأساسية معيار التقسيم التاريخي لأجيال الحقوق⁴.

الواحد، و يمكن إسقاط تلك الحقوق في هذه الحالة، هذا ما عبرت عليه المادتين 22 و 73 من دستور سنة 1963 ، و 1976 على التوالي، أي لا وجود لحقوق و حريات سياسية و هو الأمر الذي يتعارض مع الديمقراطية، باعتبار الحقوق السياسية هي الضامنة للحقوق الفردية و الجماعية.

¹ - سكاكني باية، دور القاضي الإداري في حماية الحقوق و الحريات الأساسية، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، التخصص القانون، جامعة مولود معمري تيزي وزو، كلية الحقوق و العلوم السياسية، تاريخ المناقشة 02 نوفمبر 2011 ، ص.40.

² - Jean-Philippe FELDMAN, « Le constitutionnalisme selon Benjamin Constant »,Revue française de droit constitutionnel, 2008/4, n° 76, pp.677-681.

³ - و كان من الأجدر استعمال مصطلح " الحقوق الأساسية " الذي يتوافق مع المفهوم الكلاسيكي لدولة القانون، خاصة و أن مؤسسا عبر على أن بناء دولة القانون بواسطة الدستور في ديباجته، و هي الفقرة التي لم يدخل عليها أي تغيير دستور 1989 إلى غاية الدستور الحالي لسنة 2016، والتي جاء فيها: " إن الدستور فوق الجميع، و القانون الأساسي الذي يضمن الحقوق و الحريات الفردية و الجماعية، و يحمي مبدأ حرية اختيار الشعب، و يضفي المشروعية على ممارسة السلطات، و يكرس التداول الديمقراطي عن طريق انتخابات حرة و نزيهة "، و أضاف تعديل 2016 في الديباجة: " يكفل الدستور الفصل بين السلطات و استقلال العدالة و الحماية القانونية... "، كما أكد تعديل 2016 في الديباجة على أن " تشكل هذه الديباجة جزءا لا يتجزأ من هذا الدستور ".

⁴ - هناك عدة معايير لتقسيم الحقوق في الفقه القانوني، و لكنها تهدف كلها للتعريف بالحقوق و التمييز بينها، بوضعها في فئات معينة على أساس معايير مختلفة، فهناك من يقسم الحقوق الأساسية على أساس معيار تطور ظهورها التاريخي و نجد هنا ثلاثة أجيال الجيل الأول، الثاني، و الثالث، و هناك من يقسمها على أساس معيار موضوع الحقوق، فجانبا يقسمها لحريات شخصية،

أولاً- الدستور الجزائري ضامن لحقوق الجيل الأول: واكب ظهور حقوق الجيل الأول مع الحركة الدستورية الأولى و هي تشمل بالأساس الحقوق الأساسية المدنية و السياسية التي عالجها المؤسس الجزائري.

أ- الحريات الأساسية الشخصية حتمية لقيام دولة القانون: نقصد بالحريات الشخصية الاعتراف لكل فرد بحيزا يتمتع فيه بحرية الاختيار فيما يخص تنقله، سكنه، و حياته الخاصة، بدون تدخل من أي شخصاً آخر، أو من قبل السلطات العمومية، و تتعلق بالحريات الطبيعية التي يجب أن يتمتع بها الأفراد في المجتمع و هي ملازمة لدولة القانون.

1 - الحق في الأمان الشخصي: ذكر الفقيه (Benjamin Constant) أن حرية المواطنين هي " الضمانات ضد كل عمل تعسفي " و يعرف الفقيه التعسف على أنه: " عدم وجود قواعد، حدود، تعاريف، في كلمة هو غياب لكل ما هو دقيق"¹، فالحق في الأمان الشخصي هو لمجابهة التعسف فهو أحد الحريات الأساسية المرتبطة بشخصية الإنسان، فهي تعبر عن حالة الإنسان غير المعتقل أو المتهم الذي يمكنه الذهاب و المجيء، و يقع التزام على الدولة بتوفير الضمانات القانونية اللازمة ضد كل عمل تعسفي يصدر عن أعوان الدولة يمكن أن يؤدي بشكل أو آخر التوقيف و الاعتقال الكيفي².

حريات فكرية، حريات الرأي الجماعية، و جانب آخر يقسمها لحريات فردية، و حريات جماعية، و هناك المختصين في القانون الدولي و الأوربي لحقوق الإنسان يميزون بين الحقوق الأساسية و حقوقاً أخرى، بواسطة معيار " عدم جواز المساس بالحقوق الأساسية"، و هناك من يستندون على "معيار الحماية القضائية " مستندين في ذلك على قرارات المجلس الدستوري الفرنسي الذي ميز بين (الحريات العامة الأساسية) و (الحريات العامة)، و هناك من يعتمد على معيار مبدأ المصقوفي (le critère des principes matriciels)، القائم على أننا نكون أمام حق أساسي، لما يشكل ذلك الحق منبعاً لحقوق و حريات أخرى و الذي بلوره الفقيه برنار ماتي يو (Bertrand Mathieu).

Voir: Philippe BLACHER, « Droit fondamentaux (classification) », in Dictionnaire des droits fondamentaux, sous la direction de Dominique CHAGNOLLAUD et Guillaume DRAGO, Dalloz, Paris, 2010, pp.279-286.

¹- Constant décrit l'arbitraire comme « l'absence des règles, des limites, des définitions, en un mot l'absence de tout ce qui est précis », Voir Jean-Philippe Feldman, op.cit, p.678.

²- مورييس نخلة، الحريات، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1999، ص ص.109-110.

و عليه فإن كان تحقيق الأمن العمومي الذي هو أحد عناصر النظام العام يخول حرمان الشخص من حريته، فإن الحق في الأمان الشخصي يمنع أن يكون الاعتقال كفي¹، فلا يمكن حرمان شخص من حريته بتوقيفه و اعتقاله إلا إذا توافرت الشروط الموضوعية، و احتراماً لإجراءات التي يحددها القانون، وهذا ما عبرت عليه المادة 59 من دستور 2016 على أن: " لا يتابع أحد و لا يوقف و لا يحتجز، إلا ضمن الشروط المحددة بالقانون، و طبقاً للأشكال التي نص عليها...".

و حرصاً من المؤسس على تعزيز الحق في الأمان الشخصي تم إضافة بموجب تعديل 2016 بندا يؤكد على أن " الحبس المؤقت إجراء استثنائي يحدد القانون أسبابه و مدته و شروط تمديده..."، و التأكيد أخيراً على وجوب تجنب السلطة العمومية كل اعتقال كفي مهما كان، بالنص على أن "يعاقب القانون على أعمال و أفعال الاعتقال التعسفي"، و لذلك السبب فإن كل اعتقال تقوم به السلطة التنفيذية صاحبة الاختصاص لحفظ الأمن العمومي، يجب و بدون تمهل أن يخضع للرقابة القضائية² و إشرافها تجسيدا لمبدأ الفصل بين السلطات، هذا ما عبرت عليه المادة 60 من الدستور فيما يخص التوقيف للنظر، و عليه فكفالة الحقوق الأساسية في دولة القانون مرهون بتمتع القضاء بالاستقلالية، و وضع كافة الوسائل القانونية و تنميتها لتكريس مبدأ استقلالية القضاء.

كما جاء الدستور الجزائري بعدة ضمانات ترتبط بحق الأمان الشخصي، الذي يجب أن يتحقق لاطمئنان الفرد على حريته، و على كل حقوقه الأساسية، تلك الضمانات يمكن

¹-Dominique TURPIN, op.cit, p.296.

²- إن الحق في الأمن الشخصي يجد أصله في للمنظومة الانجليزية التي وضعت بواسطة إجراء إحضار جسم السجين (l'habeas corpus) في الميثاق الأعظم الصادر سنة 1215 الذي يمنح الحق لكل سجين في أن يعرض على قاضي كي يفصل في شرعية سجنه، و في حالة عدم توافر تلك الشرعية يطق صراحه فوراً، و نقل ذلك الإجراء و تم تجسيده في المنظومة الفرنسية بموجب المواد 7، 8 و 9 من إعلان حقوق الإنسان و المواطن لسنة 1789.

Voir: Didier THOMAS, « Le droit à la sûreté », in Libertés et droits fondamentaux, sous la direction de Rémy CABRILLAC, 20^e édition , Dalloz, Paris, 2014, p.424.

تلخيصها في الكرامة الإنسانية، قرينة البراءة، المحاكمة العادلة، الحق في الدفاع، شرعية العقوبة، و كذا مبدأ مسؤولية الدولة في حالة الخطأ القضائي¹.

2- حرية الذهاب و الإياب: وهي الحرية الطبيعية الأساسية للإنسان، و تعد أحد عناصر الحريات الشخصية² وتقتصر هذه الحرية على حق كل فرد في الانتقال بحرية داخل إقليم الدولة، أو مغادرته، أو العودة إليه³، فالمبدأ الذي يحكم حرية التنقل هو عدم وجود لأي قاعدة تحد من تلك الحرية فهي حرية أساسية جوهرية، و لكن ذلك لا ينفي وجود استثناءات على ذلك للتوفيق بين ممارسة تلك الحرية و حريات أخرى من نفس القيمة، و ذاك بجواز وضع حدود على تلك الحرية في حالتين، الحالة الأولى لما يتعلق الأمر بتحقيق النظام العام بعناصر الثلاثة السكينة، الأمن، الصحة، كالحدود التي توضع على تنقل الأجانب، و أما الحالة الثانية الحدود التي توضع من أجل احترام حقوق وحريات أخرى، كوضع الحدود على حرية الذهاب و الإياب مادام صاحب الملكية الخاصة يتمتع بحق كلي على ملكيته⁴.

و نصت المادة 55 من دستور 2016 على تلك الحرية على أن: " يحق لكل مواطن يتمتع بحقوقه المدنية و السياسية أن يختار بحرية موطن إقامته، وان ينتقل عبر التراب الوطني، حق الدخول إلى التراب الوطني والخروج منه مضمون له "، و قد أضاف المؤسس في تعديل 2016 فقرة على غاية من الأهمية بالقول أنه: " لا يمكن الأمر بأي تقييد لهذه الحقوق إلا لمدة محددة و بموجب قرار مبرر من السلطة القضائية "، فمن شأن تلك الفقرة أن تساهم في التأطير الدستوري للحدود التي تقع على حرية الذهاب و الإياب، بإخضاع المؤسس كل تقييد لتلك الحرية للرقابة القضائية.

¹ - المواد 40، 41، 56، 58، و 61 من التعديل الدستوري الجزائري لسنة 2016.

² - Dominique TURPIN, op.cit, p.319.

³ - Henri OBERDORFF, op.cit , p.282.

⁴ - Xavier PHILIPPE, « La liberté d'aller et de venir », in Libertés et Droits Fondamentaux, sous la direction de Rémy CABRILLAC, 21^e édition , Dalloz, Paris, 2015, p.423-425.

3- الحق في الحياة الخاصة: إن الحياة الخاصة هي دائرة يتمتع فيها الفرد بخصوصيته التي له الحق منع الغير من معرفة أي تفاصيل أو معلومات حول حياته الخاصة، و تمكنه من المحافظة على شخصه و مسكنه و أوراقه و أعماله و عدم تعرضه إلى تفتيش و الحجزات التي تتجاوز الحدود المعقولة و المحافظة على حياته الخاصة وأسرار حياته العائلية الخاصة و حرمة منزله و مراسلاته¹، و يرى في هذا المجال باتريك واشسمان (Patrick Wachsmann) أن الحياة الخاصة تأخذ ثلاث صور و هي:حرمة المنزل، حرية اختيار الحياة الخاصة، و سرية الحياة الخاصة² و لقد ضمن المؤسس الحياة الخاصة و حرمة المنزل بموجب المادة 46 و 47 من الدستور، و لتعزيز الحماية الدستورية للحياة الخاصة، المؤسس الجزائري في تعديل سنة 2016 جعل وضع الحدود على الحق في الحياة الخاصة يتوقف على أمر من السلطة القضائية، و الملاحظ أن المؤسس حرص في التعديل الدستوري لسنة 2016 على إخضاع كل عناصر الحريات الشخصية للرقابة القضائية.

و تشهد مجالات حماية الحياة الخاصة تطورا سريع مواكبا للتطور التكنولوجي المتعلق بعولمة تبادل المعلومات عن طريق شبكة الانترنت التي أظهرت مخاطر جد كبيرة على حماية الحياة الخاصة بتطور طرق تخزين المعلومات الكترونيا، سهولة التسجيل الصوتي و المصور و عمليات نشرها...الخ³.

¹- مورييس نخلة، المرجع السابق، ص.161.

²- Pateick WACHSMANN, Liberté publique, 4^e édition, Dalloz, Paris, 2002, pp.401- 410.

³- تشهد مجالات حماية الحياة الخاصة، تطورا سريع مواكبا للتطور التكنولوجي المتعلق بعولمة تبادل المعلومات عن طريق شبكة الانترنت، التي أظهرت مخاطر جد كبيرة على حماية الحياة الخاصة بتطور البريد الالكتروني، طرق تخزين المعلومات الكترونيا، سهولة التسجيل الصوتي، و المصور، و سهولة عمليات نشرها عن طريق المواقع الالكترونية، خاصة مواقع التواصل الاجتماعي...الخ، مما يجعل تتبع الحياة الخاصة للأشخاص حاليا أمر جد سهل و بسيط مع تطور تكنولوجيا الاتصالات، و هو ما تكيف معه المؤسس في المادة 46 الفقرة 3 على أن: " حماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي حق أساسي يضمنه القانون و يعاقب على انتهاكه"، مما يقع التزام على المشرع مهمة سن التشريعات اللازمة لمجابهة تلك المخاطر على الحياة الخاصة.

ب- الحقوق والحريات الأساسية الفكرية و السياسية حتمية لقيام دولة القانون: إن الإنسان هو كائن يفكر و له آراء مختلفة حول كل مناحي الحياة و من ثم فله أن يعبر على تلك الأفكار و لا يمكن بأي شكل من الأشكال أن يحرم من حرية التفكير لأنها من صميم الطبيعة البشرية، و نعالج ذلك من خلال التطرق للحرية الفكرية و تفرعاتها، والحريات السياسية التي في الحقيقة ما هي إلا نتاج للأولى.

1-الحريات الفكرية مكرسة دستوريا و هشة واقعيًا: إن الحريات الفكرية هي من أهم الحريات الإنسانية على الإطلاق، فلا يقوم بدونها أي حق من الحقوق الأساسية، و بدونها لا يكون لدولة القانون أي معنى، و هي حرية دستورية أساسية في كل نظام ديمقراطي¹ نقيض للطغيان و الاستبداد، لأنها تمثل الجانب المعنوي أو الروحي للفرد، وتسمح له بتكوين آرائه و أفكاره في شتى القضايا و بالشكل الذي يمليه عليه ضميره أو وجدانه².

و قد تعزز مركز الحريات الفكرية في التعديل الدستوري الجزائري لسنة 2016، فيمكن تقسيم الحريات الفكرية إلى حرية الرأي و التعبير، حرية الصحافة ووسائل الإعلام الأخرى، و هذه الحريات هي مكرسة في صلب الدستور فحرية الرأي و التعبير، نجدها منصوص عليها في المادة 42 الذي بموجبها زواج المؤسس، بين حرية الرأي و حرية المعتقد بالشكل التالي: "لا مساس بحرمة حرية المعتقد³ و حرمة حرية الرأي"، و نص على حرية التعبير بمزاوجتها مع حرية إنشاء الجمعيات و الاجتماع في المادة 48 من الدستور، على أن: "حريات التعبير و إنشاء الجمعيات و الاجتماع مضمون للمواطن"، و أكد المؤسس على تلك الحرية لما نص حق إنشاء الأحزاب السياسية، على أن الحزب "...يتمتع بحرية الرأي و التعبير..." وفقا للمادة 53 من الدستور الجزائري، و وفقا للمراجعة الدستورية لسنة 2016 تم

¹ - Henri OBERDORFF, op.cit, p.433.

² - خضر خضر، مدخل إلى الحريات العامة و حقوق الإنسان، الطبعة الثانية، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 2004، ص. 341.

³ - لا يمكن ضمان حرية المعتقد إلا بواسطة علمانية الدولة أي فصل الدين عن الدولة، و اعتبار المعتقد حرية أساسية شخصية، وهو الأمر الذي لا يمكن تصوره على المدى القريب و المتوسط في المجتمعات العربية و الإسلامية.

دسترة لأول مرة حرية الصحافة المكتوبة و السمعية البصرية، و بعدم إخضاعها للرقابة القبلية¹، ونجد عدة حريات تنبثق من حرية الرأي و التعبير، تم دسترها صراحة كحرية الابتكار الفكري و الفني و العلمي²، كما عزز التعديل الدستوري الجزائري لسنة 2016 حرية تجد مصدرها في حرية الرأي و التعبير، و هي الحرية الأكاديمية فنصت المادة 44 من الدستور على أن: " الحريات الأكاديمية و حرية البحث العلمي مضمونة و تمارس في إطار القانون"، تلك الحرية تصبح أساسا دستوري لحرية الأساتذة الجامعيين، فلا يمكن للسلطة بأي حال من الأحوال التدخل للحد من حريتهم في إيصال المعلومات، أو توجيه العمل الأكاديمي، فتأطير النشاط الأكاديمي و البحث العلمي هو من مهام هياكل الكليات في الجامعة، على رأسها المجالس العلمية التي يجب أن تتمتع بالاستقلالية.

و تبقى الحريات الفكرية بكل تفرعاتها هشة واقعيا، فيأخذ التعبير عن الأفكار و الآراء شكلا فرديا أو جماعيا يكون بواسطة حرية التجمع، و التظاهر التي هي شرط للديمقراطية و التعددية، و لقد نص دستور سنة 2016 في مادة 48 منه على ضمان الدولة لحرية الاجتماع، و يحدد القانون كليات تنظيم حرية الاجتماع كاشتراط الترخيص المسبق من الإدارة، و يقام الاجتماع في مكان مغلق كالقاعات، أو في مكان عمومي، و قد تتعسف السلطات العمومية في التضييق على هذه الحرية لاعتبارات سياسية لا علاقة لها بمقتضيات النظام العام، و التجمع في الأماكن العمومية قد يلحقه إجراء مسيرة تتجه نحو مكان معين، يلجأ له الأفراد للتعبير عن موقفهم اتجاه وضع سياسي أو اجتماعي أو اقتصادي معين، و يرى مارسيل روني أن: " تطور التجمع في المجال السياسي و الاجتماعي يفسر بدون شك

¹ - المادة 50 من التعديل الدستوري الجزائري لسنة 2016.

² - المادة 44 فقرة 1 و 2 من التعديل الدستوري الجزائري لسنة 2016 تنص المادة 44 على أن: " حرية الابتكار الفكري و الفني و العلمي مضمون للمواطن، حقوق المؤلف يحميها القانون، لا يجوز حجز أي مطبوع أو تسجيل أو أية وسيلة أخرى من وسائل التبليغ و الإعلام، إلا بمقتضى أمر قضائي".

في رغبة المواطنين بالرجوع في بعض المراحل الزمنية إلى ممارسات الديمقراطية المباشرة¹، فالتجمع إذا يعد أحد أشكال الديمقراطية المباشرة بحسب هذا القول.

و لا يمكن فصل التجمع على حرية التظاهر السلمي، التي تعتبر حرية مكتملة للتجمع و كذا لحرية الرأي و التعبير، و لا يمكن في دولة القانون أن يحرم الأفراد من حرية التجمع و التظاهر السلمي إلا إذا كان ذلك يشكل مساس خطير بالنظام العام، و الملاحظ أن الدستور الجزائري لسنة 2016 و لأول مرة منذ الاستقلال تم دسترة حرية التظاهر بموجب المادة 49 منه، التي تنص على أن " حرية التظاهر السلمي مضمونة للمواطن في إطار القانون الذي يحدد كيفية ممارستها "، و منذ صدور الدستور لم يصدر لحد الساعة القانون المنظم للتظاهر السلمي كما أقره الدستور رغم مرور عامين عن صدور الدستور، و هي مخالفة للدستور فعلى المشرع أن لا يقصر في وظيفته التشريعية التي يفرضها عليه المؤسس، خاصة إذا تعلق الأمر بالحقوق الأساسية².

كما يمنع التظاهر في الجزائر العاصمة رغم أنه تم رفع حالة الطوارئ منذ سنة 2011³، مما يعد مخالفة لمبدأ المساواة و حرية التظاهر المكرسين في الدستور، و لكن

¹-Henri Oberdorff, op. cit, p.512.

² - يتبين جليا أنه لا وجود لإرادة سياسية لتكريس حق التظاهر السلمي في الحياة السياسية، و الاجتماعية من قبل السلطات العمومية، و ذلك يعد خرق لروح الدستور، و إذا تم تنظيم الحرية يتم إفراغها من محتواها كما هو الحال على سبيل المثال وليس الحصر، بالنسبة لحرية تشكيل الأحزاب السياسية بموجب القانون العضوي 2012 و الجمعيات بموجب قانون سنة 2012 رقم 06-12.

³ - إن استعمال القوة المفرطة لمنع التظاهر السلمي في الجزائر العاصمة في حد ذاته يشكل إخلال بالنظام العام، و يعد انتهاك لحق دستوري مضمون بموجب المادة 48 و 49 من الدستور، و للالتزامات الدولية للدولة الجزائرية، و الملاحظ أن السلطات العمومية تحشد أعداد كبيرة من الشرطة بالزي الرسمي و المدني بمجرد علمها بوجود تجمع أو تظاهر سلمي، لإحباط و اعتقال المشاركين و تعتبر كل تظاهر مهما كان تجمهرا، و يكون ذلك باستعمال القوة المفرطة، و هو ما وقع فعلا في تظاهرة سلمية للأطباء المقيمين بالمستشفى الجامعي مصطفى باشا بالجزائر العاصمة بتاريخ 3 جانفي 2018، و قد انتقدت منظمة العفو الدولية وضعية الحقوق الأساسية في الجزائر في تقريرها لسنة 2016، و أكدت على أن حق التظاهر ينتهك بشكل روتيني بواسطة قوانين رديئة، لا تفرق بالمظاهرة السلمية و التجمهر الذي هو عبارة عن عصيان مدني يستعمل فيه العنف من قبل المتظاهرين و يشكل إخلال بالنظام العام، تلك الأحكام جاءت غامضة و تمنح السلطات العمومية سلطة تقديرية واسعة تنعكس على جوهر الحرية سلبا، كما تم وضعها منذ سنة 1975 إبان نظام الحزب الواحد و قبل التعددية، و مازلت لحد اليوم محل التطبيق كعقوبة بعقوبة حبس كاملة على تنظيم مظاهرة غير مرخص بها طبقا للمادة 98، بالإضافة إلى المادة 99 التي تعاقب بعام حبس على " التحريض على التجمهر الغير

إستطاع الشعب الجزائري أخيرا استرجاع حقه في التظاهر السلمي المكرس دستوريا، في الجزائر العاصمة و على كل ربوع التراب الوطني، من شماله إلى جنوبه، و من شرقه إلى غربه، في مظاهرات سلمية بدأت من تاريخ 22 فيفري 2019، مطالبة النظام السياسي القائم بالرحيل، و بضرورة الانتقال الديمقراطي باسترجاع الشعب لسيادته كما كرسته المادة 7 و 8 من الدستور، و كذا مطالبته باسترجاع حريته التي حرم منها لعقد من الزمن واقعيا.

و لا يمكن اللجوء لمنع التظاهر السلمي كما استقر عليه القضاء الإداري الفرنسي إلا إذا كان هناك خطر داهم و وشيك يمس بالنظام العام، أي إلا في حالة الضرورة، و يمكن تقدير ذلك على أساس معايير موضوعية، كمطالبة منظمي التظاهر باستعمال العنف، و تخريب الممتلكات العمومية، و الخاصة، أو كوجود سوابق لمنظمي التظاهر في الماضي استعملوا فيها العنف في مظاهرات أشرفوا عليها.

2 - الحريات الأساسية السياسية: كرس الدستور الجزائري النظام الديمقراطي في ديباجة الدستور على أن: "الدستور...يحمي مبدأ حرية اختيار الشعب، و يصفى المشروعية على ممارسة السلطات، و يكرس التداول الديمقراطي عن طريق انتخابات حرة و نزيهة"، ففي ظل النظام الديمقراطي وحده يمكن بناء دولة القانون و ضمان الحقوق الأساسية، و يمكن تلخيص الحقوق و الحريات السياسية فيما يلي:

1-2 - التكريس الدستوري لحق الانتخاب و الترشح وشغل الوظائف العامة: إن الدستور أقرّ أنّ حق الانتخاب يتمتع به كل مواطن تتوافر فيه الشروط القانونية عملا بالمادة 62 من الدستور، وقد تمّ تقرير الانتخاب العام و المباشر و السري فيما يخص انتخاب

المسلح"، تلك الصياغة المبهمة تجعل مجرد كل مطالبة بتظاهر سلمي تجمهرا، و يمكن للإدارة و القضاء أن يكيفه على ذلك النحو، مما يعد انتهاك لمضمون حرية التظاهر السلمي.

رئيس الجمهورية، و انتخاب أعضاء المجلس الشعبي الوطني¹، و هو مظهر من مظاهر تطبيق نظرية سيادة الشعب.

كما أن حرية الانتخاب هي ملازمة لمبدأ حرية الترشح، الذي يعد من المبادئ الدستورية التي تحرص الدولة الديمقراطية على إرسائه في الانتخابات العامة، التي تقتضي تبني مبدأ الترشح العام من أجل كفالة ممارسة فعالة لحق الترشح على أساس المساواة بين المواطنين²، و المساواة الايجابية بين الرجل و المرأة، من خلال ترقية الحقوق السياسية للمرأة بتوسيع حظوظ تمثيلها في المجالس المنتخبة³.

و لتعلق الانتخاب و حرية الترشح بشغل الوظائف في الدولة، ضمن المؤسس الجزائري ذلك الحق لجميع المواطنين بشكل متساوي، و بدون أي شرط إلا تلك الشروط التي يقتضيها القانون⁴ كالتمتع بالحقوق السياسية و المدنية، الأهلية، و الكفاءة العلمية في الوظائف النوعية، و قد وضع المؤسس في تعديل 2016 حدود دستورية على التمتع بذلك الحق كاشتراط "الجنسية الجزائرية الأصلية دون سواها لتولي الوظائف العليا في الدولة الوظائف السياسية"⁵.

وحرص المؤسس في تعديل 2016 على تعزيز نزاهة و شفافية الانتخابات، باستحداث هيئة عليا مستقلة لمراقبة الانتخابات، تكون دائمة لا يقتصر عملها في الفترة الزمنية لإجراء الانتخابات فقط بل تنشط على طول السنة كأى مؤسسة دستورية رقابية أو استشارية، تسهر تلك الهيئة على شفافية الانتخابات الرئاسية، و التشريعية، و المحلية، و

¹ - المادة 62، 85، 118، من التعديل الدستوري الجزائري لسنة 2016.

² - عبد وسعد، علي مقلد، عصام نعمة إسماعيل، النظم الانتخابية، دراسة حول العلاقة بين النظام السياسي و النظم الانتخابي، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2005، ص. 47.

³ - المادة 35 من التعديل الدستوري الجزائري لسنة 2016.

⁴ - المادة 63 من التعديل الدستوري الجزائري لسنة 2016.

⁵ - المادة 63 من التعديل الدستوري الجزائري لسنة 2016.

الاستفتاءات، و على تقديم الاستشارات و التوصيات اللازمة للسلطات العمومية لتحسين المنظومة التشريعية في مجال الانتخابات¹.

2-2 - حرية تشكيل و الانتماء إلى جمعيات أو أحزاب سياسية: إن ضمان

التعددية في نظام ديمقراطي مرهون بضمان حرية تشكيل المواطنين للجمعيات، التي تخول للفرد التجمع بالغير بشكل دائم، فإن كانت حرية الاجتماع تخول للأفراد التجمع²، فإن حرية الجمعيات³ تختلف عليها في مسألة الديمومة، فحرية الجمعيات هي عبارة عن تجمعات تتخذ صفة الديمومة أو الاستمرارية على أساس منظم ومدرّس تهدف لتحقيق أغراض غير مربحة، و هي حرية أساسية لا يقوم نظام حر و ديمقراطي بدونها، و تكمن القوة القانونية لحرية الجمعيات في النظام الجزائري من خلال نص المادة 54 من الدستور⁴ التي قررت

¹ - المادة 193، 194 من التعديل الدستوري الجزائري لسنة 2016.

²-Gille LEBRETON, « Association », in Dictionnaire des droits fondamentaux, sous la direction de Dominique CHAGNOLLAUD et Guillaume DRAGO, Dalloz, Paris, p.26.

³ . تلعب الجمعيات في الدول الأوروبية دور فعال في المجتمع المدني، و لقد عدت اللجنة الأوروبية للجمعيات في بيان لها مؤرخ في 27 أبريل 2001 عدد المنخرطين في الجمعيات على المستوى الأوروبي ب 100 مليون منخرط، كما لا يقتصر عمل و نشاط الجمعيات في دولة بحد ذاتها، بل يمتد لمجموع دول الأوروبية، و هناك تنسيق بين الجمعيات في الدول الأوروبية، كما هناك من الجمعيات تتحد مع بعضها البعض على مستوى الدول الأوروبية، كالجمعيات الرياضية، المجموعات السياسية على مستوى البرلمان الأوروبي، و كذلك بين الشركاء الاجتماعيين الأوروبيين...الخ.

Voir: Anne ROTHEL , « Le droit comparé de l'association dans les pays européens », in Association , septième journées René Savatier, Poitiers, 8 et 9 juin 2001, P.U.F, Paris, 2002, pp.41-42.

⁴- المادة 54 من الدستور الجزائري لسنة 2016.

- حرية الجمعيات في قانون الجمعيات لسنة 2012 ، تخضع لنظام الترخيص المسبق من الإدارة، و هو لا يتوافق مع مضمون تلك الحرية التي يجب في نظام ديمقراطي أن لا تضع للتخخيص الإداري، كما نلمس أن تشكيل الجمعيات حسب ذات القانون يخضع لإجراءات معقدة و غير موضوعية، و للإدارة سلطة حل الجمعية بقرار إداري، و فرض قانون الجمعيات لسنة 2012 عند صدوره في مادته 70 على الجمعيات التي تشكلت في ظل القانون القديم رقم 90-31 أن تتطابق مع القانون الجديد في غضون سنتين من صدور القانون الجديد، و إلا ستقرر الإدارة حلها بعد ذلك الأجل، مما يشكل خرق صريح لمبدأ عدم رجعية القوانين، و مساس بالحقوق المكتسبة، و الأمن القانوني التي كلها تعد مبادئ ذات قيمة دستورية، هذا يثبت أن السلطة سعت من ذلك الحكم القانوني إلى إجراء عملية تصفية للجمعيات القائمة و التي كانت تنشط بصفة قانونية و عادية، فيثبت أن حرية الجمعيات خاضعة للتأطير و الرقابة الضيقة للإدارة مما يطرح التساؤل حول مدى تطابق ذلك القانون مع إرادة المؤسس، أنظر: قانون رقم 12-06 المؤرخ في 12 جانفي 2012، المتعلق بالجمعيات، المنشور في الجريدة الرسمية عدد 2، مؤرخة في 15 جانفي 2012.

هذا الحق و على التزام الدولة على تشجيع الحركة الجمعوية¹، و يخضع تأسيس الجمعيات في النظام القانوني للترخيص الإداري، مما يتنافى مع مضمون الحرية و مع مبدأ التعددية، في حين الديمقراطية تقتضي أن حرية الجمعيات تخضع لنظام التصريح.

الحديث على الجمعيات، يقودنا بطبيعة الحال إلى الحديث عن الأحزاب السياسية، التي تشكل أساس الحريات السياسية و التداول الديمقراطي على السلطة، فهو يختلف على الجمعية من حيث الهدف، فهدف الحزب السياسي هو الوصول للسلطة أو المشاركة في ممارستها في إطار ائتلافات حكومية لتطبيق برنامج مشترك²، و هي آليات فعالة لممارسة السلطة في نظام ديمقراطي تعددي³، و نجد حرية تشكيل الأحزاب السياسية مكرسة في الدستور بموجب المادة 52 التي قيده بحدود تتعلق كلها بالنظام العام، كما أن المؤسس في تعديل سنة 2016 أضاف نصا يتعلق بالأحزاب السياسية، و هو نص المادة 53 الذي يعزز دور الحزب السياسي في الحياة السياسية، بالتأكيد على تمتعه بحرية الرأي و التعبير، الاجتماع، التمثيل في وسائل الإعلام العمومية، الاستفادة بالتمويل العمومي، و ممارسة السلطة على الصعيدين المحلي و الوطني⁴، رغم أن المؤسس كفل حرية تشكيل الأحزاب السياسية فإننا نلاحظ من الناحية الواقعية، هناك إفراغ لهذه الحرية من محتواها بموجب قانون العضوي المتعلق بالأحزاب السياسية رقم 12-04 المؤرخ في 12 جانفي 2012، الذي يخضع هذه الحرية لنظام الترخيص الذي يتنافى مع التجسيد الفعلي للتعددية و النظام الديمقراطي، و لإجراءات معقدة تخضع لسلطة الإدارة، تبدأ بالتصريح بتأسيس الحزب، ثم

¹ - عكس النظام الفرنسي الذي نجد فيه، أن الأساس الدستوري لحرية الجمعيات تعود لاجتهاد المجلس الدستوري الفرنسي في قراره الصادر سنة 1971 المتعلق بالجمعيات.

² - عبد القادر مشري، الأحزاب السياسية في الديمقراطيات الغربية، دار الخلدونية، الجزائر، 2010، ص.21.

³ - ربط المؤسس التمثيل في وسائل الإعلام العمومية و التمويل العمومي بالتمثيل على المستوى الوطني، و هو يعد تمييز بين الأحزاب الصغيرة و الكبيرة، بل أنه سيعمل على تقوية الأحزاب الكبيرة أكثر فأكثر، و الحيلولة من تطور تيارات سياسية جديدة، فذلك لا يخدم مبدأ التعددية الذي هو من أحد أسس الديمقراطية.

⁴ - المادة 52 و 53 من التعديل الدستوري الجزائري لسنة 2016.

اعتماد الحزب، الذي يجب أن تمر على إجراء المؤتمر التأسيسي للحزب السياسي، ثم قرار الاعتماد الذي يصدر عن وزير الداخلية¹.

ثانيا - الدستور الجزائري ضامن لحقوق الجيل الثاني: إن حقوق الجيل الأول و هي الحقوق المدنية و السياسية تبقى محدودة، و لا تكتمل في ظل دولة القانون إلا بإقرار الدولة و ضمانها للحقوق الاقتصادية الاجتماعية، و أن هذه الأخيرة لم تظهر و تتكرس في الدساتير، إلا بعد ظهور الأفكار الاشتراكية في نهاية القرن 19 و بداية القرن العشرين في أوروبا، و دخول تلك الأفكار في صراع مع الفكر الليبرالي، و قد ساهمت الأزمات الاقتصادية في الدول الأوروبية، خاصة الأزمة الاقتصادية العالمية لسنة 1929، في التحول من الدولة الحارسة إلى الدولة المتدخلة تحت ضغط الحراك الاجتماعي، أدى إلى ظهور مفهوم جديد للدولة، و هي دولة العناية (État-providence)²، التي تقتضي تدخل الدولة في الحياة الاقتصادية و الاجتماعية، من أجل تحقيق العدالة الاجتماعية، و القضاء على الفوارق الاجتماعية التي تعتبر عائق نحو ممارسة حق المواطنة في دولة

¹ قانون عضوي رقم 04-12، المؤرخ في 12 جانفي 2012، يتعلق بالأحزاب السياسية، المنشور في الجريدة الرسمية بتاريخ 15 جانفي 2012، العدد 2.

² - هناك عدة نماذج لدولة العناية في العصر الحديث، الأول النموذج " البسماركي" (Bismarckien) تم تأسيسه في ألمانيا بموجب قوانين 1880، يقوم هذا النموذج على أساس ميكانزمات الضمان الاجتماعي القائم على تقديم خدمات على أساس اشتراكات المؤمن لهم، و من ثم يمكن تحقيق لهم تأمين من أخطار الأمراض، الشيخوخة و حوادث العمل و لكن كل ذلك للأشخاص العاملين فقط، النموذج البريطاني " بيفاريدجي" (Beveridgien) الذي ظهر في بريطانيا بعد الحرب العالمية الثانية، حيث يتم تمويله من مداخيل الضرائب، و الخدمات المقدمة يستفيد منها جميع أفراد المجتمع على حد سواء و يضمن حد الأدنى من الخدمات، أما النموذج الفرنسي فقد جمع بين النموذج الألماني والبريطاني فهو نموذج وسط بينهما لتجنب مساوئهما (الأول يقتصر على تقديم الخدمات للعاملين فقط، و الثاني يقتصر على تقديم حد أدنى للخدمات لجميع الأفراد)، أما في النموذج الفرنسي تهدف دولة العناية إلى تحقيق هدفين: الأول يتعلق بتحقيق الحماية الاجتماعية، و ذلك بالتأمين على جميع المخاطر التي تترتب على الحياة، الثاني يتعلق بتقديم مساعدة اجتماعية و تحقيق العدالة الاجتماعية، و ذلك بواسطة ميكانزمات معقدة تتعلق بتوزيع عادل للثروة، و يلاحظ أن النظام القانوني لدولة العناية في الجزائر مستلهم من النموذج الفرنسي.

Voir: État-providence, disponible en ligne à l'adresse: <http://fr.wikipedia.org/wiki/état-providence>.

القانون، و قد حرصّ المؤسس الجزائري على ضمان الحقوق الاجتماعية و الحقوق الاقتصادية¹ في صلب الدستور.

أ-الحقوق الأساسية الاجتماعية ضرورة لتحقيق الدولة الاجتماعية: إنه من مظاهر دولة القانون في الوقت الراهن هي الدولة الاجتماعية، و لا يتحقق هذا المفهوم إلا بسعي الدولة بأن يكون توزيع الثروة عادلا من أجل حفظ التماسك الاجتماعي، و لا يتأتى ذلك إلى بالعدالة الاجتماعية التي نصّ عليها الدستور الجزائري².

فالحقوق الاجتماعية تمكن الأفراد بالمطالبة من الدولة التدخل من أجل توفير مزايا اجتماعية،عكس حقوق الجيل الأول التي تضمن عدم تدخل الدولة لمنع التصرف بشكل معين، فالحقوق الاجتماعية هي حقوق دائنية و ليست " حقوق - حريات "³، و عليه سنطرق لكيفية معالجة الدستور الجزائري للحقوق الاجتماعية و ذلك على النحو التالي:

¹-حقوق الجيل الثاني كانت محل اهتمام كبير من قبل المجتمع الدولي في الأمم المتحدة، خاصة بعد صدور الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948، توج ذلك الاهتمام و تضافر الجهود بإقرار الجمعية العامة للأمم المتحدة سنة 1966، العهد الدولي للحقوق الاقتصادية و الاجتماعية و الثقافية، ذلك العهد جابهته بقوة كل من الولايات المتحدة الأمريكية و بريطانيا و اعتبرت أن ذلك العهد لم يتضمن حقوقا و لا يمكن وصفها بحقوق، بل تعد أهداف تسعى الدولة لتحقيقها، رغم تلك المعارضة تمت المصادقة على ذلك العهد و دخل حيز النفاذ سنة 1976 مع العهد الدولي للحقوق المدنية و السياسية، بعدما صادقت عليهما 35 دولة وفقا لإجراءات التصديق الداخلية لتلك الدول.

Voir: Les droits économiques, sociaux, culturels et environnementaux : instruments de lutte pour la dignité humaine et la justice sociale, Groupe de travail sur les droits fondamentaux CEDIDELP-IPAM, Paris, mars 2005, disponible en ligne à l'adresse:http://www.rinoceros.org/IMG/pdf/CEDIDELP-IPAM_-_DESCE_pdf_.pdf.

² - نصت ديباجة الدستور الجزائري لسنة 2016 على أن: " إن الشعب الجزائري...، و يعتزم أن يبني بهذا الدستور مؤسسات، أساسها مشاركة كل جزائري و جزائرية في تسيير الشؤون العمومية، و القدرة على تحقيق العدالة الاجتماعية، و المساواة..."، و كذا المادة 15 من الدستور: "تقوم الدولة على مبادئ التنظيم الديمقراطي و الفصل بين السلطات و العدالة الاجتماعية".

³ - يطرح الفقه الدستوري الفرنسي إشكالية حول مفهوم الحقوق الاجتماعية، الذي قد يتناقض مع تفسير الحق في الإضراب و الحق النقابي اللذان هما كذلك يعدان من الحقوق الاجتماعية و من " الحقوق - الحريات " و ليس من الحقوق الدائنية، لكن ذلك يفسر بأن الحق في الإضراب و الحق النقابي هما أحد الدعامتين للحقوق الدائنية، باعتبارهما من صميم الحقوق الاقتصادية و الاجتماعية التي لم يصرح بها في إعلان 1789، بل تضمنتها ديباجة دستور 1946 المتضمنة حقوق الجيل الثاني.

Voir : Francis HAMON ,Celine WIENER, La justice constitutionnelle en France et à l' étranger , L.G.D.J, l'extenso édition ,Paris, 2011, pp. 139 – 160.

1- الحق في الصحة: إن الاعتراف الدستوري بالحق في الصحة له أثر على جميع الحقوق الأساسية، لأن التمتع بالحقوق الأخرى لا يمكن أن يكون إلى بتمتع الفرد بالصحة الجيدة، و هو هدف الرعاية الصحية، و كان المؤسس الجزائري حريص على إعطاء الحق في الصحة القيمة الدستورية و كفالاته بالحماية الدستورية، فنجد المادة 66 التي تنص على أنه: "الرعاية الصحية حق للمواطنين، تتكفل الدولة بالوقاية من الأمراض الوبائية و المعدية و بمكافحتها"، و أضاف المؤسس فقرة لتلك المادة في تعديل سنة 2016: "تسهر الدولة على توفير العلاج للأشخاص المعوزين"¹.

ذلك الحق ليس له فقط بعد وطني بل بعد عالمي، أين هناك إجماع من المجموعة الدولية من خلال المنظمات الدولية و الإقليمية²، على ضرورة تضافر الجهود الدولية لتوفير هذا الحق لجميع البشرية، و يمكن الاعتماد على تعريف المنظمة العالمية للصحة، للحق في الصحة على أنه: "يجب على الحكومات تهيئة الظروف المناسبة التي تتيح لكل فرد إمكانية التمتع بأكبر مستوى ممكن من الصحة، و تتراوح تلك الظروف بين توفير الخدمات الصحية، و ظروف عمل صحية و آمنة، و قدر كاف من المساكن، و الأغذية و الأطعمة المغذية، و لا يعني الحق في الصحة في أن يكون الإنسان موفور الصحة"³.

من خلال هذا التعريف فإن الحق في الصحة لكي يتم ضمانه من قبل الدولة، يستوجب عليها توفير مجموعة من العناصر كما حددها التعريف المذكور أعلاه، و التي لا يمكن الاستغناء عنها لتحقيق هذا الحق، و من ثم لا يقتصر حق الصحة على توفير الرعاية

¹ - المادة 66 من التعديل الدستوري الجزائري لسنة 2016.

² - ومن الأمثلة على معاهدات حقوق الإنسان التي نصت على الحق في الصحة على المستوى الدولي: العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، 1966، اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة 1979، اتفاقية حقوق الطفل 1989، أما على المستوى الإقليمي: الميثاق الاجتماعي الأوروبي 1961، الميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان والشعوب 1981، البروتوكول الإضافي لاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان المتعلق بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية (بروتوكول سان سلفادور) 1988.

³ - الحق في الصحة، منشور الموقع الرسمي لمنظمة الصحة العالمية على الرابط: <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs323/ar/>

الصحية فقط، بل يجب توفير ظروف عمل ملائمة في القطاع الصحي و آمنة، تأخذ بعين الاعتبار جميع المعايير العلمية التي يجب أن تتوفر في المستشفيات، و العيادات الطبية.

و يتبين أن الحق في الصحة يرتبط بشكل وثيق بحقوق أخرى للفرد، كالحق بالغذاء، و المسكن، و العمل، و التوعية و غيرها¹، إذ لا يمكن عزل تطور الوعي الصحي للفرد عن العوامل الأساسية القائمة في مختلف هذه الميادين، و من الصعب ضمان حد أدنى من السلامة الصحية للإنسان إذا لم يسكن في المكان الملائم، أو لم يتحصل على الغذاء الصحي و المتوازن، أو العمل المناسب².

2 - الحق في العمل: لقد تولدت قناعة لدى النظم السياسية الحديثة المواكبة لتطور وظائف الدولة من الدولة الحارسة إلى الدولة المتدخلة، على أن العمل هو الذي يحقق للفرد استقراره و أمنه الاقتصادي و استقراره العائلي، لأنه هو الذي يمثل مورد عيشه، و لا يمكن تحقيق الاستقرار اجتماعي، و الرفاهية، و الازدهار لأفراد المجتمع إلا بانتهاج الدولة لسياسة راشدة في المجال الاقتصادي و ذلك بتشجيع الاستثمار الخالق لثروة متجددة، و المنشئ لمناصب عمل، و كرس المؤسس الجزائري هذا الحق في الدستور³، و حقوق حول ظروف العمل التي يجب أن تكون ملائمة تحفظ للعامل كرامته و صحته البدنية و المعنوية، من خلال ضمان للعامل ظروف صحية جيدة كالحق في الحماية، الأمن، النظافة، و الراحة، و

¹ - لقد اخذ الحق في الصحة في الدول المتقدمة أشواطاً كبيرة من التقدم، فمثلاً التشريع الفرنسي بموجب ميثاق المريض الخاضع للعلاج الاستشفائي منشور بتاريخ 6 ماي 1995، و الأمر المؤرخ في 24 أبريل 1996، اللذان يطبقان في المستشفيات العمومية و المصحات الخاصة، و اللذان يلزمان من الإدارة الاستشفائية أن تكون أكثر شفافية، و قريبة و مسؤولة على صحة المريض، باعتبار أن زمن الإدارة الاستشفائية المنعزلة قد ولى، التي كانت ترفض الحوار مع المرضى، و ترفض تفسير و تبين العمل الطبي للمريض، و التي تعتبر المريض بأنه ليس (مواطن كاملاً)، فتلك التصرفات السلبية أصحت غير مقبولة ولا يمكن تحملها، و قد واكب التطور القانوني التشريعي، و التنظيمي، و القضائي، تلك الدينامكية الرامية لتقريب أكثر فأكثر المصالح الاستشفائية من المواطن، و جعلها في خدمته.

Voir: Patrick FRAISSEIX, « Santé », in Dictionnaire des droits fondamentaux, sous la direction de Dominique CHAGNOLLAUD et Guillaume DRAGO, Dalloz, Paris, p.665.

² - خضر خضر، المرجع السابق، ص.427.

³ - المادة 69 من التعديل الدستوري الجزائري لسنة 2016.

عزز المؤسس في تعديل سنة 2016 الحقوق التي تترتب على حق العمل، الضمان الاجتماعي، التكوين المهني، انتهاج الدولة سياسات تهدف إلى خلق مناصب الشغل من قبل الدولة، و لحماية القصر من الاستغلال النص على تجريم تشغيل الأطفال دون 16 سنة¹.

إذا يقع على الدولة التزام بالسعي ببذل العناية لتحقيق الحق في العمل لكل مواطن، بوضع البرامج، و الهيكل التشريعي، و التنظيمي الذي يساعد لتحقيق ذلك الحق للأفراد، بانتهاج سياسة راشدة و ناجعة في المجال الاقتصادي و الاجتماعي تتماشى مع بنية و نمط و مقدرات الدولة.

3 - الحق النقابي: و لا يكتمل الحق في العمل إلا بحق آخر، و هو الحق النقابي الذي يمكن العامل من تطوير ظروف العمل، و حل المشاكل التي تكتنف ظروفه المهنية و الاجتماعية، كما يتمكن في الدفاع على مصالحه المشروعة، في ظل الحوار الاجتماعي البناء.

و على ذلك الأساس فلا وجود لحق العمل بدون الحق في التنظيم النقابي، والذي نعني به حرية تشكيل المنظمات العمالية بحرية الانضمام إليها، أو بعدم الانضمام إليها، و يترتب على ذلك حقوق للعمال و التزامات على الدولة في آن واحد، حيث يحق للعمال إنشاء نقابات، و لهم حرية الانخراط في أي نقابة يرونها مناسبة، و من ثم يكون لهم الحق في سماع انشغالاتهم و الدفاع عن مصالحهم المهنية للمنخرطين في النقابة بواسطة العمل الجماعي، و الذي يجب على الدولة تسمح به، و تجعله ممكن القيام به و تعمل على تنميته في منظومتها القانونية، و قد نص الدستور الجزائري على هذا الحق: " حق النقابي معترف به لجميع المواطنين²."

¹ - المادة 69 من التعديل الدستوري الجزائري لسنة 2016.

² - المادة 70 من التعديل الدستوري الجزائري لسنة 2016.

إذا التنظيم النقابي للعمال و أرباب العمل على السواء يسمع لهما بطرح انشغالاتهم، و التعبير عن آراءهم و الدفاع على مصالحهم، و رفع المطالب للسلطات العمومية لوضع النظم و الآليات القانونية التي من شأنها تدعيم و تعزيز سياسة اجتماعية و اقتصادية راشدة¹، و بالتالي فالحكومة و العمال و أرباب العمل مضطرين لإقامة شراكة للنهوض بالمتطلبات الاقتصادية و الاجتماعية²، على ضوء الحوار الاجتماعي الذي يحكم تلك الثلاثية، و هذا على عكس النظم الديكتاتورية التي لا تعترف بالحق النقابي، بل تعتمد على أسلوب واحد في تسيير الشأن الاقتصادي و الاجتماعي، باستعمال العنف و القوة كأساس وحيد للسيطرة من أجل تحقيق أغراضها الضيقة على حساب المصلحة العامة.

4- الحق في الإضراب: و يكون الحق النقابي فارغ المحتوى و بدون أثر قانوني، إذا لم يتقرر معه حق آخر و هو نتيجة حتمية للعمل النقابي، ألا و هو الحق في الإضراب الذي يعد من الحقوق الأساسية التي يجب أن يتمتع بها العمال، و نعني بحق الإضراب هو الحق في التوقف الجماعي عن العمل من أجل التقدم لرب العمل بمطالب مهنية، على سبيل المثال المطالبة بتحسين ظروف العمل، أو الزيادة في الأجور، و لقد نص المؤسس الجزائري

¹ - مع الانفتاح السياسي الذي جاء به دستور 1989، تمّ سن قانون 90-14 المؤرخ في 2 جوان 1990 الصادر في الجريدة الرسمية بتاريخ 6 جوان 1990، عدد 23، المتعلق بكيفية ممارسة الحق النقابي، و الذي تنص المادة 2 منه على أن: "يحق للعمال الأجراء من جهة، و المستخدمين من جهة أخرى، الذين ينتمون على المهنة الواحدة أو الفرع الواحد أو قطاع النشاط الواحد، أن يكونوا بتنظيمات نقابية، للدفاع عن مصالحهم المادية و المعنوية". و الملاحظ أن ذلك القانون يضع الإطار التنظيمي لممارسة الحق النقابي، من خلال الباب الأول الحامل لعنوان: الهدف و الأحكام العامة، الباب الثاني تأسيس التنظيمات النقابية تنظيمها و تسييرها، الباب الثالث التنظيمات النقابية التمثيلية، الباب الرابع أحكام خاصة بالتنظيمات النقابية للعمال الأجراء، الباب الخامس أحكام جزائية، و الباب السادس أحكام ختامية.

² - في الكثير من الأحيان ينتهك الحق النقابي، و يتم التضييق على العمل النقابي للنقابات المستقلة الغير المنتمية لنقابة الاتحاد العام للعمال الجزائريين، ففي كلية العلوم السياسية و العلاقات الدولية، تدخلت الإدارة لمنع اجتماع لنقابة المجلس الأعلى لأساتذة التعليم العالي المعتمدة من قبل وزارة العمل منذ سنة 1992، ذلك الاجتماع كان هدفه انتخاب مندوبين نقابيين، و ذلك مخالفة لأحكام قانون 90-14، Université : entrave à l'exercice du droit syndical, article publié le 13 mars 2017, sur le journal électronique Algérie patriotique, disponible en ligne à l'adresse : <https://www.algeriepatriotique.com/2017/03/13/universite-entrave-a-l'exercice-du-droit-syndical/>

على أن: "الحق في الإضراب معترف به و يمارس في إطار القانون"¹، و بالتالي فإن الدستور أقر بذلك الحق و منحه القيمة الدستورية، على أن يتدخل المشرع لتنظيم ذلك الحق بموجب القانون الذي يجب أن يتضمن الإجراءات و الشكليات الواجب اتباعها من أجل إقرار الإضراب، سواء في المؤسسات الاقتصادية العامة أو الخاصة، و كذا بالنسبة للوظيفة العمومية²، و يتبين من خلال قانون 90-02 أن اللجوء للإضراب لا يكون إلا بعد فشل إجراءات الوساطة، و المصالحة مع غياب طرق أخرى لتسوية النزاع الجماعي اتفاقية، أو عقدية، و يجب أن يتعلق الإضراب بنزاع جماعي موضوعه خلاف يتعلق بالعلاقات المهنية و الاجتماعية في علاقة العمل و الشروط العامة للعمل³، و من ثم فإن كان الإضراب من أجل تحقيق مطالب سياسية فهو إضراب غير شرعي⁴.

و للطابع الخاص لحق الإضراب الذي يجب أن يكرس في نظام ديمقراطي كحقا أساسيا، فإن سير المرفق العام بانتظام و باستمرار هو كذلك مبدأ ذو قيمة دستورية، بما له علاقة بتحقيق المصلحة العامة التي لها أهمية هي الأخرى في مجتمع ديمقراطي تتعدى المصلحة الخاصة، أو الضيقة للجماعات، فهنا نجد الدستور الجزائري قد حدد ممارسة الإضراب بالنسبة لبعض القطاعات بنصه في الفقرة الثانية من المادة 71 فقرة 2 على أن " يمكن أن يمنع القانون ممارسة هذا الحق، أو يجعل حدودا لممارسته في ميادين الدفاع الوطني و الأمن، أو في جميع الخدمات أو الأعمال العمومية ذات المنفعة الحيوية في

¹ - المادة 71 من التعديل الدستوري الجزائري لسنة 2016.

² - بنفس الديناميكية التي جاءت بعد وضع القانون المتعلق بالانتخابات 90-14، تم سن كذلك قانون 90 - 02 المتعلق بالوقاية من النزاعات الجماعية في العمل و تسويتها و ممارسة حق الإضراب، الصادر في الجريدة الرسمية بتاريخ 7 فيفري 1990، العدد 6.

³ - المادة 2، و 24 من القانون 90-14.

⁴ - و على سبيل المثال الإضراب العام الذي خاضه " حزب الجبهة الإسلامية للإنقاذ (المنحل)" في شهر جوان 1991، هو إضراب غير شرعي طالما أن المطالب هي ذات صبغة سياسية لا علاقة بالظروف المهنية و علاقات العمل، فكانت المطالب كلها سياسية من بين المطالب الأساسية: "طلب إجراء انتخابات رئاسية قبل الانتخابات التشريعية"، كي يتسنى لذلك الحزب الاستحواذ على السلطة، و قد لعب ذلك الإضراب دور كبير في إدخال الجزائر في دوامة عنف شكلت خطرا كبيرا على المؤسسات الدستورية، و على أمن و استقرار البلاد.

المجتمع"، و يعد تحديد ممارسة حق الإضراب لا يتنافى مع طبيعة الحق و ذلك للطابع الخاص في بعض القطاعات الحيوية في الدولة، و التي لها علاقة مباشرة بالخدمة العمومية و المصلحة العامة، و على ذلك فمن الضروري أن يمنع الإضراب في قطاع الدفاع الوطني، و الأمن العمومي، لدورهما الحيوي و الهام الذي يلعبانه من خلال الحفاظ على سلامة الأشخاص، و الأملاك الخاصة و العامة، و كذا الدفاع على الوحدة الترابية للبلاد، و على السيادة الوطنية، تلك العناصر لها أولوية خاصة تسمو على جميع الاعتبارات الأخرى، كما يمكن تحديد حق الإضراب بفرض ضمان حد أدنى من الخدمات العمومية و ذلك من أجل احترام مبدأ سير المرفق العام باستمرار و بانتظام¹.

5 - الحق في التعليم: نصت المادة 65 من الدستور الجزائري على أن: " الحق في التعليم مضمون، التعليم مجاني حسب الشروط التي يحددها القانون، التعليم الأساسي إجباري، تنظم الدولة المنظومة التربوية، تسهر الدولة على التساوي في الالتحاق بالتعليم، و التكوين المهني"، من خلال هذا النص نستشف عدة مبادئ ذات قيمة دستورية تجسد الخدمة العمومية للتعليم و هي إجبارية التعليم، و مجانية التعليم.

5-1 - إجبارية التعليم: إن إجبارية التعليم نصت عليه الدساتير المتعاقبة الجزائرية، فالتعليم كان وبقي من أحد أوليات الدولة الجزائرية، ذلك أن الجزائر بعد نيل استقلالها كان أغلب مواطنيها أميين، نتيجة السياسة المنتهجة من قبل الاستعمار في المجال التربوي، القائمة على حرمان الغالبية الساحقة من الجزائريين من التعليم، و من جل حقوقهم الاجتماعية، فكان النظام الاستعماري يخشى من ديمقراطية التعليم بالنسبة للجزائريين، فذلك

¹ - إن الإضرابات المفتوحة دون تحديد مدتها في القطاع العمومي تكون من حيث الموضوع غير مشروعة، طالما أنها ستوقف عمل و سير المرافق العمومية، و هو الأمر الذي يتنافى مع مبدأ سير المرافق العامة بانتظام و استمرار الذي هو كذلك من قيمة دستورية، و بغض النظر على شرعية المطالب المهنية من عدمها، يمكن إسقاط ذلك على الإضراب المفتوح الذي تم تقريره من قبل نقابة أساتذة التعليم الثانوي في نهاية سنة 2017 و بداية سنة 2018 الذي رهن مصير التلاميذ، و كذا إضراب الأطباء المقيمين المفتوح سنة 2018، الذي رهن كذلك الخدمات الصحية في المستشفيات العمومية، فمن الضروري إدخال تعديلات قانونية ترمي إلى تأطير ممارسة حق الإضراب في القطاعات الحيوية في الدولة، بتعزيز مسألة الحوار الاجتماعي البناء، و الموازنة بين جميع القيم الدستورية.

سيؤدي لا محالة إلى نشر الوعي السياسي في الأوساط الشعبية¹، زد على ذلك الفقر الذي كان متفشياً في المجتمع الجزائري إبان الاستعمار، ساهم في عدم التحاق أغلب أبناء الجزائريين بالمدارس القليلة المخصصة لهم، حيث أن جل المدارس كانت مخصصة لأبناء المعمرين، أما التعليم الثانوي و الجامعي كان شبه ممنوع على الجزائريين.

و لذلك منذ الاستقلال كرست الجزائر في دساتيرها مبدأ إجبارية التعليم سواء في دساتير البرامج أي دستور 1963 و دستور 1976²، أو دساتير قانون أي دستور 1989³ و التعديلات التي عقبته آخرها في سنة 2016، و جعلته ذو قيمة دستورية و من ثم التعليم هو إجباري، بحيث تضمنه الدولة للجميع بالتساوي لكل الأطفال ذكورا أو إناثاً⁴، و بدون تمييز يعود لظروف اجتماعية أو عرقية أو جهوية أو دينية أو أي ظرف آخر، و إجبارية التعليم تكون لمدة المدرسة الأساسية أي بين سن السادسة و السادسة عشر سنة، و من ثم الأولياء هم مجبرين على تسجيل أبنائهم ذكورا أو إناث في المدرسة الأقرب من مقر إقامتهم، بمجرد وصولهم للسنة القانونية المحددة بستة سنوات، و في حالة تقاعسهم عن ذلك يكونوا مرتكبين لمخالفة و يمكن متابعتهم جزائياً طبقاً للقانون التوجيهي للتربية⁵.

¹ - تجدر الإشارة أن جماعة 22 المفجرة للثورة التحريرية، غالبيتهم تحصلوا على شهادة التعليم الابتدائي و المتوسط من المدارس الفرنسية، و هو الشيء الذي ساهم لحد كبير في وعيهم السياسي و تعلقهم بقيم الحرية، من خلال معرفة حقيقة النظام الإستعماري، من حيث تناقضه مع فلسفة حقوق الإنسان، التي جاء بها الفكر الفرنسي منذ عهد ثورة سنة 1789.

² - نصت المادة 18 من دستور سنة 1963 الجزائري على أنه: " التعليم إجباري..."، و المادة 66 من دستور 1976 الجزائري على أن: " التعليم إجباري لمدة المدرسة الأساسية في إطار الشروط المحددة بالقانون ".

³ - نص المادة 55 من دستور سنة 1989 الجزائري هو نفس النص المادة 53 في دستور سنة 1996 الذي يعد تعديل دستوري لدستور 1989.

⁴ - تنص المادة 2 من القانون رقم 08 - 03 المؤرخ في 23 جانفي 2008 يتضمن القانون التوجيهي للتربية الوطنية، الصادر في الجريدة الرسمية بتاريخ 27 جانفي 2008، عدد4، على أن " تتمثل رسالة المدرسة الجزائرية في تكوين مواطن مزود بمعالم وطنية أكيدة، شديد التعلق بقيم الشعب الجزائري، قادر على فهم العالم من حوله و التكيف معه و التأثير فيه، و متفتح على الحضارات العالمية...".

⁵ - نصت المادة 12 من القانون رقم 08 - 03، على أن: " التعليم إجباري لجميع الفتيات و الفتيان البالغين من العمر 06 ست سنوات إلى غاية السادسة عشر 16 سنة كاملة، غير أنه يمكن تمديد مدة التمدد الإلزاميتين سنتين 02 للتلاميذ المعوقين كلما كانت حالتهم تبرر ذلك، تسهر الدولة بالتعاون مع الإباء على تطبيق هذه الأحكام، يتعرض الآباء أو الأولياء الشرعيون المخالفون لهذه

5-2 - مجانية التعليم: نص الدستور على مجانية التعليم و بالتالي فهو مبدأ

دستوري يجسد بما يسمى ديمقراطية التعليم التي تزيل جميع العوائق التي تحيل الفرد من التمتع الكامل و المطلق بحق التعليم.

إن إجبارية التعليم يوقع على الدولة التزامات في المجال التربوي، حيث يستوجب عليها تسخير كل الإمكانيات المادية و البشرية بانتهاج سياسة تربوية وطنية من أجل تغطية احتياجات المواطنين في هذا المجال، و ذلك بإنشاء المؤسسات و الهياكل التربوية الكافية بحسب احتياجات كل منطقة، و كذا توفير المعلمين و الأساتذة في مختلف الاختصاصات التربوية اللازمة لتغطية البرامج عن طريق التكوين المستمر.

و عليه فالمهمة ليست سهلة فهي معقدة و متشعبة تحتاج لتخطيط جاد من قبل السلطات العمومية، من أجل الوصول للأهداف المرجوة من ذلك¹، فمجانية التعليم تزيل جميع العوائق التي قد تحيل دون تمتع الفرد من حق التعليم بشكل كامل و مطلق، و هي أحد الضمانات الأساسية لديمقراطية التعليم، فكلما كان هناك تعميم للتعليم كلما كانت هناك مساهمة فعالة للمواطنين في تطوير البلاد، بحيث التطور و الديمقراطية و التعليم هي مفاهيم مترابطة، و هناك من يضيف لهم العدالة الاجتماعية و التي بدونها تتعطل الديمقراطية.

و عليه من أجل تحقيق هذا التوازن، يجب أن يكون التعليم متاح للجميع، و لا يعني هذا أن الحق في التعليم هو ضمان النجاح و التحصل على الشهادة، بل المعنى من ذلك أن المنظومة التربوية تعمل على توفير كل المتطلبات المادية و البيداغوجية اللازمة، و بشكل متساوي بين الأفراد من أجل النجاح في المسار الدراسي، و من ثم الانتقال للتعليم العالي

الأحكام إلى دفع غرامة مالية تتراوح من خمسة آلاف دينار (5000 دج) على خمسون ألف دينار (50.000 دج) تحدد كيفيات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم.

¹ - و في هذا الصدد نصت المادة 8 من القانون 03-08، على أن: "تعد التربية باعتبارها استثمار إنتاجيا و إستراتيجيا، من الأولوية الأولى للدولة التي تسهر على تجنيد الكفاءات، و الوسائل الضرورية للتكفل بالطلب الاجتماعي للتربية الوطنية، و الاستجابة لحاجيات التنمية الوطنية".

بالجامعة¹، و قد حدد القانون التوجيهي للتربية الوطنية مجانية التعليم الذي يشمل جميع مؤسسات القطاع العمومي التابعة للتربية الوطنية و على جميع المستويات، أي من المستوى الابتدائي إلى الثانوي، كما تتكفل الدولة بجميع المصاريف اللازمة لتدرس كالأدوات و الكتب و التغذية، و كذا إعانات مختلفة بالنسبة للتلاميذ المعوزين²، و ذلك تجسيدا لمبدأ المساواة في الالتحاق بالتعليم، و التكوين المنصوص عليه الدستور طبقا للمادة 65 منه، و قد يطلب القانون من الأولياء دفع بعض مصاريف كمساهمة رمزية في مصاريف التدرس لكنها لا تمس البتة بمبدأ مجانية التعليم³، كما أن التعليم العالي في الجامعات هو الآخر مجاني، و مصاريف التسجيل بالجامعة هي رمزية.

6 - حقوق اجتماعية تتعلق بالأسرة: تعتبر الأسرة الخلية الأساسية في المجتمع، و هي مجموعة من الأفراد تربطهم صلة القرابة و الرحم، فصالح الأسرة هو صلاح المجتمع و العكس صحيح، فالأسرة تساهم في جميع مناحي الحياة الاجتماعية من الناحية الاقتصادية، الثقافية، الروحية، العقائدية، و عليه فمن الضروري أن تحظى بالاهتمام من قبل المؤسس حيث نصت المادة 72 من الدستور على أن: " تحظى الأسرة بحماية الدولة و المجتمع".

ذلك النص يجعل من الدولة ملزمة بالحرص على ضمان تماسك الأسرة و ضرورة حماية أفرادها من الآفات الاجتماعية التي تؤدي إلى التفكك الأسري و هي من صميم الحقوق الدائنية التي يقع عبئ تحقيقها على الدولة لصالح الأفراد، ولتحقيق ذلك يجب على الدولة أن تسعى إلى توفير مجموعة من الظروف التي تهدف إلى رفع مستوى المعيشة، كحماية الطفولة و الأمومة يجب أن تحظى بحماية خاصة، و قد عززت مكانة الأسرة من قبل المؤسس في تعديل سنة 2016 و بالأخص الطفل و الفئات الهشة، فبالإضافة إلى

¹ - Pascal Couchepin. « Je crois à l'action politique », Entretiens avec Jean Romain , in l'éducation et la démocratie, édition L'Age d'Homme, Lausanne, 2002, pp. 113 -119, disponible en ligne à l'adresse :<http://www.sauv.net/couchepin.php>.

² - المادة 13 فقرة 01 و 02 من القانون رقم 08 - 03.

³ - المادة 13 فقرة 03 من القانون رقم 08 - 03.

الفقرة 1 من المادة 72 التي كانت موجودة قبل التعديل تم دسرة عدة مبادئ و هي حماية الأسرة و المجتمع و الدولة لحقوق الطفل، و قمع العنف ضد الأطفال، و قمع عمالة الأطفال¹، و كذا دعم الدولة للفئات الضعيفة، حماية الأسرة و الدولة للأشخاص المسنين².

فالطفل يجب أن ينشأ في رعاية والديه و تحت مسؤوليتهما و حضانتهم، حيث أن ذلك يوفر القدر اللازم لنشأة الأطفال من حيث الرعاية الخاصة و المساعدة يستحقوها، و من ثم يكون على الدولة انتهاج سياسة فعالة من أجل الحد من التفكك الأسري بتقوية الرابطة الزوجية التي تعد النواة لتحقيق أي تقدم و ازدهار اجتماعي، و عليه فعمل الدولة على انتهاج سياسة اقتصادية خالقة للثروة و مناصب العمل، و كذا نشر التعليم وتوفير السكن و العلاج و الحماية الاجتماعية كالضمان الاجتماعي، و مساعدة العاجزين عن العمل، و محاربة الجريمة و أسبابها، كل ذلك سيكون لها اثر ايجابي على تقوية الأسرة و العلاقة الزوجية في المجتمع بشكل يضمن وحدتها و استقرارها.

يتبين جليا بأنه لا يمكن الحديث على حماية الأسرة، بدون تحقيق حقوق اقتصادية و اجتماعية أخرى كالحق في العمل، الصحة، السكن، التعليم...الخ، لأن الكتلة الحقوقية هي مترابطة فيما بينها و كل حق من الحقوق الأساسية يكمل الحق الآخر و يكون دعامة له، و من ثم يمكن القول أن دولة القانون لا يمكن أن تقوم بدون ضمان و تنمية الكتلة الحقوقية و النظر لها كوحدة واحدة، فهي تشكل كيان واحد يتفاعل فيما بينه، فمثلا الحق في الصحة لا يمكن أن يتوفر بدون الحق في التعليم، و هذا الأخير لا يمكن يكون أن يتحقق بدون حرية الرأي و التعبير، و بدون حرية التنقل أو الذهاب و الإياب.

¹ - حول المعاهدات و الاتفاقيات الدولية لمواجهة عمالة الأطفال، و الجهود الدولية لمحاربة هذه الظاهرة المنحطة لكرامة الطفل، و المنتهكة لحقوقه الأساسية، أنظر : كيرواني طاوية، التنظيم الدولي للعمل في مواجهة عمل الأطفال، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، التخصيص القانون، جامعة مولود معمري تيزي وزو، كلية الحقوق و العلوم السياسية، تاريخ المناقشة سنة 2013، ص ص. 143-187.

² - المادة 72 الفقرة 2، 3، 4، 5، 6، من التعديل الدستوري الجزائري لسنة 2016.

و في سياق المحافظة على مكانة الأسرة في المجتمع فإن المؤسس جعل من الدولة ملزمة بتوفير المعيشة الكريمة للأفراد العاجزين عن العمل بسبب صغر السن، الشيخوخة، و المرض¹ أي أن الفئات العاجزة عن العمل يجب على الدولة أن تتكفل بها، و أن تحضى بالحماية الاجتماعية.

إن الحقوق الاجتماعية تعد حقوق دائنية(Des droits de créance)²، و هي تثير إشكال عملي يتمثل في صعوبة المطالبة بها أمام القضاء، أي التماس تحديد المستفيدين بتلك الحقوق مثل الحق في السكن³، الحق في الصحة، و الحماية الاجتماعية، أو الحق في التكوين التي كلها تستدعي تدخل ايجابي من قبل الدولة، بمعنى تلبية تلك الاحتياجات من طرف الدولة، على العكس من ذلك نجد " الحقوق - الحريات " (Des droits- libertés)⁴ التي يقع كاهل حمايتها على السلطة القضائية كالحقوق الشخصية.

فالاعتراف بالحقوق الدائنية في النصوص و من قبل السلطة القضائية غير كافي لجعلها موجودة في الواقع بالشكل الصحيح، و لا يمكن لأي قاضي سواء دستوري أو غيره أن يحل محل المشرع و الحكومة من اجل تنظيم دولة العناية (L' État providence)، لأن ذلك التنظيم يتطلب خيارات متعددة مالية و غيرها و التي هي من صلاحيات السلطة السياسية فقط⁵، لكن ذلك لا ينفي أن تدخل القضاء الدستوري بضمانه للحقوق الاجتماعية كتقريره للمبادئ التي يجب أن تتبناها السلطات العامة لتحقيق كفالة تلك الحقوق سيكون له اثر على القرار السياسي و الخيارات التي تتخذ في مجال ترقية و تجسيد الحقوق

¹ - المادة 73، من التعديل الدستوري الجزائري لسنة 2016.

² - نعني بها حقوق الجيل الثاني كالحق في العمل، الترفيه، التعليم، الصحة، الراحة...الخ.

³ - لقد تم دسترة الحق في السكن بموجب التعديل الدستوري الجزائري لسنة 2016، و هو ما جاءت به المادة 67 من الدستور التي تنص على أن: "تشجع الدولة على انجاز المساكن، تعمل الدولة على تسهيل حصول الفئات المحرومة على سكن"

⁴ - نعني بها حقوق الجيل الأول، و هي الحقوق المدنية و السياسية المتمثلة في الحرية، الملكية، حرية الرأي و التعبير، حرية العقيدة...الخ

⁵ -Francis HAMON , Celine WIENER , op.cit, p. 164.

الاجتماعية، و لا يمكن تحقيق ذلك الهدف إلا في مجتمع قائم على النظام الديمقراطي أين يكون للمجتمع المدني و الرأي العام دور محوري في الحوار الاجتماعي.

و تلعب الحقوق الدائنية دور فعال في المنازعات الدستورية، لأن القضاء الدستوري يكون في الكثير من الحالات ملزم بالموازنة بينها و بين حقوق من طبيعة كلاسيكية مثل الملكية، حرية المقاول و الأمن القانوني¹، و هنا تتجسد براعة القضاء الدستوري في استخلاص المبادئ و الأسس التي يجب أن يأخذها المشرع في القوانين لخدمة الحقوق الاجتماعية و تلبيتها للأفراد، و هذه خاصية تتميز بها الحقوق الاجتماعية عن غيرها من الحقوق أي " الحقوق - الحريات"² المذكورة أعلاه.

ب-الحقوق الأساسية الإقتصادية: إن الحقوق الاقتصادية مرجعيتها الفلسفية تعود للمذهب الفردي³ الذي يعد أساس النظام الليبرالي¹. و على ذلك الأساس جاءت النزعة الفردية بعد

¹ - Francis HAMON , Celine WIENER , op.cit, p. 164.

² - نجد المؤسس الألماني في القانون الأساسي ركز على حقوق الجيل الأول، و ذلك لوضع قطيعة مع النظام النازي الذي تجاهل و حارب الحقوق و الحريات، و لكن ذلك لا ينفي تكريس المؤسس الألماني حقوق الجيل الثاني من خلال المادة 20 الفقرة 1 من القانون الأساسي الألماني الذي ينص على أن: "جمهورية ألمانيا الاتحادية هي دولة اتحادية ديمقراطية و اجتماعية"، و يمكن أن نأخذ القانون الأساسي الألماني (الدستور)، كنموذج لدستور دولة القانون لتكريسه لذلك المفهوم و لتلك الفلسفة من خلال الحقوق الأساسية و بشكل واضح في أحكامه، و بالفعل نجده يكرس التوازن بين القيود التي قد تقع على الحقوق الأساسية من جهة، و الآليات لكفالة حقيقية للحقوق الأساسية من جهة أخرى، و ترجم الدستور الألماني تلك الحماية بوضع آليات فعالة لتحقيق غاية الحقوق الأساسية، و تكريس فلسفتها في النظام القانوني للدولة، و ذلك بنص الدستور على من يستعمل الحقوق الأساسية لمحاربة النظام الأساسي الديمقراطي الحر، فتسقط عليه الحقوق الأساسية و يحرم منها، و لكن ذلك الأمر لا يكون بصفة كيفية بل هو من صلاحية المحكمة الدستورية، التي تقرر إسقاط الحق الأساسي من عدمه عملاً بالمادة 18 من القانون الأساسي.

³ - أنتشر المذهب الفردي إبان الثورة الفرنسية في القرن 18، حيث تشبثت الطبقة البورجوازية و جسده من خلال نصوص إعلان حقوق الإنسان و المواطن لسنة 1789، و ذلك بتقليدها الملكية الخاصة التي اعتبرتها من الحقوق الطبيعية التي تسبق نشأة الدولة، فتلك الطبقة كانت في صراع مع الطبقة الأرستقراطية، و بحكم أن البورجوازية هي طبقة تكونت و نمت من خلال النهضة الصناعية استطاعت أن تكون نخبة اجتماعية و ثروة مالية، و لكن النظام الملكي المطلق الممثل في الأرستقراطية كان يعطل مصالح البورجوازية من خلال تشريعات الملوك الظالمة التي تخدم مصالح هذه الأخيرة، فكانت البورجوازية محرومة من حقوقها السياسية و بالتالي من القرار السياسي الذي يمكنها من وضع النظم القانونية التي يعزز مصالحها، فتولد صراع بين النظام القديم و الطبقة البورجوازية الذي اعتمدوا على نظريات فلاسفة عصر التنوير لمجابهة الأرستقراطية.

الثورة الفرنسية متسمة بالتطرف وقادت البورجوازية شعار عدم تدخل الدولة في الميدان الاقتصادي و الاجتماعي، من أجل تحقيق الخير والازدهار الصناعي والتجاري²، مما عزز مفهوم الدولة الحارسة، ولقد أنتقد هذا المذهب أشد الانتقاد في القرن التاسع عشر مع ظهور المذهب الاشتراكي المعزز بالفكر الماركسي، بعدما أدى تطبيق المذهب الفردي المتطرف إلى فوارق اجتماعية صنعت هوى كبيرة بين أصحاب أرباب المال و الشعب.

ولكن رغم ذلك بقى المذهب الفردي موجود بقوة في منظومة الحقوق الأساسية، وقد واكبتها إصلاحات أدخلت عليه من أجل الحد من مساوئه بظهور مفاهيم جديدة للدولة "دولة العناية، الدولة الاجتماعية"، وقد تقوى المذهب الفردي بعد انهيار النظم الاشتراكية في أوروبا الشرقية في نهاية تسعينيات القرن الماضي، و لكن بدون التحلل على التزامات الدولة الاجتماعية، ولا نجد اليوم دستور لم يتطرق للحقوق الاقتصادية، التي تتجلى في حق الملكية التي تنبثق منها كذلك حرية المقولة، زد على ذلك حرية التجارة و الصناعة.

1 - حق الملكية و حرية المقولة: لقد تم تكريس حق الملكية كحق من حقوق الإنسان منذ بداية الحركة الدستورية المعاصرة، و انبثق على ذلك الحق حرية أساسية، وهي حرية المقولة و هو ما سنبينه أدناه من خلال المعالجة الدستورية للمفهومين.

1-1 - حق الملكية: نقصد بحق الملكية هو استئثار الفرد بمال معين بحيث يتمكن من استعماله واستغلاله والتصرف فيه، و يعرف على أنه: "يتمثل في اختصاص الشخص بمال معين اختصاصا يكفل له السيطرة على منافع و كيانه"³، ولقد نصت المادة 64 من

¹ - نصت المادة 02 من إعلان حقوق الإنسان و المواطن على أن: " إن هدف كل تجمع سياسي هو الحفاظ على حقوق الإنسان الطبيعية و غير قابلة للتقادم، و هذه الحقوق هي الحرية، الملكية، الأمن، و مقاومة الطغيان" و تنص المادة 17 منه على أن " لما كانت الملكية حقا مصونا و مقدسا، فلا يمكن لأحد أن يحرم منها إلا عندما تقتضي الضرورة العامة المثبتة قانونيا ذلك و بصورة واضحة و شرط التعويض العادل و المسبق ".

² - سعاد الشرقاوي، المرجع السابق، ص.314.

³ - ماجد راغب الحلو، القانون الدستوري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1997، ص. 452.

دستور سنة 2016 الجزائري على أن: " الملكية الخاصة مضمونة، حق الإرث مضمون، الأملاك الوقفية، وأملاك الجمعيات الخيرية معترف بها، ويحمي القانون تخصيصها. " فمن خلال النص المذكور نلاحظ أن المؤسس نص على حق الملكية، كحق أساسي باعتباره المحرك للاقتصاد الوطني، هذا لا يعني أن هذا الحق مطلق بل له حدود نجدها في الدستور، فالملكية الخاصة بعد تطورها وخروجها من ذلك المفهوم المتطرف السائد القرن 18 و 19 أصبحت لها وظيفة اجتماعية، وتقابلها في نفس الوقت الملكية العامة، وقد حرص المؤسس الجزائري إحداث التوازن بين الملكية الخاصة والملكية العامة، بحيث نص كذلك في مادته 18 على أن: " الملكية العامة هي ملك المجموعة الوطنية... "، وحدد نفس النص بعض عناصر الملكية العامة على سبيل المثال و ليس الحصر، والمادة 20 على أن: " الأملاك الوطنية يحددها القانون، وتتكون من الأملاك العمومية والخاصة التي تملكها كل من الدولة، والولاية، والبلدية، يتم تسيير الأملاك الوطنية طبقا للقانون "، وقد نص في كذلك المتعلق بالواجبات في مادته 80 على أن "يجب على كل مواطن أن يحمي الملكية العامة، ومصالح المجموعة الوطنية، ويحترم ملكية الغير"¹.

فلا يقتصر الفرد على التمتع بحق الملكية بل يجب عليه أن يحترم الملكية العامة، ويحافظ عليها و يصونها لأهميتها البالغة في مجتمع متحضر يسعى لتحقيق الرقي والرفاهية لكل أفراد، والمصلحة العامة، وقد وضع الدستور حدود كذلك لحق الملكية، وذلك بتحويله للدولة نزع الملكية من أجل تحقيق المصلحة العامة وهو استثناء على القاعدة العامة، بشرط احترام الأوضاع الشكلية المقررة قانونا لإجراء نزع الملكية.

ومن حيث الموضوع توافر مقتضيات الصالح العام كحقيقة لا يسودها أي لبس، ويجب أن يقترن نزع الملكية بتعويض عادل و منصف هذا جسده الدستور الجزائري على أن: " لا يتم نزع الملكية إلا في إطار القانون. ويترتب عليه تعويض عادل، ومنصف "²,

¹ - المادة 18، 20، 64، 80 من التعديل الدستوري الجزائري لسنة 2016.

² - المادة 22 من التعديل الدستوري الجزائري لسنة 2016.

فالموازنة بين حق الملكية ومقتضيات المصلحة العامة لا نجدها فقط في الدستور، فهي مفصلة في القانون العادي¹.

1-2 - حرية المقابلة: إن حرية المقابلة هو حق أساسي مشتق من حق الملكية، و نقصد بحرية المقابلة حرية المواطن في إنشاء مؤسسة خاصة²، و لأهمية المقابلة في التنمية الاقتصادية نجد المؤسس تدارك نقائص في هذا المجال في التعديل الدستوري لسنة 2016، بموجب المادة 43 من الدستور التي من خلالها تم دسترة مفهوم "الاستثمار" بالقول " حرية الاستثمار و التجارة معترف بها...تعمل الدولة على تحسين مناخ الأعمال وتشجيع على ازدهار المؤسسات دون تمييز خدمة للتنمية الاقتصادية الوطنية "، إذ تلك البنود الجديدة في الدستور تصب كلها في مسألة دسترة حرية المقابلة³ التي هي نتاج للملكية الخاصة¹.

- و في هذا الصدد تجدر الإشارة أن المؤسس في تعديله لسنة 2016، أسقط كلمة " مسبق " بخصوص التعويض عن نزع الملكية للمنفعة العامة، و هو يشكل تراجع على الحماية الدستورية المتشددة لحق الملكية، فذلك يفتح الباب للإدارة التقاعس في دفع التعويض عن نزع الملكية، مما يرتب أضرارا إضافية للمنزوع ملكيته، و في حقيقة الأمر أن مبدأ " التعويض العادل و المسبق " الذي يقابله نزع الملكية للمنفعة العمومية، جسده المادة 17 من إعلان حقوق الإنسان و المواطن الفرنسي، ويجد أصله في ذلك النص.

¹- و يرجعنا للنظام الفرنسي نجد أن دستور 1958 لم ينص صراحة على حق الملكية، فهو منصوص عليه في إعلان الحقوق لسنة 1789، و الذي أدرجه المجلس الدستوري الفرنسي ضمن الكتلة الدستورية بمنحه القيمة الدستورية، و كان للمجلس الفضل في إعطاء هذا الحق القيمة الدستورية بموجب اجتهاد له صادر بقرار مؤرخ في 16 جانفي 1982 المتعلق بقانون التأمين، بتأكيد على أن حق الملكية هو حق أساسي و لكن ليس مطلق، و الحدود التي قد تنشأ من خلال تنازع هذا الحق مع قواعد دستورية أخرى، لا يمكن أن يمس بطبيعة معنى هذا الحق أو أهدافه، فحق الملكية له عنصرين الأول هو حق أساسي من حيث المبدأ و من حيث أهدافه، ثانيا هو حق محدود من خلال تطبيقاته العملية.

Guy CANIVET , « Les fondements constitutionnels du droit de la propriété en France » , disponible en ligne à l'adresse : <http://www.cnfr-notaire.org/Article.List4.f.asp?id=595>.

²- مسعودي يوسف، « الحماية الدستورية لحرية الاستثمار و المنافسة في دساتير الدول المغاربية، مجلة المجلس الدستوري»، مجلة نصف سنوية متخصصة، العدد 9، 2017، ص.35.

³- بالنظر للمجتمعات المصنعة نجد القضاء الدستوري يتصدى بشكل كبير و واسع لمسألة الحقوق الاقتصادية، فحرية المقابلة في المنظومة الفرنسية غير منصوص عليها في الكتلة الدستورية، و لكن اجتهاد المجلس الدستوري الفرنسي استخلصها كحرية تجد أصلها و جذورها في حق الملكية، ويرى جيلان كلامور (Guylain Clamour) أن " المجلس الدستوري الفرنسي في اجتهاده متمسك بالدفاع على حق الملكية، و على الحرية التعاقدية و بوجه خاص حرية المقابلة ، هذه الأخيرة حاضرة بقوة في مجال المنازعات الدستورية الاقتصادية ".

1-3 - حرية التجارة: إن حرية التجارة² في الجزائر لم يتم تكريسها في الدستور، و

إحاطتها بالحماية الدستورية كأحد الحقوق الاقتصادية إلا بعد التحول الذي شهدته الجزائر من النظام الاشتراكي إلى النظام الليبرالي، فانتهجت الجزائر بعد الاستقلال الخيار الاشتراكي الذي جعل من الدولة هي المحرك الأساسي للاقتصاد الوطني باحتكارها لاستثمار و الإنتاج و التسويق في جميع المجالات الحيوية للاقتصاد الوطني، و كذا احتكارها للتجارة الخارجية.

و يعود سبب انتهاج ذلك الأسلوب الاقتصادي إلى محاولة الجزائر بعد الاستقلال إلى تحقيق العدالة الاجتماعية، التي غابت عن المجتمع الجزائري إبان الاستعمار الفرنسي نتيجة الاستغلال³ الممنهج للإنسان الجزائري، الذي عاش في حرمان مطلق من أبسط الحقوق.

و لم يقتصر دور الدولة باحتكار النشاط الاقتصادي، بل لعبت دورا تدخليا و حمائيا، ويتجلى ذلك من خلال تقليصها لدور القطاع الخاص في تحقيق التنمية الاقتصادية، ومنعه

Voir: Guylain CLAMOUR, «La concurrence dans la jurisprudence du conseil constitutionnel » ,p.1,disponible en ligne
à l'adresse :<http://www.droitconstitutionnel.org/congresmtp/textes2/CLAMOUR.pdf>.

¹ - Ibid.

² - تعد فرنسا الرائدة في دسترة حرية التجارة و الصناعة، التي واكبت الثورة الفرنسية في إعلانها لسنة 1789، و التي تأثرت بفلسفية المذهب الليبرالي الذي تبنته الطبقة البورجوازية بحيث كانت تهدف لتحقيق أهدافها الاقتصادية، و ذلك بتحرير المبادرة الفردية من العواقب التي وضعها النظام الملكي المطلق الذي كرس النظام السائد في العصور الوسطى، القائم على احتكار بعض النشاطات الاقتصادية من قبل أصحاب و جماعات الامتيازات و الألقاب، مما يحرم الأفراد من التمتع بحرية التجارة و الصناعة، وتم النص على هذه الحرية في المرسوم آلارد (Décret ALLARDE) الصادر بتاريخ 02 و 17 مارس 1791 الذي جاء فيه أنه: " لكل إنسان حرية ممارسة أية تجارة أو مهنة أو خدمة يراها مناسبة..." ثم تم النص عليها في دستور 1793 في مادته 17 منه و كذا في دستور 1848 في مادته 13 على أن " الدستور يضمن للمواطنين حرية العمل و التجارة...".

و يمكن لنا الاستشهاد بالنصوص الأصلية باللغة الفرنسية المترجمة أعلاه:

Article 17 de la constitution française du 14 juin 1793 : "Nul genre de travail, de culture, de commerce, ne peut être interdit à l'industrie des citoyens.",et l'Article 13 de la constitution du 04 novembre 1848 qui stipule "La Constitution garantit aux citoyens la liberté du travail et de l'industrie...".

³ - نصت المادة 12 من الدستور الجزائري لسنة 1976 على أن: " ترمي الاشتراكية إلى تحقيق الأهداف الثلاثة...: 2. إقامة مجتمع متحرر من استغلال الإنسان للإنسان"، و هذا لا ينفي أنه اليوم بعد انتهاج السلطة للليبرالية أصبحت هناك هوة كبيرة بين طبقات المجتمع، و ظهرت طبقة تمثل أقلية في المجتمع تستأثر بالثروة، كما أنّ مظاهر استغلال الإنسان للإنسان عادة بقوة نتيجة النظام الليبرالي.

من التدخل في ممارسة النشاطات الاقتصادية الحيوية والإستراتيجية، ولم تفتح أمامه سوى القطاعات الثانوية التي لا تمثل أهمية بالنسبة للاقتصاد الوطني، و إضافة إلى ما سبق، أخضعت المؤسسة الخاصة لنظام صارم وغير مألوف، يتمثل في توقيف إنشاء المؤسسة على إجراء الاعتماد المسبق، كما أنشأت هياكل إدارية لتأطير ومراقبة الاستثمار الخاص، كما أخضعت المؤسسة الخاصة لنظام صارم تتمثل في التشريعات والتنظيمات، المختلفة التي تلتزم باحترامها¹ كتحديد أسعار المنتجات الاستهلاكية.

و لم تشهد الجزائر الانفتاح الاقتصادي و التحول نحو النظام الليبرالي إلا بعد الأزمة الاقتصادية التي ظهرت سنة 1986 أين اتخذت الحكومة آنذاك تدابير تشريعية و تنظيمية تهدف إلى تغيير الوضع السائد نحو تبني النهج الليبرالي باعترافها في تلك التشريعات بحرية التجارة² و الصناعة³ و من ثم إطلاق المبادرة الحرة للأفراد في المجال الاقتصادي.

أما في المجال الدستوري فإن كان دستور 1989 الذي يعد دستور جديد لتكريسه للقطيعة مع الخيار الاشتراكي النظام المعتمد منذ الاستقلال، بوضعه دستور كرس المذهب الدستوري القائم على الحرية و مبدأ الفصل بين السلطات، فإن ذلك الدستور لم ينص صراحة على حرية التجارة و الصناعة.

و لعل ذلك يرجع للحذر الذي اعتمدته السلطة آنذاك في انتقالها للنظام الاقتصادي الليبرالي، و لم يتم النص على حرية التجارة والصناعة كحق أساسي مضمون دستوريا إلا

¹ - كسال سامية، مبدأ حرية التجارة و الصناعة أساس قانوني للمنافسة الحرة ، مداخلة أُلقيت في الملتقى الوطني حول " حرية المنافسة في القانون الجزائري يومي 03 و 04 أبريل 2013 " المنظم من قبل كلية الحقوق لجامعة مولود معمري بتيزي وزو .

² - إن حرية التجارة رغم أنها أحد الوسائل الفعالة لتحقيق التنمية الاقتصادية، فإننا نلاحظ في الجزائر منذ دستورها و رفع الدولة سلطتها على احتكار التجارة الدولية، فإن تلك الحرية لم تؤتي بثمارها على الوضع التنموي للبلاد، باعتبار ممارسة تلك الحرية لم تخضع لضوابط و دراسة استشرافية و مسؤولة من قبل السلطات العمومية، فاستعملها بالدرجة الأولى المستوردين للثراء، و بتحويل العملة الصعبة نحو الخارج، و هو ما انعكس سلبا على الوضعية الاقتصادية ككل، مما حتم على السلطات العمومية اتخاذ تدابير للنقش منذ حلول سنة 2015 بعد انخفاض خطير لاحتياطي الصرف نتيجة ارتفاع فاتورة الاستيراد، التي لا يقابلها الاستثمار المنتج في البلاد، مع تدهور أسعار النفط، و لمجابهة الأزمة الاقتصادية لجأت الحكومة لإجراء طبع النقد كإجراء استثنائي.

³ - كصدور قانون 88-25 مؤرخ في 12 جويلية 1988 يتعلق بتوجيه الاستثمارات الاقتصادية الخاصة الوطنية جريدة رسمية عدد 29 صادر بتاريخ 13-07-1988 ، و كذلك المرسوم التشريعي 93 - 12 المؤرخ في 05 أكتوبر 1993 -جريدة رسمية، عدد 64 صادر بتاريخ 10 أكتوبر 1993 معدل والمتمم...الخ

بموجب التعديل الدستوري لسنة 1996 بإدراج المادة 37 التي تنص على أنه " حرية التجارة و الصناعة مضمونة، و تمارس في إطار القانون"، و قد تعزز ذلك بدسترة حرية المقاول المنبثق من حق الملكية و مناخ الأعمال الحر، و ذلك بموجب دستور 2016 في المادة 43 منه، فالدستور حدد صراحة المذهب الاقتصادي و هو المذهب الحر، و لكن ذلك لا ينفي وجود قطاع اقتصادي عام مع القطاع الخاص.

و بذلك يكون المؤسس قد أضفى الحماية الدستورية على حرية التجارة و الصناعة و الاستثمار، و يقع على الدولة القضاء على جميع العواقب التي تحول من ممارسة الأفراد لهذه الحرية، و لكن هذا لا يمنع من تنظيم النشاط الاقتصادي، و لذلك حرص المؤسس الدستور على اقتران ممارسة تلك الحرية باحترام القوانين المنظمة للتجارة والصناعة وذات العلاقة بذلك، كاحترام قواعد المنافسة النزيهة¹، الخضوع للضريبة، و كذا احترام القواعد التنظيمية المتعلقة بالنشاطات التجارية والصناعية بحسب خصوصيتها.

ج- الدستور الجزائري مكرس لحقوق الجيل الثالث: إن التحديد الدستوري للحقوق الأساسية في الدستور الجزائري تطور تدريجيا من كفالة حقوق الجيل الأول و الثاني، إلى كفالة حقوق الجيل الثالث²، و يكون بذلك مؤسسنا و اكب التطور الدستوري في القانون المقارن، كالنظام الفرنسي بموجب ميثاق البيئة لسنة 2004³ المتكون من عشر مواد، و القانون الأساسي

¹ - و لقد نصت في هذا الشأن المادة 43 فقرة 3 و 4 من دستور 2016، على الضوابط الأساسية لممارسة التجارة و الاستثمار و ذلك بأن: "... تكفل الدولة ضبط السوق و يحمي القانون حقوق المستهلكين ن يمنع القانون الاحتكار و المنافسة غير النزيهة "

² - حقوق الجيل الثالث ظهرت بالأساس بمجهودات المجموعة الدولية من خلال المؤتمرات، والمعاهدات التي أبرمت بين الدول لحماية البيئة، و كان لها أثر بالغ على القوانين الداخلية للدول، أنظر في هذا الشأن : عبد الوهاب النعيمي، «الحماية القانونية للبيئة البرية في ظل أحكام القانون الدولي»، مجلة دراسات دستورية، مجلة دورية علمية محكمة نصف سنوية تصدرها المحكمة الدستورية البحرينية، المجلد الثاني، العدد 04، جانفي 2015، ص ص. 145-133.

³ - صدر ميثاق البيئة الفرنسي بموجب القانون الدستوري رقم 2005 - 205 المؤرخ في 01 مارس 2005، و قد أدرج في ديباجة دستور 1958 كي تكون له القيمة الدستورية، و في نفس مرتبة إعلان حقوق الإنسان و المواطن لسنة 1789 و ديباجة دستور 1946.

الألماني بموجب المادة 20 أ¹، التي دسترة الحق في البيئة بنصها على إلزام الدولة بواسطة السلطة التشريعية، و التنفيذية بوضع التشريعات التي تهدف إلى حماية الطبيعة و الحيوان و ذلك من اجل ضمان حقوق الأجيال القادمة.

و يعد الحق في التمتع ببيئة سليمة، حقا من حقوق الجيل الثالث كما أجمع عليه الفقه الفرنسي، فيرى الفقيه كوهاندي (M. A. Cohendet)، على أنه: "التمييز بين ثلاثة أجيال من حقوق الإنسان، له مصلحة تاريخية و يمكن له أن يلعب دور المنور على المستوى النظري، و لكن هو في حد ذاته ليس له أي علاقة تربطه ببعضه البعض"، في حين يرى جوزيف بيني (Joseph Pini) العكس من ذلك على أن: "الحق في البيئة هو نوع من الجمع بين حقوق الجيل الأول من حيث شاغلها و المستفيدين منها من جهة، و حقوق الجيل الثاني من جهة ثانية، فيما يتعلق بمحتواها"².

و بالفعل لقد تمّ دسترة الحق في البيئة السليمة في التعديل الدستوري لسنة 2016 بموجب المادة 67 من الدستور التي تنص على أن: " للمواطن الحق في بيئة سليمة. تعمل الدولة على الحفاظ على البيئة. يحدد القانون واجبات الأشخاص الطبيعيين و المعنويين لحماية البيئة"، فالبيئة السليمة كحق دستوري هي مقررة للمواطن"، في حين من المفروض أن ذلك الحق يقرر للإنسان لأنه يتعلق بالإنسانية جمعاء، و ليس فقط للمواطن خاصة خاصة

¹ -نص المادة 20 أ من الدستور الألماني تكرر الحق في البيئة و تبرر وضع القيود على الحقوق الأساسية في حالة المساس بحق البيئة، و لكن في الحقيقة المحكمة الدستورية الفدرالية الألمانية اعترفت بذلك منذ عدة سنوات قبل دسترة الحق في البيئة كإقرارها بموجب قرار صادر عنها بتاريخ 14 جويلية 1981 أنه: "مادام الحق في الحياة و الصحة هي أهداف ذات قيمة دستورية، فيقع على الدولة التزام بحماية هذه الحقوق بما فيها الحق في البيئة"، و من ثم يجوز تحديد بعض الحقوق الأساسية كحق الملكية الخاصة من أجل كفالة الحق في البيئة .

Michel Bothe, « Le droit à l'environnement dans la constitution allemande », Revue juridique d'environnement, 2005, p.35.

²-Amandine Capitani, « La Charte de l'environnement, un leurre constitutionnel ? », Revue française de droit constitutionnel, P.U.F, n° 63, 2005/3, p.498.

و أن حماية البيئة تتعدى حدود الدولة، كما النص يقرر واجبات على الأشخاص الطبيعية و المعنوية لحماية البيئة، " تلك الواجبات يقررها القانون للأشخاص القانونية بسبب وظيفتهم أو مهنتهم، كما يقررها للإنسان تجاه الإنسان المماثل له.¹، فهي واجبات لها طابع التضامن بين كل مكونات المجتمع سواء أشخاص طبيعية أو معنوية، و من ثمّ تحقيق الحماية وكفالة البيئة هي عملية تخص مشاركة الإنسان، و الفئات، و الفعاليات، و الجماعات ذات الطابع السياسي الاجتماعي و الاقتصادي، فهي جزء لا يتجزأ من وظائف الدولة الحديثة، و هو ما كان محل اهتمام المؤسس الجزائري، الذي توج بدسترة ذلك المفهوم الحديث لأول مرة في الدستور الجزائري.

إن تقرير حقوق الجيل الثالث كالحق في البيئة السليمة، و كذا الحق في تنمية شخصية الإنسان التي هي الأخرى حقوق مضمونة بموجب الدستور، سيدخلها بطبيعة الحال في تنافس مع الحقوق الأخرى، أي حقوق الجيل الأول، و الثاني، كالحق في الملكية، حرية ممارسة نشاط اقتصادي، و هنا يكون القاضي الدستوري مضطر للتوفيق بين تلك الحقوق، من أجل تحقيق الأهداف ذات القيمة الدستورية.

المطلب الثاني: القضاء الدستوري منشئ للحقوق الأساسية

لعبت المنازعات الدستورية للحقوق الأساسية دور فعال في تطوير مفهوم الحقوق الأساسية بواسطة القضاء الدستوري، الذي كان له الفضل في ذلك، بما يتمتع به من سلطة تفسير² النصوص الدستورية الضامنة للحقوق الأساسية، فهو الذي يقوم بالموازنة بين

¹-Amandine Capitani, op.cit , p.500.

² - التفسير الدستوري هو تفسير مزدوج فيحتل التفسير الدستوري موقعا هاما في الرقابة على دستورية القوانين لأنه عملية لازمة حتمية، و لا يمكن تجنبها حتى تباشر المحكمة سلطتها في الرقابة و يركز التفسير الدستوري على قطبين أساسيين الأول يتكون من خلال القانون أما القطب الثاني فإنه يتكون من خلال الحالة التي يتم فيها تنظيم التفسير وفقا للقانون، و في نطاق الرقابة الدستورية يتمثل القطب الأول في الدستور بينما يتمثل القطب الثاني في التشريع المطعون فيه، و المعروف على المحكمة الدستورية لمعالجته طبقا للقانون، بيان ذلك أننا لو قمنا بتفسير النص القانوني دون أن يرتبط بحالة محددة، وملموسة فإن هذا لا يقودنا إلى تفسير حقيقي، ولكن إلى وصف للقانون، والاقتصار على هذا الأمر ينحرف بالتفسير عن وظيفته الأساسية و ينتزعه من جذوره و يجرده من أسباب

ممارسة تلك الحقوق، و مقتضيات المصلحة العامة، و يغلب في كثير من الحالات حق من الحقوق على حق آخر، من أجل حفظ النظام العام أو المصلحة العامة¹، وقد سيطر التحديد المباشر للقواعد الدستورية استنادا على التفسير الضيق على تحديد المرجعية الدستورية في عملية الرقابة على دستورية القوانين في النصف الأول من القرن العشرين²، هذا يجسد النظرة الضيقة للتفسير الدستوري الذي كان سائد مع بداية إنشاء المحاكم الدستورية، و عليه فالحقوق و الحريات تستمد من دائرة ضيقة و هي النصوص الدستورية دون غيرها، و لكن هذا الاتجاه تغير نحو التفسير الواسع للدستور بواسطة التحديد الغير المباشر للحقوق الأساسية الذي نقصد به هو عدم حصر تلك الحقوق فيما قرره الدستور في مواده، بل يتعدى ذلك إلى قواعد أخرى تعتبر أساسية على مستوى النظام القانوني الداخلي، أو على مستوى قواعد القانون الدولي، استنادا للمعاهدات والاتفاقيات الدولية، وعليه سنتطرق لبعض نماذج القضاء الدستوري التي كرست تفسير الواسع للحقوق الأساسية، و هي النموذج الفرنسي و الكتلة الدستورية (الفرع الأول)، النموذج الألماني: المحكمة الدستورية ضامنة للحقوق الأساسية (الفرع الثاني)، و النموذج الجزائري: تواضع حصيلة المجلس الدستوري تنعكس سلبا على عملية إنشاء الحقوق الأساسية (الفرع الثالث).

وجوده، و المفسر الذي يعمل ذلك و يسير على هذا الدرب يتبنى ما وصفه الفقه الايطالي بأنه جاهل بعمله...، أنظر: محمد فوزي نويجي، التفسير المنشئ للقاضي الدستوري دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص.21.

¹ - من خلال التفسير يكفل القاضي الدستوري الحقوق الأساسية التي يجب أن تتجسد بموجب النصوص القانونية، و التنظيمية أخذا من الدستور كمرجعية أصلية المحددة للحقوق الأساسية التي ينبني عليها التفسير.

² - يرى كلنس أن القواعد المحددة في الوثيقة الدستورية هي المصدر الجازم الحاد الذي تلتزم به المحكمة الدستورية عند إصدار أحكامها، إذ يقول: "أنه لا يجوز للمحكمة أن تعتد إلا بالقواعد الدستورية دون غيرها من الاعتبارات القانونية أيا كان مصدرها"، ثم يضيف "بأن المحكمة الدستورية سوف تكون في حالة تعارض مع نفسها، إذا أرادت أن تضع نفسها فوق الاختصاصات التي منحت لها، أو إذا انتحلت لنفسها اختصاص بإقامة و صياغة النظام القانوني وفقا لأحاسيسها القانونية الذاتية"، أنظر: يوسف حاشي، المرجع السابق، ص.288.

الفرع الأول: النموذج الفرنسي و الكتلة الدستورية

تمكن المجلس الدستوري الفرنسي من فرض نفسه في النظام المؤسساتي الفرنسي تدريجيا، فكانت نشأة المجلس بموجب دستور 1958 أي دستور الجمهورية الخامسة، و كان الهدف منه وضع مؤسسة دستورية تلعب دور الحكم بين السلطتين التنفيذية و التشريعية، في إطار بما يسمى بعقلنة النظام البرلماني، و ذلك بتوسيع صلاحيات السلطة التنفيذية على حساب التشريعية، بتحديد مجالات التشريع حصرا للبرلمان، بعدما كانت غير محددة في ظل الجمهورية الرابعة¹، و من ثمّ يتبين أن المجلس الدستوري تم إنشائه بالدرجة الأولى كميكانيزم لحصر سلطة البرلمان، وتقوية السلطة التنفيذية بحماية الصلاحيات الواسعة للوزير الأول²، و كذا رئيس الجمهورية، لكن ما فتئ المجلس أن يظهر كحامي للحقوق الأساسية، من خلال اجتهاداته المحددة للقواعد المرجعية ذات القيمة الدستورية، التي حولته لمنشئ للحقوق الأساسية، و هو ما نلمسه من خلال الكتلة الدستورية من صنع القاضي الدستوري الفرنسي (أولا)، و عناصر الكتلة الدستورية (ثانيا).

أولا- الكتلة الدستورية من صنع القاضي الدستوري الفرنسي: ظهر مصطلح " الكتلة الدستورية " لأول مرة في تعليق الأستاذين (كلود إميري، و سوران) على قرار المجلس الدستوري الفرنسي رقم 69-37 المؤرخ في 20 نوفمبر 1969 المتعلق بمراقبة النظام الداخلي للمجلس الوطني أين أراد الأستاذين أن تكون " رقابة القاضي لتنظيمات الغرفتين لا تقف فقط عند الدستور، و لكن يمكن أن يطبق القاضي نصا صادر عن السلطة التنفيذية"³.

¹ - هذا ما عبر عنه رئيس الحكومة ميشال دوبري حول النظرة التي كانت بخصوص المجلس الدستوري آنذاك بأن: " إنشاء المجلس الدستوري هو من أجل وضع حدود على القانون- أي قرار البرلمان - بالقاعدة الأسمى الدستورية... فوجود المجلس و ما يتمتع به من سلطة هي ذات أهمية بالغة من حيث التجديد، فالدستور أنشأ سلاح ضد انحراف النظام البرلماني".

Voir : Alain DELCAMP, « Le Conseil Constitutionnel et le Parlement », Revue française de droit constitutionnel, 2004/1, n° 57, PUF, pp.39-40.

² -Ibid., p.39.

³ - يوسف حاشي، المرجع السابق، ص.319.

و يمكن تعريف الكتلة الدستورية¹ على أنها: " مجموعة القواعد و المبادئ التي تكون لها قيمة دستورية، تسمو على جميع القواعد الأخرى في الدولة"، هذه القواعد والمبادئ منها ما هو محدد في نص الدستور بحد ذاته، و منها ما نجد جذوره في مبادئ عامة ذات قيمة دستورية مستقاة، إما من إعلانات الحقوق على مختلف مصادرها، و في بعض النظم قد يستند فيها القضاء الدستوري على الاتفاقيات و المعاهدات الدولية، مما يجعلنا نواجه كتلة دستورية ذات أبعاد متحركة، ليس لجهة تفسير مضمون قواعدها فقط، بل لجهة تحديد إطارها أيضا².

ثانيا- عناصر الكتلة الدستورية: استطاع المجلس الدستوري الفرنسي أن يشكل الكتلة الدستورية التي تكونت على ضوء اجتهاداته منذ قراره المتعلق بقانون الجمعيات لعام 1971، و التي أصبح يستتبط منها الأحكام و القواعد المتعلقة بالحقوق الأساسية، و هي: " دستور 1958 كأول مرجعية، المبادئ الأساسية المعترف بها في قوانين الجمهورية، المبادئ ذات القيمة الدستورية، إعلان حقوق الإنسان و المواطن لسنة 1789، ديباجة دستور 1946، ديباجة دستور 1958"³ ويضاف إليها ميثاق البيئة لسنة 2004 والذي أدرج في ديباجة الدستور، كل ذلك يتبين على النحو التالي:

أ- الدستور كأول مرجعية بما فيها ديباجته: لا يثير إشكال على اعتبار الدستور هو المرجعية الأولى يعتمد عليها القضاء الدستوري في الرقابة الدستورية، إذا نظرنا للمسألة من زاوية دولة القانون التي تجعل من الدستور يسمو على جميع أحكام القانون الوضعي في الدولة⁴، ونعني هنا بالسمو الشكلي الذي يضيف على الدستور عنصر الجمود، الذي يقتضي خضوع الدستور لإجراءات معقدة للتعديل عن تلك المقررة للقوانين العادية التي تخضع

¹ - يبقى مصطلح "الكتلة الدستورية" (Bloc de constitutionnalité) محل جدل فقهي.

² - أمين عاطف صليباً، المرجع السابق، ص. 308.

³ - Dominique Rousseau, op.cit, p.101.

⁴ - صلاح الدين فوزي محمد، القانون الدستوري المصري، النظرية العامة للقانون الدستوري، شرح أحكام الدستور المصري الصادر سنة 2012، دار النهضة العربية، القاهرة، 2013، ص. 46.

لإجراءات بسيطة من قبل المشرع، مما يجعلنا نميز بين نوعين من القواعد في النظام القانوني، القواعد الدستورية النابعة من إرادة السلطة التأسيسية، والقواعد الأخرى التي تكون من صنع السلطة المؤسسة وهي السلطة الدستورية الثلاثة التي أسسها الدستور في حد ذاته، فهذا التفسير هو حتمية مطلقة لقيام دولة القانون التي تضع الدستور في قمة الهرم القانوني، و تجعل من الرقابة الدستورية كآلية لكفالة و حماية القواعد الدستورية من الانتهاك بما فيها بطبيعة الحال، القواعد التي تكفل الحقوق الأساسية من خلال المنازعة الدستورية التي تتقرر بأشكال مختلفة بحسب النظم الدستورية، و نعني هنا النموذجين الأوروبي و الأمريكي، و لكن ثار التساؤل في المنظومة حول موقع ديباجة الدستور من كل ذلك فهل يمكن اعتبارها جزء لا يتجزأ من الدستور أم لا ؟

فإذا عالجنا الأمر من زاوية الحقوق الأساسية فإنه يتبين لنا أن واضعي دستور 1958 الفرنسي صلبوا اهتمامهم على تنظيم سلطات الدولة، من حيث كيفية تولي السلطة و الاختصاصات و العلاقات فيما بينها و لم يهتموا بشكل كبير بالحقوق الأساسية، هذا ما نستشفه من قراءتنا لنصوص ذلك الدستور و أكدده بعض الفقه الفرنسي " إذا ما استثنينا المقدمة و المادة الأولى من دستور 1958¹، لوجدنا أن الاهتمام منصب على تنظيم الدولة و توزيع الصلاحيات على السلطات أكثر بكثير من الاهتمام بحقوق الإنسان و حرياته² فيمكن القول أن دستور الجمهورية الخامسة جاء قاصرا من جهة كفالة و حماية الحقوق الأساسية، و يعود الأمر إلى أن الشغل الشاغل لواضعي دستور 1958 الفرنسي كان يتعلق بالأساس حول تنظيم السلطات والعلاقات فيما بينها، نظرا للأزمة المؤسساتية التي دخل فيها النظام الفرنسي، بعد اندلاع الثورة التحريرية في الجزائر هذا من جهة.

¹ - تنص ديباجة دستور 1958 على أن: " يعلن الشعب الفرنسي رسميا تمسكه بحقوق الإنسان و بمبادئ السيادة الوطنية مثلما حددها إعلان 1789 و أثبتتها و أتمتها ديباجة دستور 1946، و كذا تمسكه بالحقوق و الواجبات التي أقرها ميثاق البيئة في عام 2004..."

² - أمين عاطف صليبا، المرجع السابق، ص. 245.

و من جهة ثانية واضعي دستور سنة 1958 الفرنسي، اخذوا بنظرة الفقيه "كاريه دي مالبرغ" (Carré de Malberg) حول القيمة القانونية لديباجة الدستور التي تحيل على إعلان سنة، 1789، ذلك الفقيه أكد في كتابة الحامل لعنوان: مساهمة في النظرية العامة للدولة (La contribution à la théorie générale de l'État)، على أن الإعلانات ما هي إلا مقاصد فلسفية و أدبية¹.

و لتدارك ذلك القصور في الدستور، استطاع المجلس الدستوري الفرنسي تصليح الوضع بمناسبة أداء مهمة الرقابة السابقة على دستورية القوانين، بداية من قراره المؤرخ في 19 جوان 1970 تحت رقم 39-70، والذي أكد فيه على أن اتفاقية لوكسمبورغ هي متوافقة مع الدستور بما فيها ديباجته²، فاعترفه بالقيمة الدستورية للديباجة جاء في هذا القرار بشكل ضمني³.

ثم جاء القرار الشهير المؤرخ في 16 جويلية 1971 تحت رقم 44-71، المتعلق بمراقبة دستورية القانون المعدل للمواد 05 و 07 من القانون المؤرخ في 01 جويلية 1901 المتعلق بالجمعيات، فهذا الاجتهاد لعب الدور المحوري والأساسي في بناء الكتلة الدستورية، وأستند المجلس في الحثيثة الثانية من قراره على ديباجة دستور 1958 بشكلا صريح⁴، بحيث جاء فيها: " باعتبار أنه من أحد المبادئ الأساسية المعترف بها في قوانين الجمهورية، و التي أقرتها ديباجة الدستور من ضمنها حرية الجمعيات، هذا المبدأ هو من الأسس العامة التي جاء بها قانون 01 جويلية 1901 المتعلق بعقود تأسيس الجمعيات، و بمقتضي هذا المبدأ فإن الجمعيات تتأسس بحرية و يمكن شهرها، على شرط الوحيد المتمثل في أن يتم إيداع تصريح مسبق، و باستثناء التدابير التي يمكن اتخاذها بالنسبة لأصناف

¹ -Charllote DENIZEAU, op.cit, p.15.

² - Ibid, p.16.

³ - Guy CARCASSONNE, Marc GUILLAUME, La constitution, 13^e édition, édition du Seuil, Paris, 2016, p.42.

⁴ - Ibid.

خاصة من الجمعيات، فإن تأسيس الجمعيات لا يمكن أن يخضع لصحتها للتدخل المسبق للسلطة الإدارية أو حتى السلطة القضائية، و إن كانت هناك شبهة في بطلانها، أو لها موضوع مخالف للقانون¹.

ذلك القرار يتجاوز إطار حرية تأسيس الجمعيات إلى تحديد المرجعية التي يستند عليها المجلس الدستوري في الرقابة الدستورية، فاعتراف المجلس لأول مرة بالقيمة الدستورية لديباجة الدستور، على أساس أن حرية تأسيس الجمعيات هي من المبادئ الأساسية المعترف بها في قوانين الجمهورية، تلك المبادئ تبنتها ديباجة دستور الفرنسي 1946، التي أُلحقت عليها ديباجة دستور 1958².

فيتين جليا أن قرار المجلس الدستوري الفرنسي لعام 1971 منح القيمة الدستورية بشكل صريح لديباجتي دستور 1958 و دستور 1946³، و تنص ديباجة دستور 1946 على أن: "غداة الانتصار الذي حققته الشعوب الحرة على الأنظمة التي سعت إلى استعباد و إهانة البشرية يعلن الشعب الفرنسي مجددا أن كل إنسان يملك حقوقا مقدسة و ثابتة دون تمييز على أساس الأصل أو الدين أو العقيدة. و يؤكد مرة أخرى و رسميا على حقوق و حريات الإنسان و المواطن المنصوص عليها في إعلان الحقوق الصادر عام 1789 و المبادئ الأساسية المعترف بها في قوانين الجمهورية..."⁴، و يجمع الفقه الدستوري الفرنسي على أن الديباجة اكتسبت القيمة الدستورية، و تحولت إلى مرجعية دستورية و قاعدة أساسية في عملية الرقابة الدستورية بقرار المجلس الدستوري لعام 1971 المتعلق بالجمعيات، الذي وضع حد للجدل الفقهي المتعلق بالقيمة القانونية لإعلانات الحقوق.

¹-CC 71-44 DC du 16 juillet 1971, cf. Site: www.conseilconstitutionnel.fr.

²- تنص الفقرة الأولى من ديباجة دستور 1958 الفرنسي المعدل و المتمم، على أن: " يعلن الشعب الفرنسي رسميا تمسكه بحقوق الإنسان، و بمبادئ السيادة الوطنية مثلما حددها إعلان 1789، و أكدتها ديباجة دستور 1946، و كذا تمسكه بالحقوق و الواجبات التي اقراها ميثاق البيئة في عام 2004..."

³ - Frédéric COLIN, L'essentiel de la Jurisprudence constitutionnelle, Gualino Lextenso éditions, Paris, 2009, p.39.

⁴-Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, cf. Site: www.conseilconstitutionnel.fr.

و منذ ذلك الاجتهاد أصبح لا يقتصر الدستور على نصوص الدستور المرقمة في الوثيقة الدستورية بل يتعداها إلى مجموعة من القواعد، و المبادئ ذات القيمة الدستورية كمرجعية للمجلس و التي قد تكون مبادئ مكتوبة أو غير مكتوبة¹، ذلك الأمر وسع من نطاق الأسس الدستورية التي يعتمد عليها المجلس في الرقابة، ذلك التوسيع كان في مجمله يتعلق بالحقوق الأساسية جوهر المنازعات الدستورية بالدرجة الأولى، و هذا يتطابق مع نظرة الفقيه فيدال (Vedel) على أن: "إن كانت ديباجة الدستور تتكون من جمل مستقلة على المادة 01 من الدستور، فمن غير المقبول أن نأخذ بالفرضية القائلة أن الدستور في القانون الوضعي يبدأ بالمواد المرقمة"².

و استمر بناء الكتلة الدستورية، بموجب القرار المؤرخ في 27 ديسمبر 1973 تحت رقم 51-73 المتعلق بقانون المالية لعام 1974، عندما اعتبر أحكام القانون المذكور المتعلقة بالتقدير الإداري للضريبة مخالف لمبدأ المساواة، المنصوص عليه في المادة 06 و 13 من إعلان حقوق الإنسان و المواطن لسنة 1789، و من ثم جعل من الإعلان ذو قيمة دستورية بشكل صريح³.

و من ثمّ، فاجتهاد المجلس الدستوري لعام 1971 و 1973، و ما تلتها من اجتهادات منحت القيمة الدستورية لكل النصوص التي تستند عليها ديباجة دستور 1958 أي إعلان 1789، و ديباجة دستور 1946، و كذا المبادئ الأساسية المعترف بها في قوانين الجمهورية، و المبادئ العامة من القيمة الدستورية يضاف إليها بطبيعة الحال دستور 1958، وميثاق البيئة لسنة 2004 الذي أدرج في ديباجة الدستور سنة 2005، كل تلك القواعد لها مرتبة السمو و تشكل الكتلة الدستورية، و لم يتم تشكيل تلك المرجعية الدستورية

¹-Frédéric COLIN, op.cit, p. 40.

²-Louis FAVOREU, Loïc PHILIP, Les grandes décisions du conseil constitutionnel, 12^e édition, Dalloz, Paris, 2003, p.247.

³- Frédéric COLIN, op.cit, p.40.

إلا بناء على التفسير الواسع للدستور، و الذي مكنّ من وضع حدود دستورية على السلطات العامة يتعلق موضوعها بالحقوق الأساسية.

ب- إعلان 1789 و ديباجة دستور 1946: أستطاع المجلس الدستوري الفرنسي أن يتجنب نظرة المؤسس للدستور بخصوص إعلانات الحقوق التي كان يعتبرها هذا الأخير قيم ذات طابع فلسفي و سياسي مفرغة من الطابع القانوني، فالمجلس لم يتبنى أفكار الفقيهين "كاريه دي مالبرغ" (Carré de Malberg)، و الفقيه "أيزمان" (Eismen) اللذان يعتبران "الإعلانات لا يمكن أن تكون لها قيمة دستورية، فهي عبارة عن إعلانات للنوايا، أو نصوص فلسفية و أدبية، تتميز بالعمومية و عدم الوضوح و الغموض و هي تقترب من النصوص الأدبية عن النصوص القانونية"¹، و تبني المجلس في اجتهاده فكرة الفقيهين "دوجي" (Duguit)، و "هوريو" (Hauriou) اللذان يعتبران: "أنّ الإعلانات لها نفس القيمة القانونية للدستور، و على المشرع أن يحترمها و يلتزم بها مثل التزامه بالدستور"²، و يؤسسون ذلك على: "القانون الطبيعي لدى هوريو، و فكرة الروابط الاجتماعية لدى دوجي، فالفقيهين يعتبران أن إعلانات الحقوق و الدستور هما نتاج نفس الحركة السياسية، و تم وضعهما في نفس الوقت من قبل المجالس التأسيسية، و بالتالي يتمتعان بنفس القيمة الدستورية هذا من جهة، و من جهة أخرى يستندون على فكرة الإعلانات جاءت فقط لتكرس حقوق موجودة قبل إرادة السلطة التأسيسية و بشكل مستقل عنها، فهي تقيد إرادة هذه الأخيرة عند كتابتها للدستور، وعليه فمن المنطق أن هذه الإعلانات تشكل قيد على المشرع عند سنه للقوانين"³، إذا يتبين أن الاعتراف بالقيمة القانونية لإعلانات الحقوق يجد جذوره في النقاش الفقهي حول تلك القيمة، و اهتدى المجلس الدستوري الفرنسي في الأخير لفكرة القيمة الدستورية لإعلانات الحقوق، التي مكنته من الاعتراف بالقيمة القانونية لحقوق الجيل الأول، و الثاني للحقوق الأساسية.

¹ - Dominique ROUSSEAU, op.cit, p.102.

² - Ibid.

³ - Ibid.

ج-المبادئ الأساسية المعترف بها في قوانين الجمهورية: وهي مبادئ يستخلصها القضاء من قوانين الجمهورية و التي تتعلق بالأساس، بالتشريعات الصادرة في حقبة الجمهورية الثالثة التي تأسست بموجب دستور 1875 الفرنسي،و قد أشارت إليها ديباجة دستور 1946 التي نصت على أن:"يعلن الشعب الفرنسي...و يؤكد مرة أخرى و رسميا على...المبادئ الأساسية المعترف بها في قوانين الجمهورية"¹.

و تجدر الإشارة أن مجلس الدولة في حقبة الجمهورية الرابعة الفرنسية كان سباق في اعتبار أن الحق في تأسيس الجمعيات هو من أحد المبادئ الأساسية المعترف بها في قوانين الجمهورية في قرار له مؤرخ في 16 جويلية 1956، و لكن يعود الفضل للمجلس الدستوري بموجب اجتهاده لسنة 1971 في تحديد مضمون تلك المبادئ، و منذ ذلك الحين طرح البروفيسور جون ريفيرو (J.Rivero)، طرح ثلاثة أسئلة حول تلك المبادئ، أي جمهورية ؟، أي قانون ؟، أي مبادئ ؟

و تمكن الاجتهاد القضائي من الإجابة على تلك الأسئلة، ففيما يخص الجواب على السؤال الأول يقصد بقوانين الجمهورية، القوانين التي جاءت عقب قيام الجمهورية الثالثة بموجب دستور 1875، يضاف الأوامر التشريعية للجمهورية الثالثة، أو الأوامر الصادرة على الحكومة المؤقتة كما جسده قرار المجلس الدستوري الفرنسي رقم 97 - 393 المؤرخ في 18 ديسمبر 1997²، أما فيما يخص الجواب على السؤال الثاني فإنه يقصد بالقوانين التي تكون سابقة عن تاريخ 27 أكتوبر 1946 و هو تاريخ صدور دستور الجمهورية الرابعة الذي اعترف في ديباجته بوجود هذه الطائفة من المبادئ.

و أما الجواب على السؤال الثالث نقصد بالمبادئ تلك التي كرستها القوانين بصفة مستمرة و التي لم يشوبها تناقض من قانون إلى قانون آخر، و التي تبلورت في طيلة حقبة

¹ - Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 .

² -Michel DE VILLIER, « Principes fondamentaux reconnues par les lois de la République », in Dictionnaire des droits fondamentaux, sous la direction de Dominique CHAGNOLLAUD et Guillaume DRAGO, Dalloz, Paris, p. 612.

الجمهورية الثالثة، و هي التي عمرت أطول زمن ضمن القوانين العادية التي أطرت الحياة السياسية و الاجتماعية الفرنسية، ثم اكتسبت مع مرور الزمن هبة و احتراماً مكنها في الأخير من اكتساب قيمة دستورية¹.

و في هذا السياق جاء اجتهاد المجلس الدستوري واضعاً للضوابط التي تحكم تلك المبادئ الأساسية، معتبراً أنه لا يمكن إثارة التقاليد الجمهورية لتحديد مبدأ أساسي معترف به في قوانين الجمهورية، إلا إذا كانت تلك التقاليد تشكل جزءاً من جسم النص التشريعي هذا جاء في قرار المجلس الدستوري الفرنسي رقم 88-244 المؤرخ في 20 جويلية 1988².

و تتمثل المبادئ الأساسية المعترف بها في قوانين الجمهورية التي جسدها المجلس الدستوري الفرنسي من خلال اجتهاداته المتعاقبة منذ إدماجها سنة 1971 كأساس يحضى بالحماية الدستورية، و كمبادئ من قيمة دستورية مماثلة من حيث القيمة لأي قاعدة دستورية، في حرية تأسيس الجمعيات³، حق الدفاع⁴، الحرية الشخصية⁵، حرية التعليم⁶، حرية المعتقد و مبدأ اللائكية⁷، استقلالية القضاء الإداري⁸، استقلالية الأساتذة الجامعيين⁹، سلطة القضاء في حماية الحرية الشخصية في حالة المساس بالملكية العقارية الخاصة¹⁰، مبدأ القضاء الجزائي الخاص بالقصر¹¹، فيتبين أن القاضي الدستوري الفرنسي يعمل على استخلاص تلك المبادئ كلما اقتضى الأمر و توافرت شروط المبادئ الأساسية المعترف بها في قوانين الجمهورية، و التي تعالج مواضيع محددة للحقوق الأساسية تكونت على ضوء و

¹ - يوسف حاشي، المرجع السابق، ص. 326.

² - Dominique ROUSSEAU, op.cit, p.106.

³ - CC n° 71- 44 DC, du 16 juillet 1971, cf. site: www.conseil-constitutionnel.fr.

⁴ - CC n°76- 70 DC, du 2 décembre 1976, cf. site: www.conseil-constitutionnel.fr.

⁵ - CC n°76- 75 DC, du 12 janvier 1977, cf. site: www.conseil-constitutionnel.fr.

⁶ - CC n°77- 87DC, du 23 novembre 1977, cf. site: www.conseil-constitutionnel.fr.

⁷ - CC n°2004- 505 DC, du 19 novembre 2004, cf. site: www.conseil-constitutionnel.fr.

⁸ - CC n°80- 119 DC, du 22 juillet 1980, cf. site: www.conseil-constitutionnel.fr.

⁹ - CC n°83- 165 DC, du 20 janvier 1984, cf. site: www.conseil-constitutionnel.fr.

¹⁰ - CC n°89- 256 DC, du 25 juillet 1989, cf. site: www.conseil-constitutionnel.fr.

¹¹ - CC n°2003- 467 DC, du 13 mars 2003, cf. site: www.conseil-constitutionnel.fr.

بالتزامن مع التطور السياسي و الاجتماعي و الاقتصادي في حقبة الجمهورية الثالثة الفرنسية¹.

د- المبادئ العامة ذات القيمة الدستورية: نقصد بها مجموعة من المبادئ التي جسدها القاضي الدستوري الفرنسي من خلال اجتهاداته المتعاقبة و التي منحها قوة النص الدستوري، و أدمجها في الكتلة الدستورية، و الملاحظ أن تلك المبادئ قد تكون لها مرجعية مكتوبة يستخلص القاضي الدستوري مصدرها من الدستور، و إعلان الحقوق لسنة 1789، و ديباجة دستور 1946، و ميثاق 2004، و ديباجة دستور 1958، و قد تكون مبادئ غير مكتوبة أي غير منصوص عليها صراحة في الدستور، و لا في النصوص القانونية، بل يستخلصها القاضي الدستوري بمناسبة أداء صلاحية الرقابة على دستورية القوانين، و بالخصوص لما يكون حقين أو حريتين أساسيتين مضمونتين بموجب الدستور في حالة تنافس.

أما بخصوص المبادئ التي يجد المجلس الدستوري الفرنسي مصدرها في نصوص مكتوبة في إعلان الحقوق لسنة 1789، و ديباجة دستور 1946 الذي حدد بها مبادئ من طبيعة دستورية أطلق عليها اسم: "المبادئ السياسية و الاقتصادية و الاجتماعية الخاصة و الضرورية لعصرنا"، تلك المبادئ هي ملازمة للتطورات السياسية و الاقتصادية و الاجتماعية.

و أحصى القاضي الدستوري الفرنسي عدة مبادئ استلهمها من ديباجة دستور 1946، كحق اللجوء²، الحق في العمل³، الحرية النقابية⁴، الحق في الإضراب⁵، الحق في مشاركة العمال في تحديد الجماعي لظروف العمل و تسيير المؤسسات⁶، مبدأ تنظيم التعليم

¹ - Frédéric Colin, op.cit, p.41.

² - CC n°79-109DC, du 9 janvier 1980, cf. site: www.conseil-constitutionnel.fr.

³ - CC n°83-156 DC, du 28 mai 1983, cf. site: www.conseil-constitutionnel.fr.

⁴ - CC n°83-162 DC, du 19 et 20 juillet 1983, cf. site: www.conseil-constitutionnel.fr.

⁵ - CC n°79-105DC, du 25 juillet 1979, cf. site: www.conseil-constitutionnel.fr.

⁶ - CC n°77-79DC, du 5 juillet 1977, cf. site: www.conseil-constitutionnel.fr.

العمومي المجاني و اللائكي¹، مبدأ احترام قواعد القانون العام و الدولي و عدم استخدام القوة ضد حرية أي شعب²، و يلاحظ أن المبادئ ذات القيمة الدستورية عندما تكون مكتوبة لا تشكل صعوبة لدى القاضي الدستوري لتجسيدها في عملية الرقابة على دستورية القوانين³.

أما المبادئ التي هي من صنع المجلس الدستوري الفرنسي لعدم وجود نص مكتوب، فأطلق عليها هذا الأخير عدة عبارات و هي: "مبادئ أو أحكام أو قواعد ذات القيمة الدستورية"، "الأهداف ذات القيمة الدستورية"، "الضرورة الدستورية"، فيعتبر المبادئ الدستورية كاستمرارية المرفق العام⁴، نشر المناقشات القضائية في المواد الجزائية، و وضوح القانون⁵، و اعتبر المجلس من الأهداف ذات القيمة الدستورية كالحفاظ على النظام العام، و احترام حرية الغير، و المحافظة على الطابع التعددي لاتجاهات الرأي الاجتماعية و الثقافية⁶، و الذي جاء فيه: "إن الحفاظ على النظام العام، و احترام حرية الغير و احترام الطابع التعددي للتيارات الاجتماعية - الفكرية هي أهداف ذات قيمة دستورية"⁷، و الحق في حصول كل شخص على سكن ملائم⁸، و الحق في التوصل و فهم القانون⁹، مكافحة التهرب الجبائي¹⁰، و اعتبر المجلس من المبادئ ذات القيمة الدستورية ضمان التعددية في مجال الإعلام¹¹، و كذا ضرورة مكافحة الامتناع عن الانتخاب¹².

و أستطاع المجلس أن يكون هذه المبادئ و جعلها ملزمة على المشرع، و عليه أن يحترمها عند سن القوانين، موسعا في ذلك من نطاق الكتلة الدستورية إلى مفاهيم تجد

¹ - CC n°77-87 DC, du 23 novembre 1977, cf. site: www.conseil-constitutionnel.fr.

² - CC n°77-90DC, du 30 décembre 1975, cf. site: www.conseil-constitutionnel.fr.

³ - Dominique Rousseau, op.cit, p.110.

⁴ - CC n°79-105 DC, du 25 juillet 1979, cf. site: www.conseil-constitutionnel.fr.

⁵ - CC n°2004- 492DC, du 2 mars 2004, cf. site: www.conseil-constitutionnel.fr.

⁶ - CC n°82-141DC, du 27 juillet 1982, cf. site: www.conseil-constitutionnel.fr.

⁷ - يوسف حاشي، المرجع السابق، ص.328.

⁸ - CC n°94-359DC, du 19 janvier 1995, cf. site: www.conseil-constitutionnel.fr.

⁹ - CC n°99-421DC, du 16 décembre 1999, cf. site: www.conseil-constitutionnel.fr.

¹⁰ - CC n°99-425 DC, du 29 décembre 1999, cf. site: www.conseil-constitutionnel.fr.

¹¹ - CC n°86-217 DC, du 18 septembre 1986, cf. site: www.conseil-constitutionnel.fr.

¹² - CC n°90-280DC, du 6 décembre 1990, cf. site: www.conseil-constitutionnel.fr.

جذورها في نصوص مدونة، أو من نصوص غير مدونة، و هنا يصبح المجلس يلعب دور المنشئ للقواعد الدستورية أسوة بنظير القاضي الإداري الذي يعتبر قضائه منشئ لقواعد القانون الإداري، و الشيء الأكيد أن القاضي الدستوري الفرنسي لم يستطيع التوصل لذلك إلا بانتهاجه أسلوب التفسير الواسع للنصوص على ضوء المنازعات الدستورية التي تعرض عليه، التي سمحت له من تكوين كتلة للحقوق الأساسية.

و في الواقع في ظروف معينة يواجه المجلس صعوبة في التحليل و التفسير، فإضفاء الحماية الكافية و التامة لحق مضمون في الكتلة الدستورية، بدون أخذ المجلس الاحتياطات اللازمة قد يؤدي إلى خلق تشريعات تمس بحقوق أخرى هي مضمونة دستوريا كذلك، و لمعالجة هذه المسألة ابتدع المجلس فكرة " مبادئ أو أحكام أو قواعد ذات القيمة الدستورية"، و " الأهداف ذات القيمة الدستورية "، و " الضرورة الدستورية"، ولازالت تلك المعايير لحد الساعة غير مضبوطة المعالم و المصدر، وهذه المبادئ والأهداف تمكن القاضي الدستوري الفرنسي من الحد من نطاق بعض الحقوق التي يحميها الدستور، وذلك بالحد من المبالغة في بعض الحقوق لتحقيق أهداف هي الأخرى من طبيعة دستورية، كالنظام العام، والمصلحة العامة، ولكن هذا التحديد بواسطة المبادئ أو الأهداف أو الضرورة الدستورية، يجب أن لا يكون مضمونها من طبيعة خطيرة تفرغ الحق المضمون دستوريا من محتواه¹.

هذا الواقع واجهه القاضي الدستوري الفرنسي فعلى سبيل المثال و ليس الحصر، عندما تطرق إلى حق الإضراب، أين أكد في تسبيبه على أن: " حق الإضراب هو مبدأ من قيمة دستورية و لكن له حدود، و للمشرع صلاحية رسم تلك الحدود، و ذلك بالموازنة بين الحقوق المهنية التي يستعمل فيها الإضراب كوسيلة للمطالبة بها هذا من جهة، وبالمحافظة على المصلحة العامة التي يمكن أن تمس بواسطة ممارسة حق الإضراب من جهة أخرى،

¹-Michel LASCOMBE, « Principes (ou objectifs) de valeur constitutionnelle », in Dictionnaire du Droit Constitutionnel, disponible en ligne à l'adresse:<http://Michel-lascombe.pagesperso-orange.fr>.

فالاعتراف بهذا الحق لا يمكن أن يكون حاجزا على المشرع لوضع الحدود الضرورية على ممارسة هذا الحق، و ذلك من أجل ضمان استمرارية المرفق العام الذي هو الآخر مبدأ من قيمة دستورية، هذا التحديد يستطيع المشرع الوصول به إلى حد منع الإضراب على الأعوان الذين يكون حضورهم ضروري لضمان سير المرفق، و الذي توقفه قد يمس للحاجيات الأساسية للبلاد"¹.

فلاحظ من خلال هذا التسبيب كيف أن المجلس الدستوري الفرنسي تعامل مع الحق في الإضراب، الذي هو حق من الحقوق الأساسية المضمونة دستوريا و هو المكرس في ديباجة دستور 1946، أي بموجب نص دستوري مكتوب، و ذلك بتحديد مبدأ هو الآخر من قيمة دستورية، ألا و هو استمرارية سير المرفق العام الذي هو الآخر من قيمة دستورية غير مستمد من نص مكتوب، بل يجد جذوره في المبادئ العامة للقانون التي يستند عليها مجلس الدولة الفرنسي في اجتهاداته، من خلال مساهمته الفعالة في بلورة قواعد القانون الإداري، هذا ما جاء به قرار مجلس الدولة الشهير المؤرخ في 07 جويلية 1950، الذي اعترف للحكومة بواسطة سلطتها التنظيمية الحق في تحديد ممارسة حق الإضراب، لتجنب اللجوء إلى تعسفا بشكل يجعل منه ماسا بالنظام العام²، و لكن هذا لا يعني الاعتراف للحكومة الحق في إلغاء حق الإضراب.

و هناك عدة حقوق توضع في إطار المبادئ أو الأهداف ذات القيمة الدستورية، كتعدد اليوميات الإخبارية يضع حدود على حرية التجارة و الصناعة³، و حماية الحق في

¹ - CC n°79-105DC, du 25 juillet 1979, cf. site: www.conseil-constitutionnel.fr.

² - Conseil d'Etat, Ass, 7 juillet 1950, Dehaene.

³ - CC n°84-181DC, du 10 octobre 1984, cf. Site: www.conseil-constitutionnel.fr.

الصحة و أمن الأشخاص و الممتلكات، يضع حدود على الحق في ممارسة الإضراب¹، والنظام العام في بعض الحالات الخاصة يضع حدود على حرية الاتصال².

و بتتبع قرارات المجلس الدستوري الفرنسي المذكورة أعلاه نجد أنها كلها تصب في حماية الحقوق الأساسية، فالمبادئ العامة ذات القيمة الدستورية استلهمها، و استخلصها القاضي الدستوري الفرنسي بهدف حماية الحقوق الأساسية، التي أصبحت تلعب دور ريادي في التجسيد العملي لفكرة دولة القانون، و التي فرضت على القاضي الدستوري الفرنسي تحديد مضمون تلك المبادئ الناتجة عن النصوص الدستورية المكتوبة بما فيها المقدمات و الإعلان و الميثاق، و ذلك إما بالموازنة بين الحقوق المختلفة، و من ثمّ التوصل إلى تحديد الحق الأساسي الذي يجب أن يكفل بالحماية في المنازعة الدستورية، كما يمكن للقاضي الدستوري أن يستخلص الحقوق الأساسية من نصوصا غير مكتوبة، كما لمسناه من خلال المبادئ و الأهداف ذات الطبيعة الدستورية، التي جسدها المجلس الدستوري الفرنسي في عدة اجتهادات.

و هنا يجب الإشارة إلى أن المجلس الدستوري الفرنسي عندما يقوم بصلاحيه الرقابة على دستورية القوانين، لا يستعمل سلطته المطلقة، و المتمثلة في إبطال النصوص لمساسها بحق من الحقوق الأساسية، بل في كثير من الحالات تتصف رقابته بالمرونة باستعماله لأسلوب التحفظ، و ذلك بتكييف النصوص القانونية محل الرقابة مع الكتلة الدستورية، و من ثمّ توجيه المشرع لسن القانون بما يتطابق مع الشرعية الدستورية، و هنا يصبح المجلس يلعب دورا تشريعيا، و أحد المؤسسات الدستورية التي تشترك مع السلطة التشريعية في سن القانون.

¹ -CC n°80-117DC, du 22 juillet 1980, cf. site: www.conseil-constitutionnel.fr.

² -CC n°82-141DC, du 27 juillet 1982, , cf. site: www.conseil-constitutionnel.fr.

و يرى الفقيه دومينيك روسو: " أن التفسير يعد مسألة حتمية لممارسة الرقابة الدستورية، كما أنه من ضروري لإسهام المجلس في العملية التشريعية حتى تصدر التشريعات متفقة مع أحكام الدستور، و لا شك في أن المجلس يلجأ إلى القرارات التفسيرية بهدف يتمثل في إبداء احترام إرادة المشرع، و بعد تفسير القانون من جانب المجلس يمكن لهذا الأخير أن يعلن القانون أصبح مطابقاً للدستور، و هذه وسيلة بارعة لحمل المجلس على التقيد بأحكام الدستور دون حاجة لإبطال القانون"¹، و لم يستطيع المجلس الدستوري من تكوين و خلق القواعد المرجعية في مجال الحقوق الأساسية، إلا باعتماده على التفسير الواسع للدستور.

الفرع الثاني -النموذج الألماني: المحكمة الدستورية ضامنة للحقوق الأساسية

إن النظام الدستوري الألماني يعد نموذج فريد من نوعه في مجال الحقوق الأساسية وذلك يتبين من التفصيل الذي جاء به المؤسس الألماني في القانون الأساسي لسنة 1949، و الذي تضمن في فصله الأول الحقوق الأساسية من المادة 01 إلى المادة 19 منه مفصلة بشكل واسع، لا نجد ذلك التفصيل في نصوص ذات الصلة بالحقوق الأساسية في المنظومة الفرنسية، التي هي مبعثرة على عدة مصادر مكتوبة و غير مكتوبة كما لاحظناه آنفاً.

و يعود سبب ذلك في أن القانون الأساسي الألماني الحالي يجد أصوله في أول دستور ديمقراطي ألماني، و هو دستور جمهورية فايمار لسنة 1919، و قد سار المؤسس الألماني سنة 1949 على ذلك النهج بعد الحرب العالمية الثانية، مكيفاً في كل ذلك الحقوق الأساسية المحددة في الدستور بفلسفة حقوق الإنسان، التي أضحت حتمية بعد الحرب العالمية الثانية لتجنب الوقوع في ويلات الديكتاتورية من جديد، فكانت للحقوق الأساسية مكانة مميزة في الدستور ككل، و هذا ما عبرت عليه المادة 01 من الدستور على أن: " تلتزم

¹ - محمد فوزي نويجي، التفسير المنشئ للقاضي الدستوري، المرجع السابق، ص ص. 117-118.

السلطات التشريعية و التنفيذية و القضائية، بالحقوق الأساسية الآتية باعتبارها تشريعا مباشرا و نافذا "

وتعد المحكمة الدستورية الفيدرالية الضامنة والحامية للحقوق الأساسية المكرسة في القانون الأساسي (الدستور الألماني)، الذي حرص واضعوه على تضمينه بالحدود اللازمة لبناء مجتمع ديمقراطي، يكرس القطيعة التامة و المطلقة مع النظام النازي، و تجنب عودة ذلك النظام الغير الإنساني و الذي شكل خطر على الأمن و السلم الدوليين¹.

كما للمحكمة سلطة واسعة في مجال حماية الحقوق الأساسية، قد يكون ذلك برقابة مجردة تحركها السلطات العامة بإخطار المحكمة الدستورية حول دستورية قاعدة من القواعد، و ذلك من قبل الحكومة الفيدرالية، حكومات الولايات، و ثلث أعضاء نواب البرلمان "البندستاغ" (Bundestag)، ذلك الإخطار ينصب حول القوانين السارية المفعول أي بعد صدورها، قد يكون موضوع الطعن حول دستورية قانون فيدرالي، أو تنظيم فيدرالي، أو قانون ولاية، حتى و إن تعلق الأمر بمدى تطابق قانون الولاية مع القانون الفيدرالي، فإن هذا النوع من الرقابة يكيفه الفقه الألماني على أنه من مواضيع الرقابة الدستورية، و ذلك لسمو القانون الفيدرالي على قانون الولايات طبقا للمادة 31 من القانون الأساسي.

و في الواقع الرقابة المجردة في ألمانيا أي التي تحركها السلطات العامة فهي تتعلق بالقوانين حديثة التاريخ، و تستثنى القوانين القديمة و التنظيمات فلا يتم الطعن فيها. و قد يكون الطعن برقابة محددة يحركها الأشخاص القانونية، أي أشخاص طبيعية أو معنوية بطعن مباشر يقدم أمام المحكمة الدستورية، طبقا للمادة 93 الفقرة 4 أ التي تنص على أنه: "تبت المحكمة الدستورية الاتحادية في المسائل التالية...4أ - الشكاوي الدستورية التي يجوز لكل شخص أن يرفعها إلى المحكمة بدعوى أن السلطات العامة قد انتهكت أحد

¹ - الصهيونية هي إيديولوجية الكيان الصهيوني "إسرائيل"، و هو نظام عنصري غير إنساني أساسه التصفية العرقية للسيطرة الكلية على إقليم فلسطين.

الحقوق الأساسية، أو أحد الحقوق الواردة في الفقرة (4) من المادة 20، أو المواد 33 و 38 و 101 و 103 و 104.1، و من ثمّ كل أعمال السلطات العامة يمكن في النظام الألماني أن تخضع للرقابة الدستورية، سواء كانت نصوص تشريعية أحكام صادرة على المحاكم، و كذا أعمال الإدارة، و لكن تلك الطعون تخضع لنظام للتصفية جسده المحكمة من خلال اجتهاداتها لاستبعاد الطعون الغير الجدية¹.

الملاحظ أن الرقابة التي تحركها السلطات العامة أو الأفراد مباشرة، تعالج مواضيع حساسة و على غاية من الأهمية، و ذلك للخلاف و النقاش حول سن قانون من القوانين ذات الصلة بالحقوق الأساسية، إذا كنا أمام طعن بأشرفته سلطة من السلطات العمومية أمام المحكمة الدستورية كالقانون المتعلق بالإجهاض، القانون المتعلق بحق اللجوء، القانون المتعلق بالراديو و التلفزيون...الخ، أو لما يقبل طعن من الطعون التي يحركها الأفراد، و ذلك للأهمية البالغة التي تتعلق بالقاعدة، أو القواعد محل الطعن لمساسها بالحقوق الأساسية، كما هو الحال فيما يتعلق باتفاقية ماستريخت (traité de Maastricht)، و قد يكون من جهة أخرى النظر في المنازعة الدستورية بواسطة المحاكم، بمناسبة فصلها في النزاعات القضائية المختلفة، بإخطارها للمحكمة الدستورية من تلقاء نفسها، لما تقرر تلك المحاكم أن القانون محل التطبيق على موضوع المنازعة القضائية قد يشكل خرق للدستور².

و الملاحظ أنّ القانون الأساسي في مسألة الحقوق الأساسية، يعالج حقوقا شخصية (des droits subjectifs)، فهي حقوق تتعلق بالشخص القانوني سواء كان شخصا طبيعيا أو اعتباريا³، و تعرف الحقوق الشخصية على أنها: امتياز قانوني يتمتع به الشخص القانوني،

¹- Michel FROMONT, « Présentation de la Cour Constitutionnelle fédérale d'Allemagne », Cahiers du Conseil constitutionnel, n° 15, 2004, disponible en ligne à l'adresse: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/pdf/conseil-constitutionnel-51993.pdf>.

²- Michel FROMONT, op.cit.

³- تنص المادة 19 فقرة 3 من القانون الأساسي الألماني: "تسري الحقوق الأساسية أيضا بالنسبة للأشخاص الاعتبارية داخل الدولة، إذا كانت هذه الحقوق في جوهرها صالحة لان تطبيق عليها".

بحيث يخول له التمسك به في علاقاته مع الغير، فهو قد يتعلق بحق الانتخاب، الحق في الإضراب، الحق في الزواج، الحق في التعبير عن الفكر و الرأي...الخ¹.

وخول القانون الأساسي الألماني حماية الحقوق الشخصية من الناحية الدستورية عملاً بالمادة 19 فقرة 4 منه، التي تنص على أنه: "إذا انتهكت السلطات العامة حقوق أحد، فيمكنه اللجوء إلى التقاضي، و يكون ذلك أمام المحاكم النظامية..."، و لا يمكن أن تقتصر رؤية الحقوق الأساسية في القانون الأساسي الألماني على أنها حقوقاً شخصية فقط، بل هي عبارة عن نظام لقيم موضوعية كاملة، هكذا اعتبرتها المحكمة الدستورية الفيدرالية على أن: "الحقوق الأساسية هي ليست فقط قواعد شخصية محمية، بل هي كذلك عبارة عن قرارات أساسية للمجتمع، معبر عنها في الدستور، و هي صالحة في كل مجالات القانون"²، وهنا تم ربط النظرة الموضوعية للحقوق بالقانون الموضوعي، الذي يعرف على أنه: "مجموعة القواعد التي تطبق في دولة معينة و في زمن معين، و هو ما نعني به (القانون الوضعي)، فهذا التعريف يشمل جميع القواعد التي تنظم حياة الأفراد، قانون عام و قانون خاص"³.

و يترتب على اعتبار أن الحقوق الأساسية هي قواعد موضوعية نتيجتين على ضوء اجتهاد المحكمة الدستورية الفيدرالية، النتيجة الأولى أن الحقوق الأساسية تطبق على قواعد القانون العام، بما فيها قواعد القانون الجنائي و في هذه الحالة نحن أمام التطبيق الكلاسيكي للحقوق الأساسية بشكل عمودي، و يتعلق بحماية الفرد تجاه الدولة، كما تطبق الحقوق الأساسية على قواعد القانون المدني، و في هذه الحالة فإن تطبيقها يكون بشكل غير مباشر، كما يتفق عليه جل الفقه القانوني الألماني، و اجتهاد المحكمة الدستورية الفيدرالية، و هو ما يسمى بالأثر الغير المباشر على الغير (effet indirect à l'égard des tiers).

¹ - Farid OUABRI, Étude du droit objectif et des droits subjectifs à la lumière de la législation algérienne, OPU, Alger, 2017, p.197.

² - Rainer ARNOLD, « La protection des droits fondamentaux dans la loi fondamentale : Jurisprudence récente de la Cour Constitutionnelle fédérale Allemande », Revue internationale de droit comparé, Vol. 55, n°3, 2003, p.679.

³ - Farid OUABRI, op.cit, p.23.

ففي هذه الحالة نحن لسنا في علاقة عمودية، بل نحن أمام علاقات أفقية، و هو ما تعمل عليه المحاكم الفاصلة في المنازعات المدنية، بنظرها للحقوق الأساسية على أنها مؤثرة في جميع الحالات، و من ثمّ فمن المنطقي أن الاجتهاد الدستوري يعمل على تفسير القواعد التي تحكم علاقات الأفراد فيما بينهم في القانون المدني على ضوء الحقوق الأساسية، بربط عوامل التأثير للحقوق الأساسية بشكل غير مباشر مع العلاقات التي تكون ما بين الأفراد¹.

و النتيجة الثانية تتعلق بإقامة التزام موضوعي على الدولة بتنمية الحقوق الأساسية، و على وجه الخصوص على المشرع بضمانه بشكل فعال للقيم المستمرة التي تتضمنها الحقوق الأساسية، بواسطة سن القوانين التي تكفلها - أي الحقوق الأساسية - بفعالية، و باتخاذ التدابير اللازمة لحمايتها من حيث المضمون، و الإجراءات و التنظيم².

و عليه فالمحكمة الدستورية الفيدرالية الألمانية تعمل على استخلاص قيما من الحقوق الأساسية، بجعلها معيارا تنقيد به السلطات العامة في جميع نشاطاتها، تلك القيم تتميز بالاستمرارية، فهي تتطور بتطور الحياة السياسية و الاقتصادية و الاجتماعية، كما أن تأطير الحقوق الأساسية لنشاط السلطة العامة ينصب على المفهوم الموضوعي و الشخصي للحقوق.

الفرع الثالث - النموذج الجزائري: تواضع حصيلة المجلس الدستوري تنعكس سلبا على عملية إنشاء الحقوق الأساسية

إنّ ضعف إخطار المجلس الدستوري من قبل السلطات العامة منذ إنشائه بموجب دستور سنة 1989، و اقتصار عمله بالأساس في مراقبة مطابقة الأنظمة الداخلية لغرفتي البرلمان و القوانين العضوية للدستور بعد تعديل 1996، الذي ألزم بأن تكون تلك الطائفة

¹-Rainer ARNOLD , op.cit, pp.679-680.

² - Ibid.

من القواعد واجبة الخضوع لرقابة المطابقة السابقة، فإن كل ذلك جعل من عملية إنشاء الحقوق الأساسية متواضعة واقعا.

و لكن بالرغم من ذلك هناك اجتهادات للمجلس الدستوري ساهم من خلالها على تحديد القواعد المرجعية التي يؤسس عليها حمايته للحقوق الأساسية، من خلال الدستور مرجعية لحماية الحقوق الأساسية (أولا)، اعتماد المجلس الدستوري الجزائري على المعاهدات كقواعد إسناد في الرقابة الدستورية كان استثناء (ثانيا)، و اعتماد المجلس الدستوري الجزائري على التشريع كقواعد إسناد في الرقابة الدستورية (ثالثا).

أولاً- الدستور مرجعية لحماية الحقوق الأساسية: بطبيعة الحال يستند المجلس على الدستور باعتباره هو الأصل في تحديد موضوع الحقوق الأساسية، خاصة و أن المؤسس حدد الحقوق الأساسية في النص الأساسي و هو الدستور، تحت عنوان " الحقوق و الحريات"، و جل آراء و قرارات المجلس الدستوري الجزائري في مسألة الحقوق الأساسية يستند فيها لبسط رقابته على الدستور بالأساس، و يمكن إعطاء بعض النماذج عن آرائه و قراراته في هذا الشأن، كالأستشهاد بأحد قراراته في سنواته الأولى التي عقب صدور دستور 1989، تلك القرارات جد ثرية بالمبادئ الدستورية، و التي حاول من خلالها المجلس إثبات وجوده ضمن المؤسسات الدستورية، و قد كان أكثر جرأة في التصدي للجوانب الدستورية و القانونية بواسطة عمله الرقابي، فقد عزم في وضع ضوابط على الرقابة التي يمارسها.

هذا ما نلمسه من خلال قراره المؤرخ في 28 أكتوبر 1991، المتعلق بمراقبة دستورية قانون الانتخابات، لما أكدّ على أن: "...و نظرا لأنه ليس من اختصاص المجلس الدستوري التدخل في تحديد الشروط القانونية الخاصة بممارسة الحريات و الحقوق الأساسية

للمواطنين، إلا أنه يعود إليه بصفة خاصة السهر على مطابقتها للمبادئ الدستورية¹، بناء على ذلك اعتبر المجلس أن: "تحويل للزوج التصويت عن الآخر بمجرد إثبات علاقة الزوجية بالدفتر العائلي و بطاقة الناخبين" مخالفا للدستور، باعتباره يتعارض مع " المبدأ الدستوري في الاقتراع العام المباشر و السري...و الذي يتكرس بدقة في المادة 28 من قانون الانتخابات التي تنص بأن التصويت شخصي و سري"²، و قد توصل المجلس في الأخير للقول أن: " إنشاء إمكانية التصويت بالتبادل بين الزوجين يتعارض مع مبدأ الممارسة الشخصية للحق الانتخابي الذي يعتبر أساسا حقا سياسيا"³.

فالمجلس الدستوري الجزائري تبني فكرة " الحقوق الأساسية "، و أكد على الطابع الأساسي للحقوق السياسية باستعماله مصطلح "أساسا" و ربطه "بالحق السياسي"، و لكن من خلال تسببيه المذكور أعلاه نلاحظ يصعب فصل مسألة "شروط ممارسة حق من الحقوق الأساسية"، على مسألة "مطابقة التمتع بالحقوق الأساسية مع المبادئ الدستورية"، لأن المشرع قد يضع شروطا غير موضوعية لممارسة الحقوق و الحريات تنعكس سلبا على جوهر الحقوق.

و اعتماد المجلس الدستوري في قراره المؤرخ في 8 جانفي 2012، على المادة 44 من دستور 1996 للقول أن: " اشتراط الإقامة المنتظمة في الجزائر" مخالفا للدستور لمساحته بحرية الإقامة و من ثم بحرية الذهاب و الإياب، و يعتمد المجلس على الدستور من خلال إشارته في تأشيراته التي تتضمنها توطئة أرائه و قراراته بالقول: " بناء على الدستور، لا سيما المواد..."، و في قراراته المختلفة على موضوع حقوق الإنسان و المواطن و حريتهما

¹ - قرار رقم 4 ق. ق. م د، المؤرخ في 28 أكتوبر 1991 يتعلق بالفقرة الثانية من المادة 54 من القانون رقم 91-17 المؤرخ في 15 أكتوبر سنة 1991 الذي يعدل القانون رقم 89-13 المؤرخ في 7 غشت 1991، و المتضمن قانون الانتخابات، منشور على الموقع www.conseilconstitutionnel.dz.

² - قرار رقم 4 ق. ق. م د، المؤرخ في 28 أكتوبر 1991.

³ - المرجع نفسه.

كما هو مكرس في الدستور، و هذا ما نلمسه من خلال رأي المجلس الدستوري المؤرخ في 28 جانفي 2016، المتعلق بمراقبة بمشروع قانون المتضمن التعديل الدستوري.

ثانيا- اعتماد المجلس الدستوري الجزائري على المعاهدات كقواعد إسناد في الرقابة الدستورية كان استثناء: إن الشيء الذي نلمسه من آراء و قرارات المجلس الدستوري، هو أنه في السنوات الأولى لنشاطه عقب دستور 1989، ظهر فيها المجلس كمؤسسة تريد البحث عن مكانتها فيما بين المؤسسات الدستورية، و تميز بالجرأة في عملية التفسير و تأصيل الدستور، و أثبت أنه مؤسسة مهمتها هي حماية الحقوق الأساسية و حافظة لتوزيع الاختصاصات الدستورية بين السلطات.

و هو ما نلمسه من خلال أول قرار له بتاريخ 20 أوت 1989 المتعلق بمراقبة دستورية قانون الانتخابات، الذي يتبين جليا أن المجلس لتكريس مبدأ المساواة اعتمد على القاعدة الدستورية، و قواعد القانون الدولي ذات الصلة بموضوع حقوق الإنسان كأساس لأداء عملية الرقابة الدستورية، أين أقرّ بعدم دستورية شرط الجنسية الأصلية للمرشح ولزوجه للانتخابات التشريعية باعتبارها شروط تمييزية و مخالفة للدستور.

بحيث جاء في تسبيبه بأن: "ونظرا لكون المادة 28 من الدستور، تقر مبدأ تساوي المواطنين أمام القانون دون إمكانية التذرع بأي تمييز يعود سببه إلى المولد أو العرق، أو الجنس، أو الرأي أو أي شرط أو ظرف آخر، شخصي أو اجتماعي. ونظرا لكون أية اتفاقية بعد المصادقة عليها ونشرها، تندرج في القانون الوطني، وتكتسب بمقتضى المادة 123 من الدستور سلطة السمو على القوانين، وتخول كل مواطن جزائري أن يتذرع بها أمام الجهات القضائية، وهكذا الشأن خاصة بالنسبة إلى ميثاق الأمم المتحدة لسنة 1966 المصادق عليه بالقانون رقم 89 - 08 المؤرخ في 25 أبريل سنة 1989 الذي انضمت الجزائر إليه بمرسوم رئاسي رقم 89 - 67 المؤرخ 16 مايو سنة 1989، والميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب، والمصادق عليه بالمرسوم رقم 87 - 37 المؤرخ في 3 فبراير

سنة 1987، فإن هذه الأدوات القانونية تمنع منعاً صريحاً كل تمييز مهما كان نوعه. ونظراً لكون الناخبين يملكون حق تقدير أهلية كل مترشح للاضطلاع بمهام عمومية.

وبناء على ما تقدم، يصرح المجلس الدستوري بأن اشتراط الجنسية الأصلية للمترشح للانتخابات التشريعية، غير مطابق للدستور. كما أنه يقول أن الفقرة 3 من المادة 86 التي تنص على وجوب أن يكون زوج المترشح ذا جنسية جزائرية أصلية، والفقرة الأخيرة من هذه المادة نفسها، غير مطابقتين للدستور فيما تفرضانه من شرط خارج عن ذات المترشح وذا طابع تمييزي¹.

إن الاستناد على قواعد القانون الدولي في مجال الحقوق الأساسية يحسب للمجلس الدستوري، على أن المعاهدات و الاتفاقيات الدولية يمكنها أن تنشأ قواعد موضوعية، خاصة وأن المعاهدات و الاتفاقيات التي تبرمها الدول في إطار الحقوق الأساسية جد واسعة، و تترجم أحدث الحقوق الإنسانية كالنتمية المستدامة، حق البيئة، حقوق المرأة، حقوق الطفل... الخ.

من خلال تسبيب المجلس الدستوري لقراره نستنتج بأن المجلس أعتمد على المعاهدات كمرجعية للرقابة، فلم يقتصر على تقرير مخالفة الدستور لوجود تمييز في القانون محل الإخطار، بل أضاف مخالفة ذلك القانون للمعاهدات المصادق عليها من قبل الدولة الجزائرية في مجال حقوق الإنسان، و هي ميثاق الأمم المتحدة، و ميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان و الشعوب، و بقراءتنا لتسبيب المجلس يتبين أن المجلس وسع في صلاحياته الدستورية، بحيث لم يفسر الدستور تفسيراً ضيقاً و صارماً، فيما يخص اختصاص المجلس ألا و هو مراقبة مدى تطابق العمل التشريعي و التنفيذي مع الدستور، بل وسع من نطاق صلاحياته بتقرير المجلس بمراقبة مدى تطابق القانون مع المعاهدات المصادق عليها،

¹ - قرار رقم 1-ق.ق - مد، المؤرخ في 20 أوت 1989 يتعلق بقانون الانتخابات، منشور على الموقع www.conseil

بالتأكيد على سمو هذه الأخيرة على القانون من أجل حفظ تراتبية الهرم القانوني، التي تضع الدستور في قمة الهرم، ثم المعاهدات في المرتبة الثانية، و القانون في المرتبة الثالثة. ويرجع موقف المجلس الدستوري الجزائري آنذاك، على أنه عند تنصيبه بعد دستور 1989 كان أكثر جرأة، من خلال الظهور كمؤسسة دستورية تتمتع بالاستقلالية على المؤسسات الأخرى، حريص على أداء صلاحياته الدستورية المتمثلة بالأساس في السهر على حماية الدستور، بدون الانسياق نحو الاعتبارات السياسية التي تجعل من الرقابة الدستورية بعيدة على الموضوعية القانونية.

كما أن تلك الفترة تزامنت مع التغير في النظام السياسي الجزائري من نظام الحزب الواحد، إلى نظام ديمقراطي قائم على التعددية الحزبية، و من دستور برنامج قائم على وحدة السلطة، إلى دستور قانون قائم على المذهب الدستوري أي على فكرة الفصل بين السلطات و الحقوق الأساسية، في ذلك الإطار تم إنشاء المجلس الدستوري كمؤسسة دستورية مهمتها رقابة تطابق العمل التشريعي و التنفيذي مع الدستور، و مع التحول من نظام منغلق على الحقوق و الحريات، إلى نظام منفتح عليها بمفهوم المذهب الدستوري.

إضافة إلى مباركة الرأي العام للتغييرات السياسية الجديدة، التي تعد أول انتقال نحو النظام الديمقراطي منذ الاستقلال، جعل من المجلس الدستوري يساير تلك التحولات و تكون له المبادرة في إعطاء دفع لتجسيد فكرة الحقوق الأساسية، و كان له تفسير واسع لها باعتباره اعتمد على المواثيق الدولية كمرجعية للرقابة، لإبراز أهمية مبدأ المساواة في البناء الديمقراطي، تلك الجرأة للأسف لا نجدها اليوم في المجلس الذي غلبت على أرائه و قراراته القليلة الاعتبارات السياسية.

و يكون المجلس في تسببيه لقراره أخذ بالفكرة القانونية القائلة: "من له الكل له الجزء " فإذا سلمنا أن المجلس مختص في مراقبة دستورية العمل التشريعي و التنفيذي، أي بمدى تطابق تلك الأعمال مع القانون الأسمى في الدولة و هو "الكل"، فإن من البديهي يكون مختص في مراقبة مدى تطابق تلك الأعمال مع المعاهدات و هو " الجزء "، خاصة و أن

المعاهدات المصادق عليها تسمو على القانون، و لكن من ناحية أخرى يمكن أن يواجه ذلك التفسير إشكالات أخرى، باعتبار أن الاستناد على المعاهدات من قبل المجلس تتوافق مع ترتيب السلم القانوني إلا في حالة توافق المعاهدة مع الدستور، و لكن إذا كان هناك تعارض للمعاهدة مع الدستور فإن الاستناد على المعاهدة يتجافى مع مبدأ سمو الدستور¹، لأن المعاهدة تسمو على القانون و ليس الدستور تطبيقاً للمادة 123 من دستور 1989، و هو نفس نص المادة 150 من الدستور حالياً، خاصة و أن المعاهدة لا تخضع للرقابة الدستورية الوجوبية.

و لا وجود لنص دستوري يجعل من ضرورة تعديل الدستور بما يتوافق مع المعاهدة إذا قرر المجلس عدم دستورية هذه الأخيرة، و اقتصر الدستور الجزائري على النص على أن إقرار المجلس بعدم دستورية معاهدة أو اتفاق أو اتفاقية فلا تتم التصديق عليها²، على عكس الدستور الفرنسي الذي أعطى الحل الدستوري في حالة ما إذا ارتأى المجلس الدستوري الفرنسي بعد إخطاره أن التزاماً دولياً ما، يتضمن بنداً مخالفاً للدستور فلا تتم المصادقة على ذلك الالتزام إلى أن تتم تعديل الدستور، بالشكل الذي يجعله متوافق مع ذلك الالتزام الدولي³. و لكن المجلس في أرائه و قراراته اللاحقة للقرار المذكور لم يعتمد مرة أخرى على المعاهدات و الاتفاقيات الدولية، كقواعد إسناد في الرقابة الدستورية لحماية الحقوق الأساسية، و كان يمكن أن يؤسس أعماله على اجتهاده المحدد في تسببيه أعلاه، باعتبار أن تلك الأسباب هي كذلك لها حجية مطلقة و ملزمة على جميع السلطات العامة، و هذا قد

¹ - تمسك المجلس الدستوري الفرنسي بالتفسير الصارم في تحديد صلاحياته بموجب قراره المؤرخ في 15 جانفي 1975 القاضي بعدم اختصاصه بمراقبة مطابقة القانون للمعاهدات، و قد برر ذلك بأن القانون المخالف للمعاهدة لا يكون بالضرورة مخالفاً للدستور، و على أن مراقبة احترام المبدأ المنصوص عليه في المادة 55 من الدستور أي مبدأ سمو المعاهدة المصادق عليها على القانون، لا يمكن أن يطبق في إطار المادة 61 من الدستور المقررة لصلاحيات المجلس في مراقبة دستورية القوانين، لوجود اختلاف في طبيعة نظامي الرقابة، و من ثم أكد على عدم اختصاصه في مراقبة تطابق القانون للمعاهدة باعتبارها تخرج عن صلاحياته الدستورية.
Voir : CC n° 75 – 54 DC du 15 janvier 1975, cf. Site : www.conseilconstitutionnel.fr.

² - نص المادة 190، من الدستور الجزائري لسنة 2016.

³ - نص المادة 54 من الدستور الفرنسي لسنة 1958 المعدل و المتمم.

يعود لغياب تلك الديناميكية التي أراد فرضها في بداية نشاطه، و اليوم نشعر بأن المجلس الدستوري الجزائري يتردد في أداء دوره كامل لجهة حماية الحقوق الأساسية، بإثارة مسائل دستورية و قانونية قد تخلق خلاف مع المؤسسات الدستورية الأخرى، و بالخصوص مع مؤسسة الرئاسة.

ثالثا - اعتماد المجلس الدستوري الجزائري على التشريع كقواعد إسناد في الرقابة الدستورية: نجد المجلس الدستوري الجزائري من خلال اجتهاداته قد يستمد المبادئ من القانون العادي و يعتمد عليها في عملية الرقابة الدستورية، و هو نفس نهج المجلس الدستوري الفرنسي الذي كوّن من خلال اجتهاداته بما يسمى: "المبادئ المعترف بها في قوانين الجمهورية"، و قد نلمس ذلك من خلال رأي مؤرخ في 13 ماي 2000 الذي جاء فيه: "اعتبارا أن المجلس الشعبي الوطني قد خوّل، بموجب هذين الحكمين، مكتب المجلس الشعبي الوطني صلاحية تحديد القواعد الخاصة المطبقة على محاسبة المجلس الشعبي الوطني دون أن يبين الأساس المعتمد عليه في ذلك.

و اعتبارا أن المشرع، و حرصا منه على عدم الإخلال بمبدأ الفصل بين السلطات، قد خول المجلس الشعبي الوطني، بمقتضى الفقرة الثانية من المادة 61 من الفصل الثاني من القانون 90-21 المؤرخ في 24 محرم عام 1411 الموافق 15 غشت سنة 1990 و المتعلق بالمحاسبة العمومية، صلاحية تضمين نظامه الداخلي قواعد رقابة تنفيذ ميزانيته.

و اعتبار و الحال هذه، أن تحديد القواعد الخاصة المطبقة على محاسبة المجلس الشعبي الوطني، لا يعد في حد ذاته صلاحية تمكن المجلس الشعبي الوطني من وضع قواعد أخرى غير تلك المنصوص عليها في قانون المحاسبة العمومية المذكور أعلاه، و إنما يقصد منه القواعد المتعلقة برقابة تنفيذ ميزانية المجلس الشعبي الوطني.

و اعتبارا أن الصياغة التي اعتمدها المجلس الشعبي الوطني لا يمكن أن تكون سوى استعمال لتعبير مشوب بالغموض"¹.

و لكن ذلك الاجتهاد يتعلق بأحكام منظمة لسير السلطات و ليس بحماية الحقوق الأساسية، المهم أن هناك عملية استخلاص لقواعد ذات طبيعة دستورية من القانون العادي، و هي عملية دقيقة من حيث التفسير و التحليل و الاستنتاج يقوم بها القاضي الدستوري، و قد تتبلور هذه العملية بشكل واسع في مجال الحقوق الأساسية بعد دخول إجراءات المسألة الأولية الدستورية حيز التطبيق سنة 2019

¹ - رأي رقم 10/ ر.ن.د/م د/2000 مؤرخ في 13 ماي 2000، يتعلق بمراقبة مطابقة النظام الداخلي للمجلس الشعبي الوطني للدستور، منشور على الموقع www.conseilconstitutionnel.dz.

خلاصة الفصل الأول من الباب الأول:

يمكن لنا أن القول، أنّ دراسة موضوع الحقوق الأساسية يتسم بالحدّثة، فهو يعبر عن التطور الحديث لمفهوم الحقوق و الحريات في إطار نظرية دولة القانون، و أنّ عنصر "الأساسية" المرتبط بالحقوق لم يشكل واقعا ملموس إلا في إطار المنازعات الدستورية، كما أن وصف الحقوق بالأساسية هو الاعتراف بطبيعتها و قيمتها الدستورية، و هذا لا يعني أن الحقوق الأساسية كما لمسناه من النظم المقارنة يجب أن تكون مدونة في الوثيقة الدستورية في حد ذاتها، كي تتحصل على وصف " الأساسية"، بل يمكن أن يستخلصها القاضي الدستوري من قواعد معيارية و قيم قانونية وضعية خارج الوثيقة الدستورية.

و لذلك نجد دولة القانون تعمل على الموازنة بين حقوق الأفراد و المصلحة العامة، و يظهر القضاء الدستوري كعامل أساسي في عملية الموازنة، من خلال المنازعات الدستورية التي أَسْتَطَاع بها أن يشكل المحور الرئيسي في عملية إنشاء و بلورت الحقوق الأساسية في النظام القانوني، و ذلك بناء على اجتهاداته و عملية التوفيق بين الحقوق الأساسية المختلفة و استخلاص الحق الأساسي الذي يقيد المشرع في عملية صياغة و صنع القانون.

في إطار هذه المقاربة لا يمكن تعزيز مكانة الحقوق الأساسية إلا بتعزيز استقلالية القضاء الدستوري، و تتميته و تقريبه من الأفراد على وجه الخصوص و الأشخاص القانونية المختلفة.

الفصل الثاني:

القيمة الدستورية للحقوق الأساسية

تعد دولة القانون الإطار الذي يمكن من خلالها تحقيق حماية نوعية للحقوق الأساسية، فلا يكفي النص على تلك الحقوق بل يجب وضع بجانب ذلك الضمانات الضرورية التي من شأنها تمكين الأفراد من التمتع بتلك الحقوق و ممارستها، و كذا وضع الوسائل العملية التي تجنب الإعتداء عليها أو الإنقاص منها أو إفراغها من محتواها، فالمساس بالحقوق الأساسية قد يكون من قبل أشخاص القانون الخاص أي الأفراد أو الأشخاص المعنوية الخاصة، فيجب على الدولة بما لها من قوة النهي و الإكراه أن تضع الحدود القانونية اللازمة لتحقيق مبدأ " تنتهي حريتك عندما تبدأ حرية الآخرين" في ظل ضرورة و حتمية وجود قضاء مستقل يسهر على كفالة الحقوق و يحقق توازن بين جميع الحقوق و الحريات من جهة و القيم الدستورية من جهة أخرى، كما يجب على الدولة تضع الآليات الضرورية التي من شأنها إخضاع جميع السلطات العمومية مهما كانت للقانون، أي إخضاع جميع تصرفات السلطة التشريعية و التنفيذية و القضائية للمرجعية القانونية للدولة، و كل تصرف خارج الدائرة القانونية سيكون مصيره الإلغاء و قد يترتب على ذلك القضاء بالتعويض جبرا للضرر و هو العمل الذي يمارسه القضاء الإداري بقوة في إطار رقابة شرعية الأعمال الإدارية، و لكن تلك الرقابة تتوقف عند سيادة القانون و لا تنتقل للقاعدة الأساسية، فجاءت نظرية دولة القانون إلى أحدثت ثورة قانونية بالانتقال من مبدأ سيادة القانون إلى مبدأ سيادة الدستور بمعنى سيادة القاعدة الأساسية.

التي لوحدها تحقق لنا وحدة النظام القانوني في الدولة بحماية الحقوق الأساسية، و التي تكون بواسطة الرقابة الدستورية التي هي ملازمة لدولة القانون و ذلك بالتحويل للأفراد حماية حقوقهم الأساسية بالطعن في أعمال السلطات العامة أمام هيئة مستقلة مكلفة بالسهر

على احترام الدستور في الدولة، بإخضاع أعمال السلطة التشريعية لسلطة الدستور في حالة وضع قانون ينتهك بطريقة أو بأخرى الحقوق الأساسية، و كذا إخضاع أعمال السلطة التنفيذية التي يمكن أن تنتهك الحقوق الأساسية للأفراد إما عن طريق أعمالها القانونية بواسطة القرارات الإدارية المختلفة، أو بواسطة أعمالها المادية

و عليه، فدولة القانون هي التي تسعى دوماً لوضع الآليات القانونية اللازمة لضمان الحقوق الأساسية، و لا يتأتى ذلك إلا في مجتمع ديمقراطي¹ قائم على التعددية المجسدة لحرية الرأي و التعبير التي تشكل أحد الأسس اللازمة لضمان وحماية و الدفاع على الحقوق الأساسية و المطالبة بها و هو ما تفتقده النظم التسلطية، و من بين الضمانات الجوهرية للحقوق الأساسية وجود قضاء يتمتع بالاستقلالية و إن كانت تختلف الدول في تنظيمها لتلك السلطة، فإن دولة القانون تستوجب وجود قضاء يسهر على كفالة الحقوق الفردية و الجماعية بإخضاع أعمال السلطات للرقابة القضائية بشكل عام و بالرقابة الدستورية بشكل خاص، هذه الأخيرة هي الأساس المعياري لحماية إرادة السلطة التأسيسية واطعة الدستور، التي تعلو إرادة الحكام مما يشكل مبدأ سمو الدستور أساساً لوحدة النظام القانوني، و ينعكس ذلك بطبيعة الحال على الحقوق الأساسية التي تشكل نواة صلبة داخل الدستور في حد ذاته لا يمكن للسلطة أن تخرقها، ذلك الأمر ينبثق من خلال سمو الدستور حتمية لتحقيق سمو الحقوق الأساسية (المبحث الأول).

و من مبدأ سمو الدستور يتولد مبدأ آخر هو حظر التعديل الدستوري في بعض المواضيع الجوهرية للدستور، ذلك الحظر يشكل ضماناً أساسية للحقوق الأساسية، و هو ما نلمسه من خلال حظر التعديل الدستوري ضماناً للحقوق الأساسية (المبحث الثاني).

¹ - لا يمكن فصل دولة القانون على الديمقراطية، و هي في حقيقة الأمر تشكل الوجه السياسي لنظرية دولة القانون، و في هذا الشأن نجد جاك شوفاليي (Jacque Chevallier) عند معالجته لدولة القانون يؤكد على أن: "دولة القانون تمثل نموذجاً للديمقراطية، فهي تعمل على التوفيق بين الإيديولوجية الديمقراطية و القيم الليبرالية" ^e Voir: Jacques CHEVALLIER, L'Etat de droit, 5^e édition Montchrestien, , Paris, 2010, p. 54.

المبحث الأول: سمو الدستور حتمية لتحقيق سمو الحقوق الأساسية

يلعب الدستور الدور المحوري في فكرة الحقوق الأساسية التي تجد أصل وجودها في الدستور في حد ذاته، فهي تتأثر به بما للدستور من بعد قانوني و سياسي، و لم تتحصل فكرة الحقوق الأساسية على تلك المكانة في الدستور بمجرد النص عليها، بل كان ذلك بتبني مبدأ سمو الدستور في النظام القانوني للدولة، باعتباره نابع من السلطة التأسيسية في الدولة و هي السلطة الأصلية صاحبة السيادة، فهو " من المبادئ المسلم بها في الفقه الدستوري حتى و لو أغفلت الدساتير النص عليه، و قد استطاعت الدراسات الفقهية و إسهاماتها بالتأثير على المؤسس و تحويل سمو الدستور من عالم النظريات إلى حقيقة قانونية"¹.

كما استطاع مبدأ سمو الدستور تحصين النصوص الدستورية من النزوات السياسية، التي تمثل الخطر الأكبر على القواعد الأساسية بجعلها رهينة الحسابات الضيقة للحكام بهدف تحقيق مصالحهم السياسية، مما يؤثر على الوضع القانوني للحقوق الأساسية، تلك النزوات لا تخدم في النهاية المصلحة العامة، فحماية النصوص الدستورية أضحت حتمية فرضت نفسها من خلال التطور الذي شهدته عملية الدسترة منذ ظهورها إلى يومنا هذا.

فإذا كان الفرد يستمد من نص القانون حقوقه ليستطيع تجسيد واقعه و حرياته و حقوقه في مواجهة السلطة، فإن هذا الواقع لم يستطيع الفرد تحقيقه في الدول الرائدة في الديمقراطية لولا التغير الجذري في النظرة من نظرية الديمقراطية القديمة إلى الديمقراطية الحديثة التي لخصها الفقيه دومنيك روسو بقوله الديمقراطية القديمة كانت تقوم على معادلة "الديمقراطية من خلال القانون"² في حين أن الجديدة تعبر عن معادلة "الديمقراطية من خلال الدستور"¹.

¹ - أمين عاطف صليبا، المرجع السابق، ص.75.

² - المعادلة الجديدة للديمقراطية تركز على الدستور، بعد أن تيقّن الفقه الدستوري عدم مصداقية مقولة: "إن القانون يكون عادلا بمجرد أن يتصف بالعمومية و المساواة"، فتلك المعادلة تتصف بالضبابية لأنه مهما تجرد المشرع لا يمكنه بحكم طبيعته الإنسانية أن

و بالتالي لا يمكن للدستور أن يكفل الحقوق و الحريات و يحفظ كيائها و تحقيق حمايتها من خلال الدستور بشكل فعال، إلا من خلال سيادة الدستور بسموه و بتطبيق القواعد الدستورية على سائر القواعد القانونية الأقل مرتبة و ذلك على جميع فروع القانون المختلفة من قانون الإداري، قانون المدني، قانون العقوبات، قانون الإجراءات الجزائية، قانون الإجراءات المدنية و غيره من تفرعات القانون التي هي في حركية و تطور مستمر تتساير مع تطور المجتمع.

و عليه، فمبدأ سمو الدستور هو على غاية من الأهمية و يشكل ركن أساسي في دولة القانون، و يشكل منبع الرقابة الدستورية التي تلعب دور صمام الأمان للحقوق و الحريات، و من ثم فإن سمو الدستور بصورة يشكل الدعامة الأساسية للحقوق الأساسية، و هذا ما سنتطرق له من خلال، السمو الشكلي للدستور مكرس للسمو ذو الأثر القانوني للحقوق الأساسية (المطلب الأول)، السمو الموضوعي للدستور معيار لوضع حدود على ممارسة السلطة السياسية (المطلب الثاني)، و لتبيين المكانة التي تأخذها الحقوق الأساسية داخل الدستور على ضوء سمو الدستور، سنعالج الحقوق الأساسية بين التدرج و المساواة (المطلب الثالث).

المطلب الأول: السمو الشكلي للدستور مكرس للسمو ذو الأثر القانوني للحقوق الأساسية

لقد تربع السمو الشكلي للدستور الصدارة في البناء القانوني للدولة، و تظهر أهمية السمو الشكلي لأثره القانوني على النظام القانوني للدولة، فهو الذي يخلق القواعد الأساسية في الدولة، تلك القواعد هي أصل نشأة جميع القواعد القانونية في جميع فروع القانون.

يتخلص من المبادئ الخاصة التي تحكم توجهاته الشخصية الهادفة لتحقيق مصالحه، بحيث ينحرف عن المبادئ الأساسية المتجسدة في الدستور، هذا التغير نجد أثره كذلك في الفقه القانوني فقال الفقيه الفرنسي جورج بيردو: " كل حق ليس بالمطلق مصدره الدستور"، لكن سرعان ما نقض هذا المبدأ من قبل بعض الفقه بقوله عام 1990 كل حق من الآن و صاعدا مصدره الدستور"، أنظر: أمين عاطف صليبا، المرجع نفسه، ص ص. 109 - 110.

¹ - Dominique Rousseau , op .cit, p. 489.

و تتجلى القواعد الأساسية في القواعد المنظمة للسلطة، و القواعد المقررة و المنظمة للحقوق الأساسية، تلك القواعد هي في علاقة ترابط مع سمو الشكلي للدستور، و هو ما نلمسه من خلال الأساسية مرتبطة بالسمو الشكلي للدستور (الفرع الأول)، و النتائج الملموسة من سمو الشكلي للدستور (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الأساسية مرتبطة بالسمو الشكلي للدستور

إن الأساسية ظهرت كإطار يحكم الدستور و دولة القانون من خلال سمو الشكلي للدساتير، فبدونه لا يمكن إسناد صفة الأساسية على القواعد الدستورية، و بالخصوص في جانب الحقوق الأساسية، و من ثمّ فالأساسية مرتبطة ارتباط وثيق بالسمو الشكلي للدستور، و هو ما نعالجه من خلال أساس القواعد الأساسية راجع للسمو الشكلي (أولاً)، سمو الدستور يخلق تمييز بين القواعد الأساسية و القواعد القانونية الأخرى (ثانياً)، و جمود الدستور منتج للقواعد الأساسية (ثالثاً).

أولاً - أساس القواعد الأساسية راجع للسمو الشكلي: إن المفهوم الشكلي للدستور الذي يترتب عليه مبدأ سمو الشكلي للدستور، هو الذي يؤسس لنا قواعد أساسية تسمو على غيرها من القواعد في النظام القانوني، و هو ما نستشفه من المفاهيم الفقهية في ذلك المجال.

أ - إن نظرية دولة القانون للفقيه النمساوي هانز كلسن (Hanz Kelsen) كان لها أثراً بليغ على مسألة بناء الدولة على أساس القواعد الأساسية التي تتمثل في القواعد الدستورية، و قد بلور الفقيه تلك النظرية من خلال ما يعرف بالهرم القانوني الذي يضع على قمته القاعدة الدستورية، و هو ما نلمسه من التعريف الكلسيني للدستور على أنه: "القاعدة الوضعية التي تنظم إعداد القواعد القانونية"¹، و يعرف الفقيه النمساوي كلسن في مؤلفه النظرية الخالصة

¹ Carlos- Miguel HERRERA, La philosophie du droit de Hanz KELSEN: une introduction, Presse Université Laval, 2004, p.49.

للقانون بأن السمو الشكلي للدستور هو عبارة عن " مجموعة من الأحكام التي لا يمكن إلغائها أو تعديلها بنفس الطريقة المتعلقة بالقانون العادي، و لكن يكون ذلك طبقا لإجراءات خاصة و شروط صعبة و معقدة " ¹.

و رغم بساطة تعريف الدستور عند كلسن، فإنه يعبر عن الفلسفة الكلسينية لدولة القانون، و يركز فيها الفقيه على القاعدة الأساسية و أهليتها لإنشاء القواعد الأخرى في النظام القانوني، و طالما القاعدة الدستورية المنشئة للقواعد القانونية فهي قاعدة تسمو على القواعد الأخرى، هذه الأخيرة لها علاقة مباشرة بالدستور، الذي هو عبارة عن عمل قانوني يجمع جميع القواعد الأساسية في الدولة، التي تنظم عمل السلطات السياسية و السلطات العمومية و التي تضمن الحقوق الأساسية، تلك القواعد تتولد عليها قواعد متسلسلة تستمد وجودها و شرعيتها من القاعدة الأعلى لها فيأتي الدستور في القمة، و تليه المعاهدات و تليها القوانين العضوية ثم التشريع العادي، ثم المراسيم الرئاسية و التنفيذية ثم القرارات الإدارية.

و على ذلك الأساس كي تكون للقواعد الدستورية تلك القوة المنشئة للقواعد أقل منها مرتبة الأخرى فإنه من الضروري من الناحية الإجرائية أن تخضع مراجعة الدستور إلى إجراءات خاصة و معقدة لإضفاء حماية قانونية على النصوص الأساسية بتحقيق ثباتها و بإبعادها عن الأهواء السياسية، فتكون سلطة تعديل الدستور مقيدة بالدستور في حد ذاته، و الملاحظ أن كالسن لا يهتم بالسلطة التأسيسية الأصلية التي يرى فيها أنها سلطة خارج الدائرة القانونية فهي فرضية²، و عليه السلطة التأسيسية طبقا للنظرية الخالصة للقانون لا يمكن أن تكون إلا سلطة تأسيسية مشتقة¹ و نعني بها سلطة تعديل الدستور.

¹ - Charles DEBBASCH , Jacques BOURDON , Jean Maris PONTIER , Jean Claude RICCI , Droit constitutionnel et institutions politiques, 4^e édition, Economica, Paris, 2001 , p. 581.

² - يتوافق كالسن مع الفقيه الفرنسي كاريه دي مالبرغ (Carré de Malberg)، في أنهما لا يعترفان " بالسلطة التأسيسية الأصلية، و لذلك يرى الفقيه كاريه دي مالبرغ أنه يجب البحث عن المبادئ الدستورية خارج الدساتير الوضعية"، و يرى كذلك أن السلطة التأسيسية

و لحماية القاعدة الدستورية - أي الأساسية - يرى كالسن أنه لا وجود للدستور بدون رقابة دستورية، تلك الرقابة لا تقتصر على رقابة دستورية التشريع الصادر عن البرلمان، فمن الضروري كما يرى كالسن أن تمتد للتنظيمات الصادرة عن السلطة التنفيذية باعتبارها قواعد عامة²، و لذلك نادى كالسن بضرورة إنشاء هيئة مركزية لمراقبة دستورية القوانين و هو النموذج الأوربي.

ب- هناك بعض أوجه التقارب بين الفقيه النمساوي هانز كالسن و الفقيه الفرنسي أيسمان (Eisemann) الذي يعرف الدستور على أنه: "مجموعة القواعد فوق التشريعية، و هي المنشأة للقواعد القانونية العامة"³، و السمو الشكلي للدستور على أنه: "مجموعة من القواعد أحكام عامة، أحكام فردية . التي تخضع في تعديلها لإجراءات خاصة"⁴، و هو جوهر فكرة القاعدة الأساسية في دولة القانون، على أن تلك القاعدة لها أهلية في إنشاء القاعدة القانونية، فعملية الإعداد و الإنشاء يولد ضرورة توافق القاعدة القانونية من الناحية الشكلية و الموضوعية مع القاعدة الأساسية التي نطلق عليها اسم القاعدة المعيارية (Norme de référence).

و عليه، لا نتصور حماية الحقوق الأساسية إلا في ظل السمو الشكلي للدستور تلك الحقوق هي التي تخلق القواعد المتعلقة بتنمية و تنظيم الحقوق و الحريات.

لا يمكن أن تكون سوى سلطة تعديل الدستور و لكن لا يمكن أن تكون سلطة قانونية لها صلاحية خلق القواعد الدستورية الأصلية، و قد يكون استثناء على ذلك و هي حالة الثورة أو انقلاب يلغي الدستور و النظام القانوني القائم، للإقامة دستور جديد، و يرد الفقيه كاريه دي مالبرغ على هذه الحالة أن "السلطة التأسيسية وقعت في يد من له القوة".

Pierre BRUNET , « Les idées constitutionnelles de Raymond Carré de Malberg (1861-1935) », à paraître dans Le constitutionnalisme au XXe siècle, sous la dir.de José GamasTorruco, Diego Valadés, (Mexique), et François Julien- Laferrière, Eric Millard, et alii France), p.23, disponible en ligne à l'adresse: <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00662018>.

¹ - Carlos- Miguel HERRERA, op.cit, pp.50-51.

²-Ibid, p.52.

³ - Laurent BONNARD , « La pensée constitutionnelle de Charles Eisemann », Revue de droit politique, p .3, disponible en ligne à l'adresse:<http://www.juspoliticum.com/>

⁴ - Ibid.

كما أنّ الفقيه أيسمان يلخص المفهوم الشكلي للدستور في مسألة سن القواعد الدستورية و تعديلها يخضع لإجراءات شكلية معقدة تتميز عن الإجراءات العادية لسن و تعديل القانون العادي، و عليه لا يتحقق سمو الشكلي إلا في الدساتير الجامدة، و ذلك بقيام السلطة التأسيسية بتضمين الدستور بنصوص تجعل من تعديل الدستور يخضع لإجراءات خاصة و متشددة غير تلك التي يتم سن أو تعديل بها القوانين العادية، فالسمو الشكلي هو الذي يحقق سمو القانوني ذو الطابع الملزم و هو أساس قيام دولة القانون.

ج - وأما الفقيه كاريه دي مالبرغ (Carré de Malberg) يرى أن سمو الدستور هو " صفة يتميز بها الدستور كقانون له قوة محصنة، ففكرة الدستور لا تقوم إلا بتوافر تلك الصفة "¹، أي هنا يؤكد على سمو ذو الأثر القانوني و الذي لا يكون إلا في ظل الدساتير الجامدة، و يمكن القول الفقيه كاريه دي مالبرغ ربط فكرة الدستور بالسمو الشكلي و هي نقلة نوعية في المفهوم القانوني للدستور، و لكن الفقيه يرى أن المفهوم القانوني للدستور ليس نابع من إرادة السلطة التأسيسية الأصلية التي هي سلطة غير محدودة، و أن السلطة التأسيسية الأصلية واضحة الدستور" لا تهم القانونيين و لا تحظى بأهمية علمية إلا بالنسبة للمؤرخين و السياسيين"²، ومن ثمّ يؤكد السلطة التأسيسية المحدودة لا تكون إلا سلطة تأسيسية مشتقة أي سلطة تعديل الدستور³ تلك السلطة هي التي تتحصل على الطبيعة القانونية، و هي النظرة التي تبناها الفقيه النمساوي كالسن.

و يستفاد مما تقدم أن القواعد الدستورية تكتسب صفة سمو على جميع القواعد القانونية الأخرى من خلال إجراءات تعديل الدستور التي يجب أن تكون متشددة، بإشراك عدة سلطات و مؤسسات دستورية في عملية التعديل، مما يضيف في النهاية سمو القاعدة

¹-Charles DEBBASCH , Jacques BOURDON , Jean Maris PONTIER , Jean Claude RICCI , op.cit, p .581.

²-Alexandre VIALA, « Limitation du pouvoir constituant, la version du constitutionnaliste», Civatas Europa, n°2, 2014/1, p.82.

³-Ibid, pp.82-89.

الأساسية في النظام القانوني و من ثم تحقيق سمو الحقوق الأساسية على غيرها من القواعد في الدولة.

ثانيا- سمو الدستور يخلق تمييز بين القواعد الأساسية و القواعد القانونية الأخرى: إن التفرقة بين القواعد الدستورية و القوانين العادية بدأت منذ القرن السابع عشر، و كان الفقهاء يطلقون على القوانين الدستورية اصطلاح القوانين الأساسية للدولة و يعتبرونها المظهر الأساسي لسيادة الأمة و العمل الرئيسي لها، و تعتبر هذه القوانين العماد الذي ترتكز عليه جميع السلطات في الدولة من تشريعية و تنفيذية و قضائية و هي على هذا النحو تسبق القوانين العادية و تسمو عليها، فالحديث على سمو الشكلي ينتج عنه تباين بين القواعد الدستورية و قواعد القانون العادي¹، نلمسه من خلال سمو القواعد الأساسية من حيث الشكل و الموضوع.

أ- سمو القواعد الأساسية من حيث الشكل: و يتحقق ذلك كما تم ذكره سلفا بتبني السلطة التأسيسية في صلب الدستور نصوص تقرر إخضاع التعديل الدستوري لإجراءات معقدة و متشعبة تختلف عن الطريقة المقررة لتعديل القانون العادي لتمييزها بالمرونة و البساطة، فالقاعدة الأساسية هي محصنة في الدستور عن طريق تشديد إجراءات التعديل بإشراك المؤسسات الدستورية المختلفة في ذلك كالبرلمان، الحكومة، و القضاء، وأما الحقوق الأساسية في دولة القانون يجب أن تشكل قواعد تسمو على جميع القواعد الدستورية الأخرى، و ذلك بواسطة تضمينها بقواعد أساسية تحظر تعديل موضوعها أو الإنقاص منها، كما تسند تلك مهمة لسلطة مغايرة لتلك التي لها مهمة تعديل التشريع العادي.

ولا نتصور ذلك إلا في الدول التي لها الدساتير الجامدة، أما الدساتير المرنة لا وجود لاختلاف بين القواعد الدستورية و القواعد الأخرى إلا في التسمية فقط ذلك أنهما من مرتبة

¹ - محمد كامل ليلة، القانون الدستوري، دار الفكر العربي، القاهرة، 1963، ص ص. 114-115.

واحدة¹، وفكرة القواعد الأساسية منعدمة في ظل الدساتير المرنة، كما هو الحال بالنسبة لدستور المملكة المتحدة فهو عرفي ومرن تطبيقاً لمبدأ سيادة البرلمان المعمول به في تلك الدولة².

و الجمود في الحقيقة الذي يحكم الوثيقة الدستورية قد يكون جمود نسبي، و يتعلق بالأحكام التي قد تمسها المراجعة طبقاً للإجراءات المتشددة المقررة لذلك، و قد يكون جمود مطلق و ذلك ينصب على مواضيع الحظر الموضوعي التي لا يمكن بأي حال من الأحوال مراجعتها كالنظام السياسي القائم على الديمقراطية، الحقوق الأساسية، اللغة... الخ، و لا تشمل جميع الدساتير المكتوبة على هذه الأحكام، و لكن هناك تيار فقهي يعتبر النصوص المتعلقة بالحظر الموضوعي ليس لها أي اثر قانوني باعتبار أنه لا يمكن تقييد إرادة الشعب في المستقبل فذلك لا يتماشى مع متطلبات المجتمع التي هي في تطور مستمر³ فجمود الدستور

¹ - من بين الدساتير المرنة في العالم اليوم في مقدمتها المملكة المتحدة التي لها دستور عرفي و مرن و نيوزلندا قررت المرونة على دستورها منذ 1947، و الصين الشعبية الذي يعترف دستورها للبرلمان بتعديل الدستور و إن كان يشترط موافقة ثلثي أعضائه للمصادقة على التعديل، فذلك يعد قيد استثنائي دون أن يرقى للجمود، زيادة على ذلك بعض النظم الملكية "المطلقة" الخليجية كالمملكة العربية السعودية التي لها بعض القوانين ذات الطبيعة الدستورية، تتعلق بتنظيم الحكم و الإدارة و دولة الإمارات العربية المتحدة. أنظر في ذلك : يوسف حاشي المرجع السابق، ص. 131 - 132.

² - إن دستور المملكة المتحدة هو عرفي قائم على مبدأ سيادة البرلمان، الذي يمنح البرلمان حرية مطلقة في التشريع كما يراه مناسباً و بدون أي قيد، أما السلطة القضائية هي ملزمة بتطبيق القانون الصادر عن البرلمان، بحيث لا يمكن لأي مبدأ دستوري أن يكون قيداً على إرادة البرلمان في وضع القانون، فالبرلمان حر في سن أي قانون يرغب فيه، بما فيها تلك القواعد المتعلقة بتشكيلته و بسلطاته، لكن هناك استثناء على ذلك في سنة 1972 صادق البرلمان على قانون يتعلق بالمجموعة الأوروبية و الذي سمح للمملكة المتحدة الانضمام للمجموعة الأوروبية، ذلك القانون يسمح بأن يكون لقانون المجموعة الأوروبية أثراً مباشراً على القانون الصادر عن البرلمان البريطاني، و عليه فالقضاء ملزم بتطبيق قانون المجموعة الأوروبية حتى و إن تعارض مع القانون الصادر عن البرلمان. هذه الملاحظة لا تنطبق على الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان و التي أدمجها البرلمان في القانون الداخلي، بمصادقته سنة 1998 على القانون المتعلق بحقوق الإنسان، و الذي ينص على أن إذا ارتأت محكمة أن قانون صادر عن البرلمان يتعارض مع اتفاقية حقوق الإنسان يمكن الإقرار بذلك، و لكن مهما يكن من الأمر القاضي ملزم بتطبيق القانون الصادر عن البرلمان و لا يطبق الاتفاقية باعتبار أن البرلمان هو السلطة العليا، و في العادة عندما تقرر المحكمة تعارض القانون الداخلي مع الاتفاقية، يقوم البرلمان بتعديل القانون كي يتطابق مع الاتفاقية، و لكن ليس هناك ما يلزم البرلمان بالقيام بذلك.

Voir: Lord PHILIPS of WORTH MATRAVERS, La constitution du ROYAUME - UNI, Colloque du cinquantenaire du conseil constitutionnel 3 novembre 2008, pp. 3- 4, disponible en ligne à l'adresse : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-hors-serie-2009/la-constitution-du-Royaume-Uni.138659.html>.

³ - يوسف حاشي، المرجع السابق، ص. 128.

أضحى من المبادئ الأساسية التي تتصف بها الدساتير الحديثة كحتمية من أجل تحقيق استقرار النظام المؤسساتي في الدولة و كذا أساس بناء دولة القانون، و لكن يبقى ذلك الجمود نسبي و ليس مطلق على اعتبار أن السلطة التأسيسية الأصلية غير محدودة و تتمتع بسلطة مطلقة، و قد تظهر هشاشة الجمود عندما يحدث انقلاب على النظام القائم و يتم سن دستور جديد بدون الأخذ بإجراءات التعديل المحددة في الدستور السابق و لا بمعايير التعديل كالحظر الموضوعي و الحظر الزمني

ب - سمو القواعد الأساسية من حيث الموضوع: إن هذه النقطة تعالج في إطار السمو الشكلي الذي ينعكس على موضوع القواعد الدستورية، و التي تعبر عن إرادة السلطة التأسيسية بتحديد نظام الحكم و شكل الدولة و بيان اختصاصات السلطات وطبيعة العلاقة بينهم، كما يتضمن القواعد المتعلقة بالحقوق الأساسية للأفراد، و كذا علاقة السلطات العامة بالأفراد، و يعالج مفهوم السلطة التأسيسية خارج دائرة القانون، كما ذهب إليه فقه المدرسة الوضعية القانونية (Positivisme juridique) من خلال أفكار كالسن و كاريه دي مالبرغ اللذان رفضا الطبيعة القانونية للسلطة التأسيسية و اعتبروها خارجة عن دائرة العلوم القانونية، و قد تشكل محل اهتمام في العلوم السياسية كما رأيناه سلفاً.

فإذا أخذنا بالسمو شكلي للدستور يصبح هذا الأخير هو القانون الأساسي في الدولة يحدد الإطار العام الذي يقوم عليه النظام القانوني ككل، فهو يشكل مجموعة القواعد الأساسية المنتجة للقواعد القانونية التي تتولى السلطة المؤسسة بوضعها طبقاً للدستور، و نعني بها السلطة التشريعية التي تتدخل بما هو محدد لها في الدستور بتفصيل ما جاء به الدستور و متقيدة في مجال الحقوق الأساسية بمضمونها الذي قرره الدستور مباشرة أو بشكل

غير مباشر¹، كما هو الحال في المنظومة الفرنسية بما يسمى بالكتلة الدستورية، و في الجزائر الدستور و ديباجته.

وعليه، فلا بد على القواعد المتولدة من القاعدة الأساسية أن لا تخالف الدستور، لان في ذلك مخالفة لإرادة السلطة التأسيسية أي السلطة الأصلية، و هو ما يحقق لنا في النهاية سمو الموضوعي للحقوق الأساسية، تأسيسا على ذلك يمكن القول أن سمو الحقيقي للدستور من الناحية الموضوعية، هو الذي له الأثر القانوني لا يتحقق إلا في ظل سمو الشكلي.

ثالثا: جمود الدستور منتج للقواعد الأساسية: إن جمود الدستور يعد النواة الأساسية في دولة القانون بعدما تم الانتقال في الدساتير المعاصرة من مفهوم الدولة الشرعية القائمة على مبدأ سيادة القانون إلى مفهوم جديد و هو دولة القانون القائمة على مبدأ سيادة الدستور، الذي يعد الشرعية الفوقية التي تحكم جميع نشاطات الدولة و الأفراد على حد سواء، فجمود الدستور هو أمر ضروري لضمان وحماية الحقوق الأساسية، لأن تلك الحقوق لا تكفل إلا في ظل دولة القانون، و يمكن تلخيص نتائج جمود الدستور فيما يلي:

¹ - على سبيل المثال تحدد المادة 140 من الدستور الجزائري المجالات التي يشرع فيها البرلمان و هي: "حقوق الأشخاص و واجباتهم الأساسية، لا سيما نظام الحريات العمومية، و حماية الحريات الفردية، و واجبات المواطنين، القواعد العامة المتعلقة بالأحوال الشخصية، و حق الأسرة، لا سيما الزواج، و الطلاق، و البنوة، و الأهلية و التركات، شروط استقرار الأشخاص..."، و نصت المادة 141 من الدستور على المجالات التي يشرع فيها البرلمان بموجب قانون عضوي و هي: "تنظيم السلطات العمومية وعملها، نظام الانتخابات، القانون المتعلق بالأحزاب السياسية، القانون المتعلق بالإعلام..."، و نجد نفس النصوص تقريبا في الدستور 1958 الفرنسي الذي تأثر به المؤسس الجزائري فنصت المادة 34 منه على أن: "يحدد القانون القواعد المتعلقة بما يلي: - الحقوق المدنية والضمانات الأساسية التي يتمتع بها المواطنون لممارسة الحريات العامة والحريّة والتعددية واستقلالية وسائل الإعلام و ما يفرضه الدفاع الوطني على المواطنين في أنفسهم وفي ممتلكاتهم. - الجنسية و وضع الأشخاص و أهليتهم وأنظمة الزواج و التركات والهبات..."، و يسند الدستورين صلاحية التشريع للسلطة التنفيذية بواسطة التنظيمات، فالسلطة التأسيسية الأصلية من خلال الدستور، و بواسطة القاعدة الأساسية هي التي منحت للبرلمان صلاحية إنتاج القواعد، تجدر الإشارة أن تحديد مواضيع التشريع بالنسبة للبرلمان استحدثه دستور الجمهورية الخامسة الفرنسية من أجل تقوية مكانة السلطة التنفيذية على السلطة التشريعية في النظام المؤسساتي في إطار بما يسمى بعقلنة النظام البرلماني، و هو أمر فرضته ظروف سياسية خاصة مرت عليها فرنسا في نهاية خمسينيات القرن الماضي و قد تأثرت العديد من الدول بالنموذج الدستوري الفرنسي للجمهورية الخامسة، و بالخصوص مستعمراتها السابقة كالدول المغاربية في دساتيرها السابقة و الحالية: (الجزائر التعديل الدستوري لسنة 2016، المغرب دستور سنة 2011، تونس دستور سنة 2014)، بالرغم في أنه في بعض الحالات ذلك النظام لا يخدم بنيتها السياسية، الاقتصادية، الاجتماعية، والثقافية.

أ-جمود الدستور منتج لسمو الدستور:ثار خلاف فلسفي حول ما هي القواعد التي تسمو في النظام القانوني للدولة هل هناك قانون طبيعي سابق وجوده على كل القواعد المكتوبة مصدره من الإرادة الإلهية أو من الطبيعة البشرية يفرض على واضعي الدستور و القواعد القانونية الأخرى، أو عكس ذلك القانون ما هو إلا من صناعة الدولة، ولا وجود للقانون إلا ذلك المنشأ من قبل الدولة و هنا نتحدث على نظرية التحديد الذاتي التي بلورها الفقه الألماني¹ و انتقلت للفقه الفرنسي عن طريق الفقيه كاريه دي مالبرغ (Carré de Malberg) الذي تأثر بأفكار جورج جيلينيك و بول لابوند (Georg Jellinek et Paul Laband)².

لكن الشيء الأكيد اليوم أن النظام القانوني للدولة لا يقوم إلا على القانون أساسي، و هو الدستور الذي يتربع الهرم القانوني، و تأتي القواعد الأخرى في مرتبة أدنى منه أين القاعدة الأدنى تستمد شرعيتها ووجودها من القاعدة الأعلى منها، تلك الهرمية التي يراها كالسن على أنها منبثقة من الدستور الذي ما هو إلا " فرضية منطقية"³، و لا يمكن تحقيق سمو الدستور إلا بتقرير الدستور على إجراءات معقدة لتعديل الدستور تختلف عن تلك المقررة للقوانين العادية.

رغم ذلك يبقى القانون الأساسي عرضة للانتهاك من قبل الفاعلين السياسيين، و في الكثير من الحالات يكون مساس بالحقوق الأساسية المضمونة للأفراد، وقد نجد في بعض نظم البلدان السائرة في طريق النمو أن السلطة تستخدم الدستور كأداة للاستحواذ على دواليب الحكم، وحرمان الشعب من ممارسة سيادته، بل تعد الدساتير في هذه البلدان وإن كانت تتبنى النظام الديمقراطي كأساس للممارسة السلطة وثيقة عرضة للانتهاك، و تحمل في طياتها قواعد تفتح المجال للحكم المطلق وذلك بتعمد السلطة الحاكمة على وضع دستور

¹ - Philippe ARDAN, Bertrand MATHIEU, Institutions politiques et droit constitutionnel, 20^e, L.G.D.J, Liban, 2009, p. 93.

² - Pierre BRUNET, op.cit, p.4.

³ -Ibid, p.24.

بمقاسها¹، في حين فكرة الدستور في حد ذاتها جاءت لتقييد سلطة الحكام بتأسيسه على مبدأ الفصل بين السلطات و ضمان الحقوق الأساسية، وإلا كنا أمام إنكار فكرة الدستور، و يطرح حتى التساؤل ما الفائدة من وجود الدستور في هذه الحالة؟، فمن الضروري وضع الآليات الكافية لحماية الدستور، و قد يكون انتهاك الدستور إما من قبل السلطة التنفيذية، التشريعية، أو حتى السلطة القضائية، و تتمثل فيما يلي:

1- انتهاك السلطة التنفيذية للدستور: إن انتهاك الدستور من السلطة التنفيذية قد يكون من قبل رئيس، الدولة، الحكومة، الوزير الأول، الوزراء، و كذا من قبل الإدارة اللامركزية و قد يكون بسوء نية أو بتفسير خاطئ للدستور، و يأخذ عدة درجات من البسيط إلى الجسيم، ويكون بسيط إذا كانت المخالفة لا تمس بتوازن المؤسسات الدستورية كأن يتم تعيين موظف في إدارة معينة من قبل وزير في حين يشترط الدستور لتعيين ذلك موظف أن يكون بناء على قرار يتخذه مجلس الحكومة مجتمعاً معاً²، أو تعيين موظف سامي لخصوصيته من قبل الوزير الأول في حين الدستور بنص على أن تلك الصلاحية ترجع لرئيس الدولة... الخ، و قد يكون خرق الدستور بمخالفة جوهر القاعدة الدستورية.

و قد وضع القانون آليات من أجل إبطال أعمال السلطة التنفيذية المخالفة للقواعد القانونية، كالرقابة المنوطة للقضاء الإداري في مجال القرارات الإدارية التنظيمية والفردية، فقد نجد مجلس الدولة الفرنسي مختص كأول و آخر درجة للفصل في الدعاوي التي ترفع ضد المراسيم و الأعمال التنظيمية الصادرة عن الوزراء³، و في نفس السياق يختص مجلس

¹ - و نلاحظ أن السلطة في النظام الجزائري تستخدم الدستور كوسيلة لضمان استمرار النظام، كالتعديل الدستوري لسنة 2008 و ما أنجر عليه من خلل في توازن السلطات بتركيز السلطة في شخص الرئيس، و جعل السلطات الأخرى تابعة له، و مسألة ترشح الرئيس لعهدية رابعة، رغم أن وضعيته الصحية لا تسمح له بذلك أما معجز المؤسسات الدستورية من وضع حد لتلك التجاوزات وعلى رأسها المجلس الدستوري المراقب لملفات الترشح للرئاسيات، و لمشروع التعديل الدستوري.

² - Philippe ARDAN , Bertrand MATHIEU, op.cit, pp. 94-95.

³ -Juger l'administration, disponible en ligne à l'adresse: <http://www.conseil-etat.fr/Conseil-d-Etat/Missions/Juger-l-administration>.

الدولة الجزائري كأول و آخر درجة بالفصل في دعاوي الإلغاء و التفسير و تقدير المشروعية في القرارات الصادرة عن السلطات المركزية.

و هنا يطرح إشكال هل تقتصر الرقابة فقط على مدى تطابق تلك القرارات مع القانون الصادر عن السلطة التشريعية، أو تتعداها إلى رقابة مدى تطابق تلك القرارات مع الدستور؟، فإذا سلمنا بالقواعد الفقهية التي تحكم نظرية دولة القانون، فإنه من المفروض على القضاء بمفهوم العام أن يقرر إلغاء كل قرار إداري محل طعن، إذا كان مخالف لقاعدة قانونية أو لقاعدة دستورية، خاصة و أن المخالفة الدستورية هي الأخطر، باعتبار أن عمل السلطة يكون مشوب بمخالفة القانون الأساسي للدولة.

و لكن في الواقع نجد مجلس الدولة الجزائري لم يسبق له وأن تصدى لقضايا مطروحة عليه بهذا المنهاج ويكون مرد ذلك لسببين، الأول أن الدستور الجزائري حدد المؤسسة الدستورية التي تراقب دستورية أعمال السلطة التنفيذية بنص الدستور على إمكانية إخطار المجلس الدستوري حول النصوص التنظيمية لمراقبة دستوريته، والمقصود بالتنظيمات هي المراسيم الرئاسية و التنفيذية التي قد تكون فردية أو تنظيمية، والملاحظ هو أنه لحد الساعة لم يخطر المجلس الدستوري منذ نشأته بموجب دستور 1989 بالتنظيمات، أما السبب الثاني هو أن القضاء الجزائري حدد دائرة عمله في الخضوع للقانون أي التشريع الصادر عن البرلمان تطبيقا للقاعدة الدستورية: "لا يخضع القاضي إلا للقانون".

و قد يثار إشكال عملي ما دام أن مجلس الدولة كأول و آخر درجة له صلاحية تقرير عدم شرعية القرارات الإدارية الصادرة عن السلطة التنفيذية المركزية، كيف يمكن له تقدير شرعية عمل السلطة التنفيذية إذا لم يكن ذلك العمل ليست له أي مرجعية في التشريع مما يجعله في مواجهة الدستور مباشرة؟ و هي الحالة التي لم يتصدى لها مجلس الدولة الجزائري، في حين مجلس الدولة الفرنسي يمارس رقابة دستورية في هذه الحالة لعدم وجود القانون المرجعي للعمل الإداري، فيصبح العمل الإداري محكوم بالنص الدستوري مباشرة،

ومن ثمّ أقرّ مجلس الدولة الفرنسي صلاحيته في مراقبة مدى تطابق العمل الإداري مع الدستور في هذه الحالة كاستثناء عن القاعدة العامة التي تكمن في: "مراقبة مدى تطابق أعمال الإدارة مع التشريع فقط دون الدستور".

2 -انتهاك السلطة التشريعية للدستور: لهذا الانتهاك عدة مظاهر كوضع المشرع لقانون يخالف الدستور من الناحية الشكلية، كعدم إتباع الإجراءات المقررة دستوريا للتصويت و المصادقة على القانون، أو المخالفة تكون من حيث الموضوع، كإفراغ حق من الحقوق الأساسية من محتواه و جعل ممارسة و التمتع بذلك الحق الأساسي صعب أو مستحيل، كتقرير قيود غير موضوعية على حرية الرأي و التعبير، و لذلك يكون البرلمان قد مس بإرادة السلطة التأسيسية و يعتبر عمله التشريعي مخالفا للدستور.

و في بعض الحالات نجد مخالفة البرلمان للدستور أخطر كقيادته لانقلاب على الشرعية الدستورية، و هو ما حدث في فرنسا على سبيل المثال في سنة 1792، 1799، و 1830، و كذا في روسيا سنة 1993¹.

3 -انتهاك السلطة القضائية للدستور: أما السلطة القضائية، فيمكن لها أن تنتهك الدستور كذلك، و ذلك في إطار أعمالها ذات الطبيعة القضائية، فإصدار أحكام سواء كانت مدنية، جزائية جنائية، أو فاصلة في قضايا إدارية، يجب في دولة القانون أن يتوافق مع القاعدة الأساسية، خاصة في شق الحقوق الأساسية، و مخالفة السلطة القضائية للدستور نلمسه من خلال تسبيب القضاة لأحكامهم، أو في منطوق أحكامهم التي يتم تبينها بتفسير مخالف للدستور، و يكون الحكم غير دستوري كذلك ما دام القاضي طبق قاعدة معيارية سواء كانت قاعدة تشريعية أو تنظيمية مخالفة للحقوق الأساسية.

¹-Philippe ARDAN , Bertrand MATHIEU, op.cit, p.95.

ب - التفرقة بين السلطة التأسيسية و السلطة المؤسسية: إن جمود الدستور يؤدي بنا إلى الاعتراف بوجود نوعين من القواعد، وهي القواعد الدستورية (الأساسية) والقواعد القانونية (العادية)، قياسا على السلطة المختصة في صياغة و صنع تلك القواعد، فتعرف السلطة التأسيسية بأنها: " هيئة تتمتع بالاختصاصات الدستورية التي تمدها بسلطة وضع الدستور، أو تعديل الدستور الساري المفعول"¹، و في هذا المجال يرى الدكتور يوسف حاشي أن " السلطة التأسيسية لا يمكن أن تكون سوى واحدة لأن مصدرها لا يمكن أن يكون سوى واحد و في النظم الديمقراطية هو الأمة أو الشعب "².

و يجب التنويه أن السلطة التأسيسية إما تكون أصلية و هي التي تنشأ عقب نشأة الدولة، كعند نيلها الإستقلال، أو في حالة إنقسام الدولة و تشكل دولتين أو مجموعة من الدول جديدة، و قد تنشأ عقب ثورة تطيح بنظام سياسي قائم و على أعقابها يتم تأسيس نظام دستوري جديد، و قد تنشأ سلميا بالإرادة الشعبية التي تذهب لإقامة نظام جديد يحكم الدولة و المجتمع، و عليه فعملية وضع الدستور تدخل في الإطار القانوني لتأسيس الدولة بعدما قيام أركانها من شعب و إقليم و سلطة سياسية، أو لظروف تفرض نفسها على الساحة السياسية للدولة لمواكبة التطور و العصر، أو لتحقيق مطالب الشعب.

و عليه، يمكن القول أن أصل فكرة الدستور تعود لعملية البناء الديمقراطي للدولة، و تطبيقا للمذهب الدستوري القائم على مبدأ الفصل بين السلطات و ضمان و كفالة الحقوق الأساسية، فتلك الفكرة تتنافى مع النظم السياسية التي تسعى لاحتكار السلطة في يد حاكم

¹-Bruno GENEVOIS, « Les limites d'ordre juridique à l'intervention du pouvoir constituant », R.F.D.A, n° 5, (sept-oct. 1998) , p .929 et ss, disponible en ligne à l'adresse: http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil_constitutionnel/francais/documentation/contributions-et-discours/1998/les-limites-d-ordre-juridique-a-l-intervention-du-pouvoir-constituant.136340.html.

²- يوسف حاشي، المرجع السابق، ص. 214.

واحد، أو جهة معينة أين تستعمل عملية وضع الدستور من أجل إضفاء الشرعية على السلطة الحاكمة التي هي في حقيقة الأمر غير مستمدة من إرادة الأمة أو الشعب¹.

فالسلطة التأسيسية كي تعبر عن الشرعية يجب أن تكون منتخبة تستمد إرادتها و وجودها و عملها من إرادة الجماعة أي الأمة و الشعب فهي سلطة تأسيسية أصلية واضحة الدستور و تتمتع بالسيادة المطلقة في ذلك كما أكده الفقيه هانز كالسن ومن ثم و طالما غير محدودة فإنها لا يمكن أن تتمتع بالطبيعة القانونية، وإما تكون تأسيسية مشتقة وهي السلطة التي تنشئها السلطة التأسيسية بموجب الدستور من أجل القيام بمهمة تعديل الدستور ويرى الدكتور يوسف حاشي أنه: "بقدر ما كانت السلطة التأسيسية الأصلية حرة في إنشاء الدستور، و ملتزمة فقط بتعاليم الأمة، فإن السلطة التأسيسية المشتقة لا يمكنها أن تخرج عن التعليمات المرسومة لها في هذا الدستور"²، و عليه فهي سلطة مشتقة تستمد وجودها و شرعيتها من الدستور أي من إرادة السلطة التأسيسية الأصلية التي تحدد لها تشكيلتها و الإجراءات المعقدة التي تتبعها للقيام بمهمة تعديل الدستور و ترسم لها الحدود التي يجب أن

¹ - في الكثير من الدول العربية يستعمل الدستور لاحتكار السلطة و ليس لتقييدها، و على سبيل المثال في الجزائر تم تعديل الدستور سنة 2008 لتحقيق أغراض سياسية ضيقة، فإن كان ذلك التعديل من الناحية الشكلية مقبول لاحترامه الإجراءات المنصوص عليها في الدستور لمراجعته، فمن حيث الموضوع هو مخالف لروح الدستور، و يرجع ذلك بالأساس لعدم وجود مؤسسات دستورية مستقلة على السلطة التنفيذية تسهر على مراقبة مضمون التعديل بصفة مجردة على الاعتبارات السياسية، و نقصد المجلس الدستوري الذي مهمته الأساسية طبقا للدستور السهر على احترام الدستور، فهو واقعا هيئة تخضع لهيمنة رئيس الجمهورية من خلال طريقة تشكيل أعضائه، و كذا من خلال محتوى و كفاءات معالجته لمسألة دستورية القوانين في قراراته و آرائه التي في بعض الأحيان تتناقض مع التفسير الصحيح للدستور كما هو الحال لرأيه المتعلق بمراقبة دستورية مشروع التعديل الدستوري لسنة 2008، و بالفعل كرس تعديل 2008 تراجع على المكاسب الديمقراطية التي جاء بها تعديل الدستوري لسنة 1996 الذي حدد الترشيح لمنصب رئيس الجمهورية في عهدتين متتاليتين فقط كأساس للتداول على السلطة القائم عليه النظام الديمقراطي، في حين تعديل 2008 الذي جاء مع اقتراب الانتخابات الرئاسية فتح عدد الترشيح للرئاسة بدون تحديد، كما كرس التعديل هيمنة سلطة رئيس الجمهورية على باقي المؤسسات الدستورية، كتحويل السلطة التنفيذية من الثنائية إلى الأحادية باستحداث منصب الوزير الأول الذي يعمل على تنفيذ برنامج رئيس الجمهورية، هذا الأخير هو غير مسئول على أعماله أمام الغرفة السفلى للبرلمان بل المسؤول هو الوزير الأول الذي يعمل على تقديم مخطط لتنفيذ مشروع رئيس الجمهورية للبرلمان الذي لا يمكن مسائلة رئيس الجمهورية على برنامجه، بل الوزير الأول هو الذي يكون محل مسائلة وسحب الثقة، وهو الأمر الفريد من نوعه بالمقارنة مع القواعد النظرية و التطبيقية التي تحكم علاقة ممثلي الشعب بالسلطة التنفيذية.

² - يوسف حاشي، المرجع السابق، ص.215.

تحتزمها عند قيامها بمهامها كالحظر الزمني و الحظر الموضوعي في تعديل الدستور¹ ، و هو ما جعل من فقه دولة القانون إلى اعتبار السلطة التأسيسية المشتقة ذات طبيعة قانونية، فتقييد السلطة التأسيسية المشتقة بالإجراءات المعقدة للدستور يضيف عليه خاصية الجمود، كل ذلك يعطي للدستور من الناحية الشكلية مرتبة تعلو جميع القواعد في النظام القانوني في الدولة، و في النهاية إلى التمييز بين قواعد من طبيعة دستورية أساسية سامية، و القواعد القانونية الأخرى أدنى في الدرجة التي هي نتاج للقواعد الأساسية.

إن السلطة التأسيسية المشتقة لا تكون في غالب الأحيان مؤهلة لإنشاء دستور جديد، و إنما الاكتفاء فقط بإجراء التعديلات كما يحدده له لها الدستور من شروط و إجراءات، و هناك استثناء وحيد على ذلك وهو النظام السويسري بحيث يسمح دستوره للسلطة التأسيسية المشتقة سلطة إنشاء دستور جديد².

الفرع الثاني: النتائج الملموسة من سمو الشكلي للدستور

إن سمو الشكلي للدستور ضرورة حتمية لقيام دولة القانون المكرسة لمبدأ "الأساسية"، و هو ما ينتج لنا نتائج على غاية من الأهمية ترتبط بمركز الحقوق الأساسية في القانون الأساسي و هو الدستور، و هو ما نعالجه من خلال، جمود الدستور مرتبط بفكرة الأمن القانوني (أولاً)، جمود الدستور هو إقرار بمبدأ تدرج القواعد القانونية و حماية الحقوق الأساسية (ثانياً).

¹ - يثار إشكال قانوني حول من يراقب السلطة التأسيسية المشتقة أي السلطة المكلفة بتعديل الدستور و ما هي حدود سلطة التعديل؟، وهنا نجد آراء تختلف من قاضي دستوري لآخر ، ففي إيطاليا قررت المحكمة الدستورية الإيطالية باختصاصها في مراقبة مدى تطابق التعديلات التي تمس القواعد الدستورية الخاصة بالمراجعة الدستورية، أو القواعد الدستورية الأخرى مع الأسس الدستورية العليا (قرار رقم 1146 مؤرخ في 1988/12/15)، أما في فرنسا فالمجلس الدستوري قرر أن السلطة التأسيسية صاحبة السيادة في تقرير التعديل أي بمعنى لا يمكن أن يخضع عملها لأي رقابة (قرار رقم 92-312 مؤرخ في 1992/09/02) Voir: Bruno GENEVOIS, op.cit

² - يوسف حاشي، المرجع السابق، ص. 216.

أولاً - جمود الدستور مرتبط بفكرة الأمن القانوني: إن فكرة الأمن القانوني كما يراها الفقيه الفرنسي فرنسوا لوشير (François Luchaire) هي منبثقة من فكرة الأمان (La sûreté) المنصوص عليها في المادة 2 من إعلان حقوق الإنسان و المواطن، التي تضع الأمان من بين الحقوق الطبيعية الغير القابلة للتقادم للإنسان، كما هو الحال بالنسبة للحرية، الملكية، و مقاومة الطغيان¹، فالأمن القانوني يهدف لحماية الحقوق الأساسية من خلال زاويتين، الأولى تحقيق ثبات تلك الحقوق في صلب الدستور، و الثانية من خلال أثر ذلك الثبات على جميع القواعد القانونية الدنيا في الهرم القانوني، و عليه، فإن جمود الدستور والأمن القانوني هما متلازمان في دولة القانون، و تثير فكرة الأمن القانوني جدلاً على المستوى الفقهي لعدم وجود لتعريف جامع لذلك المفهوم، وهو سنبينه من خلال ما يلي:

أ- التعاريف الفقهية للأمن القانوني: يمكن تعريف الأمن القانوني على أنه: " يمكن المواطنين من التصرف، و اتخاذ القرارات، على أساس القواعد القانونية السارية المفعول بدون أن ينتابهم خوف من حدوث تعديل في المستقبل للقواعد القانونية النازمة لمراكزهم القانونية، بشكل يمس باختياراتهم في الحاضر"².

و يعرف الدكتور محمد عبد الظاهر الأمن القانوني على أنه: " من أحد الأسس التي تبنى عليها دولة القانون، و التي تهدف على إلزام السلطات العامة بتحقيق قدر من الثبات النسبي للعلاقات القانونية، و حد أدنى من الاستقرار للمراكز القانونية المختلفة بهدف إشاعة الأمن، والطمأنينة بين أطراف العلاقات القانونية، بحيث يتمكن الأشخاص من التصرف باطمئنان على هدي من القواعد والأنظمة القانونية القائمة وقت قيامها بإعمالها وترتيب

¹-François LUCHAIRE , « La sécurité juridique en droit constitutionnel français », Paris le 1er septembre 2001, p.1, disponible en ligne à l'adresse: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/secjur.pdf>

²- Paul DUVAUX , « Le principe de sécurité juridique et de confiance légitime appliqué à la réforme du LMP », publier le 23/11/2008, disponible en ligne à l'adresse:<http://avocats.fr/space/paul.duvaux/content/Le-Principe-de-sécurité-juridique-et-de-confiance-Légitime-appliqué-à-la-réforme-du-lmp>E850BFC6-C0D9-4078-AD4F-7FD5DCECFB.

أوضاعها على ضوء منها، دون التعرض لمفاجآت أو تصرفات مباغطة صادرة عن السلطات العامة يكون من شأنها زعزعة هذه الطمأنينة أو العصف بهذا الاستقرار"¹.

و يرى برنار ماتييو و ميشال فريو (Bertrand Mathieu et Michel Verpaux) بخصوص الأمن القانوني على أنه: " بأننا بصدد مبدأ متعدد المعاني والمفاهيم والتي يمكن حصرها في اثنين من المتطلبات: أولاهما، تلك الخاصة المتعلقة بجودة و تحسين القانون مثل: الوضوح، و الفعالية، و ثانيهما تلك المتعلقة بالتنوع الطبيعي أو المشروع للقانون مثل: عدم رجعية القوانين و حماية الحقوق المكتسبة، و استقرار المراكز التعاقدية"².

وفي نفس السياق يعرف ميشال فورمو (Michel Fromont) الأمن القانوني على أنه: " ذلك المبدأ الذي يتضمن نوعين من القواعد أولاهما القواعد التي تكفل استقرار المراكز القانونية، بمعنى هذه استقرار المراكز من حيث الزمان، و ثانيهما أن الأمن القانوني يتعلق بالقواعد الخاصة بوضوح القواعد القانونية، و في النهاية ينظر للمبدأ على أنه مجموعة القواعد التي تكفل و تؤمن استقرار المراكز القانونية "³.

و يرى كذلك بول روبيي (Paul Roubier) على أنه: " في حالة غياب الأمن القانوني الذي يمثل قيمة أساسية، لا توجد أي قيمة يمكن لها أن تحل محله، فحتى كلمة (التقدم) تصبح لا معنى لها، و ستعم أكبر مظاهر الظلم مع الفوضى، فبدون أمن قانون لا يمكن تحقيق الازدهار و التقدم الاجتماعي "⁴.

¹ - أحمد عبد الظاهر، مبدأ الأمن القانوني كقيمة دستورية، مقال منشور على الربط الالكتروني:

<http://kenanaonline.com/users/law/posts/103659>

² - Bertrand MATHIEU et Michel VERPAUX, op.cit, p.705.

³ - Michel FORMONT, « Le principe de sécurité juridique », A.J.D.J, numéro spécial annuel juin 1996, p.178.

⁴ - Martin NADEAU, Sur les traces d'un principe de sécurité juridique, Mémoire pour la maîtrise générale en droit, Université de Sherbrooke, Juillet 2009, p.21.

أما آن لور فالومبواز (Anne-Laure Valembois) فإنها ترى بأن: "الأمن القانوني لا يمكن رؤيته بأنه يكبح تطور القانون، و لكن يجب رؤيته كمبدأ يوازن من جهة بين الحقوق المكتسبة، و الاستقرار و القدرة على التنبؤ، التي تشكل المهام الأولى لكل سلطة عمومية، من خلال القدرة على التجديد و التكيف، وبين من جهة ثانية متطلبات كل مجتمع حديثي"¹.

و قد عرف مجلس الدولة الفرنسي الأمن القانوني في تقريره لسنة 2006 كما يلي: "المقصود بالأمن القانوني أن المواطنين بدون قيامهم بجهد كبير يمكن لهم التمييز ما بين ما هو مسموح في القانون و ما هو ممنوع، و من أجل تحقيق هذا الهدف فإن القواعد القانونية المعتمدة يجب أن تكون واضحة و بسيطة الفهم و لا تخضع من حيث الزمان إلى تعديلات متكررة، و غير متوقعة"².

من خلال ما سبق ذكره، يمكن القول أن تبني الدولة لدستور مكتوب و جامد سيحقق حتما الأمن القانوني، و ذلك بتحقيق ثبات القواعد الدستورية من حيث الزمان، و حمايتها من خضوعها للأهواء السياسية بتعديلها بما يخدم مصالح الحكام، فأى مراجعة تخضع لإجراءات معقدة و متشعبة كاشتراك عدة سلطات في تقرير التعديل، و عرض مشروع التعديل على الاستفتاء الشعبي على سبيل المثال، تلك الإجراءات تحقق لنا ثبات القواعد الأساسية و تحقق لنا الأمن القانوني ذو الطبيعة الدستورية، الذي يكون له أثرا مباشرا على الأمن القانوني للحقوق الأساسية.

و بالفعل تضمين الدساتير المعاصرة للحقوق الأساسية التي يتمتع بها الأفراد في الدولة، ذلك الأمر عزز الأمن القانوني ذو الصبغة الدستورية، فتلك الحقوق أصبحت واضحة ومعلومة

¹- VALEMBOIS Anne-Laure, La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français, Thèse pour le doctorat en droit, Université de Panthéon-Assas (Paris II), , L.G.D.J, Paris 2005, p. 468.

² - Qu'est-ce que la sécurité juridique ? Disponible en ligne à l'adresse : <http://www.Ladocumentationfrancaise.fr/dossiers/qualite-normes-securite-juridique/securite-juridique>.

لدى الأفراد، ومع جعل الدستور جامدا تحقق الاستقرار للحقوق الأساسية في النظام القانوني و أضحت من الناحية القانونية كالالتزام إما سلبي أو إيجابي يقع على الدولة لا يمكن لها التحلل عليها، أو المساس بها، أو تجاهلها، و إلا يكون عملها مخالفة لمبدأ الشرعية و الذي نقصد به علو و ثبات الأحكام الدستورية.

على هذا الأساس يذهب الفقيه الفرنسي دومينيك روسو (Dominique Rousseau) للقول بأن: "الأمن القانوني هو إعلان حقوق الإنسان و المواطن"، وعليه، فالأمن القانوني هو مبدأ ذو قيمة دستورية¹، و هو شرط لقيام فعلي لقيما أخرى من بينها العدالة²، فهو معيارا لاستقرار الأوضاع القانونية المكتسبة، و من ثمّ هدم المبدأ سيدخل المجتمع في حالة اضطرابات و عدم الاستقرار.

إذا، فالحقوق الأساسية و ما دام أنها مجموعة من القيم الدستورية يجب أن تحقق من الناحية الشكلية و الموضوعية الأمن القانوني، وذلك بأن يكون الحق المقرر واضحا و معلوم و سهل الفهم يحقق الإطمئنان القانوني لدى الجماعة بتمتعها بكنلة حقوقية من طبيعة دستورية في مواجهة السلطة العامة.

ب - موقف القضاء الأوربي والدستوري من الأمن القانوني: إن تقرير الأمن القانوني كمبدأ ذو قيمة دستورية سينعكس ذلك على النظام القانوني ككل في الدولة، و هنا نلاحظ أن للقضاء الفضل الكبير في تقرير المبدأ و ذلك لخلو النصوص الدستورية أو غيرها من المبدأ صراحة، و قد تجسّد المبدأ من خلال الهيئات القضائية الإقليمية الأوربية، و هو ما كان له

¹ - يجب التأكيد على أنه لا يمكن أن نتصور أننا في دولة القانون و الحقوق الأساسية لا تحقق الأمن القانوني، و ذلك بشعور أفراد المجتمع أن مراكزهم القانونية التي تتولد لهم من تقرير الحقوق ذات القيمة الدستورية هي في خطر، و يمكن في أي وقت من الأوقات للسلطة أن تجردهم منها كسن المشرع على سبيل المثال قوانين تفرغ الحق الأساسي من محتواه و تجعل استحالة المرء التمتع به، أو سن قوانين تحل محل القوانين السابقة لتجريد الأفراد من مراكز قانونية المكتسبة.

² - Martin NADEAU, op.cit, p.24.

أثر على موقف القضاء الداخلي و هو ما نلمسه من موقف القضاء الفرنسي و المجلس الدستوري الفرنسي من المبدأ.

1- موقف القضاء الأوروبي: يرجع الفضل للدستور الألماني المسمى بالقانون الأساسي لبون لسنة 1949 في مادتيه 20 فقرة 03 و 28 اللتان تحملان في مفهومهما مبدأ الأمن القانوني، و ذلك بتقريبه من فكرة دولة القانون، و لقد تأثر القضاء الأوربي من ذلك فمحكمة العدل للاتحاد الأوروبي تبنت المبدأ تدريجيا من خلال أحكامها ففي البداية اعتبرت " أنه مبدأ مهم، و لكن لا يمكن تطبيقه بشكل مطلق"، ثم في حكمها ثاني أقرت أن: " مبدأ الأمن القانوني هو من أحد المبادئ اللصيقة بالنظام القانوني للمجموعة الأوربية " و في حكمها ثالث اعتبرت الأمن القانون انه " قاعدة قانونية يجب أن تحترم عند تنفيذ المعاهدات" و في حكمها رابع اعتبرته أنه " من أحد المتطلبات الأساسية"¹، أما المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان اعتبرت المبدأ أنه: " وسيلة لتحقيق النظام العام الأوروبي من أجل حماية الجنس البشري كي يتسنى له تأدية مهامه"، كما أقرت المحكمة بأنه: " من المهم بصفة خاصة تحقيق المبادئ العامة للأمن القانوني " و اعتبرت المحكمة " أنه من بين العناصر الأساسية لإعلاء القانون هو مبدأ أمن العلاقات القانونية"².

2- موقف القضاء و المجلس الدستوري الفرنسيين يكتنفه بعض اللبس: و إذا كان الدستور المكتوب الجامد يحقق مبدأ الأمن القانوني لجهة الحقوق الأساسية بل هو أحد المبادئ ذات الطبيعة الدستورية، وإن كانت الدساتير لا تنص عليه صراحة كالدستور الجزائري و الفرنسي، فإن ذلك المبدأ سيحكم كل النظام القانوني في الدولة أي كل القواعد المشكلة للهرم القانوني ابتداء من القاعدة الدستورية إلى آخر قاعدة في الهرم القانوني.

¹ - Elodie BORDES, « Radioscopie jurisprudentielle du principe de sécurité juridique, Analyse des évolutions possibles à la lumière de la QPC », VIIIe congrès national de l A.F.D.C, Nancy 16, 17 et 18 juin 2011, p. 06.

² - Ibid, p.7.

و يمكن الاستشهاد بموقف القضاء الفرنسي، و المجلس الدستوري الفرنسي في تطبيقه لمبدأ الأمن القانوني الناظم للعلاقات القانونية.

2-1- محكمة النقض و مجلس الدولة الفرنسيين: نجد محكمة النقض الفرنسية

عملت على كتمان حقيقة وجود المبدأ بتجنبها استعمال مصطلح "الأمن القانوني"، ومنحه تعريف غامض، و على العكس من ذلك نجد مجلس الدولة تبنى المبدأ صراحة و اعتبره من أحد المبادئ العامة للقانون، وعمل على تطبيق المبدأ من أجل وضع القانون الأوربي حيز التطبيق و تحقيق سموه على القانون الداخلي¹، ومن ثم فيصبح من الضروري تكييف القانون الداخلي مع القانون الأوربي (Le droit communautaire européen)، و يطال ذلك التكييف حتى الدستور في حد ذاته، فإن كانت المعاهدات لا تسمو على الدستور فإنه يجب أن يتم تعديل الدستور، بعدما يتم إشعار المجلس الدستوري من قبل السلطات العمومية حول دستورية التزام دولي ما، و أقرّ المجلس أن بندا منه مخالف للدستور².

2-2- موقف المجلس الدستوري الفرنسي حول الأمن القانوني غير ثابتة: ساهم

المجلس الدستوري الفرنسي في تقوية ذلك العجز حول إعطاء معنى لمبدأ الأمن القانوني نتيجة التباين الموجود في تفسير المبدأ، فالمصطلح في البداية رفض استعماله، وكان ظهوره بصفة تدريجية في اجتهادات المجلس، ففي سنة 1984 في إطار الرقابة القبلية، المدعين المخولين دستوريا إخطار المجلس دفعوا بأن "الأمن القانوني...يصنع حقوق الأشخاص في النظام الديمقراطي"³، و لكن المجلس الدستوري رفض الأخذ بالدفع، أي بالمبدأ في ذلك القرار، و رفض الاستناد عليه واعتباره مبدأ دستوري⁴.

¹ - Elodie BORDES, op.cit, p. 09.

² - المادة 54 من دستور الفرنسي لسنة 1958 المعدل و المتمم.

³ - CC n° 84-184 DC du 29 décembre 1984, cf. site: www.conseilconstitutionnel.fr.

⁴ - Olivier DUTHEILLET DE LAMOTHE, « La sécurité juridique Le point de vue du juge constitutionnel », exposé fait le 20/09/2005, p.1, disponible en ligne à l'adresse: http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/sécuritéjuridique.Pdf.

و بالرغم من كتمان حقيقة وجود المبدأ من قبل المجلس فإن هذا الأخير غير أسلوبه باستعمال المصطلح- أي الأمن القانوني- في قراره المؤرخ في 09 أبريل 1996 الذي يعد تحول في موقف المجلس أين اعتبر أنه: " بالنسبة للأهمية ذات الصلة بضرورة احترام توزيع الصلاحيات بين السلطات، فإن انشغال المشرع بتقوية الأمن القانوني للقرارات الصادرة عن الجمعية الوطنية، لا تكون مبررة إلا إذا كان هناك خرق جوهري للحق في الطعن القضائي، و بالتالي الفقرة 01 من المادة 113 تعد مخالفة للدستور..."¹، و يستند المجلس الدستوري الفرنسي عند إثارته لمبدأ الأمن القانوني بصفة ضمنية على المادة 16 من إعلان حقوق الإنسان و المواطن لسنة 1789 و ذلك في عدة قرارات صادرة عنه²، فذهب بعض الفقه للقول أمن المجلس قام بدسترة ضمنية لمبدأ الأمن القانوني، و هناك من الفقه من عارض الفكرة وهو ما جعل هناك لبس حول المبدأ و إطاره في اجتهاد المجلس الدستوري الفرنسي، و ذهب بعض الفقه للقول أن الأمن القانوني أساسه الأمان المقرر بموجب المادة 2 من إعلان 1789، و هناك من ربط المبدأ بدولة القانون³.

و يرى في هذا الشأن الفقيه "برترون ماثيو" (Bertrand Mathieu) الذي يربط نطاق تطبيق المادة 16 من إعلان حقوق الإنسان و المواطن بتجسيد دولة القانون ويقترح جعل مبدأ الأمن القانوني كهدف ذو قيمة دستورية من أجل الحد من إرادة المشرع⁴.

و في نفس السياق يرى أحد أعضاء المجلس الدستوري الفرنسي "اليفي دوتيلي ولامونت" (Olivier Dutheillet de Lamothe) أن المجلس يستعمل المبدأ أولاً من أجل، الحد من إمكانية رجعية القوانين، كما جاء في قراره المؤرخ في 18 ديسمبر 1998 على أنه: " و إن كان يجوز للمشرع سن قواعد قانونية رجعية في المواد الجبائية، فإنه لا يمكن له اللجوء لذلك إلا إذا كان مبررا بتحقيق مصلحة عامة كافية، و تحت تحفظ بعدم المساس بالضمانات

¹ -CC n° 93-373 DCdu 9 avril 1996, disponible en ligne sur le site:www.Conseil constitutionnel.fr.

² -Olivier DUTHEILLET DE LAMOTHE, op.cit, p.1.

³ -Elodie BORDES, op.cit, pp.9-10.

⁴ -Ibid, p.9 (bas de page).

الشرعية و المتطلبات الدستورية"، و يعد ذلك تجسيدا لمبدأ التناسب بين الحقوق الفردية و مقتضيات المصلحة العامة¹، و ثانيا من أجل تحقيق نوعية للقواعد القانونية، و ذلك بتحقيق الوضوح للقواعد القانونية، كما أكدته المجلس بأن المساواة أمام القانون المحدد في المادة 6 من إعلان 1789، و ضمان الحقوق المنصوص عليها بموجب المادة 16 من إعلان 1789، يمكن أن لا تتجسد إذا كان المواطن ليس له العلم الكافي للقواعد الذي تطبق عليه، و يعتبر المجلس أن العلم بالقواعد هي ضرورة لممارسة و التمتع بالحقوق و الحريات المضمونة بموجب المادة 4 من إعلان 1789 و التي لا يمكن حدها إلا بموجب القانون كما عبرت عليه المادة 5 من إعلان 1789 التي تنص على أنه: " لا يجوز للقانون أن يمنع سوى الأفعال الضارة بالمجتمع. لا يجوز منع كل ما ليس محظورا بالقانون ولا يجوز إجبار أحد على فعل ما لم يأمر به القانون"².

إذا، فالأمن القانوني يعد احد الركائز التي تحقق ضمان الحقوق الأساسية و مبدأ الفصل بين السلطات كما عبرت عليه المادة 16 من إعلان 1789، و اللذان يشكلان عمادان أساسيان لفكرة الدستور وكذا لمفهوم دولة القانون، فبدونهما لا يمكن إخضاع السلطة العامة للقانون، و لا يتوقف هذا الأمر على المشرع العادي بل يتعداه إلى المشرع الدستوري أي السلطة التأسيسية الواضحة للدستور التي يقع عليها عبئ وضع القواعد الدستورية اللازمة التي تحكم العلاقات القانونية التي تربط الحكام بالمحكومين بشكل واضح و لا يمكن تجريد و المساس بالحقوق المكتسبة للأفراد عند تعديل القواعد الأساسية من قبل السلطة التأسيسية المشتقة، كما لا يمكن للمشرع كذلك المساس و الإنقاص من الحقوق المكتسبة المضمونة في الأحكام التشريعية عند تعديل القانون أو سن القانون و إلا كان انتهاكا أحد المبادئ الدستورية الأساسية ألا و هو مبدأ الأمن القانوني الذي يؤطر كل الحقوق الأساسية، و لا يمكن تحقيق ذلك المبدأ إلا في ظل جمود الدستور.

¹-Olivier DUTHEILLET DE LAMOTHE, op.cit, pp.2-5.

²-Ibid, op.cit, pp.5-9.

إذا الأمن القانوني ضروري في دولة القانون، لأنه يولد الشعور لدى الجماعة باستقرار مراكزهم القانونية المقررة بموجب النصوص الضامنة للحقوق الأساسية، و ذلك سيكون له أثر ايجابي في تعميق ثقة الأفراد بأجهزة الدولة و يجعلهم بمأمن من أي تصرف مفاجئ من احد سلطات الدولة، ومن ثم سن دستور مكتوب و تضمنين أحكامه بالقواعد المقررة للحقوق الأساسية يعد التزام يقع على السلطة التأسيسية من أجل تحقيق الوضوح لتلك الحقوق و تتيح للأفراد إمكانية الوصول إليها أي التمتع بها، تجنباً لكل غموض في تفسير الحقوق الذي قد يخدم بطبيعة الحال مصلحة السلطة العامة على مصلحة الأفراد.

و إن كان القضاء الدستوري أصبح يلعب دور هام في تفسير الدستور واستنباط الحقوق و المبادئ المختلفة ذات القيمة الدستورية عند قيامه بمهمة الرقابة على دستورية القوانين، فإن ذلك الدور لا يكتمل إلا بتحقيق الدستور في حد ذاته للأمن القانوني والذي يعد الأسمى في النظام القانوني لأنه يتعلق بالقانون الأساسي للدولة، و بالتالي يجب أن يتمتع الدستور بنوع من الثبات للعلاقات التي تحكم المؤسسات الدستورية فيما بينها و علاقة هذه الأخيرة بالأفراد، وذلك بتوفير استقرار للمراكز القانونية بهدف توفير الأمن والطمأنينة و هو الدستور، و من ثم يكونوا الأفراد في مأمن من أي تصرف مباغت لسلطة العامة لم يكن متوقع، ومن لا يمكن لسلطة تعديل الدستور بشكل يراجع تلك العلاقة المحددة مسبقاً في الدستور، و بهذا المفهوم لا نعني أن الدستور يكون جامداً بشكل مطلق مما يعيق مساهمته لمتطلبات العصر والأجيال الحاضرة، فكل مراجعة للدستور تهدف إلى تعزيز مركز الحقوق الأساسية، و البناء المؤسساتي القائم على مبدأ الفصل بين السلطات فهي ضرورية في دولة القانون، و رجعية القوانين التي قد تشكل أساساً بالمراكز القانونية القائمة تكون كاستثناء وفي حالات جد ضيقة لتحقيق المصلحة العامة بشكل واضح و متناسب مع حقوق الأفراد، فتحقيق ذلك التناسب و مراقبة تجسيده في مضمون الأحكام التشريعية هي مهمة القاضي الدستوري.

ثانيا :جمود الدستور هو إقرار بمبدأ تدرج القواعد القانونية و حماية الحقوق الأساسية

إن الأخذ بمبدأ جمود الدستور هو الإقرار بفكرة سمو الدستور، أي بوجود قواعد أساسية تسمو في النظام القانوني على ما عداها من القواعد الأخرى، ذلك يؤدي بنا إلى الأخذ بمبدأ تدرج القواعد القانونية الذي له علاقة بالحقوق الأساسية بل المفهومين مرتبطين بحيث يعدان عماد نظرية دولة القانون، و هو ما نلمسه من خلال ما يلي:

أ- جمود الدستور ضرورة لتحقيق دولة القانون: إذا حاولنا تعريف دولة القانون، فإنه من الضروري إدراج مبدأ تدرج القواعد القانونية والحقوق الأساسية كعنصري للتعريف وذلك على النحو التالي: "هي الدولة التي تخضع فيها أعمال السلطات العامة للقانون في إطار تدرج القواعد القانونية، أين يعد أي عمل من أعمالها باطلا إذا خالف القواعد الأساسية المنظمة لممارسة السلطة، و القواعد المتعلقة بالحقوق الأساسية التي يتضمنها الدستور"، و مع تحول مفهوم الدستور من دستور ناظم لعمل السلطات إلى دستور ناظم للحقوق الأساسية، و هو المعيار الحديث للدستور، فإن دولة القانون اليوم هي التي تعمل على كفالة الحقوق الأساسية و تنميتها في آن واحد.

و عليه، يعد مبدأ تدرج القواعد القانونية و الحقوق الأساسية ضروريان لقيام دولة القانون، فالأول هو مجسد للمفهوم الشكلي لدولة القانون، و الثاني هو مجسد لمفهومها المادي، فدولة القانون تضع في المقدمة الفرد المتمتع بالحق الأساسي و ذلك من خلال النشاط الذي يؤديه أو الامتناع عن تأديته في علاقته مع الدولة، و كذا في تحديد القاضي المكلف الساهر على ضمان احترام القواعد المتمتعة بالسمو من بينها الحقوقية، وأما المفهوم المادي لدولة القانون لا يمكن أن يتخلى على المفهوم الشكلي، فالحقوق لا يمكن أن تكون

ملموس و فعالة تخول للأفراد التمتع بها و ممارستها إلا إذا اعترف النظام القانوني بتلك الحقوق¹.

ب-الدستور شرعية فوقية تحكم الدولة: إن ذلك يعد نتيجة حتمية لبناء دولة القانون القائمة على القاعدة الأساسية، مما يتطلب إنشاء هيئة مستقلة تسهر على حماية الدستور ومنح الفرد الحق في اللجوء لتلك الهيئة لحماية حقوقه و حرياته²، و بغض النظر على أن الدستور يحدد شكل الدولة، و نظام الحكم، و شكل الحكومة، يهدف الدستور لتحقيق صورتان من النصوص التي تكمل بعضها البعض بحيث لا يمكن ترك أحدهما في بناء

¹ -Bertrand FAURE, «Hiérarchie des normes », in Dictionnaire des droits fondamentaux, sous la direction de Dominique CHAGNOLLAUD, et Guillaume DRAGO, DALLOZ, Paris, 2010,pp. 478-479.

² - إن تقرير عدم دستورية نصا قانوني من قبل القاضي الدستوري الفرنسي يأخذ صورتين الأولى عدم الدستورية الداخلية للنص التشريعي، و الثانية عدم الدستورية الخارجية للنص التشريعي.

الصورة الأولى:عدم الدستورية الخارجية فهي تنصب إلا على الجانب الشكلي لعيب مخالفة الدستور، و هي قد تأخذ وجهين: الوجه الأول قد يقرر المجلس عيب مخالفة الدستور بسبب عيب عدم الاختصاص الذي شاب العمل التشريعي، فقد يكون عدم الاختصاص إيجابيا كتبني المشرع أحكام تابعة للقانون العضوي في القانون العادي، أو أحكاما تنظيمية في القانون العادي، و قد يكون عدم اختصاص سلبي، في حالة ما إذا لم يؤدي المشرع اختصاصه كاملا وفقا لتفسير الدستور، و يمكن الاستشهاد بقرار المجلس الدستوري الفرنسي بتاريخ 18 سبتمبر 1986، الذي اعتبر فيه أن القانون المتعلق بالإعلام السمعي البصري جاء ناقص، لعدم تضمن أحكاما تضع قيود على تركيز وسائل الإعلام السمعي البصري في جهة واحدة و هو يعد خرق لمبدأ التعدد، و أما الوجه الثاني قد يقرر عيب مخالفة الدستور بسبب مخالفة الإجراءات، أي الإجراءات التشريعية تكون معيبة في إحدى من مراحلها، مخالفة بذلك للقواعد ذات القيمة الدستورية، فنجد المجلس الدستوري الفرنسي على سبيل المثال يراقب الاستشارات التي يجب أن تجرى قبل سن القانون و المتعلقة ببعض الهيئات الخاصة، و يراقب سير إجراءات المصادقة أمام غرفتي البرلمان من حيث إن تم احترام الأصول الإجرائية لحق التعديل المخول لغرفتي البرلمان.

الصورة الثانية: قد يقرر المجلس عيب مخالفة الدستور الداخلية للنص التشريعي، و في هذه الحالة يدرس المجلس مضمون النص القانوني من حيث مدى احترامه للحقوق و الحريات الدستورية المحمية بموجب النصوص الدستورية أي بمعنى استنادا على الكتلة الدستورية، و يستعمل المجلس عدة تقنيات في ذلك، كتقنية التحفظ هذه التقنية يستعملها المجلس لتجنب الحل الرديكالي و هي تقرير مخالفة النص للدستور أي إسقاطه من النظام القانون، فهو حل توفيق يقره القاضي الدستوري بصياغة النص بما يتوافق مع الدستور و يأخذ ثلاثة أوجه: التحفظ التحييدي (neutalisantes) الذي يحذف الأثر القانوني عن الجزء المخالف للدستور للحكم التشريعي محل الرقابة، التحفظ الإنشائي (constructives) فبمقتضاه المجلس يضيف في محتوى الحكم التشريعي كي يتوافق مع الدستور، و التحفظ التوجيهي (directives) التي يبين فيه القاضي الدستوري الطريقة التي يجب على السلطات أن تتبعها كي يتسنى لها وضع الحكم التشريعي حيز النفاذ وفق التفسير الصحيح للدستور، و ذلك بوجوب أخذ السلطة التنفيذية أو القضائية باعتبارها دستورية لتطبيق النص التشريعي، و من ثم يتجنب القاضي الدستوري كل تفسير غير دستوري للنص التشريعي دون إلغاء النص في حد ذاته . Philippe BLACHER , « Les sources nationales constitutionnelles des libertés et droits fondamentaux » , in Le grand oral la protection des libertés et les droits fondamentaux- Examen d'entrée dans un CRFPA , Lextenso édition, Paris, 2012,pp. 167-169.

القاعدة الأساسية، الأولى وهي الأحكام الخاصة بممارسة السلطة التي تحقق " التثبيت " و " توزيع السلطات "، و الثانية و هي الأحكام الخاصة بالحقوق الأساسية تلك النصوص لا يمكن ضمانها في دولة القانون إلا بإنشاء هيئة مستقلة مركزية تتكفل بمراقبة دستورية القوانين¹ كما جاء به هانز كالس في نظريته الخالصة للقانون.

أما الأولى: و هي قواعد تخص تنظيم السلطات من حيث التكوين و الاختصاص و العلاقات بينهما، وتحديد حدود كل سلطة حيث لا يمكن ضمان الحقوق الأساسية إلا في ظل مبدأ الفصل بين السلطات و إلا كنا أمام إهدار لفكرة الدستور في حد ذاتها، و يرى الدكتور يوسف حاشي في هذا المجال أن الدستور يأتي كناظم للسلطة من خلال تثبيت النصوص وذلك: " بحصر سلطة ما في مؤسسة دستورية بعينها دون غيرها، و من دون أن تكون لهذه السلطة نفسها حق التصرف فيما أوكل لها من اختصاص، سواء بالتنازل أو التفويض، أو الاعتداء على مجالات واختصاصات أخرى، و أما توزيع السلطات"، فيكون أفقياً يهدف على إحداث توازن بين سلطات الدولة فلا تطغى واحدة على أخرى، و يؤكد على

¹ - يعتمد المجلس الدستوري الفرنسي للفصل في المنازعات الدستورية للحقوق الأساسية بشكل خاص على ثلاث تقنيات تلعب دور جد هام للفصل في المنازعة، الأولى هي: "نظرية عدم الاختصاص السلبي" (La théorie de l'incompétence négative) التي مفادها أن المجلس الدستوري يلزم المشرع بأداء صلاحياته كاملة كما حدده له الدستور، ولا يجوز له تفويض صلاحياته للحكومة لتحديد كيفية تنفيذ الأحكام التشريعية عن طريق التنظيم، فعليه أن يوضح الأحكام التشريعية بشكل كافٍ كي لا يترك للسلطة التنفيذية هامش كبير للتفسير و قد جسد ذلك في عدة قرارات صادرة عنه كالقرار رقم 83-162، قرار رقم 84-173، و قرار رقم 84-183، أما النظرية الثانية هي نظرية "تأثير اللارجوع" (Effet cliquet) و التي يستعملها المجلس الدستوري الفرنسي كتقنية يثبت من خلالها بأن القانون محل الرقابة لا يشكل إخلال بحماية الحقوق و الحريات التي كان يضمنها القانون السابق، الذي أصبح محل تعديل أو إلغاء و إذا لم يتحقق ذلك يعتبر المجلس القانون مخالفاً للدستور، كما قرره المجلس في قرار له بتاريخ 13 أوت 1993 على أن: " المشرع لا يمكن له تنظيم شروط حق اللجوء إلا من أجل تحقيق حماية بأكثر فعالية"، و النظرية الثالثة "التشابه في شروط ممارسة الحريات العامة على الإقليم" (L'uniformité territoriale des conditions d'exercice d'une liberté publique)، و تلك النظرية تأخذ بالخصوصيات المحلية أو عدم المساواة بين الجهات المختلفة للإقليم، و هو بما يسمى بالتمييز الإيجابي للإقليم، ولكن ذلك التمييز لا يمكن يمس بشروط ممارسة الحريات و التمتع بالحقوق الاجتماعية، و هو ما كرسه المجلس بتاريخ 18 ديسمبر 2003 تحت رقم 487.

Voir : Arlette HEYMANN-DOATet Gwénaële CALVES, Libertés publiques et droit de l'homme, 8^e édition, L.G.D.J, Paris, 2005, pp. 138 – 140.

أن عمليتنا " التثبيت " و " التوزيع " هي التي تنعكس على سمو القانوني للدستور بجعله الضمانة الأولى للشرعية و عليه، تتأسس كل ما تقوم به السلطات من أعمال¹.

و أما النصوص المتعلقة بالحقوق الأساسية كان يتم النص عليها في بداية الحركة الدستورية في إعلانات مستقلة على الدستور، و لكن بتطور الدسترة أضحت تلك النصوص تشكل جزء لا يتجزأ من الدستور، و غالبا ما تنتهج الدساتير على النص عليها في الأبواب الأولى لوثيقة الدستور قبل النصوص المنظمة للسلطة، فتضمن الدستور للنصوص المقررة للحقوق الأساسية يعد عامل أساسي في تقرير سمو تلك الحقوق في النظام القانوني للدولة، و من ثم يكون لها أثر على جميع النصوص القانونية الأخرى ذات المرتبة الأدنى، التي يجب أن لا تتعارض مع مضمون الحقوق الأساسية الدستورية، و إذا أخذنا النموذج الجزائري في ذلك فنجد القواعد الأقل مرتبة من الدستور² هي المعاهدات، القوانين العضوية، القوانين العادية، التنظيمات، و الأعمال الإدارية المختلفة من قرارات إدارية و غيرها، و التي يجب أن تتوافق مع مضمون الحقوق المقررة في الدستور وأن لا تفرغ تلك الحقوق من محتواها كوضع شروط غير موضوعية تتعارض مع هدف الحق الأساسي بشكل ينتج عنه استحالة أو صعوبة التمتع به، وهنا يستلزم الأمر وجود قضاء مستقل يقرر جزاء مخالفة القواعد الأدنى مرتبة للدستور.

وإن نص الدستور الجزائري على إنشاء المجلس الدستوري تكون مهمته السهر على احترام الدستور، فإن تلك المؤسسة الدستورية لا تؤدي دورها كاملا في نظامنا القانوني لاعتبارات قانونية و سياسية، و في بعض النظم القانونية لا يتمتع فيها الدستور بالسمو

¹ - يوسف حاشي، المرجع السابق، ص. 290.

² - يستخلص جمود الدستور الجزائري من الدستور في حد ذاته و ذلك بقريره لإجراءات معقدة للتعديل الدستوري بالنظر لتلك المقررة لتعديل القوانين العادية و ذلك في الباب الرابع منع الحامل لعنون التعديل الدستوري المواد 174 إلى 178 و ما أكدته ديباجة الدستور في حد ذاتها التي نصت على أن: " 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 القانونية، ورقابة عمل السلطات العمومية في مجتمع تسوده الشرعية، ويتحقق فيه تفتح الإنسان بكل أبعاده".

المطلق في النظام القانوني على المستوى الداخلي، فيمكن أن تدخل القواعد الدستورية في تنافس مع قواعد القانون الدولي، كما هو الشأن بالنسبة لدول الإتحاد الأوروبي، بحيث نجد محكمة العدل للاتحاد الأوروبي والمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان تجعلان من قواعد القانون الدولي تسمو على جميع قواعد القانون الداخلي للدول الأعضاء في الإتحاد الأوروبي بما فيها دساتير تلك الدول¹، وقد تلجا دول الأعضاء في الاتحاد في بعض الحالات إلى تعديل الدستور كي يتوافق مع المعاهدات التي تعالج في جزء كبير منها موضوع الحقوق الأساسية².

¹-Quelle la place d' une constitution dans la hiérarchie des normes juridiques ?,cf .site :<http://www.vie-publique.fr>.

²- تنص المادة 54 من الدستور الفرنسي على انه: " إذا رأى المجلس الدستوري بناء على إشعار من رئيس الجمهورية أو الوزير الأول أو رئيس احد المجلسين أو ستين نائبا أو ستين عضو من مجلس الشيوخ أن التزاما دوليا ما يتضمن بندا مخالفا للدستور فإنه لا يؤذن بالتصديق على هذا الالتزام الدولي أو الموافقة عليه إلا بعد مراجعة الدستور"، و قد تم إشعار المجلس الدستوري الفرنسي على أساس المادة 54 المذكورة عدة مرات، أين استوجب تعديل الدستور لجعله متوافق مع بنود الإلتزامات الدولية كي يتم التصديق عليها طبقا للإجراءات الداخلية، كما هو الحال بالنسبة لمعاهدة ماسترخت عدلّ الدستور بسببها بتاريخ 25 جوان 1992، الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحق اللجوء عدلّ الدستور بسببها بتاريخ 25 نوفمبر 1993، معاهدة أمستردام عدلّ الدستور بسببها بتاريخ 25 جانفي 1999، المعاهدة المتعلقة بإنشاء المحكمة الجنائية الدولية عدلّ الدستور بسببها بتاريخ 08 جويلية 1999، قرار للمجلس الأوروبي المؤرخ في 13 جوان 2002 المتعلق بالأمر بالقبض الأوروبي عدلّ الدستور بسببه بتاريخ 25 مارس 2003 ، كما أنه بعد دخول معاهدة لشبونة الموقعة بتاريخ 13 ديسمبر 2007 حيز التنفيذ تم تعديل عنوان الباب الخامس عشر من الدستور الذي كان تحت عنوان " في المجموعة الأوروبية و الاتحاد الأوروبي" الذي أصبح بعد التعديل الدستوري المؤرخ في 23 جويلية 2008 يحمل عنوان " في الاتحاد الأوروبي" وذلك كي يتحقق توافق معاهدة لشبونة مع الدستور، و الملاحظ أن بعد صدور قرار للمجلس الدستوري بتاريخ 16 جوان 1999 الذي اقر مخالفة الميثاق الأوروبي للغات الأقاليم أو الأقليات للدستور لم يتم تعديل الدستور بحيث لم يتم التصديق على ذلك الميثاق، و الملاحظ أن المؤسس الجزائري لم يضع الآلية الدستورية التي تترتب على تقرير مخالفة الإلتزامات الدولية للدستور التي يمكن تصحيحها بواسطة تعديل القاعدة الأساسية و هو الدستور، و لم يتدارك ذلك الوضع في التعديل الدستوري لسنة 2016، و أبقى على الحل الجذري فقط وهو إذا ارتأى المجلس الدستوري مخالفة التزام دولي للدستور الذي يمكن أن يكون معاهدة أو اتفاق، أو اتفاقية، فلم يتم التصديق عليه وفقا للمادة 190 من الدستور، و هو قد يثير ذلك إشكالات في العلاقات التي تربط الجزائر بالمجتمع الدولي.

Voir : Les traités internationaux et la constitution, disponible sur le site :<http://www.vie-publique.fr>.

المطلب الثاني: سمو الموضوعي للدستور معيار لوضع حدود على ممارسة السلطة السياسية

إن الحركة الدستورية التي ظهرت في النصف الثاني من القرن الثامن عشر لعبت دور كبير في تقييد سلطة الحكام و ذلك بالانتقال من الحكم المطلق للحكم المقيد، و بالتحول من فكرة السيادة المطلقة التي كان يتمتع بها الملوك و الحكام لمبدأ السيادة للجماعة الأمة، أو الشعب، و بالانتقال بوجه عام من النظام المطلق إلى النظام الديمقراطي كأساس للحكم، الذي جعل من ممارسة السلطة باسم صاحب السيادة و هو الشعب ومن أجل خدمة المصلحة العامة، و من ثم أخذ الدستور مفهوم العقد الذي يربط صاحب السيادة بالهيئة الحاكمة و كل خروج عن نصوصه يعد انتهاك له، و يترتب المسؤولية السياسية والجنائية، و هو الأمر الذي لم يكن موجود في ظل الحكم المطلق أين كان الحكام لا تترتب على تصرفاتهم أي مسؤولية كانت.

فكان لفكرة العقد الاجتماعي لجون جاك روسو فضلا كبيرا في إعطاء البعد الفلسفي لفكرة سمو الدستور، و الذي يعتبر ساميا من خلال هذا المنظور لأن الشعب توصل إلى توافق بين جميع مكوناته على عقد اجتماعي فيما بين الأفراد، و جسده في النص الدستوري من ناحية اختياره لنظام الحكم السياسي الذي يريد تطبيقه لتسيير الشأن العام، مع وضع ضوابط لصلاحيات أجهزة هذا النظام، بشكل يلزمها بالمحافظة على الحقوق و الحريات اللصيقة بطبيعة الإنسان البشرية التي تولد معه¹.

و طالما الدستور يشكل الإطار التوافقي بين الهيئة الحاكمة و المحكومين و يحدد العلاقة التي تربط الطرفين برسم صلاحيات أجهزة الدولة التي هدفها خدمة المجتمع و تحقيق الصالح العام، و لا يتوقف عند هذا الحد بل يكتمل في ظل دولة القانون بتقرير الحقوق الأساسية، فإن ذلك الاتفاق المفرغ في الدستور يجب أن يتمتع بالسمو في النظام

¹ - أمين عاطف صليبا، المرجع السابق، ص. 76.

القانوني، و إلا كنا أمام إفراغ فكرة الدستور من محتواه، و هو ما أدى إلى ظهور السمو الموضوعي للدستور، و الذي سنعالجه من خلال الآراء الفقهية حول السمو الموضوعي للدستور (الفرع الأول)، و الآثار المترتبة على السمو الموضوعي للدستور (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الآراء الفقهية حول السمو الموضوعي للدستور

إن عملية سن الدستور عزز إيمان حكام و محكومين بسمو أحكام الدستور في النظام القانوني، بجعله هو المرجعية التي تحكم جميع سلطات الدولة عند سنّها للقانون و بالخصوص من حيث ضمان الحقوق الأساسية، وقد أجمع الفقه القانوني أن الدستور هو مصدر السلطات جميعها، فهو الذي يحدد صلاحياتها و يبين العلاقة بينها و يعين الحقوق الأساسية للأفراد، فالسمو الموضوعي للدستور يتحقق وجوده مع جميع أنواع الدساتير المكتوبة و العرفية و الجامدة و المرنة¹.

و سواء قرر الدستور ذلك السمو صراحة أو لم يقرره، فالدستور هو المنشئ لسلطات الدولة و هو المقرر لحقوق الأفراد، و بالتالي فكل عمل قانوني يصدر على أجهزة الدولة المختلفة يجد أصله في الدستور، فمن الضروري أن يتحصل موضوع القاعدة الدستورية على مرتبة العلو بالنسبة للقواعد القانونية الأخرى، فسنحاول إبراز المواقف الفقهية للسمو الموضوعي للدستور، للبروفسور لوي دوبوي و قوستاف بيسي (Louis Dubouis et Gustave Peiser) (أولا)، البروفيسور فيليب أردون و برترون ماتيو (Philippe Ardant et Bertrand Mathieu) (ثانيا)، و الفقيه الإيطالي كوستاتينو مورتاتي (Constantino Mortati) (ثالثا)، و الفقيه هارت (Hart).

¹ - أمين عاطف صليبا، المرجع السابق، ص 77.

أولاً- يرى البروفيسور لوي دوبوي و قوستاف بيسي (Louis Dubouis et Gustave Peiser) أن: "السبب الأساسي لسمو الدستور يعود بالدرجة الأولى إلى مضمون القواعد الدستورية و نعني بها تنظيم السلطات، إقرار الحقوق و الحريات الأساسية للمواطن"¹.

ثانياً- و يرى البروفيسور فيليب أردون و برترون ماتيو (Philippe Ardant et Bertrand Mathieu) أن: "الاختلاف بين الدساتير هو السائد... لكن مضمون واحد يشتركون فيه فكل الدساتير تتضمن موضوع واحد، و هو تنظيم عمل السلطات، وعلاقة الحكام بالمحكومين"²، أي أن سمو الموضوعي للدستور يتعلق بمضمون القاعدة التي تأخذ الطبيعة الدستورية لأهميتها في المجتمع و الدولة، و التي تضعها السلطة صاحبة السيادة.

ثالثاً- و يعرف الفقيه الإيطالي كوستانتينو مورتاتي (Constantino Mortati) الذي يعرف الدستور الموضوعي على أنه: "عبارة عن تجمع للقوى السياسية المنظمة على شكل حزب سياسي تمكن من التحصل على الريادة على جميع الأحزاب الأخرى، هذا الحزب يصبح القوة المسيطرة مما يمكنه من وضع دستور شكلي، يستطيع به من تحقيق الأهداف السياسية التي تحقق الوحدة السياسية للدولة، و من ثمّ فالدستور الموضوعي هو عبارة عن نظام للقيم و مقتضيات تاريخية تجد أصلها في أساس الدستور الشكلي المكتوب... فالدستور الشكلي لا يناقض الدستور الموضوعي بل يتوافق معه"³.

و قد كان الفقيه مورتاتي (Mortati) من بين الفقهاء المنتقدين للمدرسة الشكلية، بتجاوزه لمذهب الثنائية الابتدائية التي تميز بين النظام القانوني الشكلي، و النظام السياسية الحقيقي (l'ordre juridique formel et l'ordre politique réel)، و قد أنتهج نهجا مضاد

¹- louis DUBOUIS , Gustave PEISER, Droit public, 18^e édition , Dalloz, Paris , 2007 , p. 2.

² -Philippe ARDANT et Bertrand MATHIEU, op.cit , p. 67.

³-Franck Laffaille, « La notion de constitution au sens matériel chez Costantino Mortati, La « zone grise » du droit constitutionnel », Jus Politicum Revue de droit politique, n° 7 , 2012, p.3. disponible en ligne à l'adresse: <http://juspoliticum.com/article/La-notion-de-constitution-au-sens-materiel-chez-Costantino-Mortati-458.html>.

للمذهب الشكلي، و ذلك بالبحث على الأسس القانونية و الاجتماعية للقانون¹، التي تعود بالأساس لاعتبارات سياسية تتعلق بالسلطة التي تستطيع بسط نفوذها و حكمها في الدولة في فترة زمنية معينة، و ما الدستور إلا التعبير عن تلك الإرادة السياسية.

رابعاً- و في إطار المفهوم الموضوعي للدستور يميز الفقيه هارت (Hart) بين:"القواعد الأولية (Normes primaires)"، و التي يرى في أنّ موضوعها يطبق بصفة مباشرة كقواعد المساواة أمام القانون، فهي قواعد تضع التزامات، و قواعد ثانوية(Normes secondaires)، و هي القواعد التي يتعلق موضوعها بكيفية و طرق إنتاج القواعد، كتحديد طرق سن القانون من قبل البرلمان، فهي قواعد تمنح صلاحيات للسلطة"²، و ترى في هذا الشأن ماري آن كوهاندي (Marie Anne Cohendet) بأن:" القواعد الأولية التي ينص عليها الدستور يمكن أن يكون مضمونها ديمقراطي كتقرير مبدأ السيادة للشعب، و قد تستند على ديباجة الدستور، أو إعلان للحقوق لتقرير حقوق الإنسان، و مبدأ الفصل بين السلطات، و قد يكون مضمونها غير ديمقراطي، كإنكار حقوق الإنسان، و وضع أحكام تلزم بالخضوع لإرادة الحاكم، أما القواعد الثانوية المتعلقة بإنتاج القواعد، ففي الدولة الليبرالية تتعلق أساساً و بصفة عامة بالفصل الأفقي بين الوظائف (التشريعية، التنفيذية، القضائية)، و بالقواعد التي تحدد الفصل العمودي بين السلطات، كعلاقة الدولة بالجماعات المحلية، و علاقة الدولة الفيدرالية بالدول المشكلة للإتحاد الفيدرالي³.

و من ثم يمكن القول أن المواقف الفقهية كلها تجمع على أن المفهوم الموضوعي للدستور يشمل جميع القواعد المنظمة لنظام الحكم، و لشكل الدولة، ولممارسة السلطة و المتعلقة بتحديد صلاحيات السلطات، و علاقاتها ببعضها البعض، و كذا علاقة السلطات العامة بالأفراد، ذلك المفهوم يضفي سموا موضوعي لأحكام الدستور، و لكن يشمل جميع

¹ - Franck Laffaille, op.cit, p.4.

²-Marie Anne COHENDET, op.cit, p.85.

³-Ibid.

الصور التي يمكن أن يأخذها الدستور الجامد و المرن، المكتوب و العرفي، مما يغلب عليه الطابع السياسي على القانوني.

و هو المفهوم الذي صاغه الفقيه الإيطالي:مورتاتي (Mortati)، على أن الدستور بالمفهوم الموضوعي هو " الدستور الحقيقي، الحي، الفعال، الشرعي"¹، و بحسب نظرة الفقيه:" الدستور الموضوعي هو لوحده الذي يمكن أن يتحصل على الطبيعة القانونية، فتلك الطبيعة لا تقتصر على دائرة النصوص التي تضعها السلطة التأسيسية الأصلية، و لكن تتعلق بفعالية الممارسة السياسية التي هي من صنع القوى المهيمنة التي تصنع تماسك الدولة"²، و لا يمكن لنا أن نؤيد ذلك الرأي على اعتبار أن القوة القانونية للقاعدة الدستورية لا تنشأ، إلا بالتمييز بين نوعين من القواعد في النظام القانوني، الأولى قواعد دستورية و هي القواعد الأساسية، و قواعد أقل منها درجة، و لا ينشأ ذلك التمييز إلا في ظل المفهوم الشكلي للدستور.

و يمكن إعطائنا تعريفا للمفهوم الموضوعي للدستور على أنه:" هي مجموعة القواعد القانونية من الطبيعة الدستورية سواء تضمنتها الوثيقة الدستورية أو لا، تتعلق بتحديد السلطات و اختصاصاتها وعلاقاتها فيما بينها من جهة، و بتحديد علاقة السلطة بالمحكومين، و هو ذو أثر سياسي دون الأثر القانوني".

و عليه، طالما أن الدستور هو ترجمة للإرادة السياسية العليا في الدولة، فيجب أن يحقق مضمونه سمو و العلو على جميع أعمال الدولة، التي يقع عليها التزام باحترام أحكامه، باعتباره هو مؤسس لشرعية نشاط الدولة عند أدائها لصلاحياتها، لأنه سند وجودها و منشئها، فكل عمل صادر عنها يجب يتوافق مع موضوع و مضمون القاعدة الدستورية لأنها هي التي تحدد مهام السلطات و صلاحياتها.

¹-Franck Laffaille, op.cit, p.12.

²- Ibid, p.12.

و ذلك يرجع سببه إلى أنّ مضمون القواعد الدستورية تسموا على ما عداه من القواعد الدنيا التي تسنها السلطات العامة، إذ أن القواعد الدستورية بمضمونها ترسم المنظومة القانونية العليا للدولة التي هي مفروضة على السلطات التي تستمد وجودها منها.

فينبغي على السلطة الحاكمة أن تعمل في إطار مضمون القواعد الدستورية، و إلا فقدت السلطات العامة صفتها القانونية، فالدستور يستند عليه النظام القانوني بأكمله القائم في الدولة، لذلك وجب أن يكون أعلى من جميع مظاهر ذلك النشاط القانوني، ما دامت تستمد صحتها من الدستور لذا لا تستطيع هذه السلطات أن تعمل ضد أحكام الدستور التي تستمد منها سنده القانوني¹، و لكن تلك الأهداف لا يمكن تحقيقها بالسمو الموضوعي للدستور، لتحقيق ذلك سمو الصبغة السياسية على الدستور الخالية من عنصر الإلزام.

إذا حالة خرق السلطات لأحكامه الدستور في ظل سمو الموضوعي، لا يترتب أثرا قانوني بل يبقى أثره لا يتعدى المقتضيات السياسية، و هذا هو القصور الذي يرد على سمو الموضوعي للدستور، الذي و إن كان يكرس عنصر " سمو"، و لكن في الواقع لا يضع المعايير الدستورية التي تمكن من التفرقة بين القواعد الدستورية و القواعد القانونية العادية، و من ثمّ إذا أخذنا بالسمو الموضوعي فإن الدستور و القانون هما من نفس المرتبة القانونية، و الفرق بينها يكمن فقط في الموضوع الذي تعالجه القواعد الدستورية من جهة، و موضوع القواعد القانونية من جهة أخرى، و لذلك لا أثر قانوني لمخالفة الدستور في ظل سمو الموضوعي.

الفرع الثاني: الآثار المترتبة على سمو الموضوعي للدستور

يترتب على سمو الموضوعي للدستور آثار، لا يمكن لها في النهاية تحقيق حماية ملموسة للقواعد الدستورية، لأن في ظل سمو الموضوعي للدستور يمكن تجاوز مسألة

¹ - عصام سعيد عبد أحمد، الرقابة على دستورية القوانين دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب، 2013، طرابلس، لبنان، ص ص. 188-189.

المسؤولية، و الجزاء الذي يترتب على خرق الدستور، و يمكن تلخيص تلك الآثار في تعزيز الشرعية السياسية للسلطة (أولاً)، وعدم جواز تفويض السلطة (ثانياً).

أولاً -تعزيز الشرعية السياسية للسلطة: أي إخضاع نشاط الدولة للمرجعية القانونية، و هنا نقصد بالقانون بالمفهوم الواسع فكل القوانين الصادرة عن السلطات العامة هي ملزمة على مؤسسات الدولة و المحكومين على حد سواء، و من ثم كل نشاط تقوم به إحدى سلطات الدولة يجب أن يتوافق مع الدستور الموضوعي أو المادي القائم في الدولة، و هذا ما يدعم شرعية نشاط السلطة التشريعية و التنفيذية و القضائية، لأن السلطات هي مقيدة بمضمون الدستور بالدرجة الأولى و كل عمل صادر عنها بطبيعة الحال يجب أن يتوافق مع موضوع القاعدة الدستورية، فالسلطة التشريعية عند سنها للتشريعات العادية ملزمة باحترام النهج و الهدف الموضوع بمقتضى القاعدة الدستورية، و نفس الحديث ينطبق على السلطة التنفيذية في مجال القرارات الإدارية، و كل خروج عن تلك الشرعية القانونية يحول نشاط السلطة العامة إلى عمل مشوب بعيب مخالفة الشرعية المادية للدستور، و قد ينتج رد فعل للرأي العام فتتوقف درجة المخالفة من قبل الحكام على حدة موقف الرأي العام على التصرف المعيب، و من ثم فإن السمو الموضوعي لا يحقق لنا الحماية الدستورية للحقوق و الحريات الأساسية، على اعتبار أن موضوعها هو في نفس درجة القواعد القانونية الأخرى، وجزاء انتهاكها متوقف على الرد الاجتماعي الذي هو ذو طابع سياسي و ليس قانوني ملزم.

ثانياً -عدم جواز تفويض السلطة: كما تم ذكره أعلاه فإن الدستور يحدد اختصاصات السلطات و يرسمها، فإنه كمبدأ عام لا يمكن لأي سلطة من السلطات أن تفوض صلاحياتها لسلطة أخرى، و هنا نكون أمام مظهرين للتفويض، فقد يكون خارجي بين سلطة و سلطة أخرى كتنازل رئيس الجمهورية لصلاحياته للبرلمان أو العكس، و قد يكون داخلي أي داخل السلطة في حد ذاتها كتفويض صلاحيات رئيس الجمهورية للوزير الأول أو العكس.

فعند أداء البرلمان لصلاحيته التشريعية، " الذي يشترط في انعقاده نصاباً محدد مسبقاً في الدستور، فتلك الصلاحية لا تتجزأ على النواب و لا يمكن لأي أحد منهم أن يعتبرها حقاً ذاتياً له، أي أن هذه الصلاحية التي يتصرف من خلالها النائب أو ذلك هي صلاحية مفوضة إليه، لهذا لا يمكن للمفوض من غيره أن يفوض غيره أو يوكله عملاً بالمبدأ تفويض على تفويض لا يجوز"¹، إلا إذا وجد نص دستوري يخالف ذلك²، و هو ما قد يشكل مساس بالحقوق و حريات الأفراد. إذا اعتبرنا أن مسألة تنظيم الحقوق و الحريات بواسطة القوانين هي من صلاحية البرلمان، و تفويض هذا الأخير تلك السلطة للسلطة التنفيذية التي قد تعبت بموضوع الحقوق الأساسية.

و نستخلص من كل ما تم ذكره سلفاً أن كل تفويض للسلطات بدون وجود نص هو باطل لأنه يعتبر في حد ذاته تعديل غير شرعي للدستور³، و يعد ذلك مرتبطاً بمبدأ المسؤولية السياسية التي قد تترتب على نشاط الحكام، فكل سلطة هي مسؤولة على أعمالها و على أدائها في وقتها، و أجالها، و طبقاً للمسار المحدد في القاعدة الدستورية كالتزام يقع

¹ - أمين عاطف صليبا، المرجع السابق، ص. 79.

² - لقد عبر على ذلك الدستور الفرنسي لسنة 1958 المعدل و المتمم صراحة بعدم جواز تفويض كأصل عام و لكن هناك استثناءات على ذلك سواء بين البرلمانيين فيما بينهم، أو بين السلطات العامة، فنصت المادة 27 على أن: " كل تفويض إجباري يعتبر باطل، حق التصويت المقرر لأعضاء البرلمان هو حق شخصي، يسمح للقانون الأساسي بالتفويض في التصويت بصفة استثنائية. وفي هذه الحالة لا يجوز لأحد أن يتلقى أكثر من تفويض واحد"، و ما نصت عليه المادة 38 من نفس الدستور في إطار مظاهر تغليب السلطة التنفيذية على السلطة التشريعية الذي جاء به دستور الجمهورية الخامسة، أو بما يسمى بعقلنة النظام البرلماني: " يجوز للحكومة أن تطلب من البرلمان الترخيص بأن يتخذ - بموجب مراسيم خلال مدة محددة- تدابير تدخل عادة في نطاق اختصاص القانون من أجل تنفيذ برنامجها. و تتخذ المراسيم في مجلس الوزراء بعد استشارة مجلس الدولة و تكون المراسيم سارية المفعول منذ نشرها، و لكنها تصبح لاجية إذا لم يعرض مشروع القانون الخاص بإقرارها على البرلمان قبل التاريخ الذي يحدده قانون التفويض. و لا يجوز التصديق إلا بشكل صريح"، فعملية التفويض تخضع لإجراءات خاصة تتمثل في وجوب أن يكون ذلك التفويض مؤقت، و وجوب صدور قانون التفويض على البرلمان، ثم صدور المراسيم المنصبة على مواضيع التفويض، و أخيراً إيداع الحكومة لمشروع قانون يقر تلك المراسيم بقانون، و في هذا المجال لقد أقر المجلس الدستوري الفرنسي بخصوص تطبيق أحكام المادة 38 من الدستور، أن الحكومة ملزمة بتحديد بدقة للبرلمان مواضيع التفويض، و التدابير التي ستأخذها في ذلك الشأن و مجالات تطبيقها، و من ثم فقانون التفويض هو الذي يحدد التدابير التي ستتخذها الحكومة في مواضيع التفويض عن طريق المراسيم.

Voir: Bertrand Pauvert, Droit constitutionnel, Sudryama, pp.321-326, disponible en ligne à l'adresse: <https://books.google.dz>.

³ - فؤاد العطار، النظم السياسية و القانون الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة 1964، ص. 219.

عليها، و بالتالي فتح الباب لتفويض الاختصاص سيؤدي حتما إلى تهرب الحكام من أداء التزاماتهم الدستورية، و من ثم الإفلات من المسؤولية السياسية، و الجنائية.

و على ذلك الأساس مخالفة سمو الدستور الموضوعي له جزء سياسي و تقريره متوقف على حدة رد فعل الفاعلين على الساحة السياسية كالأحزاب، المعارضة، الرأي العام، المجتمع المدني.. الخ و على مدى قدرت تلك التجمعات من التأثير على السلطات العامة بتوجيه مواقفها على نحو معين.

فمن الناحية العملية لا يكفي السمو الموضوعي للدستور لصيانتته من المساس بأحكامه، باعتبار كل شيء مرهون بموقف الشعب و الرأي العام من مخالفة الدستور، و لا نتصور أن يكون له دور فعال في الحياة السياسية للدولة إلا إذا كان الشعب واعي بأهمية الدستور، كعقد اجتماعي يربط الحاكم بالمحكوم و كذا بمدى ترسخ الوعي السياسي في مجتمع ديمقراطي.

و عليه، فمن الضروري لتحقيق السمو الحقيقي للدستور أن يعزز و يكمل السمو الموضوعي بالسمو الشكلي للدستور، و الذي لا نتصوره إلا في ظل الدساتير الجامدة، كي يمكن تحقيق الحماية الدستورية للحقوق الأساسية.

المطلب الثالث: الحقوق الأساسية بين التدرج و المساواة

يعد مبدأ تدرج القواعد القانونية أحد ركائز دولة القانون، والأكثر من ذلك فإننا نجزم بأن دولة القانون هي دولة تدرج القواعد القانونية و الحقوق الأساسية التي تشكلان عنصرين أساسيين في بناء نظرية دولة القانون، و بإقامة العلاقة بينهما أي " دولة تدرج القواعد القانونية" و "الحقوق الأساسية" يمكن استخلاص تعريفا لدولة القانون¹.

¹-Bertrand FAURE, op.cit, p.478.

إن مبدأ تدرج القواعد القانونية يجعل من الدستور القانون الأساسي في الدولة يعلو كل القواعد القانونية، و من ثم تكتسب القواعد الدستورية خصوصية تفرض على السلطة التأسيسية تضمين الدستور بنصوص إجرائية معقدة لتعديل الدستور تختلف عن تلك القواعد المقررة لتعديل القواعد القانونية الصادرة عن السلطات المؤسسة، بهذا المفهوم نحن نتحدث عن النمو الشكلي الذي يتميز به الدستور في دولة القانون.

و لكن التدرج لم يقتصر فقط على الدستور بالنظر للقواعد الأخرى في الهرم القانوني و هو المظهر الخارجي للتدرج، فنجد أنه اتسع لتدرج داخل الدستور في حد ذاته لجهة الحقوق الأساسية أمام اكتساب القواعد المكرسة للحقوق و الحريات من خلال الدستور، أو من خلال إعلانات الحقوق المختلفة للطبيعة الدستورية.

و باتساع المرجعية الدستورية، كما هو الحال في فرنسا إلى قواعد لا يتضمنها صلب الدستور بل نجدها خارج الوثيقة الدستورية، أين أصبح الفقه و القاضي الدستوري لا يحدد نطاق القواعد الدستورية في تلك الوثيقة فقط، بل انتقل إلى المفهوم الواسع للقواعد الدستورية تم إطلاق عليها اسم: "الكتلة الدستورية"¹، ذلك الأمر أثار خلاف فقهي حول

¹ - إن المجلس الدستوري الفرنسي بتكوينه للكتلة الدستورية على ضوء اجتهاداته، و في مسألة حماية الحقوق الأساسية، أصبح يثير من تلقاء نفسه لمساائل لا تثيرها سلطات الإخطار في رسالة الإخطار التي تتضمن الأوجه المتعلقة بعدم دستورية الأحكام القانونية للدستور، و هو ما نلّمسه من خلال اجتهاداته، فهو يستند على مواد من إعلان 1789، أحكم ديباجة دستور 1946، ميثاق البيئة لسنة 2005، المبادئ الأساسية المعترف بها في قوانين الجمهورية، و على الأهداف ذات القيمة الدستورية بنفس الكيفية التي يستند عليها في أحكام الدستور، فالقاضي الدستوري يثير من تلقاء نفسه أوجه عدم الدستور مستندا على الكتلة الدستورية من أجل ضمان الحقوق الأساسية، و من ثم استخدام تلك التقنية تحمل في طياتها نوعا من التطوع، و حتى نوعا من التدخل في حرية السلطة التشريعية، فعملية استخدام سلطة المجلس الدستوري في إثارة من تلقاء نفسه أوجه عدم الدستورية من الأفضل أن تتخذ بحذر، و يشكل مبدأ المساواة، و إلغاء الأحكام القانونية التي لا علاقة لها بموضع مشروع القانون، أو مقترح القانون، الوجهين المتارين تلقائيا من قبل المجلس الدستوري هما الأكثر تطبيقا بنسبة تتجاوز 50%، ويستعمل القاضي الدستوري قواعد مرجعية التي تتضمن مجموعة من المبادئ، و التي تطبق على عدة حالات واقعية، و تتجلى تلك المبادئ في مبدأ المساواة، مبدأ الشرعية الجرائم و العقوبة، اختصاص المشرع و الحرية الفردية. Voir: Anne-Carlène BEZZIANA, op.cit, pp.610-611.

وجود تدرج في عناصر الكتلة الدستورية من عدمه، وذلك انعكس بشكل مباشر على الحقوق الأساسية، فالقول بوجود تدرج في الكتلة الدستورية يؤدي بنا إلى القول بوجود تدرج في الحقوق الأساسية، أما إنكار التدرج في الكتلة الدستورية سينتج عنه تساوي الحقوق الأساسية في المرتبة، وعليه سنركز لتبيان ذلك التدرج على الجدل الفقهي الذي خاضه الفقه الفرنسي في ذلك الموضوع، و هنا نميز بين صورتين للتدرج الأولى التدرج الشكلي للحقوق الأساسية (الفرع الأول)، والتدرج الوظيفي (fonctionnelles) أو المادي (matérielles) للحقوق الأساسية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: التدرج الشكلي للحقوق الأساسية

البحث في التدرج الشكلي للحقوق الأساسية يؤدي بنا إلى وجوب تحديد الوثائق التي أقرت لها النصوص أو اجتهد القضاء الدستوري القيمة أو الطبيعة الدستورية، تلك الوثائق تعد المرجعية التأسيسية للحقوق الأساسية في الدولة، وعليه فالشكل يفرض علينا عدم الغوص في موضوع و جوهر تلك الحقوق، بل اقتصر النظر لتلك الوثيقة ذات الصبغة الدستورية من الخارج و معرفة الهدف من وضعها و السياق التاريخي و الزمني الذي جاءت فيه، إذا لا يمكن لنا الحديث على التدرج الشكلي إلا أخذنا بالمفهوم الواسع للدستور، لأننا إذا أخذنا بالمفهوم الضيق للدستور فإن الدستور يقتصر على الوثيقة المسماة بالدستور، و انقسم الفقه إلى فريقين، الفريق الأول يؤيد وجود تدرج شكلي للحقوق الأساسية (أولاً) وفريق ينكر ذلك (ثانياً).

أولاً - الآراء المؤيدة لوجود تدرج شكلي للحقوق الأساسية: يمكن تعريف التدرج الشكلي على أنه: " ذلك التدرج الناتج عن النصوص التي تصنع درجات للقواعد على شكلا تسلسلي وفق النموذج الكلسيني، خاصة وأن لحقوق والحريات في عصرنا تجد مصدرها في النصوص ذات القيمة الدستورية، فيتم وضع عينة منها أو البعض من ضماناتها،

بشكل سامي في النص المقرر لها ذو الطبيعة الدستورية على غيرها من الحقوق و الضمانات الأخرى"¹.

و لقد اعتمد الفقه الفرنسي بشكل كبير على تصنيف الحقوق الأساسية بترتيبها الكرونولوجي أي الزمني، و جعل من الحقوق المدنية و السياسية هي التي صدرت بموجب إعلان حقوق الإنسان و المواطن لسنة 1789 و سمية بحقوق الجيل الأول، و الحقوق الاقتصادية و الاجتماعية هي التي صدرت بموجب ديباجة دستور 1946 و سميت بحقوق الجيل الثاني، و حقوق حديثة كالحق في البيئة التي جاء بها ميثاق البيئة لسنة 2004 و سميت بحقوق الجيل الثالث، و ذهب بعض الفقه إلى القول أن بعض المبادئ هي الأصل في الكتلة الدستورية، تعلقو و تسمو على مبادئ أخرى التي تعد من اقل درجة، و هنا نميز بين اتجاهين هناك من قال أن إعلان حقوق الإنسان والمواطن لسنة 1789 يسموا على ديباجة دستور 1946 و هناك من قال العكس و كل فريق له حججه في ذلك.

أ- نظرية سمو الحقوق الأساسية السلبية على الحقوق الأساسية الإيجابية: نقصد بالحق الدستوري السلبي هو: " ذلك الحق الذي يضيف على صاحبه الحماية ضد التعرض للإيذاء أو الإكراه كما يعرف في ألمانيا، فالحقوق الدستورية السلبية هي حقوقا دفاعية تحمي المتمتع بها من أن يتعرض إلى بعض الأفعال الضارة التي تتم بواسطة الغير غالبا سلطات الدولة"²، فهي حقوق الجيل الأول أي الحقوق المدنية و السياسية التي ترجع أصولها لفلسفة القانون الطبيعي، و التي تم تجسيدها في بداية الحركة الدستورية أواخر القرن 18 وبداية القرن 19، على سبيل المثال: المساواة، الحق في الأمان، حرية المعتقد، حرية الرأي و التعبير، حرمة الحياة الخاصة، تلك الحقوق تم التصنيف عليها في إعلان

¹ - Louis- Philippe LAMPRON, Eugénie BROUILLET, « Le principe de non hiérarchie entre droits et libertés fondamentaux: l'inaccessible étoile ? », Revue générale de droit, vol 41, n°1, 2011, p.103.

² - محمد عبد العال، الهيكل الدستوري للحقوق والحريات الأساسية دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2017، ص.7.

1789 الفرنسي¹، فهي تسمو على الحقوق الأساسية الإيجابية التي تفرض على الدولة التزامات معينة يجب على الدولة توفيرها في المجتمع و التي عرفت المنظومة الفرنسية بعد الحرب العالمية الثانية من خلال ديباجة دستور 1946 المتضمن الحقوق الاقتصادية والاجتماعية.

و لذلك يذهب فريق من الفقه الفرنسي للقول أنه: في حالة التعارض بين إعلان 1789 المقرر للحقوق المدنية والسياسية وديباجة دستور 1946 المقررة للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، فإن القاضي الدستوري عليه بتغليب الإعلان، وبالتالي فعلى القضاء أن يغلب الحقوق المدنية و السياسية على الحقوق الاجتماعية و الاقتصادية في حالة تعارضهم²، و يلخصون حججهم فيما يلي:

1 - أن الحقوق التي جاء بها إعلان سنة 1789 هي حقوق مطلقة غير قابلة للتقادم، و هذا ما نص عليه الإعلان في ديباجته على أنه: "...قرر ممثلو الشعب الفرنسي مؤسسو الجمعية الوطنية . أخذوا بعين الاعتبار أن الجهل و النسيان أو احتقار حقوق الإنسان هي الأسباب الوحيدة للمصائب العامة و فساد الحكومات، إدراج الحقوق الطبيعية و المقدسة

¹ - إن إعلان حقوق الإنسان و المواطن لسنة 1789 تم إدراجه في ديباجة دستور 3 سبتمبر 1791، و لكن ذلك الإعلان لم يطبق في دستور 1791 و هو دستور الملكية الدستورية، و لم يطبق في دستور الجمهورية الأولى المؤرخ في 23 سبتمبر 1792، و الملاحظ أن هذا الإعلان تم إدماجه في النظم المتعاقبة التي جاءت بعد الثورة الفرنسية، في ظل الجمهورية الأولى سنة 1792، نظام القنصلية (Consulat) 1799، الإمبراطورية الأولى 1802-1814، نظام إعادة الأسرة على العرش (Restauration) 1814-1830، ملكية جويلية 1830-1848، الجمهورية الثانية 1848-1852، الإمبراطورية الثانية 1852-1870، أما في الجمهورية الثالثة لسنة 1875 والتي في الحقيقة تجسدت من خلال ثلاث وثائق دستورية صدرت بين شهر فيفري و جويلية لسنة 1875، والتي لم تدمج إعلان 1789، كما هو الحال بالنسبة للوثائق الدستورية التي سبقها للنظم المختلفة والمتعاقبة بعد الثورة الفرنسية لسنة 1789 المشار إليها، فإن الجمهورية الثالثة هي التي طبقت إعلان 1789 على أساس من يقول الجمهورية يقول الحقوق، ذلك التطبيق ترجم من خلال قوانين الجمهورية، كقانون حرية الصحافة المؤرخ في 19 جويلية 1881، الحرية النقابية 21 مارس 1884، حرية العقيدة 9 ديسمبر 1905.

Voir: Simon, « Le régime juridique des principaux droits fondamentaux », 26 septembre 2017, disponible en ligne à l'adresse: <https://www.superprof.fr/ressources/droit/droit-constitutionnel/libertes-fondamentales/environnement-des-droits-fonda.html>.

² - هنري رسيون، المجلس الدستوري، ترجمة د محمد وطفة، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر والتوزيع، لبنان، 2001، ص 81-83.

في إعلان رسمي...¹ و ما نصت عليه المادة 02 من الإعلان: " يكون الهدف من كل تجمع سياسي الحفاظ على حقوق الإنسان الطبيعية غير قابلة للتقادم و هذه الحقوق هي الحرية و الملكية والأمن و مقاومة الطغيان"².

تأسيسا على ذلك يرى الأستاذ فرنسوا جوجويل (François Goguel)³ أن: " كل الحقوق الأساسية التي يعمل المجلس الدستوري على حمايتها من الانتهاكات التي تطالها من المشرع هي ليست من نفس الطبيعة، فالمبادئ السياسية و الاقتصادية والاجتماعية الضرورية لعصرنا التي نصت عليها ديباجة دستور 1946 ليست لها نفس القيمة الدستورية للحقوق المقررة بموجب إعلان حقوق الإنسان و المواطن لسنة 1789، و بالنسبة كذلك للحقوق المعترف بها في قوانين الجمهورية أو الواردة في ذات نصوص الدستور على سبيل المثال المساواة أمام القانون و استقلال السلطة القضائية"⁴.

و يبرر ذلك الأستاذ فرنسوا جوجويل على أن: " ذلك الفرق في الدرجة يفسر من خلال عبارات إعلان حقوق الإنسان و المواطن لسنة 1789، التي لا تشير على أنها خاصة بحالة من تطور تاريخ الإنسانية و بتقدم المجتمع، فتلك الحقوق قررت للإنسان على اعتباره إنسان، فهي حقوق مطلقة وغير قابلة للتقادم، وعلى العكس من ذلك فالحقوق التي أقرتها ديباجة دستور 1946 هي أصلا تم تبنيها لأنها ضرورية لعصرنا، فهي مبادئ ضرورية لوقتنا الحاضر و ليس من اللازم أن تكون ضرورية لنا في الماضي و لا في المستقبل، فهي لم تكن ضرورية في الماضي و يمكن أن لا تكون ضرورية في المستقبل،

¹- Préambule, De la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789.

² - Art 2 , De la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789

³- فرنسوا جوجويل ولد سنة 1909 بباريس، بروفييسور في العلوم السياسية امتهن مهنة التدريس بكلية العلوم السياسية بباريس، و تولى عدة مناصب على مستوى البرلمان الفرنسي (مجلس الشيوخ) سنة 1931، و سنة 1958 إلى غاية سنة 1971، و كذا مجلس الجمهورية سنة 1948 إلى سنة 1958، عضو في المجلس الدستوري الفرنسي من سنة 1971 إلى غاية سنة 1980، توفي بتاريخ 1990/04/15.

⁴-François GOGUEL , « Objet et portée de la protection des droits fondamentaux , conseil constitutionnel français », Revue internationale du droit comparé, vol 33, n°2, 1981, pp. 443 -444.

فعلى سبيل المثال الحق في الإضراب المعترف به بموجب ديباجة دستور 1946¹، فإن ذلك الحق أصبح ضروريا في مجتمع رأسمالي و لم يبق ضروريا في مجتمع اشتراكي، و يواصل للقول أن المبادئ الضرورية لوقتنا الحاضر على العكس من الحقوق المقررة في إعلان 1789 فهي مرهونة بمعامل التوافق و النسبية².

و يعطي الأستاذ فرنسوا جوجويل الذي كان أحد الأعضاء المشكلين للمجلس الدستوري الفرنسي أمثلة عن موقف المجلس، من خلال قراره المؤرخ في 15 جانفي 1975 المتعلق بالانقطاع الإرادي للحمل، و قراره المؤرخ في 20 جانفي 1980 المتعلق بالأمن والحرية، أين أكد فيهما المجلس على أن: "ليس له سلطة عامة في التقدير والتقرير مماثلة للبرلمان"، و بالتالي يجب الاعتراف للبرلمان حرية التصرف والتقدير بشكل واسع عندما يتعلق الأمر بتكريس وجعل حيز التنفيذ " المبادئ الضرورية لعصرنا"، مثل الحق في الإضراب، وحق العمال في المشاركة بواسطة ممثليهم في التحديد الجماعي لشروط العمل وكذلك في إدارة المؤسسات، ذلك الأمر لا نجده بالنسبة للحريات الشخصية، حرية المعتقد، حرية تشكيل الجمعيات، حرية التعليم، حرية الذهاب و الإياب، الحق في الدفاع، المساواة أمام القانون، و منع كل حبس كفي و تعسفي، عدم قابلية عزل القضاة، و كذا فيما يتعلق بضمان استقلالية السلطة القضائية³.

و يؤيد الأستاذ ستيفان ريال (Stéphane Rials) نفس الاتجاه بقوله أن: "تعد بعض المبادئ مؤسسة للنظم القانونية، فأعلان حقوق الإنسان و المواطن لسنة 1789 ليس هو المنشئ لتلك المبادئ التي تضمنها، بل هذه الأخيرة تعتبر سابقة الوجود على الإعلان

¹ - تلك الديباجة تم التصويت عليها بالموافقة مع دستور 1946، من قبل نواب الحزب الشيوعي، و لتضمن ديباجة دستور 1946 على مبادئ تصب جلها في إطار الحقوق الاجتماعية التي ناضل من أجلها الحزب الشيوعي القائم على الفكر الماركسي و الاشتراكي، فكان من الطبيعي أن ذلك الحزب يؤيد ذلك المسعى.

² - François GOGUEL, op.cit, p. 444.

³ - Ibid.

في حد ذاته، أين تتميز بالسمو و العلو، و هي طبيعية غير قابلة للتقادم، بحيث تحضا بتوافق فريد من نوعه، من جهة أخرى هناك بعض المبادئ التي قد تظهر في وقت من أوقات حضارتنا القانونية على أنها تكتسي صفة العلو ولكن مرتبتها أدنى من الأولى التي كانت تتوافق مع أخلاق القرن الماضي، ومن جهة أخرى فتلك المبادئ لا تحضى بذلك الإحساس الجماعي لدى الأفراد بالتوافق، خاصة عندما يتزامن ذلك مع تجسيد تلك الأفكار التي تأخذ صفة التوجيهات هذا ما نلمسه من ديباجة دستور 1946 عندما تنص على أن: "تضمن الأمة للجميع لاسيما الطفل و الأم و العمال و المسنين حماية الصحة و الأمن المعيشي والراحة وأوقات الفراغ، ويكون لكل إنسان غير قادر على العمل بسبب سن أو حالته البدنية أو العقلية أو وضعه الاقتصادي الحق على الحصول على الوسائل الملائمة للوجود في المجتمع"، وما نصت عليه الديباجة بأنه: "يشارك كل عامل من خلال وساطة ممثليه في التحديد الجماعي لشروط العمل و كذلك في إدارة المؤسسات"¹.

و يؤيد هذا الاتجاه الفقيهان اندريه دي لوبادير، بيير دلفوفيه (André de Laubadère et Pierre Delvolvé) في مؤلفهما القانون العام الاقتصادي مستنديين في ذلك أن إعلان 1789 مشبع بالمذهب الليبرالي الفردي، عكس مقدمة دستور 1946 التي جاءت تكريسا بما يسمى بدولة العناية التي تفرض على الدولة التدخل في المجال الاجتماعي و الاقتصادي²، بعدما تم الانتقال من مفهوم الدولة الحارسة لمفهوم الدولة المتدخلة، و يضع المؤلفان المبادئ الليبرالية في الصدارة بالنسبة للمبادئ الأخرى.

وعليه فيرى الفقيهين أن المبادئ ذات الطبيعة التدخلية التي أتى بها دستور 1946 تأتي في المرتبة الثانية بعد إعلان 1789 و عندما تتعارض مع ما هو منصوص عليه في إعلان 1789 فإنه يتم تغليب هذا الأخير، باعتبار أن المبادئ الليبرالية تشكل

¹ - Kemal GöZLER, Le pouvoir de Révision Constitutionnelle, Thèse de doctorat en Droit soutenue le 6 novembre 1995, Presses universitaires du Septentrion, p.316.

² -Ibid, p. 317.

القانون العام وأما المبادئ الأخرى استثناء عليه، ومن ثم يجب أن تكون المبادئ ذات النزعة التدخلية التي نادت بها مقدمة دستور 1946 تندمج في النظام الذي يقر النزعة الليبرالية¹.

أما الحجة الثانية فهي قائمة على الطابع المتمم لديباجة دستور 1946 لما جاء به إعلان 1789 و هذا يستشف من عبارات مقدمة دستور 1946 التي تنص على أنه: " يعلن الشعب الفرنسي رسميا تمسكه بمبادئ حقوق الإنسان و بمبادئ السيادة الوطنية مثلما حددها إعلان 1789، وأثبتتها وأتمتها ديباجة دستور 1946..."²، و عليه فالحقوق التي تضمنها ديباجة دستور 1946 هي مكملة للحقوق التي جاء بها إعلان 1789 التي تعد هي الأصل والمنبع، ومن ثم لا يمكن تصور الحقوق التي جاءت بعدها إلا في مرتبة أدنى منها.

2 - سمو إعلان حقوق الإنسان و المواطن لسنة 1789، يستخلص من خصائص ذلك الإعلان التي هي عبارة عن تقرير للحقوق الطبيعية المقدسة و الغير قابلة للتقادم، و التي تجد أساسها في أفكار مدرسة القانون الطبيعي التي شملت كل الإعلان³، هذا ما نلمسه من خلال ديباجة الإعلان الذي نص على أن: " قرر ممثلو الشعب الفرنسي مؤسسو الجمعية الوطنية أخذ بعين الاعتبار أن الجهل أو النسيان أو احتقار حقوق الإنسان هي الأسباب الوحيدة للمصائب العامة و فساد الحكومات. إدراج الحقوق الطبيعية و المقدسة للإنسان في إعلان رسمي..."⁴، فصفة الإنسان تكون مرتبطة بشكل فوري بالحقوق، و هي تتعلق بالأساس بالحريات، أو حق التصرف، ولا تتعلق بحقوق دائنية تجاه المجتمع، هذا هو المفهوم الليبرالي لموضوع الحقوق، فهو يعترف بحرية التصرف، ولا يفرض تدخل

¹- Kemal GöZLER, op.cit, p.317.

² - Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946.

³-Yves MADIOT, «L'influence de la déclaration des droits de l'homme et de citoyen de 1789 sur le droit international des droits de l'homme », Revue québécoise de droit international , vol n° 6, 1989-1990, p.2 .

⁴ - La Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, préambule,...Op.cit.

إيجابي من قبل الجماعات العامة، أما تصرف المجتمع يرتبط بالامتناع¹، و ذلك ما عبرت عنه المادة 4 من الإعلان: " تكمن الحرية في القدرة على فعل كل ما لا يضر بالغير. ولذلك فإن ممارسة الحقوق الطبيعية لكل إنسان ليس لها حدود إلا تلك التي تكفل للأعضاء الآخرين في المجتمع التمتع بذات الحقوق. ولا يجوز تعيين هذه الحدود إلا بموجب القانون"².

و في نفس السياق يرى مستشار مجلس الدولة الفرنسي دانيال ليفيس (Daniel Levis) أن الحقوق المقررة في إعلان 1789 تتميز بأنها: " حقوقا قاطعة تنطلق من فرضية الفرد، و لها طبيعة خاصة بها"، فهي الحقوق الأولية و يمكن القول عنها هي " حقوق الحقوق"، و من ثم كل الحقوق التي أتت من بعدها لا يمكن أن تكون لها نفس القيمة³ مع تلك الحقوق الأولية التي تمثل الحقوق الأصلية، و يرى ميشال لوفيني (Michel Levinet) بأن حقوق الجيل الأول تسمو على حقوق الجيل الثاني على اعتبار أن: " الحقوق المدنية و السياسية هي حقوق يمكن أن تكون محل تقاضي، في حين الحقوق الاقتصادية و الاجتماعية لا تتمتع بالتقاضي إلا بشكل نسبي، لأنها تحتاج لوضع تدابير تشريعية، و تتوقف على توافر المصادر الاقتصادية و المالية العمومية"⁴.

ب- نظرية سمو الحقوق الأساسية الإيجابية على الحقوق الأساسية السلبية: و على عكس الحق الأساسي السلبي الذي يخلق دائرة للفرد من الحقوق التي لا يمكن للغير مساسها و التدخل فيها، فإن الحق الأساسي الإيجابي: "هو ذلك الحق الذي يلزم على

¹- Henri OBERDORFF, op.cit, p.67.

²-Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946.

³-Simon, « De la confrontation entre droits fondamentaux : stricte égalité ou nécessaire hiérarchie ? », 4 Janvier 2018, disponible en ligne à l'adresse: <https://www.superprof.fr/ressources/droit/droit-constitutionnel/libertés-fondamentales/supra-constitutionnel.html>.

⁴-Tatiana Gründler, « La doctrine des libertés fondamentales à la recherche des droits sociaux », Revue des droits de l'homme, CRDF, n°1, 2012/1,p.109.

الدولة التدخل بالقيام بعمل معين فهي تفرض التزامات عليها لابد من الدولة أن توفرها لصالح الجماعة، فهي استحقاقات دستورية¹، و خير مثال عن هذه الحقوق الحق في التعليم، الحق في السكن، الحق الضمان الاجتماعي... إلخ، و تجد تلك الحقوق أصلها في الفكر الاشتراكي و النظرية الفلسفية الماركسية.

هناك جانب من الفقه الفرنسي يعتقد أن ديباجة دستور 1946 المقررة للحقوق الاقتصادية و الاجتماعية و كذا الثقافية أسمى من إعلان حقوق الإنسان والمواطن لسنة 1789، المقرر للحقوق المدنية والسياسية من الناحية الشكلية، و بالتالي جعل من الحقوق الاقتصادية و الاجتماعية أسمى من الحقوق المدنية و السياسية، وإذا كان هناك تنازع للحقوق على ضوء المنازعة الدستورية فعلى القاضي تغليب ديباجة دستور 1946 على إعلان 1789²، أين استندوا على حجتين الأولى تقتضي بوجوب تفضيل النص الأحدث من حيث التاريخ على النص القديم، و الثانية أن " المبادئ الضرورية لعصرنا " يجب أن تسمو على المبادئ التي جاءت في أزمنة سابقة.

1- الحجة الأولى فهي تفرض تفضيل النص الجديد من حيث تاريخ صدوره على النص القديم في حالة تنازع بين النصين و بالتالي فديباجة دستور 1946 تسمو على إعلان 1789، ونجد أن فكرة تفضيل العمل القانوني الأحدث من حيث التاريخ عن سابقه يثار

¹ - محمد عبد العال، المرجع السابق، ص.10.

² - في حقيقة الأمر أن إعلان 1789 أنحصر في الحقوق الطبيعية الغير قابلة للنقادم و هي: الحرية، الملكية، الحق في الأمان، مقاومة الطغيان، فالحرية تتحدد حسب الإعلان بالقيام بأي فعل شرط أن لا يلحق ضرر بالغير، و لا حدود للحرية إلا تلك الأفعال التي يمنعها القانون صراحة، و من ثم لا يمكن إزعاج شخص عن آرائه حتى و إن كانت دينية، و إن كانت حرية الجمعيات و التظاهر لم ينص عليها الإعلان، فإن المجلس الدستوري الفرنسي جعلها من تلك الحريات منبثقة من حرية الرأي المجسدة في الإعلان و اعتبرها حقوقاً أساسية، و أما الملكية فهي مقدسة ولا يمكن انتهاكها حسب الإعلان إلا لتحقيق المصلحة العامة، على أن كل نزع للملكية للضرورة العامة يجب أن يقابله تعويض مسبق عادل و منصف، أما حق الأمان يكمن في منع الاعتقال الكيفي فلا يجوز اتهام أي إنسان أو القبض عليه أو حبسه إلا في الحالات التي يحددها القانون، و كل اعتقال تعسفي يخضع أمره و منفذه للعقاب، أما مسألة الحقوق السياسية فتتجسد بمقتضى الإعلان في السيادة التي تكمن أساساً في الأمة، و كل طغيان يجوز مقاومته.

في شتى المنازعات القضائية سواء أمام القاضي العادي أو الإداري، كالدفع بحجة العقد الحديث التاريخ على عقد سابق له، أو كالدفع بحجة اجتهاد قضائي حديث التاريخ يتعلق باتخاذ موقف لحل مسألة معينة على اجتهاد قضائي سابق له من حيث التاريخ عالج نفس المسألة بشك مغاير... إلخ، وعلى ما يبدو أن الفقه الدستوري نقل نفس الفكرة لتفضيل الحقوق الأساسية حديثة التاريخ عن الحقوق الأساسية السابقة من حيث التاريخ.

و في هذا الصدد يحلل الفقيه لويك فيليب (Loïc Philip) هذا الفكرة على أن: "الأحكام التي تضمنها دستور 1958 تسمو على ديباجة دستور 1946 التي تتفوق على المبادئ الأساسية المعترف بها بواسطة قوانين الجمهورية التي تسمو من جانبها على إعلان 1789، وأن الأحكام المتضمنة في هذا النص لا يمكن أن تنطوي على قيمة دستورية إلا حينما لا تتعارض مع الأحكام الدستورية الأخرى اللاحقة، و أنه يجب أن يتم تحديد مداها، مع الأخذ في الاعتبار القيود التي يمكن أن تتدخل بالتالي في النصوص ذات القيمة الدستورية"¹.

بمعنى أن العبرة بتاريخ دخول الحقوق الأساسية في النظام القانوني واعتبارها نافذة، فكل حق أساسي حديث من حيث التاريخ يعد أسمى من الحقوق السابقة له، إذا الفقيه يعطي مفهوم حدثي للحقوق الأساسية على أنها في حركية مستمرة في المجتمع، و تتطور من زمن لآخر بظهور حقوقا جديدة لم تكن موجودة في الماضي، فميلاد الحقوق الجديدة يمنحها صفة العلو على الحقوق السابقة لها، و إذا أخذنا تطور الحقوق الأساسية في المنظومة الفرنسية نجد ميثاق البيئة لسنة 2005 لحد الساعة هو آخر ما تم إدماجه في الدستور الفرنسي وتشكل قواعده مرجعية في الرقابة الدستورية، وعليه بحسب نظرة الفقيه فإن حق البيئة في حالة تنازعه مع حقوق نصت عليها ديباجة دستور 1946 أو إعلان 1789، فيغلب حق البيئة لأنه حديث من حيث التاريخ.

¹ -Kemal GÖZLER, op.cit, p. 318.

2 - أما الحجة الثانية أبرزها الفقيه فرنسوا لوشير (François Luchaire) في سنة 1974 فبحسبه "إعلان حقوق الإنسان والمواطن لسنة 1789 أجاب على متطلبات عصره و أن لعصرنا متطلبات أخرى، فإذا كانت الملكية حقا مقدسا لا يمكن انتهاكه في ظل إعلان 1789، فأصبحت في عصرنا الحالي تؤدي وظيفة اجتماعية، والمساواة أمام القانون تحولت من مساواة شكلية إلى مساواة مادية، و من ثم يتوصل الفقيه فرنسوا لوشير للقول أنه: "لا يجب تفسير إعلان 1789 كما لو كنا في عصر الثورة الفرنسية لسنة 1789، ولكن بالنظر لعصرنا الذي نعيشه، و بطبيعة الحال لو رجعنا إلى الأحكام العامة لدستور 1958 ومقدمته وما تضمنته مقدمة دستور 1946 فإننا، سنلاحظ تضمن دستور 1958 على حكم حاسم، و هو حكم المادة الثانية من الدستور التي تنص على أن فرنسا جمهورية...اجتماعية، وهذا التأكيد يقدم لنا مفتاح تفسير إعلان 1789 الذي يجب أن يتطابق مع متطلبات عصرنا"¹.

و في مقال آخر للفقيه فرنسوا لوشير (François Luchaire)، يؤكد على القيمة الدستورية لديباجة 1946 بناء على ديباجة دستور 1958 التي تستند عليها، و كذا على قرار المجلس الدستوري المؤرخ في 15 جانفي 1975، ويؤكد في نفس الوقت على ضرورة تكيف إعلان على ضوء ديباجة 1946 بالقول أن: "ديباجة 1946 ليست إعلان للحقوق و الحريات، هي الاعتراف بمبادئ سياسية اقتصادية واجتماعية، أين يؤكدون واضعي الديباجة على أنها ضرورية لعصرنا، بجانب للحقوق والحريات، فهي - الحقوق الاقتصادية و الاجتماعية- عبارة عن خدمات يجب على الأمة أن تضمنها للأفراد،

¹ -François LUCHAIRE, « Le Conseil constitutionnel et la protection des droits et des libertés du citoyen », in Mélanges offerts à Marcel Waline, L.G.D.J , Paris, 1974, pp.572-573, et voir Kemal GöZLER, op.cit, p. 318.

بمعنى هي التزامات تقع على القوة العمومية¹، فالحاضر هو الذي فرض على المؤسس سن ديباجة 1946 المتضمنة "المبادئ السياسية والاقتصادية والاجتماعية"² كما سماها الفقيه، و التي يجب أن يتم تكييفها مع الحقوق و الحريات بمعنى حقوق الجيل الأول، مما يؤدي بنا للقول أن الفقيه فرنسوا لوشير من الفقهاء الذين يؤيدون فكرة سمو ديباجة دستور 1946 على إعلان 1789. و إن كان ذلك الرأي له جانب من الصواب، فإنه من الناحية العملية لانجد في اجتهادات المجلس الدستوري الفرنسي أنه غلب الحقوق الاقتصادية و الاجتماعية على أساس تلك الاعتبارات التي أثارها الفقيه فرنسوا لوشير.

ثانيا- الآراء المنكرة لوجود تدرج شكلي للحقوق الأساسية: هناك جانب من الفقه الفرنسي أنكر وجود تدرج شكلي بين عناصر الكتلة الدستورية، وبالتالي لا وجود لتدرج بين الحقوق الأساسية فهي على درجة واحدة، وتحضى بنفس الحماية أمام القضاء الدستورية أثناء النظر في المنازعة الدستورية، واستند ذلك الفقه على عدة أسانيد نلخصها فيما يلي:

يستند أنصار الرأي المنكر للقول بعدم وجود تدرج بين الحقوق الأساسية المضمونة بموجب عناصر الكتلة الدستورية على مبدأ "وحدة الدستور"، و هو ما أكده جانب من الفقه الفرنسي، فإذا كانت الكتلة الدستورية بمكوناتها هي المشكلة للدستور، فإنه يجب أن يأخذ بها كوحدة واحدة غير قابلة للتجزئة، فلا يمكن القول أن وثيقة من الوثائق المشكلة للكتلة الدستور تعلو وثيقة أخرى، على سبيل المثال لا يمكن القول أن الإعلان يعلو

¹-François LUCHAIRE, « Procédures et techniques de protection des droits fondamentaux du conseil constitutionnel Français », Revue international de droit comparé, Vol.33, n°2, Avril-juin 1981, p.297.

² - François LUCHAIRE, « Procédures et techniques de protection des droits fondamentaux du conseil constitutionnel Français »,...op.cit, p.297.

الديباجة أو الميثاق أو الدستور... الخ، ويبررون ذلك بأن كل الوثائق المشكلة للكتلة الدستورية وضعت من سلطة واحدة ألا وهي السلطة التأسيسية.

على ذلك الأساس يؤكد الفقيه فيدال (Vedel)، بأنه: "لا يمكن القول بوجود تدرج بين النصوص بالنظر لصحتها، فقيمتها هي ناتجة من الاستفتاء الدستوري لسنة 1958 و الذي منحها قيمة قانونية متساوية"¹.

و يؤكد أنصار الاتجاه المنكر لوجود تدرج شكلي في الحقوق الأساسية وجهة نظر الفقيه هنري روسيون (Henry Roussillon)، على أن أنصار الاتجاه المتبني لفكرة التدرج داخل الكتلة الدستورية، في حقيقة الأمر لهم خلفيات سياسية حول ذلك الموضوع و لم يقوموا ببناء فكرتهم على اعتبارات قانونية، ويقول في هذا الشأن الفقيه فليب تيريني (Philippe Terneyer) أن: "الجدل الفقهي كان في ذروته عندما وصل تحالف الاشتراكيون و الشيوعيون سنة 1981 للسلطة، فكان البعض منهم يرى أنه يجب تجسيد قطيعة مع الرأسمالية، و تبني اتجاهات ليبرالية جديدة بخلاف ما كان عليه الحال من تغلغل الرأسمالية التي كانت تمثل السمة المميزة للاقتصاد الفرنسي قبل مجيئهم للسلطة، أما البعض الآخر فكان يرى خلاف ذلك وهم الذين استبعدوا من السلطة منذ نشئت الجمهورية الخامسة أي أكثر من عشرين سنة، حيث يرون أن المبادئ السياسية والاقتصادية المنصوص عليها و الواردة في مقدمة دستور 1946 على قدر من الضرورة تتجاوز في زمننا ضرورة إعلان 1789 وأهميته، وعليه لها الأولوية و الأفضلية عليها"².

¹ -Kemal GöZLER, op.cit, p.327.

² - Ibid.

و من ثمّ يؤكد على أن أصحاب الرأي القائل بسمو إعلان 1789 على ديباجة دستور 1946 هم يميلون للنزعة الليبرالية أما من يقول العكس فهم يميلون للنزعة الاشتراكية¹.

و في حقيقة الأمر أن هذا الرأي هو الصائب، لأنه لا يوجد نصا صريح يبيّن تدرجا شكلي بين الحقوق الأساسية بتفضيل حقوق الجيل الأول على حقوق الجيل الثاني أو العكس، فلا وجود تدرج بين عناصر الكتلة الدستورية من إعلان 1789 و مقدمة دستور 1946 ودستور 1958 الفرنسي، و جميع القواعد ذات القيمة الدستورية والتي تدخل في تشكيلة الكتلة من بينها المبادئ المتعارف عليها في قوانين الجمهورية، وكذا ميثاق البيئة، طالما أنه من منح تلك القواعد أي إعلان 1789 وديباجة 1946 صفة العلو هو الشعب بواسطة الاستفتاء لسنة 1958 أي السلطة التأسيسية الأصلية (Pouvoir constituant originaire)²، أو كما هو شأن بالنسبة لميثاق البيئة سنة 2004 الذي أدرج في ديباجة دستور 1958 عن طريق السلطة التأسيسية المشتقة (Pouvoir constituant dérivé ou institué)، بمعنى أن القيمة القانونية لتلك النصوص مصدرها السلطة التأسيسية سواء كانت أصلية أو مشتقة، فهي عندما تتبنى تلك الحقوق من أجل

¹ - Kemal GöZLER, op.cit, p.327.

² - نعني بالسلطة التأسيسية الأصلية هي السلطة واضحة الدستور، و هذه السلطة تقوم لما يتم وضع دستور جديد بشكل عام، فتقوم تلك السلطة عند ميلاد دولة جديدة بتحصيلها على الاستقلال، مثلا الجزائر بعد 1962 وسنها لأول دستور لها سنة 1963 عن طريق المصادقة عليه من قبل المجلس التأسيسي ثم الاستفتاء الشعبي، أو عن طريق ثورة ألغت نظاما سابق و وضعت دستور جديد، دستور تونس لسنة 2014 مثلا، أو ببساطة إلغاء دستور قائما و وضع نظام دستوري جديد كما هو الحال بالنسبة لدستور الجمهورية الخامسة الفرنسية لسنة 1958، و أما السلطة التأسيسية المشتقة فهي تتحدد في أجهزة الدولة التي أسند لها الدستور عملية تعديل الدستور من أجل تحقيق متطلبات الديمقراطية، هذا لا يعني أن هناك علاقة تدرج بين السلطة التأسيسية الأصلية و السلطة التأسيسية المشتقة على أن الأولى أعلى من الثانية، و لكن فقط من أجل تحديد السلطة التي يقع عليه عبئ احترام حدود الدستور.

Voir: Didier BLANC, «La justiciabilité des limites au pouvoir constituant sous la cinquième république, Propositions pour un contrôle du pouvoir de révision détenu par le Congrès», p.2, disponible en ligne à l'adresse: <http://www.droitconstitutionnel.org/congres/Paris/com.C3/BlancTXT.pdf>.

أن تكون لها الشرعية الفوقية في النظام القانوني، بدون تفضيل حقوق أساسية على حقوق أخرى و لم تضع تدرجا أو تسلسلا لها.

وذهب فريق آخر للرد على القائلين بسمو إعلان 1789 على ديباجة دستور 1946 كما توصل إليه الفقيه فرانسوا جوجويل (François Goguel) من خلال دراسته القيمة بأن: "إعلان حقوق الإنسان والمواطن لسنة 1789 لا يشير إلى أنه مرتبط بحقبة من تاريخ تطور الإنسانية والمجتمعات، فالحقوق التي أقرها الإعلان هي تتعلق بالإنسان باعتباره إنسان، فهي مطلقة وغير قابلة للتقادم، وعلى العكس من ذلك فإن ديباجة دستور 1946 فهي تقرر "مبادئ ضرورية لعصرنا" و قد أكد على أن تلك المبادئ قد لا تكون غير ضرورية في المستقبل¹، و يستشهد بقرار للمجلس الدستوري الفرنسي لتبرير ذلك².

و رد الأستاذ تيري دي مانو (Thierry Di Manno) على أن سمو إعلان 1789 أي بمعنى سمو الحقوق السياسية و المدنية القائمة على فلسفة القانون الطبيعي، سيؤدي "حتما إلى إدراج قواعد القانون الطبيعي في النظام القانوني أي القانون الوضعي، فالقواعد

¹ - François Goguel, op.cit, p.444.

² - أعتمد فرانسوا جوجويل لتبرير سمو إعلان حقوق الإنسان و المواطن لسنة 1789 على ديباجة دستور 1946، على العبارة التي استخدمها المجلس الدستوري الفرنسي في قراره المؤرخ في 15 جانفي 1975 المتعلق بالتوقيف الإرادي للحمل، والتي كررها في قرار له بتاريخ 20 جانفي 1981 المتعلق بقانون الأمن و الحريات، و التي مفادها أن: "المجلس الدستوري ليست له سلطة عامة للتقدير و التقرير مماثلة للبرلمان (ne possède pas un pouvoir général d'appréciation et de décision) (identique à celui du Parlement .) و عليه فالمجلس يمنح البرلمان سلطة تصرف جد واسعة عندما يتعلق الأمر: "بالمبادئ الضرورية لعصرنا"، مثل حق الإضراب، أو حق العمال المشاركة بواسطة ممثليهم في التحديد الجماعي لشروط العمل، تلك السلطة لا يتمتع بها البرلمان لما يتعلق الأمر بالحريات الفردية، كحرية المعتقد، حرية الجمعيات، حرية التعليم، حرية الذهاب و الإياب، حق الدفاع، المساواة أمام القانون، منع الاعتقال الكيفي، ضمان استقلالية القضاء، و يذهب الفقيه للقول أن المجلس الدستوري تقع على عاتقه حماية الحقوق الأساسية من الطبيعة المطلقة و يقصد بها حقوق الجيل الأول المجسدة في إعلان 1789، التي تعلق الحقوق النسبية، التي حمايتها يمكن أن تكون بحسب الحالة التي تعالجها، و يكون ذلك من مهمة البرلمان وفقا لسلطته التقديرية الواسعة في ذلك الشأن، و لكن بدون إخراج تلك الحقوق عن طبيعتها و يقصد بذلك حقوق الجيل الثاني التي جسدها ديباجة دستور 1946. Voir: François Goguel, ibid.

الواردة في القانون الطبيعي تقوم على معايير غير محددة مثل مبدأ العدالة، حيث يرى أنه من المستحيل التعرف والوقوف على مدلول ومعيّار محدد يسمح بتطبيقه في القانون الوضعي، فمثل هذه القواعد و غيرها من الصعب الاعتماد عليها للقول بوجود التدرج¹، و يذهب الفقيه دومنيك روسو (Dominique Rousseau) في نفس السياق برفضه لفكرة التدرج بين الحقوق الأساسية بالقول أن: "في إطار القانون الوضعي، لا يمكن أن يسمح بتأسيس تمييز للقيم بين الإعلان، وديباجة 1946"²، و ما أكده الفقيه لوي فافورا (Louis Favoreu) على أن: "لا وجود لتدرج بين الحقوق و الحريات الأساسية ما دام أنهم محميين دستوريا"³.

و قد تمّ الرد على الفقهاء الذين تبنا فكرة سمو ديباجة دستور 1946 المتضمنة الحقوق الأساسية الإيجابية على إعلان 1789 المتضمن الحقوق الأساسية السلبية، و الذين اعتمدوا كما تم ذكره أعلاه على حجتين، الأولى هي أن القاعدة اللاحقة من حيث التاريخ هي التي يجب تطبق في حالة تعارضها مع القاعدة السابقة لها، و في هذا الصدد يؤكد الفقيه جورج فيدال (Georges Vedel) على أن: "سواء إعلان 1789 أو ديباجة دستور 1946 فهذه الوثائق قيمة متساوية في القانون الدستوري الوضعي بالنسبة للأحكام الدستورية الأخرى، و في حالة تعارضها فيكون هناك تفسير لتلك القواعد وليس إجراء المفاضلة بينها على أساس وجود تدرج بينها..."⁴، و يضيف نفس الفقيه بأن: "لا وجود لأي تدرج بين الوثيقتين من حيث القيمة، تلك القيمة المتساوية اكتسابها معا من خلال الاستفتاء التأسيسي لسنة 1958 الذي منحهما نظاما قانوني متساوي"⁵، و يجب

¹-Kemal GöZLER, op.cit, p.328.

² - Simon, « De la confrontation entre droits fondamentaux : stricte égalité ou nécessaire hiérarchie ? »,..., op.cit.

³ - Simon, « De la confrontation entre droits fondamentaux : stricte égalité ou nécessaire hiérarchie ? »,..., op.cit.

⁴ - Kemal GöZLER, op.cit, p.330 .

⁵ -Ibid, p.228.

التتويه أن الحقوق الأساسية السلبية والإيجابية، تم تجسيدها واقعا بصور قرارالمجلس الدستوري الشهير بتاريخ 16 جويلية 1971 أين اعترف المجلس بالقيمة الدستورية للديباجة و كما يقول الفقيه الفرنسي ريفيرو (Jean Rivero): " الدستور الفرنسي بقرار واحد تضاعف حجمه"¹.

أما بالنسبة للحجة الثانية التي جاء بها الفقيه فرنسوا لوشير (François Luchaire) الذي كان أحد أعضاء المجلس الدستوري الفرنسي، و التي مفادها أنه يجب الأخذ بالمبادئ الضرورية لعصرنا و بالتالي فالحقوق الاجتماعية والاقتصادية، بمعنى الحقوق الإيجابية هي من متطلبات عصرنا الحاضر و تسمو على ما ورد من حقوق في إعلان 1789،فانتقدت هذه الفكرة كذلك من قبل الفقيه جورج فيدال (Georges Vedel) باعتبار أن: " المؤسس صرح في ديباجة دستور 1958 على أن المبادئ الضرورية لعصرنا و المنصوص عليها في ديباجة دستور 1946، ولكنه يجعل منها محل إعلان 1789 في صورته الكاملة، و لا يمكن لأي سلطة أن تجري باسم التدرج و بدون أساس قانوني وضعي عملا باستبعاد الإعلان من التطبيق جزئيا"².

و يساير تلك الفكرة الفقيه هنري روسيون (Henry Roussillon) بأنه: " إن ما يعنيه ذلك بشكل ملموس هو أنّ على ديباجة 1946 أن تتغلب على النص الذي كتب في القرن الثامن عشر، أي إعلان حقوق الإنسان والمواطن، إن قوة الحجة ليست إلا قوة ظاهرة و لا يستطيع المثل اللاتيني (Lex posteriori)، أن يشرح كل شيء. ينبغي ألاّ

¹ - Alain Werner, « Le conseil constitutionnel et l' appropriation du pouvoir constituant », Revue Française d' études constitutionnelles et politiques, la Souveraineté, n° 67 , Novembre 1993, p. 121.

² -« le constituant a bien pu estimer que les principes posés par le Préambule étaient particulièrement nécessaires à notre temps. Mais il a laissé subsister le texte de 1789 dans son intégrité et aucune autorité ne peut opérer, au nom d'une hiérarchie sans fondement positif, de retranchement traduisant une invalidation partielle de la Déclaration », Voir Kemal GöZLER, op.cit, p.328.

نأخذ بعين الاعتبار التأثيرات الأيديولوجية التي تحكم البعض من المفكرين المهتمين بتغليب فهم اشتراكي للحقوق الأساسية على الفهم الليبرالي، رغم البداهية التي يمكن أن نسبغها عليها فإن ذريعة عمر النصوص " 1789-1946 بشكل أساسي" ليس لها أي قيمة، عمليا و على المستوى القانوني لهذين النصين نفس العمر لأن تاريخ ولادتهما في نظامنا القانوني الراهن هو نفسه أي 4 أكتوبر 1958 أو تاريخ صدور دستورنا. لم يكن قرار المجلس الدستوري بتاريخ 16 جويلية 1971 سوى نوع من الإلهام أو نوع من العيد القانوني (épiphanie)، و ليس عمل اختصاص ذي قيمة قانونية، منذ ذلك الوقت لم تعد المسألة تتمثل و بشكل جدي في السعي لتغليب نص 1946 على نص 1789، للنصين نفس القيمة القانونية ونفس العمر، و انطلاقا من منظار أن ليس هناك أسبقية فليس هناك إمكانية لوجود تدرج¹.

و قد سائر المجلس الدستوري الفرنسي الأفكار الفقهية الرافضة لأي تدرج بين الحقوق الأساسية بمختلف تفرعاتها، و هو ما عبر عنه في عدة قرارات عنه.

الفرع الثاني: التدرج الوظيفي (Fonctionnel) أو المادي (Matériel) للحقوق الأساسية

لقد تحدثنا على فكرة التدرج الشكلي للحقوق الأساسية أين تطرقنا للآراء المؤيدة و المنكرة لفكرة وجود تدرج في الوثائق ذات الطبيعة الدستورية المحددة لتلك الحقوق، فهذه الفكرة تنقلنا إلى طرح التساؤل وهو هل هناك تدرج وظيفي أو مادي للحقوق الأساسية، أي تدرج بين أحكام الناصية والمنظمة للحقوق الأساسية؟و نقصد بالتدرج الوظيف أو المادي للحقوق الأساسية: " هو تدرج يتعلق بالحقوق الوضعية، بمعنى لا يبنى ذلك التدرج على

¹ - هنري رسيون، المرجع السابق، ص ص. 80-81.

الوثيقة المتضمنة للحقوق، ولكن بالنظر للقيمة التي يتمتع بها الحق الأساسي في المجتمع، فهو تدرج وظيفي أو مادي¹.

و لقد ذهب جانب من الفقه إلى معالجة فكرة القواعد ما فوق دستورية كمعيار لوجود تدرج وظيفي أو مادي للحقوق الأساسية (أولاً)، و هناك جانب من الفقه بناء على نظرية دولة القانون التي تجعل كحتمية وجوب سمو الحقوق الأساسية التي يترتب عليها وجود تدرج داخلي بين مختلف الحقوق بحسب موضوعها (ثانياً)، و هناك جانب آخر من الفقه من أنكر وجود التدرج الوظيفي أو المادي (ثالثاً).

أولاً - نظرية ما فوق الدستورية (Supra-constitutionnalité) كمعيار لوجود تدرج مادي للحقوق الأساسية: ثار جدل فقهي حول إمكانية وجود قواعد "ما فوق الدستورية"، أي قواعد تعلو الدستور، فالقاعدة ما فوق الدستور تعتبر الأساس القانوني للدستور، فهي دستور الدستور (La Constitution de la Constitution)، لا تأخذ في النظم القانونية الوطنية شكلاً قانوني محدد، و في حقيقة الأمر تشكل جزءاً من الدستور، تعلو غيرها من القواعد الدستورية داخل الدستور في حد ذاته، مما يترتب عليه التمييز بين فئتين من القواعد الدستورية، قواعد دستورية تعلو الدستور، و قواعد دستورية عادية، هذه الأخيرة تتأسس و تنظم بالأولى².

فذهب الفقيه "سارج أرني" (Serge Arné) إلى التأكيد على أن: "الحقوق الأساسية من حيث المنطق يجب أن تعلو الدستور"، و كذا الفقيه ستيفان رials (Stéphane Rials) الذي أكد على أن: "الحقوق الأساسية تسمو على إرادة المؤسس"، فبحسب هؤلاء المؤلفين الحقوق الأساسية تفرض على السلطة التأسيسية، كما تفرض بطبيعة الحال كذلك على

¹ -Louis- Philippe LAMPRON, Eugénie BROUILLET, p.103.

² - Noriko OFUJI, « Tradition constitutionnelle et supra-constitutionnalité : y a-t-il une limite à la révision constitutionnelle ? L'exemple de la Constitution japonaise », Revue française de droit constitutionnel, P U F, n° 59, 2004/3, p.622.

السلطة المؤسّسة¹، فطبيعة مواضيع القواعد المقررة للحقوق الأساسية تجعلها تسموا على غيرها من القواعد الدستورية، ويمكن القول أنها مجموعة من القيم الدستورية السامية في صلب الدستور.

و نجد الفقيه الياباني نوبويوشي أشيب (Nobuyoshi Ashibe) يأخذ بفكرة ما فوق الدستورية بالقول أن: السلطة التأسيسية هي " مرتبطة بالمبادئ الوضعية ما فوق الوضعية المدرجة في القوانين الوضعية"²، و من ثم فإن: " نشاط السلطة التأسيسية هي محدودة بهذه المبادئ الأساسية"³، هذا يجعل بطبيعة الحال من القواعد ما فوق دستورية صانعة لقيود على إرادة سلطة التعديل الدستوري فأرادتها مقيدة بتلك القواعد.

إنه لوضع هذه الفكرة حيز التطبيق يجب أخذ بعين الاعتبار بمعياريين، الأول هو أن السلطة التأسيسية لا يمكن لها أن تلغي أو تعدل قاعدة ما فوق الدستورية، أما المعيار الثاني، هو أنّ القاضي الدستوري إذا كان أمام تعارض قاعدة مافوق دستورية مع قاعدة دستورية فيجب أن يطبق الأولى ويترك الثانية⁴.

ففي المعيارين يعد المعيار الثاني هو الحاسم فإذا لم يكون هناك قاضي دستوري له سلطة تقرير تعارض القاعدة الدستورية، مع القاعدة ما فوق الدستورية تصبح هذه الفكرة الأخيرة بدون معنى⁵.

و عند معالجة الفقيه الفرنسي الدستوري العميد فيدال (Vedel) فكرة القواعد ما فوق دستورية، طرح التساؤل على الشكل التالي: " إن جميع القواعد ذات القيمة الدستورية في الدولة الفرنسية تعرف على أساس المجموعة المتكونة من أحكام دستور، 1958 و إعلان

¹ - Kemal GöZLER, op.cit, p.295.

² - Noriko OFUJI, op.cit, p.622.

³ - Ibid.

⁴ - Georges VEDEL , « Souveraineté et supra constitutionnalité », Revus Française d' étude constitutionnelle et politique , la Souveraineté, n° 67 , 1993 , p. 80.

⁵ - Ibid.

1789، وديباجة دستور 1946، والمبادئ الأساسية المعترف بها في قوانين الجمهورية، ففي هذه المجموعة سواء بداخلها أو خارجها هناك بعض القواعد القانونية لها مرتبة أسمى، فهل ذلك يعني أن تلك القواعد تخرج عن صلاحية السلطة التأسيسية، وعلى القاضي الدستوري أن يفضلها على القواعد الأخرى ذات القيمة الدستورية؟، وأجاب الفقيه على هذا التساؤل سلبيًا على النحو التالي:

- القانون الوضعي الفرنسي و في تطبيقاتنا القانونية لا يعترف بقواعد قانونية لها مرتبة ما فوق الدستورية.

- نظرية القواعد القانونية ما فوق الدستورية هي غير بناءة.

- نظرية ما فوق الدستورية تشكل خطر على النظام القانوني الديمقراطي¹.

إن تلك النظرة الراضية لوجود قواعد ما فوق دستورية جسدها المجلس الدستوري الفرنسي، عندما رفض بقرارين صادرين سنتي 1962 و 1993 مسألة مراقبة إرادة السلطة التأسيسية واعترف لهذه الأخيرة بسلطة غير محدودة، من ثم فإن الحقوق الأساسية لا تشكل حدود على المؤسس²، و كل النصوص ذات الطبيعة الدستورية هي على درجة و قيمة واحدة.

هذا لا ينفي من الناحية العملية أن المجلس الدستوري الفرنسي في بعض الحالات جسد الفكرة حسب إدوارد دوبو (Édouard DUBOUT)، باعتماده على مبادئ سامية في الدستوري، مما يوحي إلى وجود تدرج بين القواعد الدستور في الدستور في حد ذاته، ذلك

¹ - Georges VEDEL, op.cit, p. 81 .

²-David DUFFOURC, «Droitsfondamentaux et supra constitutionnalité en France», Atelier 3: Constitution et pouvoirconstituant , sous la responsabilité de Lucien JAUME , et Jean - Pierre MACHELON , Nancy University,p.668,disponible en ligne à l'adresse :<http://www.droitconstitutionnel.org/congresParis/comC3/DuffourcTXT.pdf>.

نلمسه من خلال استناد المجلس على مبدأ المساواة، أو على مفهوم الجمهورية أو على احترام الحريات الأساسية¹.

و إن كانت نظرية ما فوق الدستورية محل جدل فقهي في فرنسا، وعدم وضوح الرؤية فيها من خلال مواقف المجلس الدستوري الفرنسي التي لا تخلوا من التناقض، فإننا نجد تطبيقاتها بشكل واضح في الدستور الألماني لسنة 1949، والإيطالي لسنة 1947، و الياباني لسنة 1946، تلك الدساتير عند تحديدها للحقوق الأساسية جعلت من تلك الحقوق نواة صلبة في الدستور، مما يجعلها تسمو على غيرها من القواعد ذات الطبيعة الدستورية، وقد جسد ذلك القاضي الدستوري في ألمانيا وإيطاليا، فقررت المحكمة الدستورية الإيطالية أن: "المبادئ العليا للقواعد الدستورية لهم قيمة سامية بالنسبة للقواعد أو القوانين من الطبيعة الدستورية"²،

و أما في الجزائر فإننا نلاحظ أن الدستور الجزائري وضع قيود موضوعية على سلطة التعديل الدستوري بموجب المادة 212 من الدستور من بين مواضيع الحضر على التعديل الدستوري هي الحقوق الأساسية، و هو ما نستشفه من ذلك النص الذي جاء فيه: " لا يمكن لأي تعديل أن يمس...3 - النظام الديمقراطي القائم على التعددية الحزبية...5 - الحريات الأساسية وحقوق الإنسان والمواطن..."، مما يترتب عليه أن القواعد الدستورية المقررة للحقوق الأساسية تعلو غيرها من القواعد الدستورية و تشكل قيدا على المؤسس الجزائري.

ثانيا - نظرية سمو الحقوق الأساسية كمعيار لوجود تدرج داخلي بين مختلف الحقوق: لقد صاغ الفقيه فيدال (Vedel) مسألة التدرج بين القواعد الدستورية، و في حديثه

¹ - Édouard DUBOUT, « Les règles ou principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France » : une supra-constitutionnalité ?, Revue française de droit constitutionnel, PUF, n° 83, 2010/3, p.470.

² - Édouard DUBOUT, op.cit, p.469.

عن التدرج بين القواعد الدستورية طرح تساؤلا مقتضاه: "هل القاضي الدستوري لا يسلم بوجود ثمة تدرج معين، بمعنى كل القواعد ذات القيمة الدستورية تأخذ نفس المرتبة أمام القاضي الدستوري، أم أن هناك قواعد من الدرجة الأولى، و قواعد من الدرجة الثانية، و أخرى من الدرجة الثالثة؟ و هل لا نستطيع القول بأن القواعد المكتوبة في الدستور هي من طبيعة دستورية، و لكن بعضها أعلى من حيث القيمة الدستورية عن بعضها الآخر؟ على غرار المزحة القائلة بأن البشر متساوون لكن البعض منهم متساوون بدرجة أكبر من البعض الآخر"¹

على ذلك الأساس ذهب بعض الفقهاء على التأكيد على أن الحقوق الأساسية غير متساوية بل هناك تدرج بينها فهناك "حقوق تعد أكثر أساسية على البعض الآخر"²، و بالتالي فهناك حقوقا من الدرجة الأولى و حقوقا من الدرجة الثانية وهكذا إلى أن نصل رويدا رويدا إلى وجود نوع من التصنيف للحقوق والحريات المتعددة في الدستور، و بالتالي فهم يضعون تدرجا بين النصوص الدستورية الخاصة بالحقوق الأساسية من الدرجة الأولى و الحقوق الأخرى، و يترتب على ذلك أنه في حالة التنازع يجب أن تسمو النصوص الدستورية الخاصة الأساسية من الدرجة الأولى على الأخرى الأقل منها درجة، و في حالة تعديل الدستور فإن السلطة التأسيسية المشتقة تلتزم بهذه الحقوق و يجب أن لا تعارضها، حيث إن قاعدة الحقوق الأساسية من الدرجة الأولى في هذا التصور تشكل قيدا على سلطة تعديل الدستور³.

و نجد العميد (Vedel) و على الرغم أنه لم يؤيد فكرة وجود تدرج للقواعد الدستورية كما رأيناه، فإنه يؤكد من جهة أخرى بأن المجلس الدستوري الفرنسي: "يعترف في اجتهاداته المتعلقة بحماية الحقوق و الحريات بتدرج ليس من طبيعة أخلاقية أو

¹ - Georges VEDEL, op.cit, p. 83.

² - هنري رسيون، المرجع السابق، ص. 79.

³ - Kemal GÖZLER, op.cit, p.320.

سياسية بل هو من طبيعة قانونية في حالة التنازع بين الحقوق، الحريات، المبادئ، والأهداف ذات القيمة الدستورية، و التي تقتضي المفاضلة بين قواعد على قواعد أخرى، فنجد الحرية الشخصية، حرية الاتصال في المرتبة الأولى، و يأتي حق الملكية، و حرية المقابلة في المرتبة الثانية. يمكن الجزم بوجود تدرج مادي من خلال معالجتنا لقرارات المجلس الدستوري قرارا بقراراً¹، ويذهب الفقيه إلى طرح التساؤل التالي بالقول: "هل ذلك هو ناتج عن شعور عند قراءة قرارات المجلس الدستوري أو ناتج عن تحليل؟"².

و هنا الفقيه يقف عند ملاحظتين للإجابة على ذلك اللبس الذي يكتنف فكرة وجود التدرج المادي بين الحقوق الأساسية، الأولى وهو " أن القول بوجود تدرج يجعلنا تفضيل قاعدة على قاعدة أخرى، أما القول بوجود مرتبة واحدة للحقوق والحريات، ذلك يفرض على القاضي الدستوري إجراء التوفيق (Conciliation) بين قاعدتين و ذلك بالبحث عن الحل الذي يحقق لنا التوازن الأفضل، ولكن في اجتهاداته المجلس الدستوري الفرنسي في حالة التنازع بين الحقوق، الحريات، المبادئ، الأهداف ذات القيمة الدستورية، فإن المجلس لا يضحى أبداً بشكل مطلق بحق أو مجموعة من الحقوق لصالح حقاً، أو مجموعة الحقوق الأخرى، و هي الحالة التي تكون عندما نأخذ بالتدرج بين الحقوق الأساسية"³.

و أما الملاحظة الثانية التي يبين فيها الفقيه الكيفية التي يتعامل معها المجلس الدستوري الفرنسي في حالة وجود تنازع بين الحقوق الأساسية بالقول أن: " التوفيق بين الحقوق الأساسية لا يأخذ مفهوم المفاضلة بينها لصالح حقاً من الحقوق على حساب حقاً آخر، وإنما يأخذ شكل وزنة ملموسة (pesée concrete)، أكثرها تكون على ضوء مبدأ التناسب، فالمجلس لا يبحث مثلاً في إن كان حق الإضراب يرجح على حق الملكية، أو

¹ - Georges VEDEL, op.cit, p. 83.

² - Ibid.

³ - Ibid, p. 85.

حق العمل، أو أمن الأشخاص والممتلكات، و إنما عندما يفصل في دستورية قانون يدخل فيه حق الإضراب في تنازع مع الحقوق المذكورة، فالمجلس يبحث بشكل ملموس، من خلال القانون المعروض عليه في مسألة إن كانت التضحية بحق الإضراب باسم على سبيل المثال أمن الأشخاص و الممتلكات أو باسم استمرارية المرفق العام هو ضروري أم لا¹، يلاحظ أن الفقيه ناقش مسألة، و في النهاية توصل إلى أن التدرج بين الحقوق الأساسية و نقصد به التدرج المادي لا يكون إلا في إطار التوفيق بين الحقوق الأساسية على ضوء مبدأ التناسب.

الملاحظ من مختلف الآراء الفقهية أن أنصار التدرج المادي للحقوق الأساسية أنكروا التدرج الشكلي، ولكن بتبنيهم لفكرة التدرج المادي ستؤدي بنا إلى نفس نتيجة التدرج الشكلي من الناحية واقعية.

ثالثا - نقد الفقيه دومنيك روسو (Dominique Rousseau) لفكرة التدرج الوظيفي (Fonctionnel) أو المادي (Matériel) للحقوق الأساسية: لقد أنتقد الفقيه دومينيك روسو نظرية التدرج المادي للحقوق الأساسية، أين أكد على أن: "كي تكون هذه النظرية علمية يجب على الفقهاء أن يتفقوا على ضبط قائمة للحقوق، و تحديد الحقوق التي يجب أن تحظى بالحماية أكثر من الأخرى، في حين أن كل فقيه له ترتيب خاص به، فالفقيه برونو جونوفوا (Bruno Genevois) يضع في قائمة الترتيب الحرية الشخصية، حرية الرأي و المعتقد، و حرية الصحافة، أما الفقيه لوي فافورو (Louis Favoreu) حذف حرية التعبير والمعتقد، وأضاف حرية الجمعيات وحرية التعليم، وأما دومينيك توربان (Dominique Turpin) فهو يضع جميع الحقوق الطبيعية غير القابلة للتقادم للإنسان، أي الحرية، الملكية، الأمن و مقاومة الطغيان، بمعنى يضع الحريات المنبثقة من نظرية القانون

¹ - Georges VEDEL, op.cit, p. 85.

الطبيعي في قمة الحقوق والحريات، هذا التباين في الآراء الفقهية حول تحديد ترتيب الحقوق المضمنة دستوريا يؤدي لا محالة إلى إلحاق ضرر بنوعية و بسلطة النظرية¹.

و يواصل الفقيه دومينيك روسو للنظرية التدرج المادي للحقوق الأساسية على أنها تأخذ تمييز ذو ترتيب شكلي، فجل الترتيبات المذكورة أعلاه ينطبق عليها هذا القول²، خاصة وأن المجلس الدستوري الفرنسي لا يعترف بوجود تدرج بين الحقوق المختلفة المحددة بموجب إعلان 1789 و ديباجة دستور 1946 و يأخذ بالمساواة الكاملة بين النصين، و لكنه يعترف على سبيل المثال بأن الحدود التي توضع على ممارسة الحرية من أجل المحافظة على المصلحة العامة تعد من قيمة دستورية، تلك الحدود قد تؤدي بالمجلس إلى تجسيد حقا أساسيا على حقا أخرا، و لكن ذلك لا يكون إلا لتحقيق مبدأ التناسب في ممارسة و التمتع بأي حق من الحقوق الأساسية.

و في الحقيقة الفقيه تبني فكرة إنكار التدرج المادي للحقوق الأساسية على موقف المجلس الدستوري عند ممارسته لعمل الرقابة على دستورية القوانين يستند في الكثير من الحالات على الحدود التي تلزمها المصلحة العامة في ممارسة الحرية من أجل التوصل إلى تقرير بدستورية القانون محل الرقابة، فعلى سبيل المثال بالنسبة لحق الإضراب يرى المجلس أن منع ممارسة هذا الحق في بعض المجالات الحيوية بوضع المشرع حدودا قانونية على التمتع بهذا الحق المقرر دستوريا هو غير مخالف للدستور، طالما أن الهدف من ذلك هو تحقيق مبدأ ضمان سير المرفق العام بانتظام و استمرار، و هذا المبدأ كذلك يعد من قيمة دستورية، و يكون بذلك المجلس غلب مبدأ سير المرفق العام على ممارسة حق الإضراب، و على أساس هذا الوجه الفقه القائل بوجود تدرج مادي بين حقوق الأساسية، أن المجلس وضع هرمية بين الحقوق و المبادئ الدستورية المختلفة.

¹-Dominique Rousseau , op .cit, pp. 132-133.

²- Ibid.

و يرد الفقيه دومنيك روسو (Dominique Rousseau) على ذلك الوجه، أن المجلس يعالج المواضيع المطروحة على حالة بحالة بناء على مقتضيات الإخطار الموجه له فقد يقوم بعملية التوفيق بين المبادئ ذات القيمة الدستورية ويغلب بعضها على بعض الآخر في قرار معين، و نجده يأخذ موقف عكسي في قرار آخر، ويؤكد نفس الفقيه على أن فكرة التدرج المادي يجب أن تؤخذ بحذر، لأن كل محاولة لإقامة نظام موحد و كبير في التفسير يصطدم بالمنهج البرغماتي (Pragmatique) للمجلس الدستوري¹ في معالجته لموضوع الحقوق الأساسية

ومن أجل استبعاد الفقيه دومنيك روسو لفكرة التدرج الوظيفي أو المادي، أشار إلى أن مرتبة مبدئي التعددية و الكرامة الإنسانية، واللذان يضيف عليهما المجلس الدستوري مكانة متميزة بالنسبة للحقوق الأخرى.

فإن الفقيه يرى أنه حقيقة المجلس فيما يخض مبدأ التعددية يعتبره: "أساس النظام الديمقراطي"، وهو "إحدى الضمانات الأساسية لاحترام الحقوق و الحريات الأخرى و للسيادة الوطنية"، فيمكن القول من خلال هذا التفسير، أن هذا المبدأ يسمو على الحقوق الأخرى، لأنه هو الذي يضمن احترام و حماية الحقوق الدستورية الأخرى، وأن هذا المبدأ لا يمكن وضعه جنباً لجنب مع المبادئ الأخرى²، و حقيقة بالنسبة لاحترام الكرامة الإنسانية التي تعرف على أن: "الإنسان لا يمكن إخضاعه بأي حال من الأحوال لأي معاملة قاسية، و لا يمكن المساس بكرامته أو الإنقاص منها أو الحد منها فهو مبدأ له أثر مطلق"، فالهدف من ذلك هو منح المجلس لهذا المبدأ مرتبة أعلى على الحقوق الأخرى المشكلة للكتلة الدستورية³.

¹ - Dominique Rousseau , op .cit, pp. 132-133.

² -Ibid, p. 134.

³ - Ibid, pp. 132-133.

فإذا أخذنا بتفسير المجلس المذكور أعلاه بشكل سطحي، يمكن القول أنه: "من المنطقي الأخذ بفكرة وجود هرمية وتدرج داخل الكتلة الدستورية، وهنا يشير الفقيه دومنيك روسو بأنه: "يجب مقاومة هذا الإغراء فهذا الافتراض المقترح يجب أن يؤخذ بحذر، ذلك أن التعددية وكرامة الإنسانية لا تعдан حقوق أساسية، ولكن هي مبادئ تهدف إلى جعل الحقوق الأساسية مفهومة، وهي مبادئ تصبح لها قيمة إلا إذا استعملت في شرح الحقوق الأساسية، و من ثم تحقق وحدة المعنى - أي المبدئين يصبحان لهما نفس معنى الحقوق الأساسية - و عليه فالمجلس لا يمكن له نظريا أوعمليا التوفيق بين التعددية أو الكرامة الإنسانية مع حق من الحقوق الأساسية، فهو يلعب دور توفيق بين الحقوق الأساسية فقط¹.

¹ -Dominique Rousseau , op .cit, p.134.

المبحث الثاني: حظر التعديل الدستوري ضماناً للحقوق الأساسية

إن الحديث على مكانة الحقوق الأساسية في النظام القانوني بالقول أنها لها مرتبة سمو على ما عادها من قواعد تطبيقاً لمبدأ تدرج القواعد القانونية يفرض علينا البحث في حدود التعديل الدستوري، أي القيود التي تقع على سلطة التعديل، فسمو الحقوق الأساسية لا يتحقق إلا في دستور جامد و نقصد به الجمود الشكلي الذي يستخلص من خلال القواعد الإجرائية المعقدة لمراجعة الدستور من أجل ضمان سمو أحكامه على غيره من القواعد كما رأيناه سابقاً، و على ذلك الأساس فإن الدستور الجامد في دولة القانون يقتضي وجود مجموعتين من القواعد الأولى تمثل النواة الصلبة للدستور و المجموعة الثانية يضافي عليها نوع من المرونة و هذا التمييز عالجه بنجمان كونستون (Benjamin Constant) الذي يرى بأن: "النواة الصلبة للدستور تتشكل من القواعد المحددة لصلاحيات سلطات الدولة و الحقوق الأساسية، و هي التي تكون مضمونة بالقواعد الخاصة بالتعديل أي بالقواعد التي تمنع التعديل"¹، وهنا يجب علينا التمييز بين السلطة التأسيسية الأصلية و السلطة التأسيسية المشتقة و هي سلطة تعديل الدستور التي يقع عليها الالتزام بالقواعد الإجرائية لمباشرة التعديل الدستوري، و كذا احترام القواعد التي تمنع التعديل تلك القواعد المعبرة عن إرادة السلطة التأسيسية الأصلية، فالسلطة التأسيسية الأصلية هي واطعة لأول دستور في الدولة، فهي عملية لتأسيس قانوني جديد، و ما دام أنه قبل تلك العملية تعد القواعد القانونية غير موجودة، وبالتالي الطريقة التي يتم بها وضع أول دستور هي من صميم النظرية السياسية وليس القانونية، وأما السلطة التأسيسية المشتقة فهي التي تتدخل في إطار استمرارية الدستور، حيث يحددها الدستور في حد

¹ -Marina Calamo SPECCHIA, « Les limites à la révision de la Constitution en France et perspectives comparées », VII Congrès Français de Droit Constitutionnel , Paris - 25, 26 et 27 septembre 2008 , p.7, <http://www.droitconstitutionnel.org/>.

ذاته، و ذلك من أجل القيام بمراجعة الدستور، أو القيام بتعديله برمته و لكن طبقا للإجراءات المنصوص عليها في الدستور، و هي من صميم النظرية القانونية.

و عليه، يتوجب علينا البحث على علاقة سمو الحقوق الأساسية بمسألة النصوص الدستورية الغير القابلة للتعديل (المطلب الأول)، كما اختلف الفقه حول الموضوع و لذلك سنتطرق لموقف الفقه من النصوص الدستورية المقررة لعدم قابلية التعديل (المطلب الثاني)

المطلب الأول: سمو الحقوق الأساسية يتوقف على النصوص الدستورية الغير القابلة للتعديل

تنص الدساتير على حظر التعديل الدستوري في بعض المواضيع و من ثم ذهب الفقه للقول بوجود قواعد تعلوا قواعد الدستور في حد ذاته، و هي القواعد التي تمنع مراجعة الدستور أي القواعد التي تتضمن تلك القيود التي لا يجوز لسلطة التعديل المساس بها، و يذهب الفقه الفرنسي إلى تأكيد الفكرة باعتبار أن دستور 1958 و دستور 1946 الفرنسيين أعلنوا على التمسك بإعلان حقوق الإنسان و المواطن لسنة 1789، مما يجعل منها إقرار لمبدأ القواعد ما فوق دستورية (Supra-constitutionnalité) التي تحكم السلطة التأسيسية المشتقة صاحبة صلاحية تعديل الدستور¹، و يمكن تعريف القواعد ما

¹ - يرى العميد جورج فيدال (Vedel) أن السلطة التأسيسية الأصلية و حتى المشتقة تتمتعان بالسيادة الكاملة في أداء صلاحيتهما المذكورتين فيؤكد على أن: " الفكرة بسيطة و حقيقية - إلا إذا اعتمدنا على نظرية القانون الطبيعي -، و هو أن السلطة التأسيسية المشتقة تتمتع بالسيادة الكاملة"، يتضح أن المجلس الدستوري الفرنسي ساير العميد جورج فيدال في معالجته لفكرة ما فوق دستورية في قراره المؤرخ في 02 سبتمبر 1992 أين جاء في تسبيبه بأن " حيث أن... السلطة التأسيسية هي صاحبة السيادة، فلها صلاحية الإلغاء، التعديل، أو أن تقوم بتنظيم أحكاما ذات قيمة دستورية بالشكل الذي تراه ملائما..."، يبدو أن الأمر فصلا فيه و لكن من الناحية العملية لا، لأن قرار المجلس الدستوري الفرنسي تصدى بذلك الشكل لمسألة " القواعد ما فوق الدستورية " من زاوية القانون الدولي، بحيث انصب قراره حول دستورية معاهدة ماسترخت للاتحاد الاوربي، للمزيد من التفاصيل راجع :

Louis FAVOREU, « Souveraineté et supra constitutionnalité », Revue française d' études constitutionnelles et politiques, n° 67, novembre 1993, pp. 71 – 72.

فوق دستورية بأنها: "مجموعة القواعد التي تعلو الدستور، و التي تمثل الأسس التي يبنى عليها هذا الأخير و تشكل قيودا على السلطة التأسيسية الأصلية أو المشتقة احترام تلك القواعد".

إن القواعد ما فوق دستورية تخلق لنا قيود على التعديل الدستوري، تكون إما قيود موضوعية تنصب على حظر تعديل موضوع معين، تستمد من ذلك الحظر الحقوق الأساسية مرتبة السمو على غيرها من الأحكام الدستورية (الفرع الأول)، و إما يكون القيد زمني أي حظر تعديل الدستور في مدة معينة، و هو ما سنعالجه من خلال الحظر الزمني لتعديل الدستور معزز لمركز الحقوق الأساسية في الدستور (الفرع الثاني).

الفرع الأول : الحظر الموضوعي لتعديل الدستور منشئ لسمو الحقوق الأساسية

تنص الدساتير على أحكام تتعلق بموضوعات معينة لا يجوز تعديلها، بحيث يمنع على سلطة التعديل المساس بها، و قد تختلف تلك الموضوعات باختلاف الدول لتباين أسسها السياسية، التاريخية، الاجتماعية، الاقتصادية، و الثقافية، و نجد أن الدساتير تشترك في وضع قيود على تعديل أسس النظام السياسي القائم و فلسفته، إلى جانب ذلك غالبا ما نجد الدساتير تضع قيودا على تعديل الحقوق الأساسية المقررة في الدستور بحيث تمنع مراجعة مضمونها، و قد لا ينص الدستور صراحة على تلك القيود لكن قد يستشف ضمنا من خلال نصوصه، و سنبين موقف بعض الدساتير المقارنة في تقرير القيد الموضوعي في الجزائر (أولا)، فرنسا (ثانيا)، و ألمانيا (ثالثا)، مع تأصيلها فقها.

أولا- بالنسبة للدستور الجزائري: نجد الدستور الجزائري قد نص على موضوعات الحظر في المادة 212 وفقا لتعديل سنة 2016، و هي الموضوعات التي لا يمكن للسلطة التأسيسية المساس بها عند مراجعة الدستور، و هناك ثلاث صور من القيود الأولى تتعلق

بالنظام السياسي القائمة عليه الدولة الجزائرية وهو: "النظام الجمهوري"¹ الذي لايجوز أن يكون محل تعديل، و الثانية قيود تتعلق بثوابت الأمة الراسخة في ضميرها لاعتبارات تاريخية، ثقافية، حضارية و هي: "الإسلام باعتباره دين الدولة، اللغة العربية باعتبارها لغة وطنية و رسمية، سلامة التراب الوطني و وحدته"²، بالإضافة إلى أنه تم إدراج بموجب التعديل الدستوري لسنة 2008 " العلم الوطني، و النشيد الوطني باعتبارهما من رموز الثورة و الجمهورية "³، تلك العناصر تعد من ثوابت تقوم عليهما الأمة و من ثم رأى المؤسس إلى ضرورة توريثها جيل بعد جيل.

أما الصورة الثالثة من القيود هي تلك المتعلقة بالحقوق الأساسية،و هي " النظام الديمقراطي القائم على التعددية"⁴ و هذا الحظر الموضوعي يعد صميم الحقوق السياسية للأفراد التي هي جزء من الحقوق الأساسية، فالنظام الديمقراطي القائم على التعددية يعد شرط جوهري لقيام دولة القانون و لضمان و كفالة الحقوق الأساسية الأخرى حتى يتمكن الأفراد من التمتع بها يجب أن يتمتع الفرد بجميع حقوقه السياسية.

فدولة القانون لا نتصورها إلا في ظل نظام ديمقراطي القائم على مبدأ التداول على السلطة، يتيح للشعب صاحب السيادة من اختيار ممثليه بحرية بواسطة الانتخابات دورية تعددية، و ما التعددية إلا نتيجة حتمية لحرية الرأي و التعبير في الديمقراطية، التي تنتج تجمعات تنطوي تحت اتجاهات سياسية مختلفة تشكل أحزاب سياسية و نقابات، و جمعيات المجتمع المدني، وكذا تعدد مجالات التعبير بواسطة وسائل الإعلام المختلفة من المقروءة و السمعية البصرية، فبدون نظام ديمقراطي لا وجود للحرية و لا لفكرة الحقوق الأساسية، و قد تعزز الحضر الموضوعي في مجال التداول على السلطة في

¹ - المادة 212 الفقرة 1، من التعديل الدستوري الجزائري لسنة 2016.

² - المادة 212 الفقرة 3 ، 4 ، 6، من التعديل الدستوري الجزائري لسنة 2016.

³ - المادة 212 الفقرة 7، من التعديل الدستوري ر الجزائري لسنة 2016.

⁴ - المادة 212 الفقرة 2، من التعديل الدستوري الجزائري لسنة 2016.

الجزائر وفقا للتعديل الدستوري لسنة 2016 بعدم جواز أن يكون محل تعديل دستوري يمس مسألة: "إعادة انتخاب رئيس الجمهورية مرة واحدة فقط"¹.

و إذا ناقشنا هذا التعديل من الناحية القانونية المجردة يمكن لنا أن نأخذ برأي الفقيه فيدال (Vedel)، الذي أكد على أن سلطة التعديل الدستوري تتمتع بالسيادة المطلقة بدون أي حدود، و في حقيقة الأمر القضاء الدستوري ليس له الكلمة الأخيرة لأن سلطة تعديل الدستور لها أن تراجع موقف القاضي الدستوري حول مسألة من المسائل بواسطة تعديل الدستور²، و هو ما تم بالفعل في الجزائر لما أعتبر المجلس الدستوري في رأيه المؤرخ في 7 نوفمبر 2008 تحت رقم 01/08 المتعلق بمراقبة مشروع التعديل الدستوري لسنة 2008 الذي سمح بترشح الرئيس المنتهية عهده لعهد جديد دون تحديد عددها و جعلها مفتوحة³، و في سنة 2016 صرح المؤسس ذلك الوضع بجعل حق ترشح الرئيس المنتهية عهده لمرة واحدة فقط، و ضمن ذلك الحكم في المادة 88 من الدستور، و كذا في المادة 212 منه المتعلقة بالحضر الموضوعي للتعديل الدستوري، مما أصبح مسألة إعادة انتخاب رئيس الجمهورية مرة واحدة فقط قاعدة ما فوق الدستور تقيد سلطة تعديل الدستور.

كما نصت المادة 212 كذلك على أحد مواضيع الحضر الموضوعي على غاية من الأهمية في دولة القانون، ألا وهي موضوع الحقوق الأساسية التي لا يمكن أن يمسها أي تعديل، و التي عبر عنها المؤسس بعبارة: "الحريات الأساسية و حقوق الإنسان و المواطن"⁴، و لم يستعمل المؤسس مصطلح "الحقوق الأساسية"، بل أستعمل مصطلح "

¹ - المادة 212 الفقرة 8، من التعديل الدستوري الجزائري لسنة 2016

² - Louis FAVOREU , « Souveraineté et supra constitutionnalité », ..., op.cit, p.75.

³ - و قد كانت الاعتبارات التي بني عليها المجلس الدستوري الجزائري رأيه بخصوص مسألة إعادة ترشح الرئيس بعيدة عن التفسير الصحيح للدستور و روحه سنتناولها لاحقا في بحثنا.

⁴ - المادة 212 فقرة 5، من التعديل الدستوري الجزائري لسنة 2016.

الحريات الأساسية " و أضاف له مصطلح " حقوق الإنسان و المواطن " ¹ المستعمل من قبل الثورة الفرنسية التي عنونت إعلانها التاريخي " بإعلان حقوق الإنسان و المواطن"، و هو ما يبين أن تلك المصطلحات يستعملها المؤسس كمترادفات، و لكنها تصب كلها في مفهوم واحد ألا و هو موضوع "الحقوق الأساسية".

و هنا نجد المؤسس الجزائري أعطى مكانة خاصة للحقوق الأساسية، ذلك أنه اعتبرها كقيد على سلطة التعديل الدستوري أي بمعنى آخر جعل من موضوع الحقوق الأساسية قواعد تعلوا مرتبة الدستور، و هذا ما يجعلنا نؤكد أن مؤسسنا أخذ بفكرة ما فوق دستورية، و عليه نستخلص أن الفصل الرابع من الدستور الحامل لعنوان " الحقوق و الحريات" و كذا ما تضمنته النصوص الدستورية أخرى من حقوق و حريات تشكل قيودا على سلطة التعديل الدستوري.

¹ - استعمال المؤسس الجزائري مصطلح " حقوق الإنسان" يطرح التساؤل حول هل المؤسس الجزائري يقصد من ذلك تلك الحقوق المترتبة على التزامات الدولة الجزائرية في مجال حقوق الإنسان؟، لأن مصطلح " حقوق الإنسان " تضمنتها المواثيق الدولية العالمية و القارية كإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948، والميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب لسنة 1981، كل هذه الحقوق تتمتع بحماية دولية و إقليمية، و هي من صميم موضوعات القانون الدولي. ومن ثم إذا فرضنا أخذنا بذلك المقصود فنقول أن تلك الحقوق المنبثقة من المعاهدات المتعلقة بحقوق الإنسان المصادق عليها من قبل الدولة الجزائرية تحصل على مرتبة السمو على الدستور في حد ذاته، باعتبار أن سلطة التعديل لا يمكن المساس بتلك القواعد لأنها من موضوعات الحظر، و في الحقيقة نلاحظ هناك تطور في موقف النظام السياسي الجزائري تجاه قواعد القانون الدولي بعد تبني النظام الديمقراطي القائم على التعددية، و بعد بروز قواعد في مجال حقوق الإنسان تكونت منها مجموعة من المبادئ و الأحكام ذات بعد العالمي، فقد يكون المؤسس قد تأثر بذلك. و لكن هذا التفسير يصطدم بنص المادة 150 من الدستور التي تنص على سمو المعاهدة المصادق عليها وفقا للشروط الدستورية على القوانين و ليس سمو المعاهدة على الدستور، و عليه فالمعاهدات في نظامنا تأتي في مرتبة وسط بين الدستور و القانون العادي، كل ذلك مرتبط بمفهوم السيادة على اعتبار أن الدستور منبثق مباشرة من سيادة الشعب والأمة معا، و تلك السيادة لا تعلوها سلطة أخرى و الدستور هو التعبير الأول لتلك السيادة، كذلك لحد الساعة المجلس الدستوري لم يتطرق لهذه المسألة فهو المؤسسة الدستورية الوحيدة المخول لها تفسير الدستور على ضوء ما يعرض عليه من أعمال السلطة التشريعية و التنفيذية.

إن فكرة ما فوق الدستورية تتعزز بالمادة 210 من الدستور التي تمنح المجلس الدستوري الجزائري صلاحية مراقبة سلطة التعديل الدستوري، فهي ملزمة باحترام مبادئ تتفوق في المرتبة على الدستور في حد ذاته، فيضع النص المذكور القيود التي لا يمكن لسلطة تعديل الدستوري أن تتجاوزها و بمساسها بالمبادئ فوق دستورية، وهي: " المبادئ العامة التي تحكم المجتمع الجزائري، و حقوق الإنسان و المواطنو حريتهما، و التوازنات الأساسية للسلطات و المؤسسات الدستورية"¹، بحيث المجلس الدستوري له صلاحية مراقبة مدى توافق مشروع التعديل مع تلك المبادئ، و في حالة عدم وجود مساس بها كما هو معلل في رأيه، ففي هذه الحالة لرئيس الجمهورية أن يعرض المشروع على غرفتي البرلمان المجتمعين في غرفة واحدة أي مؤتمر، أين يشترط لإقرار التعديل موافقة ثلاثة أرباع (3/4) أصوات أعضاء البرلمان و ذلك بدون عرض المشروع على الاستفتاء الشعبي.

إن تقرير مبدأ مراقبة مشروع التعديل الدستوري، كما يرى الأستاذ كزافيي ماقنون (Xavier Magnon) يكمن في: " التمسك الشكلي بالدستور، فذلك الترابط بين التعديل والدستور القائم هو الذي تتولد عليه ضرورة خضوع مشروع التعديل الدستوري للرقابة الدستورية، و هو عكس الثورة القانونية التي تحدث قطيعة مع النظام القانوني السابق، والذي لا ينتج ارتباط شكلي بالدستور أي احترام لطريقة تعديل الدستور الساري المفعول، فلا يمكن أن يخضع وضع القاعدة الأساسية في هذه الحالة إلى أي قاعدة سابقة"².

الملاحظ أن المبادئ التي جاءت بها المادة 210 هي عامة تمكن المجلس الدستوري من تفسيرها فقول المبادئ العامة التي تحكم المجتمع الجزائري فهي تشمل على سبيل

¹ - المادة 210، من التعديل الدستوري الجزائري لسنة 2016.

² - Xavier MAGNON, « Quelques maux encore à propos des lois de révision constitutionnelle : limites, contrôle, efficacité, caractère opératoire et existence. En hommage au doyen Louis Favoreu », Revue française de droit constitutionnel, n° 59, 2004/3, p. 607.

المثال و ليس الحصر الدين الإسلامي و العربية كاللغة رسمية ...الخ، و أما حقوق الإنسان والمواطن و حريتهما فنقصد بها الحقوق الأساسية التي كرسها الدستور، والتوازنات الأساسية للسلطات و المؤسسات الدستورية فهي تشمل النظام الجمهوري و الفصل بين السلطات...الخ.

يتوافق نص المادة 210 في شقه المتعلق بالرقابة المنصبة على مشروع التعديل الدستوري مع رأي الفقيه الفرنسي هوريو (Hauriou)، الذي تبني نظرية الما فوق دستورية بحيث يرى أن السلطة التأسيسية هي مقيدة، و ذلك "بالمبادئ الكبرى الفردية المنشئة للنظام و العدالة اللذان قامت عليهما الحضارة"، و يرى أن " في بعض الحالات يمكن أن تكون هناك رقابة على الدستور، و على سبيل المثال إذا كان موضوع التعديل الدستوري مخالف للشرعية الدستورية المذكورة فهو باطل لأنه مخالف لتلك المبادئ السامية على الكتلة الدستورية في حد ذاتها، لأن المبادئ تسمو على النصوص"¹.

إذا استعمال المؤسس الجزائري مصطلح "الحريات الأساسية و حقوق الإنسان و المواطن" في نص المادة 212، و "حقوق الإنسان و المواطن و حريتهما" في نص المادة 210، ذلك يترادف مع مصطلح الحقوق الأساسية بوضعها كقواعد تقيد سلطة التعديل مما يجعلها تسمو على غيرها من القواعد الدستورية.

ثانيا- بالنسبة للدستور الفرنسي: تحدد المادة 89 من الدستور الفرنسي مواضيع الحظر الموضوعي و هي " المساس بالوحدة الترابية"، و " الطابع الجمهوري للحكومة"، يلاحظ أن الدستور الفرنسي جاء مختصرا في مواضيع الحظر الموضوعي، و لم يفصل فيها و ركز على الطابع الجمهوري لنظام الحكومة، و هذا ناتج عن التقاليد التي رسختها الثورة الفرنسية بعد سنة 1789 التي قضت على الملكية المطلقة و أقامت على أنقاضها الجمهورية، و قد تم التشبث بهذا التقليد في النظام الدستوري الفرنسي منذ قيام الجمهورية الثالثة بموجب القانون دستوري لسنة 1875، الذي تم تعديله و تنميته بموجب القانون

¹ - Maurice HAURIU, Précis de droit constitutionnel, 1929, réédition CNRS, respectivement p. 255 et p.269, cité par Pascal Jean, « L'immunité juridictionnelle des lois de révision constitutionnelle », LPA n° 218, 2003, p. 4 s.

المؤرخ في 14 أوت 1884 المتضمن التعديل الجزئي للقانون الدستوري، الذي نص على أنه لا يمكن أن يكون الطابع الجمهوري للحكومة محل تعديل دستوري، وعلى أن أفراد العائلة الملكية الفرنسية لا يمكن لهم رئاسة الجمهورية، و قد تمّ تأكيد على ذلك بموجب دستور 1946¹.

إن تمسك المنظومة الفرنسية بمفهوم الجمهورية له خلفيات تاريخية، تتجلى في تكريس القطيعة مع النظام الملكي الوراثي، تلك الفلسفة تم تجسيدها في التعديل الدستوري لسنة 1884 بتحديد موضوع الحضر في عدم جواز مساس التعديل الدستوري بالنظام الجمهوري، في نفس الوقت تم التأكيد على أن أي شخص ينحدر من سلالة العائلة الملكية يكون محروم من اعتلاء منصب رئاسة الجمهورية، وقد وضع هذا الشرط للحفاظ على النظام الجمهوري و تثبيته، خاصة بعدما حدث انقلاب سنة 1851 على الجمهورية الثانية التي تأسست سنة 1848، حيث أنتخب لويس بوناپرت الثالث كرئيس للدولة و كان من سلالة العائلات الملكية التي حكمت فرنسا، و بمجرد دخوله في صراع سياسي مع البرلمان سنة 1851 الممثل في الجمعية الوطنية انقلب على الشرعية الدستورية، و ذلك باستعمال القوة و القمع عن طريق الجيش و تم حل البرلمان، و من ثم نصب نفسه إمبراطور سنة 1852² و حول نظام الحكم إلى وراثي³.

¹ - جاء نص التعديل الدستوري لسنة 1884 في المادة 02، و دستور 1946 في مادته 95 الفرنسيين على النحو التالي:
Article 2 de la loi du 14 août 1884, portant révision partielle des lois constitutionnelles - Le paragraphe 3 de l'article 8 de la même loi est complété ainsi qu'il suit : - " La forme républicaine du gouvernement ne peut faire l'objet d'une proposition de révision. - " Les membres des familles ayant régné sur la France sont inéligibles à la présidence de la République. " , et l'article 95 de la constitution de 1946 " La forme républicaine du gouvernement ne peut faire l'objet d'une proposition de révision. "

² - Napoléon III, disponible en ligne à l'adresse : http://fr.wikipedia.org/wiki/Napoleon_III

³ - جاء نص التعديل الدستوري الواقع بتاريخ 07 نوفمبر 1852 على النحو التالي :
Article 2 du Sénatus-consulte du 7 novembre 1852, portant modification à la Constitution stipule "La dignité impériale est héréditaire dans la descendance directe et légitime de Louis Napoléon Bonaparte, de mâle en mâle, par ordre de primogéniture, et à l'exclusion perpétuelle des femmes et de leur descendance "

و طالما أن الدستور الفرنسي جعل من النظام الجمهوري للحكومة من المواضيع التي لا يمكن أن يمسه التعديل، فإن ذلك يجعل من تلك القاعدة أسمى من الدستور و تندرج في إطار القواعد ما فوق دستورية.

إن عدم التفصيل مواضيع الحظر الموضوعي في الدستور الفرنسي باقتضاره على النظام الجمهوري للحكومة يطرح إشكال من الناحية الدستورية، لأن ليس هناك تعريف جامع لمصطلح الجمهورية بحيث ينقسم الفقه إلى فريقين، الفريق الأول يعتمد على التعريف الضيق للجمهورية على أنها: " نظام حكم تكون فيها وظيفة رئيس الدولة ليست وراثية، بل يتولها عن طريق الانتخاب"¹.

وأما الفريق الثاني يعرف الجمهورية بالمفهوم الواسع، فيرى أن الجمهورية تشمل "أسس النظام الديمقراطي"، فيرى الأستاذ ديديي موز (Didier Maus) أن: " الطابع الجمهوري يتضمن مبادئ مثل الاقتراع العام، و مبدأ النظام النيابي، ومبدأ الفصل بين السلطات"، ويذهب العميد لويس فافورو (Louis Favoreu) إلى التأكيد على أن: " الطابع الجمهوري" بالمفهوم الواسع المقصود منه " الإرث الجمهوري... وكل المبادئ الأساسية المنصوص عليها في المادة 02 من الدستور²، وكذا المبادئ المتعارف عليها في قوانين الجمهورية"، و يذهب فريق من الفقه إلى إضافة بعض المبادئ لمفهوم الجمهورية كعدم قابلية الجمهورية للتقسيم و العلمانية و الديمقراطية و المذهب الاجتماعي³.

لكن يظهر أن تفسير مفهوم الجمهورية من قبل أصحاب المفهوم الواسع هو غير صائب لأن الجمهورية هي ليست بالضرورة ديمقراطية كالنظم القائمة على أساس الحزب

¹ - Kemal GöZLER, op.cit , p.139. Voir aussi République, disponible en ligne à l'adresse: <http://fr.wikipedia.org/wiki/République>.

² - تنص المادة 02 من الدستور الفرنسي على أن " لغة الجمهورية هي الفرنسية ، شعار الوطن هو العلم المتكون من ثلاثة ألوان : الأزرق و الأبيض و الأحمر ،النشيد الوطني هو " المارسييز "، شعار الجمهورية هو " الحرية ، المساواة، الإخاء "، مبدؤها : حكومة الشعب بالشعب و لصالح الشعب.

³ - Kemal GöZLER, op.cit , p. 139.

الواحد أو النظم التي تنتخب ديكتاتور، بالمقابل ليس كل النظم الملكية هي بالضرورة مطلقة، فهناك نظم ملكية ديمقراطية و هي الملكيات الدستورية¹، و بهذا المفهوم فإن الاختصار على النظام الجمهوري كموضوع للحظر لا يكفي وحده لضمان النظام الديمقراطي و لا يحول إلى تحويل نظام الحكم إلى جمهورية ديكتاتورية.

و في هذا السياق، فإن المفهوم الضيق للجمهورية المذكور أعلاه هو الذي يجب أن يؤخذ لتفسير الفقرة 05 من المادة 87 من الدستور الفرنسي و التي في الحقيقة لا تحقق مبتغى أصحاب التفسير الواسع للجمهورية، فالمادة 87 فقرة 05 التي تنص على أن: " لا يجوز تعديل الطابع الجمهوري للحكومة " يجب أن تؤخذ بمفهومها الضيق لمفهوم الجمهورية، لأن طبقا لقواعد التفسير فإن الأحكام الاستثنائية والتي تخرج عن القواعد العامة يجب أن تخضع للتفسير الضيق كما هو الحال بالنسبة للقواعد الدستورية المحددة لمواضيع الحظر الموضوعي لتعديل الدستور، وبالتالي أخذ " الجمهورية " بمفهومها الضيق المذكور أعلاه لا يعني بالضرورة أنه سيحفظ النظام الديمقراطي².

إن النظام الدستوري الفرنسي لما نص على عدم جوار مساس التعديل بالطابع الجمهوري للحكومة منذ تبنيه تعديل 1884 إبان الجمهورية الثالثة، مروراً بدستور الجمهورية الرابعة لسنة 1946، و أخيراً بدستور الجمهورية الخامسة الحالي لسنة 1958، فإن الهدف من كل ذلك هو تجنب تحويل نظام الحكم إلى وراثي و الرجوع من جديد للملكية، و بالتالي فإن المؤسس إذا كان يهدف إلى حماية النظام الجمهوري و الديمقراطي في آن واحد فكان عليه النص على ذلك صراحة و ليس الاختصار على النظام الجمهوري

¹ - République, disponible en ligne à l'adresse: <http://fr.wikipedia.org/wiki/République>.

² - Kemal GöZLER, op.cit , p. 140.

الذي لا يعني بالضرورة الديمقراطية فكم من جمهورية هي ديكتاتورية و كم من ملكية هي ديمقراطية أو العكس¹.

و في هذا الشأن يرى الفقيه ستيفان رials (Stéphane Rials) أن: "الجمهورية الخامسة عند تحليلها هي عبارة رجوع إلى (ملكية جديدة)، و هو ما يجعل الفقه إلى الحديث على (ملكية جمهورية)، و هو ما يستشف من الدور الذي أصبح يلعبه المجلس الدستوري، و كذا الى القطيعة التي أحدثتها الجمهورية الخامسة مع فكرة سيادة البرلمان القائمة على مبدأ القانون هو لوحده يشكل التعبير عن سيادة الأمة، و كذا إلى التحول بشأن مصدر القانون الذي لم يبقى مصدره البرلمان، بل أصبح جل مصدره يعود للسلطة التنفيذية"².

و يذهب الفقه الفرنسي إلى التأكيد على القيمة القانونية للحضر الموضوعي لتعديل الدستور المنصب على " النظام الجمهوري" و هو ما أكدّه الفقيه موريس هوريو (Maurice Hauriou) الذي أيد مبدأ ما فوق دستورية (principe supra-constitutionnel) الذي يقيد السلطة التأسيسية، ذلك المبدأ هو الذي يمنع على السلطة التأسيسية المساس بالنظام

¹ - Kemal GöZLER, op.cit , p. 140.

²- Dans la dynamique de notre histoire constitutionnelle, on comprendra ainsi la Ve République comme un retour à une synthèse de type « néo-monarchien », ce que pressentent les auteurs qui parlent d'une « monarchie républicaine ». Certes, du point de vue des représentations juridiques, l'apport le plus décisif du présent régime aura été de manifester, sans que ses auteurs l'aient vraiment prévu en 1958, une intelligence plus haute de la juridicité du fait de l'oeuvre en cours du Conseil constitutionnel. Mais cette rupture avec notre tradition « légicentriste », à l'heure où la plupart des lois ne sont pas d'origine parlementaire et où le clivage pertinent est davantage celui qui passe entre les mouvances politiques qu'entre les organes de l'Etat, amoindrit la loi sans conforter à proprement parler l'« Exécutif ». En revanche, du point de vue des agencements, il est patent, en dépit des divergences d'appréciations de ceux qui ont marqué la rédaction de la Constitution, que la signification de celle-ci est celle d'une nouvelle tentative « néo-monarchienne » ancrée dans une longue contestation du « parlementarisme à la française ». Voir: Stéphane RIALS, «Une doctrine constitutionnelle française ? », Revue Française d'étude constitutionnelle et politiques, n°50, 1989, pp.93-94.

الجمهوري، و هو ما أيده الفقيه ستيفان رials (Stéphane Rials) على أن: "دستور 1884 يقرر مبدأ الما فوق الدستورية طالما أنه يقرر بأن (الطابع الجمهوري للحكومة لا يمكن أن يكون محل مشروع للتعديل)"¹.

و يذهب الفقيه ليون دوجي (Léon Duguit) إلى تبني وجود قانون ما فوق دستورية فهو يأخذ "بالقيمة القانونية لإعلان حقوق الإنسان والمواطن و بسموه باسم المبادئ الأساسية للجمهورية، فهو يرى على المؤسس أن يحترم مضمون إعلان حقوق الإنسان و المواطن"²، وجمع الفقه الفرنسي على أن الجمهورية تقوم على مبادئ وأسس من بينها إعلان حقوق الإنسان والمواطن القائم على مبدأ السيادة الوطنية وتكريسه للحقوق المدنية والسياسية و مبدأ الفصل بين السلطات كأساس لتنظيم السلطة... الخ وإن كانت تلك العناصر ضرورية لتأسيس النظام الديمقراطي، فإن النظام الجمهوري لا يعني بالضرورة أنه يحقق لنا نظاما ديمقراطيا كما تم توضيحه أعلاه.

و يمكن استخلاص أن النظام الجمهوري كحضر موضوعي للمراجعة الدستورية لا يتجاوز حدود النظام السياسي الذي يكون فيه منصب رئيس الدولة غير وراثي، وإن تزامن ذلك النظام مع تقرير مظاهر النظام الديمقراطي الحر في تاريخ المنظومة الفرنسية، فهو لا يعني بالضرورة أنه يشمل العناصر التي يجب أن تتوافر في النظم الديمقراطية، ومن ثم نستنتج أن الدستور الفرنسي لم يوضح مجالات الحضر الموضوعي بشكل دقيق، مما يثير عدة إشكالات دستورية بسبب تعدد التفسيرات و تضاربها حول المواضيع التي يشملها النظام الجمهوري، و المفهوم الصحيح و الذي تؤيده هو أن الجمهورية لا تقيم بالضرورة نظاما ديمقراطيا.

¹ - Nathalie DROIN, « Retour sur la loi constitutionnelle de 1884 : contribution à une histoire de la limitation du pouvoir constituant dérivé », Revue française de droit constitutionnel, n° 80, 2009/4, p.743.

² - Nathalie DROIN, op.cit, p.743.

إن التحليل المذكور أعلاه هو عبارة عن موقف الفقه من مسألة النظام الجمهوري للحكومة كحظر موضوعي في الدستور الفرنسي، فما هو موقف المجلس الدستوري الفرنسي من تلك المسألة؟، إن المجلس عالج تلك المسألة بموجب قرار صادر عنه بتاريخ 02 سبتمبر 1992 تحت رقم 92-312 المتعلق بمعاهدة ماستريخت 2 (Maastricht II)، الذي رفض بموجبه المجلس الدستوري الفرنسي فكرة ما فوق الدستورية وأعتبرها فكرة تتناقض مبدأ سيادة السلطة التأسيسية، بحيث أقرّ في الحثية 19 منه "حيث أن... السلطة التأسيسية هي سيدة"¹، ولكن نجد المجلس أنه في نفس الحثية وضع حدود على السلطة التأسيسية المشتقة، و ذلك بالقول أن السلطة التأسيسية تتمتع بالسيادة تحت التحفظ المتعلق بالحدود التي جاءت في بعض الأحكام الدستورية، وهي تلك الأحكام المتعلقة بالحضر الزمني لتعديل الدستور، و تلك المتعلقة بالمادة 89 فقرة 5 التي تنص على الطابع الجمهوري للحكومة.

إن ذلك التسبب يجعلنا نقف على نتيجة على غاية من الأهمية، طالما أقرّ المجلس بوجود حدود على سلطة التعديل الدستوري، فإنه يمكن أن يراقب مدى احترام السلطة التأسيسية واطعة القواعد الدستورية لتلك الحدود بناء على إخطار من قبل سلطات الدولة الأربعة أو 60 نائب أو 60 سيناتور، عند سن التعديل الدستوري عن طريق مؤتمر البرلمان، و ليس عن طريق الاستفتاء²، باعتبار القوانين الاستثنائية لا تخضع لرقابة المجلس و ذلك منذ قراره الشهير الصادر سنة 1962.

و لكن ذلك التفسير و إن كان منطقي، فإنه يكتنفه اللبس طالما من جهة أخرى المجلس الدستوري الفرنسي يقرر بأن السلطة التأسيسية سيدة أي بمعنى غير محدودة بأي

¹-Philippe ARDANT, Bertrand MATHIEU, op.cit , p. 79, voir aussi: CC n° 92 -312 du 02 Septembre 1992 . cf.site: www.conseilconstitutionnel.fr.

²- Louis FAVOREU , Loïc PHILIP, Les grandes décisions du Conseil constitutionnel, 12^e édition, Dalloz ,Paris, 2003, p.820.

حدود، وبالتالي يمكن لها أن لا تلتزم بتلك الحدود الدستورية المتعلقة بالحضر الموضوعي و الزمني¹، و كان موقف المجلس الدستوري الفرنسي واضح من خلال قراره المؤرخ في 26 مارس 2003، لما تم إخطاره حول دستورية تعديل دستوري إذ أقرّ بأنه غير مختص للنظر في دستورية مشروع تعديل دستور، وتمسك بالصلاحية الحصرية التي جاءت بها المادة 61 من الدستور التي لا تمنحه صلاحية النظر في دستورية القواعد الدستورية، و هو الأمر الذي اعتبره الفقه الفرنسي على أنه تراجع على ما أقره المجلس في قراره المؤرخ في 02 سبتمبر 1993 المذكور أعلاه².

و يتساءل الفقيهان لوي فافوروا ولويك فيليب (Louis Favoreuet Loïc Philip)، طالما أن المجلس الدستوري أعترف بأن هناك حدود يجب أن تحترمها السلطة التأسيسية المشتقة المكلفة بتعديل الدستور، فمن الذي له صلاحية مراقبة مدى احترام تلك الحدود بعد صدور قرار المجلس المؤرخ في 26 مارس 2003 الراض لمراقبة دستورية القواعد الدستورية؟، و يضعان جواب على ذلك أنه: في هذه الحالة لتجنب التناقض الذي وقع فيه المجلس الدستوري، فإن رقابة سلطة التعديل تخضع لسلطة رئيس الجمهورية حامي الدستور، أو الشعب باستعمال حقه في مقاومة الطغيان³.

ثالثا - بالنسبة للدستور الألماني: إن كان المؤسس الفرنسي جاء مبهما و ذلك بعدم توسعه في تحديد واضح لا يكتفه اللبس لمواضيع الحضر الموضوعي، و ذلك باقتصاره على النظام الجمهوري الذي يثير عدة تأويلات من حيث التفسير كما تم توضيحه أعلاه، فإن القانون الأساسي الألماني جاء أكثر وضوحا فيما يخص الحضر الموضوعي، هذا ما نستشفه من المادة 79 الفقرة 03 منه التي تنص على أن: " لا يجوز إجراء تعديلات على هذا القانون الأساسي من شأنها أن تمس تقسيم الاتحاد إلى ولايات، أو على مشاركة

¹ - Louis FAVOREU , Loïc PHILIP, op.cit, p.820.

² - Ibid , p.946.

³ - Louis FAVOREU , Loïc PHILIP, op.cit, p.948.

المبدئية في عملية التشريع، أو بشكل يمس القواعد الأساسية الواردة في المواد 1 و 20¹، فالقانون الأساسي الألماني يهدف من خلال تحديد مواضيع الحضر الموضوعي إلى منع المساس بشكل الدولة الفيدرالي و الحقوق الأساسية التي تحتل مركز محوري في بناء الدستور، و التركيز على المادة 01 و 20 من القانون الأساسي له دلالة لأن، النصين يشملان كل الحقوق الأساسية التي يحددها الدستور فالمادة الأولى تحمل عنوان: "كرامة الإنسان - حقوق الإنسان - القوة الملزمة قانونا للحقوق الأساسية" و تنص على أن: "1 - كرامة الإنسان غير قابلة للمساس بها، فاحترامها و حمايتها يمثلان واجبا إلزاميا على جميع سلطات الدولة. 2 - يؤمن الشعب الألماني بعدم المساس والإخلال بحقوق الإنسان كقاعدة أساسية للتعايش ضمن أي مجموعة بشرية، وللسلام والعدالة في العالم. 3 - تلتزم السلطات التشريعية والتنفيذية و القضائية بالحقوق الأساسية الآتية باعتبارها تشريعا مباشرا و نافذا"².

و تحضى الحقوق الأساسية المنبثقة من قواعد القانون الدولي في النظام الدستوري الألماني بأولوية على القواعد الداخلية في النظام القانوني، ويكمن السبب الرئيسي أن المؤسس الألماني منذ وضعه لدستور 1949 حرص على أن يضع ضمانات للعالم بأسره يلتزم فيها بالخضوع لقواعد القانون الدولي، فتلك الحقوق الناتجة عن المعاهدات هي مجسدة من خلال الفقرة الأولى والثانية من المادة الأولى من الدستور الألماني، التي هي موجهة بالأساس للمجتمع الدولي كالتزام بعدم تكرار النظام النازي و عودته من جديد بعد انهزام ألمانيا في الحرب العالمية الثانية، وعليه تم التركيز على احترام حقوق الإنسان وكرامة الإنسان كقاعدة أساسية لا يمكن بأي حال من الأحوال الرجوع عليها، وهي في حد ذاتها ترتبط بشكل وثيق بالقانون الدولي، من خلال المواثيق والمعاهدات التي تم

¹ - Art 39 al 3, Loi fondamentale pour la République fédérale d'Allemagne.

² - Art 1, ibid.

إبرامها على المستوى المنظمات الدولية و الإقليمية، وبإجماع المجتمع الدولي حول مسألة كرامة الإنسان و حقوق الإنسان.

و من ثم يتبين أن القانون الأساسي الألماني تبنى بشكل واضح لفكرة الحقوق الأساسية الناتجة عن المعاهدات، و يرجع سبب ذلك للمرتبة التي تحضى بها المعاهدة في سلم تدرج القواعد القانونية في ذلك النظام، الذي يجعل من المعاهدة أسمى على القانون الداخلي و لها أثر مباشر على القانون الفيدرالي بترتيبه لحقوق و واجبات على جميع الأفراد في إقليم دولة ألمانيا¹.

و لكن الشيء الملاحظ هو أن الحقوق المضمونة بموجب المعاهدات بمعنى قواعد القانون الدولي العام تخاطب الدول أي نظم قانونية ذاتية، هذا يجعل من القواعد الداخلية لهذه النظم القانونية غير منظمة بشكل مباشر بموجب قواعد القانون الدولي العام، فهذه الأخيرة تفرض عموماً التزامات، و تمنع، أو تبيح للدول، وفي حالة ما إذا خرقت الدولة لالتزام ناتج عن معاهدة، ذلك الأمر لا ينتج أثر قانوني إلا أمام الجهة القضائية التي لها صلاحية السهر على مراقبة مدى احترام بنود المعاهدة من قبل الدول الأطراف في المعاهدة، بحيث يمكن لها - أي الجهة القضائية - إلغاء قاعدة أو منع إنتاجها ما دام إنتاج هذه القواعد (la production de ces normes) هو من صلاحية الدولة، و يمكن للقانون الدولي العام، أن يفرض جزاءات بشكل عام على الدول التي تخرق حقاً منبثق من المعاهدة، و ذلك بفرض إلزامية إصلاح القواعد المخالفة للمعاهدة و لكن ليس بطريقة مباشرة و بصفة استثنائية².

¹ - تنص المادة 25 من الدستور الألماني (القانون الأساسي) على أن : " تكون أحكام القانون الدولي العامة جزءاً من تراتبية القانون الاتحادي ، لها الأفضلية على القوانين الاتحادية، و يترتب عليها حقوق و واجبات مباشرة على سكان المناطق في أنحاء الاتحاد ".

² - Louis FAVOREU, Patrick GAIA , Richard GHEVONTIAN, Ferdinand Mélin-SOUCRAMANIEN, Annabelle PENA, Otto PFERSMANN, Joseph PINI, André ROUX, Guy

و لذلك السبب لا يمكن اعتبار القواعد الدستورية " الداخلية " بالضرورة هي متطابقة مع المعاهدة، فيمكن للحقوق الأساسية الدستورية تكون مبرر لضرب الحقوق الأساسية الناتجة عن المعاهدة، هذه القواعد الدستورية تكون بنظر القانون الدولي العام سببا في خرق المعاهدة¹.

و إذا أخذنا على سبيل المثال النظام الأوروبي الحالي لحماية حقوق الإنسان، نجده يقوم على ميكانزمات غير مباشرة لفرض الحقوق الأساسية الناتجة عن المعاهدات المبرمة بين الدول الأوروبية، فالمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان تدين الدول و تقرض عليهم بصفة عامة التزامات لجبر الضرر عن طريق التعويض، و لكن لا تتدخل في تدرج القواعد القانونية الداخلية للدول الأعضاء².

إن الحقوق الأساسية لها مكانة مميزة في صياغة الدستور الألماني المسمى في حد ذاته " القانون الأساسي"، و إذا رجعنا إلى أحكام التعديل الدستوري في ذلك الدستور نجد المادة 79 فقرة 03 تمنع مراجعة الأحكام المتعلقة بالحقوق الأساسية المنصوص عليها في المادة 01 و المادة 20 من الدستور، أي مضمون تلك الحقوق لا يمكن أن يمس التعديل ومن ثم فإن الحضر الموضوعي ينصب على جميع الحقوق الأساسية التي قررها الدستور في الفصل الأول منه، و إذا فحصنا تلك النصوص نجدها تؤسس نظام ديمقراطي هدفه إقامة دولة القانون و تعزيزها، هذا ما نستشفه من خلال عدة نصوص على سبيل المثال وليس الحصر، كالفقرة الثالثة من المادة الأولى من الدستور الألماني، التي هي موجهة لجميع المؤسسات الدستورية، بإلزامها للسلطات الثالثة باحترام الحقوق

SCOFFONI , Jérôme TREMEAU, Droit des libertés fondamentales , 6^e édition, Dalloz ,Paris, 2012 , p. 85.

¹ - Ibid.

² - Louis FAVOREU, Patrick GAIA , Richard GHEVONTIAN ..., op.cit, p.85.

الأساسية المنصوص و المحددة القانون الأساسي¹، و كذا نص المادة 19 فقرة 02 التي تنص على أنه: " لا يجوز بأي حال من الأحوال المساس بجوهر مضمون الحق الأساسي"، فالمؤسس الألماني كان حريص على حماية موضوع الحقوق الأساسية من اعتداء أي سلطة في الدولة التي قد تفرغ الحق من محتواه، و أكد نفس النص على حق الفرد في إتباع جميع الطرق القانونية المتاحة له بموجب الدستور في حالة ما أجحف في أحد حقوقه الأساسية بسبب ممارسات سلطة الدولة.

و لا يمكن الحد من ممارسة تلك الحقوق إلا إذا أقرت المحكمة الدستورية ذلك، و يكون ذلك الأمر في حالة ما استعملت تلك الحقوق للمساس بالنظام الديمقراطي²، و جاءت المادة 20 من القانون الأساسي الألماني الحاملة لعنوان " المبادئ البنيوية، حق المقاومة " معبرة لإرادة المؤسس الألماني في جعل الحقوق الأساسية و النظام الديمقراطي قواعد مافوقالدستورية تسمو على غيرها من القواعد وعلى إرادة سلطة التعديل الدستوري طبقا للمادة 79 الفقرة 03 أي السلطة التأسيسية، وكذا على إرادة السلطة المؤسّسة، فتشكل الحقوق الأساسية جوهر القانون الأساسي و يرجع الفضل للنظام الألماني الذي كرس فلسفة الحقوق الأساسية عمليا في الدستور قبل أن تنتشر الفكرة و تتبناها عدة دساتير أوربية كالدستور الإسباني و الفنلندي وغيرها، و ما هي إلا نتاج لتطور لفكرة الحقوق والحريات الدستورية، التي ظهرت في ظل فلسفة القانون الطبيعي آلا وهي فكرة حقوق الإنسان التي أخذت بالأساس الصبغة الدولية، وكان لهذه الأخيرة أثر على التشريعات الوطنية بعدة أفكار الحريات العامة، حقوق الإنسان والحريات الأساسية، ثم الحقوق الأساسية.

¹ - تنص المادة 01 فقرة 03 من القانون الأساسي الألماني (الدستور) على أن: " تلتزم السلطة التشريعية و التنفيذية و القضائية بالحقوق الأساسية الآتية باعتبارها تشريعا مباشرا و نافذا ".

² - المادة 18 من القانون الأساسي الألماني (الدستور): "...هنا تقع صلاحية الحكم بإسقاط الحقوق و مدى إسقاطها بيد المحكمة الدستورية العليا ".

و ما المادة 20 تحمل في مفهومها ضمانا للحقوق الأساسية فتتص تلك المادة على أن: "1-جمهورية ألمانيا الاتحادية هي دولة فدرالية وديمقراطية بعدالة اجتماعية.2- الشعب هو مصدر جميع سلطات الدولة. ويمارس الشعب سلطته من خلال الانتخابات والتصويت، ومن خلال أجهزة خاصة بالسلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية، 3-ترتبط وتلتزم السلطة التشريعية بالنظام الدستوري، بينما ترتبط وتلتزم السلطة التنفيذية والسلطة القضائية بالقانون والشرعية 4- لكافة المواطنين الألمان الحق في مقاومة أي شخص يعتزم أن يقوم بإزالة هذا النظام إذا تعذر عليهم ذلك بوسائل أخرى"

إذا نص المادة 20 وضعت من قبل المؤسس الألماني لتحديد مقومات النظام الدستوري القائمة على النظام الفيدرالي كشكل للدولة، وعلى النظام الديمقراطي الحر أي على سلطة الشعب صاحب السيادة، و التي يمارسها عن طريق الانتخاب هذا من جهة، و من جهة ثانية جاءت لتعزز الحماية الدستورية للحقوق الأساسية، فالفقرة 03 من المادة 20 ترتب نتيجة على غاية من الأهمية فهي إقرار بأن الدولة هي دولة قانون بالمفهوم الذي أجمع عليه الفقه الدستوري، والذي تم المناداة به على وجه الخصوص منذ بداية القرن العشرين، هذا ما نستشفه من التصريح بأن السلطة التشريعية ملزمة بالدستور و السلطتين التنفيذية و القضائية بالقانون و الشرعية، فهو إقرار الدستور بأن الدولة تقوم على مبدأ دولة القانون، وهو غير قابل للتعديل و قيد على سلطة التأسيسية المشتقة المكلفة بالتعديل الدستوري.

و هو الذي يجعلنا نقول أن القراءة و التعمق في الدستور الألماني و صياغته من قبل المؤسس نجده يترجم لنا وبدون لبس تطبيق نظرية دولة القانون من حيث النص الدستوري، فهو يترجم على سبيل المثال رؤية الفقيه الفرنسي كاريه دي مالبرغ (Carréde Malberg) الذي يؤكد على أنه: " لقيام دولة القانون يجب أن تكون السلطات الثلاثة مقيد وعلى رأسها السلطة التشريعية التي يقيد بها الدستور والسلطتين التنفيذية و القضائية فهي

مقيدة بالقانون، و قد نفى هذا الفقيه وصف دولة القانون على المنظومة الفرنسية في عشرينيات القرن العشرين و وصفها بالدولة الشرعية¹، و ذلك يرجع بالأساس إلى أن النظام القانوني الفرنسي كان لا يعترف آنذاك بفكرة الرقابة الدستورية، مستندا في ذلك على أفكار الثورة الفرنسية المجسدة في إعلان حقوق الإنسان و المواطن لسنة 1789، و التي مفادها أن القانون هو التعبير عن الإرادة العامة أي إرادة الأمة، و باعتبار أن الأمة هي صاحبة السيادة، فإن القانون الذي يصدر عن البرلمان الممثل لإرادة الأمة لا يمكن أن يكون محل رقابة أو طعن أمام أي جهة كانت، لأن ذلك يعد مساس بالسيادة الوطنية².

¹ - ظهرت نظرية دولة القانون في القرن التاسع عشر في ألمانيا، و أنتقلت بعد ذلك لفرنسا حيث تبناها الفكر القانوني الفرنسي في البداية من قبل الفقيه ليون دوجي، ثم كاريه دي مالبرغ، في مؤلفه النظرية العامة للدولة في بداية سنوات 1920 هذا الأخير في ظل الجمهورية الثالثة أكد على أن المنظومة الفرنسية تتبع نظام الدولة الشرعية "l'État l'égale" الذي يتناقض مع دولة القانون "l'État de droit" الذي أصبح يمثل هدف يجب السعي للوصول إليه، و يرجع كاريه دي مالبرغ سبب ذلك الوصف آنذاك إلى أن الدولة الفرنسية في ظل الجمهورية الثالثة لا يمكن أن تكون دولة قانون لغياب ميكانزمات تحد من سلطة المشرع، فهناك الإدارة و القضاء فقط اللذان يخضعان للقانون، و بالتالي إطلاق سلطة التشريع تتناقض مع مبدأ تدرج القواعد القانونية لأنها تتجاهل سمو الدستور، هذا الانحراف المدان بإجماع الفقه الدستوري إبان الجمهورية الثالثة، جعل من هذه الأخيرة تتخبط بشكل تدريجي في الفكرة التي مفادها ضرورة الأخذ بالرقابة الدستورية من أجل حماية الحريات من القانون في حد ذاته هذا ما تبناه الفقيهان أيسمان و دوجي، و لكن لم يخرج ذلك على النقاش الفقهي، و لم تتجسد من حيث فكرة دولة القانون التطبيقي المنظومة الفرنسية إلا حديثا بصدور دستور الجمهورية الخامسة لسنة 1958، مع تنامي دور المجلس الدستوري في السبعينيات إلى يومنا هذا.

Voir: Valérie GOESEL-LE BIHAN, Contentieux constitutionnel, ellipses, Paris, 2011, pp. 15- 17.
² - كي نتعرف على النظرة التي تبناها الفكر القانوني الفرنسي في القانون العام، والذي هيمنة عليه فكرة سيادة الأمة يجب الرجوع إلى كتابات رجال الثورة الفرنسية و على رأسهم سيبيز (Sieyès) في مؤلفه: "ما هو ثلث الدولة؟" (Qu'est-ce que le Tiers-État ?) الصادر في جانفي 1789، و الذي كان حافزا في اندلاع الثورة و مرجعية فلسفية لها، بقوله: "الأمة موجودة قبل كل شيء، هي مصدر كل شيء، إرادتها هي دوما شرعية، هي القانون في حد ذاته، الأمر الوحيد الذي يعد سباق على وجود الأمة و يسمو عليها هو القانون الطبيعي فقط، و عليه إذا كان علينا تشكيل فكرة صحيحة على القانون الوضعي المنبثق من إرادة الأمة، نرى في الصف الأول القواعد الدستورية التي تنقسم إلى نوعين، قواعد تنظم وظائف الجسم التشريعي، أما القواعد الأخرى تحدد و تنظم مختلف الأجسام الفعالة، هذه القواعد تسمى بالقواعد الأساسية، ليس بمعنى أنها تصبح مستقلة عن الإرادة الوطنية، بل بمعنى أن الأجسام الموجودة تتحرك و تؤدي وظائفها بموجب تلك القواعد و لا يمكن لها أن تتحلل عليها، حيث جميع أجزاء الدستور هي ليست من صنع السلطة المؤسسة بل هي من صنع السلطة التأسيسية، و من ثم كل سلطة مفوضة

كما يمكن في نفس السياق استخلاص بأن الفقرة 03 من المادة 20 من الدستور تكرر مبدأ سمو الدستور، بالتأكيد على أن القانون الصادر على السلطة التشريعية يجب أن يتوافق مع الشرعية الدستورية، أما السلطتين التنفيذية والقضائية فهي محكومة بالقانون الذي يجب أن يتوافق مع الدستور بطبيعة الحال، و من ثم فالدستور هو ضابط عمل السلطات الثلاث.

إذا النظام الألماني دسترة فكرة دولة القانون، هذا ما نلمسه من خلال الفقرة الثالثة من النص المذكور أعلاه المشكلة للأساس الدستوري لدولة القانون القائمة في أولا على الشرعية الدستورية التي تحكم كل أعمال السلطات العامة و في المرتبة الثانية الشرعية القانونية... الخ، وبالتمعن في تلك الفقرة نجد أنها تؤسس مبدأ تدرج القواعد القانونية و هو من المبادئ القانونية الوضعية لدولة القانون حيث بدونه لا يمكن لهذه الأخيرة أن تقوم لها قائمة، باعتباره الآلية القانونية لتقييم تصرفات السلطات العامة تشريعية، تنفيذية و قضائية بالحكم عليها إن كانت شرعية أم لا، ويعد هذا المبدأ احد الميكانيزمات الدستورية الحديثة لضمان الحقوق الأساسية، و هو منشئ نظرية دولة القانون كما جاءت به النظرية الكلسينية.

أما الفقرة الأخيرة الحاملة لرقم 04 من المادة 20، فهي تبيح للمواطنين في آخر المطاف إذا تعذر عليهم استعمال الطرق القانونية لضمان مقومات النظام الدستوري، بأن

بموجب الدستور لأداء صلاحيات محددة لا يمكن لها تغيير صلاحياتها، وعليه فالقواعد الدستورية هي أساسية، لأنها تحدد لنا أولا الهيئة التشريعية الناتجة عن الإرادة الوطنية قبل وضع الدستور فهي قواعد ذات الدرجة الأولى، أما القواعد ذات الدرجة الثانية هي كذلك يجب أن توضع من قبل إرادة نيابية خاصة، فكل أجزاء الحكومة هي مكفولة و تابعة للأمة، نستخلص من هذا المقطع أن سبب جعل من الأمة هي صاحبة السيادة حيث لا يمكن لها أن تعبر عن إرادتها إلا بوضع الدستور الذي يؤسس المؤسسات التي تعمل على تحقيق المصلحة العامة، و لكن في حقيقة الأمر الفقيه أخذ بمبدأ سيادة الدستور كنتيجة لتطبيق نظرية سيادة الأمة، و لم يأخذ بسيادة القانون التي اعتمدتها فرنسا بعد الثورة الفرنسية و هيمنة على الجمهورية الثالثة و الرابعة

Voir: Emmanuel Joseph SIEYES, Qu' est- ce que le Tiers -État ?, Édition du BOUCHER, Paris, 2002 ,p. 53.

يكون لهم الحق في استعمال كل الوسائل ضد أي سلطة مهما كانت، تسعى لإزالة تلك المقومات من بينها الثورة و العصيان المدني...الخ، لأن المساس بأسس النظام الدستوري يشكل طغيان و خروج على النظام الدستوري الديمقراطي.

إن تلك القيود وضعت من أجل إقرار حدود دستورية على السلطة لا يمكن بأي حال من الأحوال تجاوزها أو الإخلال بها أو الانتقاض منها أو إفراغها من محتواها و هي مبادئ أساسية تحكم الدولة، والأكثر من ذلك نعتبرها في حد ذاتها مبادئ ما فوق الدستور باعتبار أنها تشكل عناصر للحظر الموضوعي لمراجعة الدستور كما كرسه المؤسس الألماني.

و عليه، من خلال تفحصنا للدستور الألماني يتبين للباحث أنه تصدى بشكل واسع للحقوق الأساسية، و كانت صياغته لها معبرة في كل مناحيها لفلسفة دولة القانون، من خلال إبراز جميع الآليات الدستورية التي تخرج تلك الحقوق من النص إلى التطبيق الفعلي، كما وضع الوسائل التي تضمن تلك الحقوق لتجنب خرق السلطات العامة لها و التي تتمثل بالدرجة الأولى إلى إنشاء المحكمة الدستورية الاتحادية، و بالدرجة الثانية للمحاكم الاتحادية، فالحقوق الأساسية في القانون الأساسي الألماني هي قيداً حقيقياً على جميع السلطات في الدولة و ليس قيداً نظرياً، وأهم القيود على ذلك هو جعل النصوص المتعلقة بالحقوق الأساسية تحت طائلة الحظر الموضوعي للمراجعة الدستورية.

إن النهج الذي سار عليه المؤسس الألماني له خلفيات تاريخية تتمثل في الخوف الشديد من رجوع النظام النازي من جديد بعد الحرب العالمية الثانية هذا من جهة، ومن جهة ثانية، فإنه بعد خسارة الألمان للحرب أمام الحلفاء، فكانت هناك ضغوط كبيرة من قبل دول الحلفاء على ضرورة تقديم ألمانيا بعد الحرب ل ضمانات دستورية كافية للحيلولة دون رجوع النظام النازي السابق الذي كان سبباً في اندلاع الحرب العالمية الثانية والتي أدت إلى معاناة كبيرة للإنسانية جمعاء.

و هذا النهج الذي تبناه المؤسس الألماني ليس غريب على الفكر القانوني الألماني الذي كان السباق في بناء فكرة الدولة على أساس الدستور، مستندا في ذلك على المساهمة الفقهية الألمانية في بلورة فكرة دولة القانون من حيث تبين معالمها و قواعدها تجد بالأساس أصولها في نظرية التحديد الذاتي للفقيه الألماني جينيليك (Jellinek) الذي تأثر بأفكار جهرينج (Jehring)، بحيث يرى هذا الأخير بأن: " القانون له ميزة القوة، و لكن تلك القوة لا تشكل في حد ذاتها هدفا فهو وسيلة للقانون"، و يرى أنه: " عندما يتقرر بأن القوة هي تابعة لأهداف اجتماعية ففي هذه الحالة القانون يتحول لقوة مشروعة"، كما أكدته النظرية الجهرينجية للدولة (la théorie jehringienne de l'État) التي تعد مصدر لمبدأ تحديد الدولة بواسطة القانون، بحيث لا يمكن ضمان النظام إلا إذا كانت الدولة نفسها تحترم ذلك النظام الموضوع من قبلها¹، و من ثم فالدولة يجب أن تخضع للقانون الموضوع من قبلها، و لا يمكنها أن تتحلل منه طالما أن ذلك القانون يبقى ساري المفعول إلى أن يعدل أو يلغى بنفس الشكليات التي وضع بها.

و من ثم يسمى التحديد الذاتي " بالتحديد الذاتي شخصي"²، لأن الدولة تخضع للقانون على أساس تقديرها الذاتي في أن ذلك يحقق مصلحة لها و استمرار لاستقرارها و لبقائها، و هنا يؤكد جهرينج (Jehring) أن: " على الدولة الالتزام بالقانون في حدود مصلحتها، ففي حالة مخالفة الدولة للقانون الساري المفعول فإنها ستخلق فوضى اجتماعية "³، أما جينيليك (Jellinek) فإنه: ينطلق في تفكيره من الفرضية التالية وهي أن " سبب وجود القانون مرده ليس فقط لأنه يربط المحكومين - أي علاقة الأفراد ببعضهم

¹- Ghislain BENHESSA, La question de la souveraineté chez Georg Jellinek. Université Robert Schuman, Master 2 Droit public fondamental, 2008, disponible en ligne à l'adresse: https://www.memoireonline.com/07/09/2336/m_La-question-de-la-souverainete-chez-Georg-Jellinek6.html.

²- سعاد الشرفاوي، المرجع السابق، ص. 92.

³ Ghislain BENHESSA, op.cit, disponible en ligne à l'adresse: https://www.Memoireonline.com/07/09/2336/m_La-question-de-la-souverainete-chez-Georg-Jellinek6.html.

البعض - بل كذلك السلطة السياسية في حد ذاتها "، وهذا يتوافق مع ما ذهب إليه الفقيه جهرينج (Jehring) صاحب نظرية التحديد الذاتي على أن: " الحق بمعناه الكامل للكلمة هو قوة القانون، فهناك علاقة ثنائية بين الحق والقانون، ذلك ينتج خضوع السلطة السياسية للقانون الصادر عنها"، و بنظر جنيليك (Jellinek) أن: " الدولة عندما تسن قانون فإنه لا يقتصر على علاقات الأفراد فقط، بل يلزم كذلك الدولة عند أداء نشاطها بمراعاة القواعد القانونية"¹.

إن الفلسفة الألمانية لفكرة خضوع الدولة للقانون بواسطة التحديد الذاتي هي التي كانت المرجعية لدى المؤسس الألماني لتبني نظرية دولة القانون بتجسيدها في الدستور، و كانت البداية من خلال دستور جمهورية فايمار لسنة 1919، و تكرر ذلك النهج أكثر و بدقة ووضوح بعد الحرب العالمية الثانية من خلال القانون الأساسي لسنة 1949، الذي حاول من خلاله المؤسس الألماني تضمينه بحدود صارمة لصيانة دولة القانون و حماية الحقوق الأساسية بعدما فشلت جمهورية فايمار وضع تلك الحدود على السلطة و أخفقت في تجنب ألمانيا من السقوط في الديكتاتورية، و تبلورت تلك الحدود من خلال الحدود التي وضعها المؤسس كذلك على سلطة التأسيسية المشتقة و بوضع الحقوق الأساسية كقواعد تسمو على غيرها من القواعد ذات الطبيعة الدستورية، و يمكن القول أنها تشكل أساس القانون الأساسي.

¹ - مع العلم أن هذه النظرة للدولة و كيفية خضوعها للقانون انتقدت فقها، على أساس أن الطرح الذي جاء به جهرينج يتناقض مع فكرة خضوع الدولة للقانون في مفهوم المخالفة فإنه طالما أن الدولة تلتزم بالقانون في مصلحتها الذاتية يمكن لها أن تتحلل على التزامها بالقانون كلما رأت أن ذلك لا يخدم مصالحها.

الفرع الثاني: الحظر الزمني لتعديل الدستور معزز لمركز الحقوق الأساسية في الدستور

نقصد بالحظر الزمني هو مجموعة القواعد الدستورية التي تمنع تعديل الدستور في فترة زمنية محددة وذلك من لعدة أسباب تعود إلى رغبة السلطة التأسيسية الأصلية تحقيق نوع من الثبات للقواعد الدستورية أي تحقيق الاستقرار للنظام السياسي المجسد في الدستور و الذي يكون قد تأسس إما بعد ثورة أو عند نشوء دولة جديدة، و قد يكون ذلك المنع في حالات معينة يحددها الدستور تتزامن مع فترات غير عادية أو استثنائية لا يليق فيها مراجعة الدستور فيها لعدم توافر الظروف العادية التي تسمح بالقيام بالتعديل، و من ما لا شك فيه الحظر الزمني لتعديل الدستور سينعكس إيجاباً على مكانة الحقوق الأساسية في الدستور، ويعد كفيل لها خاصة و أنها تشكل النواة الصلبة للدستور بإجماع الفقه الدستوري فإن كانت الدساتير لا تقرر ذلك صراحة نجد الفقه يؤكد على أن الدساتير لا تنص صراحة على وجود مبادئ سامية في الدستور لكن غالبية الدول المعاصرة تأخذ بهذا المفهوم للدستور وإلا هدمنا فكرة الدسترة في حد ذاتها، و عليه سنعرض موقف بعض الدساتير المقارنة من مسألة الحظر الزمني للدستور، الجزائري (أولاً)، و الفرنسي (ثانياً).

أولاً- بالنسبة للدستور الجزائري: نجد الدستور الجزائري نص على الحظر الزمني لتعديل الدستور في بعض الحالات الخاصة، التي يمكن لنا أن نحددها في حالتين الأولى تتعلق برئيس الجمهورية، و الثانية تتعلق برفض مشروع التعديل الدستوري.

أ- الحالة المتعلقة بمركز رئيس الجمهورية: يعودتنا للدستور الجزائري نجد أنه منح رئيس الجمهورية صلاحية المبادرة بالتعديل الدستوري، و ذلك في طرح مشروع لتعديل الدستور، و وفقاً لذلك النص يمر المشروع على البرلمان بغرفتيه و تتم المصادقة عليه وفقاً للشروط التي تطبق على النص التشريعي، و بعد الموافقة عليه يعرض مشروع

التعديل على الاستفتاء الشعبي في ظرف 50 يوم الموالية لقراره من قبل البرلمان¹، و هناك إجراء ثاني وهو مبادرة الرئيس بمشروع التعديل ثم يتم عرض المشروع على المجلس الدستوري لفحص مدى تطابقه مع الدستور، و في حالة صدور رأي إيجابي للمجلس الدستوري يعرض على البرلمان بغرفتيه المجتمعين للموافقة عليه بحيث يعتمد إذا تحصل على نسبة ثلاثة أرباع أصوات أعضاء غرفتي البرلمان²، أما الأجراء الثالث بموجبه المؤسس منح البرلمان بغرفتيه المجتمعين الحق في المبادرة بتعديل الدستور، إذا تم التصويت لصالحه من قبل ثلاثة أرباع أعضاء غرفتي البرلمان المجتمعين، و من ثم يعرض على رئيس الجمهورية الذي يمكنه أن يعرضه على الاستفتاء الشعبي³.

إنه من خلال إجراءات التعديل المذكورة أعلاه نجد أن المؤسس منح صلاحية التعديل الدستوري لرئيس الجمهورية، حيث يلعب الدور المحوري في جميع أشكال التعديل الثلاثة المحددة في الدستور من خلال إعطائه الحق في المبادرة عبر طريقتين مختلفتين للتعديل الدستور، و حتى و إن كان ليس هو المبادر بتعديل الدستور في الطريقة الثالثة فإن تمرير التعديل الذي يكون بمبادرة غرفتي البرلمان يخضع لسلطة الرئيس، حيث بعد عرض مبادرة التعديل البرلمانية على الرئيس يمكن عرضها على الاستفتاء الشعبي، فاستعمال المؤسس عبارة " يمكن " يعني بمفهوم المخالفة يمكن للرئيس كذلك أن يرفض عرض مشروع التعديل على الاستفتاء الشعبي، أي يمكن للرئيس تجميد مشروع التعديل المنبثق من إرادة البرلمان بغرفتيه المجتمعين، و بالتالي التعديل الدستوري في الدستور الجزائري لا يمكن أن يعتمد إلا بإرادة و موافقة الرئيس⁴، و ذلك إما مباشرة عندما يكون

¹ - المادة 208 من التعديل الدستوري الجزائري لسنة 2016.

² - المادة 209 من التعديل الدستوري الجزائري لسنة 2016.

³ - المادة 211 التعديل الدستوري الجزائري لسنة 2016.

⁴ - و نجد الدستور الفرنسي يمنح المبادرة بتعديل الدستور لرئيس الجمهورية باقتراح من الوزير الأول وأعضاء البرلمان، يتولى رئيس الجمهورية في السير في إجراءات التعديل، وذلك بطريقتين الأولى تتمثل في عرض المشروع على البرلمان للمصادقة عليه طبقا للإجراءات المحددة في المادة 42 من الدستور ثم يعرض على الاستفتاء الشعبي، و الطريقة الثانية يعرض مشروع التعديل

هو صاحب المبادرة بمشروع التعديل، و إما بشكل غير مباشر للدور الذي يقوم به في الإجراءات عندما تكون مبادرة تعديل الدستور من قبل البرلمان بغرفتيه المجتمعين حيث يتوقف السير في الإجراءات بموافقة الرئيس على مشروع التعديل الدستوري المنبثق من إرادة البرلمان بغرفتيه المجتمعين.

بناء على كل ذلك و للدور الذي يلعبه رئيس الجمهورية في عملية المراجعة الدستورية، فإن المؤسس الجزائري منع تعديل الدستور في فترتين زمنيتين خاصتين تتعلق بالرئيس وهما:

1 - حالة وجود مانع لرئيس الجمهورية: و قد حددها الدستور الجزائري صراحة في حالة إذا كان رئيس الجمهورية أصيب بمرض خطير و مزمناً¹ يستحيل معه أداء مهامه

على البرلمان بغرفتيه دون عرضه على الاستفتاء الشعبي، و يعتمد مشروع التعديل إذا تحصل على نسبة 5/3 أصوات أعضاء غرفتي البرلمان المجتمعين، فصاحب مشروع التعديل طبقاً لنص المادة 89 في الأصل تعود لرئيس الحكومة و البرلمان اللذان يقترحونه على رئيس الجمهورية، هذا الأخير يمثل عنصر في حلقة إجراءات التعديل، بحيث يعود له تقرير إن كان المشروع يعرض على الاستفتاء الشعبي أو على غرفتي البرلمان المجتمعين، و تجدر الإشارة أن مشروح التعديل الدستوري لما يكون باقتراح من البرلمان كما أقره الدستور الفرنسي يمنح الحق لأي عضو في إحدى غرفتي البرلمان اقتراح مشروع تعديل دستوري، الذي يناقش من قبل الغرفة المعنية و في حالة المصادقة عليه يعرض على الغرفة الأخرى، و في حالة الموافقة عليه طبقاً لإجراءات المتبعة لإقرار النص التشريعي يعرض على رئيس الجمهورية الذي يكون ملزماً بعرضه على الاستفتاء الشعبي.

¹ - لقد طالبت المعارضة و شخصيات سياسية سنة 2013 من المجلس الدستوري للتدخل لتطبيق المادة 88 من الدستور (المادة 102 من الدستور بعد تعديل سنة 2016) بسبب مرض رئيس الجمهورية، بحيث قل نشاطه و ظهوره عند تأدية مهامه الدستورية، و في المناسبات الدينية و الوطنية و الدولية، مما ولد قلق حول الوضع الصحي للرئيس لدى الرأي العام، لكن رغم ذلك لم يتحرك المجلس الدستوري، و الأكثر من ذلك المجلس ترشح الرئيس المنتهية ولايته لعهدة رابعة أصدر قرار بتاريخ 13 مارس 2014 تحت رقم 07 يقضي بقبول ترشحه، ولم يتحقق من تلك الوضعية الصحية للرئيس بكافة الوسائل القانونية المتاحة و اكتفى بدراسة الملف رغم أن حالته الصحية كانت محل تساؤلات، ومحل قلق على مدى قدرته الحقيقية لأداء مهامه الدستورية، و لقد ثبت ذلك الأمر في الواقع في الحملة الانتخابية بحيث غاب الرئيس المترشح للعهدة الرابعة عن الحملة و تولى الوزراء القيام بها لصالح الرئيس نيابة عنه، في حين ما لمركز الرئيس من صلاحيات و اختصاصات دستورية يفرض عليه تولي القيام بالحملة الانتخابية بنفسه، لأن الانتخابات الرئاسية تأخذ شكل الانتخاب الاسمي الشخصي، يختار بالانتخاب العام المباشر و السري من قبل الشعب، إنَّ عدم تحرك المجلس الدستوري لإعمال نص المادة 88 من الدستور و عدم تحققه حول الوضعية الصحية للرئيس و قبول في النهاية ترشحه يؤثر مسألة استقلالية المجلس الدستوري على السلطة التنفيذية، و مدى تحمل تلك السلطات لمسؤولياتها الدستورية، فدولة القانون و المؤسسات لا يمكن بنائها إلا بتمتع كل سلطة في الدستور بالاستقلالية، أين يمكن لها أداء مهامها و اختصاصاتها الدستورية المحددة في الوثيقة الدستورية بشكل مجرد على الاعتبار السياسية، و للمزيد

الدستورية أي ممارسة صلاحياته المحددة في الدستور، لأن ذلك الأمر سيعطل عمل المؤسسات الدستورية و قد يصيب مصالح الدولة بالضرر، ولذلك وجد المؤسس الصيغة الدستورية التي تضمن سير المؤسسات الدستورية بشكل مستمر وبانتظام، و لتجنب حالة جمود عمل المؤسسات بالنظر ما للرئيس من صلاحيات قد تتطلب منه التدخل بشكل مستعجل لمعالجة أوضاع خاصة.

وذلك سواء على المستوى الداخلي باعتباره هو الرئيس الفعلي للحكومة بحيث يرأس مجلس الوزراء، كما أن الحكومة هي ملزمة بتنفيذ برنامجه الذي يشرف عليه الوزير الأول¹ أو في العلاقات الخارجية للدولة باعتبار الرئيس هو المختص في تحديد السياسة الخارجية للدولة².

على ذلك الأساس حدد الدستور الجزائري الشخصية التي تستخلف رئيس الجمهورية في أداء مهامه في حالة المانع و هو رئيس مجلس الأمة، و سميت بالشخصية الثانية في الدولة، بحيث يجتمع المجلس الدستوري وجوبا أي بشكل إلزامي ليتثبت من حالة وجود المانع و حالة توصله إلى ذلك باستعمال كافة الطرق القانونية للتثبت من الحالة الصحية للرئيس، يقرر ذلك بالإجماع و يحيل الأمر للبرلمان بغرفتيه المجتمعين الذي يناقش المسألة بحيث يقرر المانع بأغلبية موصوفة و ثلثي (3/2) أعضاء البرلمان

من التفاصيل أنظر: بن مالك بشير ، «إشكالية ترشح رئيس الجمهورية القائم للانتخاب الرئاسي لسنة 2014»، مجلة المجلس الدستوري ، مجلة نصف سنوية متخصصة، العدد 6، 2016، ص ص. 109-117.

¹ - إن التعديل الدستوري لسنة 2008 جاء ليوّسع صلاحيات الرئيس التي هي أصلا موسعة قبل التعديل، بحيث ركز السلطة في كفة الرئيس على حساب المؤسسات الأخرى، و يعد ذلك التعديل تراجع على المكاسب الديمقراطية التي جاء بها دستور 1989 المعدل سنة 1996 بمساحته بثوابت النظام الديمقراطي و المذهب الدستوري كمبدأ التداول على السلطة، و مبدأ بناء الدستور على أساس توازن السلطات، و مبدأ "أين توجد سلطة توجد مسؤولية" على اعتبار أصبحت الحكومة مسؤولة أمام البرلمان على برنامج رئيس الجمهورية في عملية تنفيذه، في حين الرئيس لا يمكن تقرير مسؤوليته بأي شكل من الأشكال و هو صاحب البرنامج الحكومي، و هذا تناقض مع القواعد الدستورية في النظم المقارنة.

² - المادة 91 فقرة 4، 93، و 94، من التعديل الدستوري الجزائري لسنة 2016.

بغرفتيه المجتمعتين، و من ثم يعين رئيس مجلس الأمة ليتولى رئاسة الدولة مؤقتا لمدة 45 يوم في هذه الفترة لا يمكن تعديل الدستور، فريئس مجلس الأمة مجرد من هذه الصلاحية و كذلك البرلمان بغرفتيه المجتمعتين تطبيقا لنص المادة 104 فقرة 03 من الدستور و بالتالي فمدة 45 يوم تعد حظر زمني على تعديل الدستور¹.

2 - حالة الشغور بالاستقالة لمنصب رئيس الجمهورية: و هي حالة استمرار المانع لمدة تتجاوز 45 يوم ففي هذه الحالة كذلك يجتمع المجلس الدستوري وجوبا، و يعلن بالإجماع حالة الشغور بالاستقالة، و يعرض ذلك على البرلمان المجتمع بغرفتيه الذي يثبت الشغور بالاستقالة، بعدما يصادق عليه ثلثي (3/2) أعضاء البرلمان المجتمع بغرفتيه، و من ثم يتراأس الدولة رئيس مجلس الأمة الذي يشرف على تنظيم الانتخابات الرئاسية في أجل 60 يوم.

3 - حالة الشغور النهائي لمنصب رئيس الجمهورية: و هي حالة استقالة أو وفاة رئيس الجمهورية، أو الحالة التي يتقرر فيها ارتكاب رئيس الجمهورية لجريمة الخيانة العظمى، ففي هذه الحالة يجتمع المجلس الدستوري وجوبا و يثبت حالة الشغور النهائي البرلمان و يبلغ البرلمان بذلك الذي يجتمع وجوبا بحيث يتراأس الدولة رئيس مجلس الأمة لمدة أقصاها 60 يوم تنظم فيها انتخابات رئاسية، و سواء في حالة شغور بالاستقالة أو الشغور النهائي، كذلك لا يمكن لرئيس مجلس الأمة و لا لغرفتي البرلمان المجتمعتين تعديل الدستور في تلك الفترة المحددة ب 60 يوم، و هو يعد حظر زمني لتعديل الدستور عملا بالمادة 104 فقرة 3 من الدستور².

¹ - المادة 91 فقرة 3، من التعديل الدستوري الجزائري لسنة 2016.

² - تنص المادة 104 فقرة 3 من التعديل الدستوري الجزائري لسنة 2016 المعدل و المتمم على أن: "...لا يمكن في الفترتين المنصوص عليها في المادتين 102 و 103 أعلاه تطبيق الأحكام المنصوص عليها في...المواد...208 و 210 و 211 من الدستور".

4 - حالة اقتران استقالة رئيس الجمهورية أو وفاته بشعور رئاسة مجلس الأمة: في هذه الحالة يجتمع المجلس الدستوري وجوبا و يقرر بالإجماع حالة الشغور النهائي لرئاسة الجمهورية و حصول المانع لرئاسة مجلس الأمة، و يتولى رئيس المجلس الدستوري رئاسة الدولة لمدة 60 يوم أين تنظم انتخابات رئاسية فيها و التي لا يمكنه فيها ولا لغرفتي البرلمان المجتمعين القيام بتعديل الدستور في تلك الفترة و ذلك يعد حضر زمني على تعديل الدستور عملا بالمادة 104 فقرة 3 من الدستور.

و يضاف لتلك الحالات، حالة خاصة تتعلق في تزامن وفاة أحد مترشيحي الدور الثاني في الرئاسيات قبل إجراء عملية الاقتراع، التي يقرر فيها المجلس الدستوري بتنظيم العملية الانتخابية من جديد في غضون 60 يوم في تلك الفترة لا يجوز تعديل الدستور¹.

إذا يتبين من كل ما سبق أن في فترة استخلاف رئيس الجمهورية من قبل رئيس مجلس الأمة أو رئيس المجلس الدستوري لرئاسة الدولة، ضف لذلك حالة وفاة أحد المترشحين للرئاسيات للدور الثاني أي قبل إجراء عملية الاقتراع، في الفترات الانتقالية المحددة ب 45 يوم و 60 يوم كما تم توضيحه أعلاه، يجمد فيها العمل بالباب المتعلق بالتعديل الدستوري، و ذلك حرصا من المؤسس بأن لا يكون التعديل الدستوري إلا في ظل وجود رئيس جمهورية منتخب من قبل الشعب يؤدي مهامه الدستورية بشكل عادي و مؤسسات دستورية تعمل بشكل عادي، و هذا لتجنب إخضاع التعديل لنزوات أو حسابات سياسية عابرة تستغل في الفترات المتعلقة بشغور منصب رئيس الجمهورية لأي سبب كان.

ومن خلال استعراضنا لحالات الحظر الزمني المتعلقة بمركز رئيس الجمهورية، يمكن استخلاص أنهذه الأخيرة تعزز الحقوق الأساسية و مكانتها كنواة صلبة ضمن

¹ - المادة 103 و 104 فقرة 3 من التعديل الدستوري الجزائري لسنة 2016.

الدستور، فإن كانت تمثل قيذا على سلطة التعديل في الظروف العادية للمراجعة الدستورية فمن الضروري أن يشملها حظرا لتعديل الدستوري في فترة تتزامن مع شغور منصب رئيس الجمهورية لأي سبب كان، فيمكن أن يوجه التعديل في تلك الفترة لضرب الحقوق الأساسية بالتقليص من مداها، و من محتواها خاصة و أن الرئيس له التزام دستوري باعتباره حامي الدستور¹.

و بالتالي تقع عليه مسؤولية الحفاظ على الدستور و السهر على احترامه فمسؤوليته دستورية و سياسية أمام الشعب تتقرر إذا خرق الرئيس الدستور، و عليه لا يمكن إجراء تعديل إلا في ظل رئيس منتخب طبقا للأصول الدستورية حيث يؤدي مهامه بشكل عادي، و منطقيا لا يمكن إجراء أي تعديل دستوري إلا في حالة ما إذا كانت كل السلطات العامة الدستورية تؤدي مهامها بشكل طبيعي وإلا يكون التعديل الدستوري معيب، كما لا يجوز إجراء تعديل دستوري في فترات استثنائية تمر بها الدولة حتى و لم ينص الدستور صراحة على ذلك، فإنه لا يجوز دستوريا إجراء تعديل دستوري في فترة تتزامن مع إقرار حالة للظروف الاستثنائية أو حالة الحصار أو الحرب، فإن ذلك التعديل سيكون حتما غير متطابق مع الإرادة الشعبية، حيث تكون المؤسسات غير مستقرة و لا تؤدي مهامها بصفة عادية، فتعديل الدستور في تلك الظروف يشكل خطرا على الحقوق الأساسية.

وإن أقر الدستور الجزائري توقيف العمل بالدستور في حالة الحرب و تركيز جميع السلطات في رئيس الجمهورية من أجل تولي مهمة الإشراف على الدفاع الوطني باعتباره القائد الأعلى للقوات المسلحة، فإن ذلك لا يمنحه حق إجراء التعديل في تلك الفترة الاستثنائية، لأن الدستور أصلا مجمد إلى غاية زوال ظرف الحرب.

¹ - المادة 84 من التعديل الدستوري الجزائري لسنة 2016.

ب - حالة رفض الشعب لمشروع التعديل الدستوري: و هي الحالة التي نصت عليها المادة 209 من الدستور و ترتبط بإجراءات التعديل المنصوص عليها في المادة 208 من الدستور، التي تتيح لرئيس الجمهورية المبادرة بالتعديل الدستوري حيث يقدم المشروع للموافقة عليه من قبل البرلمان بنفس الإجراءات التي تطبق على القانون العادي، و في حالة اعتماد المشروع من قبل البرلمان يعرض على الاستفتاء الشعبي، فإذا رفض الشعب مشروع التعديل الدستوري لا يمكن عرضه على الشعب من جديد خلال الفترة التشريعية.

فذلك يشكل حظر زمني على تعديل الدستور في الحالة المذكورة أعلاه، ويمكن القول وضع المؤسس لذلك الحظر يعد منطقي لعدم ملائمة عرض مشروع تعديل دستوري على الشعب سبق و أن رفضه، و لكن يطرح التساؤل لماذا تم ربط ذلك الحظر بالفترة التشريعية للبرلمان فقط ؟، أي أن هناك إمكانية لعرض مشروع التعديل الدستوري بعد انتهاء الفترة التشريعية، يمكن تفسير ذلك من أجل إعطاء وقت كافٍ للشعب صاحب السيادة للتريث حيث قد يغير رأيه حول مشروع التعديل الدستوري بعد انتخاب أعضاء الغرفة السفلى للبرلمان، ولكن ذلك لا ينفي إمكانية تمرير مشروع التعديل الدستوري بواسطة البرلمان دون اللجوء للاستفتاء الشعبي، و في هذه الحالة نكون أمام مساس بإرادة صاحب السيادة و هو الشعب، و قد تشكل هذه الحالة خطر على الحقوق الأساسية إذا كان مشروع التعديل الذي سبق أن رفضه الشعب يتضمن موضوعه تنظيم حقا من الحقوق الأساسية.

ثانيا - بالنسبة للدستور الفرنسي: بالرجوع لنصوص الدستور الفرنسي نجده نص على حالات الحظر الزمني لتعديل الدستور نوجزها فيما يلي:

أ - الحالة المتعلقة بمنصب رئيس الجمهورية: و هي الحالات المتشابهة مع ما نص عليه الدستور الجزائري، الذي تأثر بما جاء في الدستور الفرنسي، حيث نصت المادة 07 فقرة أخيرة على أنه: " لا يمكن تطبيق...المادة 89 من الدستور أثناء شعور رئاسة

الجمهورية أو أثناء الفترة الممتدة بين التصريح بالطابع النهائي للمانع الحاصل لرئيس الجمهورية و انتخاب خلفه " .

إن ذلك الحظر الزمني تم إدراجه في الدستور بموجب التعديل الدستوري لسنة 1962، الذي غير طريقة انتخاب رئيس الجمهورية ليصبح ينتخب بواسطة الاقتراع العام المباشر، و الهدف من ذلك الحظر الزمني منع السلطات الأخرى، و بالأخص السلطة التشريعية من تعديل الدستور في الحالات التي تقترن بخلو منصب رئيس الجمهورية¹.

ب- الحالة المتعلقة بالسلامة الترابية للإقليم: و هي الحالة التي نصت عليها المادة 89 فقرة 03 من الدستور الفرنسي، التي تمنع مراجعة الدستور في حالة إذا كان جزء من إقليم الدولة تحت الاحتلال، و قد وضع الحظر لمعالجة سابقة تاريخية تعود للحرب العالمية الثانية عندما خضعت فرنسا للاحتلال الألماني، حيث أصدرت حكومة فيشي سنة 1940 بعد استسلام فرنسا بما يسمى بالقانون الدستوري 10 جويلية 1940، الذي بموجبه اسند للحكومة التي يترأسها الماريشال بيتان (Philippe Pétain) كل السلطات، و بالتالي تم إلغاء العمل بدستور الجمهورية الثالثة الصادر سنة 1875، و على ذلك الأساس وضع هذا الحظر لتجنب وضعية مماثلة، في حالة المساس بالسلامة الترابية للإقليم حيث يكون تعديل الدستور مخالف للإرادة الشعبية.

ج - الحالة المتعلقة بتطبيق المادة 16 من الدستور: و هي الحالة الاستثنائية المتعلقة بالخطر الجسيم أو الوشيك الذي يهدد سير المؤسسات الدستورية، بحيث تمنح المادة 16 الرئيس السلطات الواسعة أين تركز جميع السلطات في شخصه، و هنا يمكن الحد من ممارسة بعض الحقوق الأساسية التي يتمتع بها الأفراد، بالقدر الذي يمكن معه مجابهة الحالة الاستثنائية، ففي هذه الحالة لا يجوز تعديل الدستور وهذا ما أقره المجلس

¹ - Loi n° 62-1292 du 6 novembre 1962, relative à l'élection du président de la république au suffrage universel.

الدستوري الفرنسي في قرار صادر عنه بتاريخ 02 سبتمبر 1992 تحت رقم 42-312 حيث جاء فيه: "...هناك حدود على الفترات الزمنية التي لا يمكن فيها إجراء تعديل دستوري أو مباشرته، و هذا الأمر يستخلص من المواد 07، 16، 89 فقرة 04..."¹.

إن عدم جواز تعديل الدستور في الحالة الاستثنائية هو أمر ضروري، لأن الرئيس مهمته في تلك الحالة المحافظة على النظام الدستوري القائم بإرجاع المؤسسات الدستورية لوضعها الطبيعي، و من ثم إرجاع تمتع الأفراد بحقوقهم الأساسية كما كانت عليه قبل تقرير الحالة الاستثنائية، فهو حامي للدستور بمعنى حامي للحقوق الأساسية، فمن غير المعقول مراجعة الدستور في تلك الظروف الغير العادية، التي لا يمكن للإرادة الشعبية و للسلطة التأسيسية أن تعبر عن إرادتها بشكل طبيعي، مما قد يشكل تعديل الدستور في فترة انتقالية أو استثنائية خطرا على موضوع الحقوق الأساسية.

و لقد ضبط المؤسس الفرنسي بشكل أفضل تطبيق المادة 16 من الدستور بموجب التعديل الدستوري لسنة 2008، و ذلك بتحديد مدة الحالة الاستثنائية ب 30 يوم بعد ذلك يمكن للمجلس الدستوري أن يتحقق من توافر شروط الحالة الاستثنائية من عدمها كما حددته المادة 16²، وذلك بناء على طلب البرلمانين الذين لهم الحق في إخطار المجلس الدستوري، وتتحول تلك الرقابة إلى رقابة تلقائية و إجبارية، يقوم بها المجلس الدستوري

¹ -CC n° 92 -312 DC du 2 septembre 1992 . cf. site: www.conseilconstitutionnel.fr.

² - تنص المادة 16 من الدستور الفرنسي على أن: " إذا كانت مؤسسات الجمهورية، أو استقلال الأمة و سلامة ترابها، أو تنفيذ التزاماتها الدولية ، معرضة لخطر جسيم أو وشيك، وإذا توقفت السلطات العامة الدستورية عن سيرها المنظم، يتخذ رئيس الجمهورية التدابير التي تقتضيها هذه الظروف، بعد استشارة الوزير الأول، و رئيسي المجلسين، و كذا المجلس الدستوري استشارة رسمية. و يخبر الأمة بذلك في خطاب يوجهه إليها. و يجب أن تكون هذه التدابير مستوحاة من الإرادة الرامية إلى منح السلطات العامة الدستورية، في اقصر الآجال الممكنة الوسائل التي تمكنها من أداء مهامها. و يستشار المجلس الدستوري بشأن التدابير. و يجتمع البرلمان وجوبا. لا يمكن حل الجمعية الوطنية أثناء ممارسة السلطات الاستثنائية. يمكن رئيس الجمعية الوطنية، و رئيس مجلس الشيوخ، أو ستين نائبا أو ستين عضوا في مجلس الشيوخ ، إخطار المجلس الدستوري، بعد مضي ثلاثين يوما من العمل بالسلطات الاستثنائية، بغرض النظر فيما إذا مازالت الظروف المنصوص عليها في الفقرة الأولى قائمة، و يفصل في ذلك في اقرب الآجال الممكنة برأي علني. و يقوم بالنظر في ذلك وجوبا و يفصل في العمل بالسلطات الاستثنائية وفق الشروط نفسها في ختام مدة ستين يوم من بدايتها، و في أي وقت بعد هذه المدة ."

بقوة القانون بعد 60 يوم من تقرير الحالة الاستثنائية، فبعد مضي تلك المدة يمكن للمجلس أن يتدخل في أي وقت من أجل مراقبة والتحقق فيما إذا كانت الحالة الاستثنائية قائمة أم لا، و إذا أصدر رأي بزوال العناصر التي أسست عليها تقرير الحالة الاستثنائية، فإن رأيه يكون ملزم لجميع السلطات، وعلى رئيس الجمهورية رفع الحالة الاستثنائية، فالتعديل الدستوري لسنة 2008 وضع الميكانيزمات الدستورية لمراقبة رئيس الجمهورية عند تقريره للحالة الاستثنائية¹، بحيث يبقى هذا الأخير تحت مراقبة البرلمان و المجلس الدستوري كما تم تبياناه أعلاه، فالرئيس ليس حر في استعمال سلطاته الواسعة المقررة له بموجب المادة 16 و ذلك للخطر الذي قد تشكله الحالة الاستثنائية على تمتع و ممارسة لحقوقهم الأساسية، فسلطة الرئيس مقيدة، و تجد سلطته سلطة أخرى توقفه إذا تجاوزا صلاحياته بتطبيق الغير الملائم للمادة 16، إذا التعديل في مضمونه هو تكريس لمبدأ الفصل بين السلطات و هو ضمانه دستورية للحقوق الأساسية.

إن عدم جواز التعديل الدستوري في الحالة الاستثنائية كما أقره المجلس الدستور في قراره لسنة 1992، هو أمر منطقي لأن تطبيق نص المادة 16 هو تركيز جميع السلطات في رئيس الجمهورية حيث يتحول النظام إلى " ديكتاتورية الرئيس"، و سينعكس ذلك بشكل كبير على الحقوق الأساسية للأفراد، بحيث يتم التضييق عليها خاصة فيما يخص الحقوق الفردية، كحرية التنقل، إجراءات التفتيش، الإجراءات الجزائية و الضمانات القانونية للمحاكمة العادلة، حرية الرأي و التعبير، الحريات السياسية... الخ، و إن كان

¹ - لقد جاء نص التعديل الدستوري لسنة 2008 بخصوص المادة 16 من الدستور ليعالج واقعة تاريخية ليست حديثة تعود لبداية الجمهورية الخامسة في سنة 1961، حيث تم تطبيق نص المادة 16 لأول و للمرة الوحيدة، و كان ذلك بعد الانقلاب الذي قاده جنرالات الجيش الفرنسي في الجزائر حيث لجأ الرئيس ديغول إلى تطبيق نص المذكور من تاريخ 23 أفريل إلى غاية 30 سبتمبر، و كان قرار الرئيس محل جدال خاصة و أن سير عمل السلطات العامة الدستورية كان مستمر و لم ينقطع عن العمل على المستوى الوطني، و لكن كان هناك تهديد فقط، كما أن الانقلاب أنهار بتاريخ 25 أفريل 1961 أي بعد 48 من تقرير الحالة الاستثنائية، و الرئيس ديغول أبقى العمل بالمادة 16 على غاية 30 سبتمبر، مما ربما يجعل من ذلك مخالف للدستور...

Philippe Ardant , Bertrand Mathieu, op.cit, p.480.

جائزا الحد من الحقوق الفردية بالقدر اللازم لمواجهة الحالة الاستثنائية و بشكل مؤقت يخضع لرقابة المجلس الدستوري كما تم تبياناه أعلاه، فإن الحقوق الأساسية كما جاء بها الدستور تبقى قائمة، ولا يمكن مباشرة أي تعديل دستوري في الحالة الاستثنائية حتى و إن كان الدستور لم ينص على ذلك صراحة، وهذا كرسه المجلس الدستوري الفرنسي من خلال قراره لسنة 1992 المذكور، لأن مهمة الرئيس و هدفه الوحيد هو إرجاع الأوضاع العادية حتى تستطيع السلطة العامة القيام بوظائفها بشكل طبيعي، و لا يمكن أن يتحقق ذلك إلا في ظل احترام إجراءات ملائمة و متناسبة مع الخطر الذي قد يهدد النظام الدستوري بشكل عام.

المطلب الثاني: موقف الفقه من النصوص الدستورية المقررة لحضر التعديل، و أثر ذلك على الحقوق الأساسية

إن القيمة القانونية للنصوص الدستورية التي تحظر التعديل هي محل جدال فقهي مازال قائما لحد الساعة، و انقسم الفقه إلى فريقين الرأي المنكر للقيمة القانونية للنصوص الدستورية التي تحظر التعديل (الفرع الأول)، و الرأي الثاني مؤيد (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الرأي المنكر للقيمة القانونية للنصوص الدستورية المقررة لحضر التعديل و أثر ذلك على الحقوق الأساسية

يرى أنصار هذا الرأي أن القواعد الدستورية التي تنص على حظر تعديل الدستوري ليست لها أي قيمة قانونية، فهي عبارة عن أمني من قبل واضعي الدستور مجردة من القوة القانونية، ولا يمكن اعتبارها قواعد ملزمة تقيد سلطة التعديل، و بالتالي أي قاعدة دستورية مهما كان موضوعها يمكن تعديلها أي سواء كانت قاعدة تنظم عمل السلطات العامة الدستورية أو قاعدة تتعلق بالحقوق الأساسية، ويقدمون أصحاب هذا الرأي عدة أسباب لتبرير رأيهم بإنكار وجود السلطة التأسيسية المشتقة (أولا)، و بعدم جواز تقييد

جيل الحاضر لإرادة أجيال المستقبل (ثانيا)، وهناك من يرجع ثبات قواعد الحظر على تعديل الدستور لظروف القوة (ثالثا)، و منهم من قال أنّ خرق قواعد الحظر غير مقترن بجزاء (رابعا)، و أخيرا نحاول إعطاء رأيينا (خامسا).

أولاً- أصحاب الرأي المنكر لوجود حدود على تعديل الدستور ينكرون وجود سلطة تأسيسية مشتقة: و يرون أن تعديل الدستور يكون دائما من قبل سلطة تأسيسية أصلية التي تظهر عند التعديل، فهم لا يفرقون بين سلطة التأسيسية الأصلية، و السلطة الأصلية المشتقة المكلفة بالتعديل، و من ثم لا يقبلون بفكرة القيمة القانونية للقواعد الدستورية التي تحضر التعديل¹، فسلطة التعديل هي نفسها سلطة تأسيسية أصلية و عليه لها الصلاحية المطلقة في مسألة مراجعة الدستور و لا يمكن تقييدها بأي قيد موضوعي أو زمني.

ثانيا- أصحاب الرأي المنكر لوجود حدود على تعديل الدستور يستندون على عدم جواز تقييد جيل الحاضر لإرادة أجيال المستقبل: أي لا يمكن للسلطة التأسيسية الأصلية أن تربط أجيال المستقبل بما ورد بالدستور الموضوع من قبلها في زمان و ظروف سياسية واقتصادية واجتماعية...الخ معينة، فمن حق أي جيل أن يضع القواعد التي تحكمه بواسطة السلطة التأسيسية التي تشكل بمجرد قيامها لإجراء عملية تعديل الدستور، و هذا استنادا على نظرية طوماس جيفرسون (Thomas Jefferson) الذي يقول: " جيل الحاضر مستقل على جيل المستقبل، و هو كذلك مستقل على جيل الماضي، حيث كل جيل له الحق في اختيار شكل الحكومة التي يراها الأفضل لتحقيق رفاهيته..."، و يقول كذلك " كل شعب له الحق في مراجعة و إصلاح و تعديل دستوره، و لا يستطيع جيل أن يربط بقوانينه جيل المستقبل"².

¹ - Kemal Gözler, op cit, p182..

² -Ibid, p.183.

و عليه لا يمكن تقييد إرادة صاحب السيادة و هو الشعب في اختيار قواعده الأساسية المناسبة في زمن و ظروف معينة، و ذلك يتطابق مع مفهوم السيادة فإذا كان الشعب صاحب السلطة التي لا تعلوها سلطة أخرى، فمن الضروري أن تكون إرادته هي العليا، فإن قررت تلك الإرادة تغيير النظام بتعديل جزئي أو كلي للدستور فهو عمل مشروع لأنه نابع من إرادة صاحب السيادة حسب هذا الرأي.

ثالثا - استمرار العمل بالقواعد المحددة لعملية التعديل الدستوري مرهونة بظرف القوة: من بين تبريرات نفي القيمة القانونية على القواعد التي تحظر التعديل، أن تلك القواعد مرتبطة بظروف القوة، فإذا تولدت لدى المجتمع نزعة للتغيير، فتلك القواعد التي تحظر التعديل ستلغى¹، و مهما يكون من أمر فإن تلك القواعد لا تمنع وقوع ثورة تلغي قواعد الحظر و تلد نظام جديد، و بالتالي لتجنب الثورات، و خلق انسداد للنظام، فإن الدستور يجب أن يكون قابل للتعديل في جميع أحكامه دون استثناء².

رابعا - مخالفة القواعد المتعلقة بحدود التعديل غير مقترنة بجزاء: و يمكن كذلك إضافة اعتبار آخر و هو أن القواعد التي تحظر التعديل لا تقترن بجزاء، في حين من بين خصائص القاعدة القانونية هو وجوب اقترانها بجزاء، فإذا أخذنا عنصر النزعة التي تسيطر على السلطة و الاتجاه الذي يفرض نفسه في مرحلة من المراحل إذا توافق مع الرأي العام، نقول أنه يمكن تعديل الدستور بدون أخذ بعين الاعتبار بقواعد الحضر الموضوعي و الزمني لتعديل الدستور، و هذا ثابت من الواقع العملي أن عدة دساتير عدلت و خالفت قواعد الحظر.

¹ - إن ذلك القول يتطابق مع سابقة وقعت في الجزائر عندما هجرت النظام الاشتراكي، و تبنت المذهب الدستوري القائم على الفصل بين السلطات و الحقوق و الحريات، بحيث نص دستور سنة 1976 الجزائري على حظر موضوعي لتعديل الدستور في المادة 194 منه التي تنص على عدم جواز أن يمس مشروع تعديل الدستور للخيار الاشتراكي، لكن ظروف القوة التي كانت في كفة الرئاسة آنذاك فرضت خيارها بترك النظام الاشتراكي بدستور سنة 1989.

² - Kemal Gözler, op .cit , p.183.

خامسا-رئينا حول النظرية المنكرة لوجود حدود على تعديل الدستور: إنّ إنكار التفرقة بين السلطة التأسيسية الأصلية و المشتقة، و إنكار وجود حدود على عملية التعديل الدستور غير صائبة، على اعتبار أن: "السلطة التأسيسية الأصلية هي السلطة المنشئة للدولة...فهي السلطة الابتدائية، فلا يمكن أن تخضع لشروط، وهي سيدة في تحديد شكليات أداء مهامها "¹ كما أكدّه الفقيه جورج بيردوا(George Burdeau)، و " السلطة التأسيسية الأصلية هي السلطة التي تسن القواعد الدستورية، أي القواعد السامية في النظام القانوني بما فيها القواعد المتعلقة بسلطة تعديل الدستور" كما يراها الفقيه كلود كلاين (Claude Klein)²، فالسلطة التأسيسية الأصلية هي سلطة غير محدودة بأي حدود لأنها لم تكون ناتجة عن قاعدة قانونية سابقة، فهي سلطة من طبيعة سياسية و ليست قانونية كما يجمع الفقه حول تحديد طبيعتها، وهي السلطة المنشأة للقاعدة الأساسية بما فيها القاعدة التي تحكم سلطة تعديل الدستور، و بالتالي فإن هذه الأخيرة تكون مقيدة بما تقرره السلطة التأسيسية من خلال القواعد التي تضع حدود على عملية التعديل الدستوري.

كما أن الحقوق الأساسية في الدساتير لم تثير إشكال بخصوص التعديل لأن هناك إجماع فقهي، وفي القانون الوضعي على مكانة تلك الحقوق في النظام القانوني لأي دولة كانت فمن الطبيعي تشكل تلك الحقوق حدود على تعديل الدستور، خاصة مع تدويل الحقوق و الحريات بمقتضى المعاهدات و المواثيق الدولية على رأسها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948 المصادق عليه من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة، و ما تبعته من معاهدات عديدة أبرمة في إطار منظمة الأمم المتحدة مجال حقوق الإنسان التي كانت ثمرت جهود لأغلبية الساحقة لدول العالم، زيادة على ذلك المعاهدات التي تبرم

¹ - Marina Calamo SPECCHIA, « Les limites à la révision de la Constitution en France et perspectives comparées », VII Congrès Français de Droit Constitutionnel, 50° anniversaire de la Constitution du 4 octobre 1958, Atelier n° 3 –Constitution et pouvoir constituant, p.4, disponible en ligne à l'adresse:http://www.droitconstitutionnel.org/congres_Paris/comC3/Calamo_TXT.pdf.

² - Marina Calamo SPECCHIA, op .cit, p.4.

على مستوى المنظمات الإقليمية كالميثاق الأوربي للحقوق الأساسية المصادق عليه بتاريخ 7 ديسمبر 2000 الخاصة بالإتحاد الأوربي التي دخلت حيز التطبيق بموجب معاهدة ليشبوننة بتاريخ 01 ديسمبر 2009، والتي أصبحت ملزمة لجميع الدول، و تخول لجميع مواطني الإتحاد الأوربي الدفع بها في حالة عدم احترام تلك الحقوق في القوانين الوطنية، أو الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان و الشعوب المصادق عليه بتاريخ 27 جوان 1987 و الذي دخل حيز التطبيق بتاريخ 21 أكتوبر 1986، و غيرها من المعاهدات و المواثيق الدولية و الإقليمية.

فالحقوق الأساسية تجد أصلها في فكرة حقوق الإنسان على أنها حقوق أولية و طبيعية غير قابلة للتقادم يتمتع بها الأفراد في الدولة، فلا يمكن التقليل منها أو إفراغها من محتواها، و من ثم فهي تشكل قيد على سلطة تعديل الدستور في نظام ديمقراطي، و لا يكون مقبول أن تكون موضوع للتعديل الدستوري إلا في حالة واحدة و هي تعزيزها و تقويتها، لأن كل إنقاص في مداها سيعمل على تحويل النظام إلى نظام قمعي إذا كان هناك ضرب للحقوق السياسية و المدنية، و نظام لا يحقق العدالة الاجتماعية إذا كان هناك ضرب للحقوق الاجتماعية و الاقتصادية¹.

إذا يجب أن تحظى الحقوق الأساسية بالحماية القانونية اللازمة من قبل الدولة، تبدأ تلك الحماية بالدستور، لأنها قيد على سلطة التعديل و هي تشكل نواة صلبة في الدستور فهي قواعد ما فوق دستورية، و تكرر في القوانين العادية و كل الأعمال الإدارية و تضمن بواسطة القضاء الدستوري بصفة خاصة، و السلطة القضائية بصفة عامة في ظل مبدأ الفصل بين السلطات.

¹ - حدد القانون الأساسي الألماني لسنة 1949، عدة مواضيع للحضر الموضوعي على تعديل الدستور من بينها الدولة الديمقراطية و الاجتماعية و الحقوق الأساسية.

و بناء على ما سبق، فإنه يمكن القول أن سكوت الدستور على حظر التعديل المتعلق بالحقوق الأساسية، لا يعني أن لسلطة التعديل الحق في الإنقاص من تلك الحقوق أو إلغائها أو وضع قيود على ممارسة و التمتع بها، فالحقوق الأساسية تعد النواة الصلبة في الدستور التي لا يمكن لأي دولة أن تتحلل عليها، باعتبار أن النصوص الدستورية المقررة و المنظمة للحقوق الأساسية ولدت مراكز قانونية للأفراد من إرادة السلطة التأسيسية الأصلية، التي و إن كانت سلطة ذات طبيعة سياسية فإنها لا يمكن لها أن تتكر المفهوم السياسي لحقوق الإنسان الذي يجد أصله في قواعد القانون الطبيعي، و بالتالي لا يمكن التراجع عن الحقوق الأساسية في أي وقت من الأوقات لأنها تتعلق بكيان الفرد و الإنسان.

و من الناحية العملية نجد أن الدساتير قد تعدل و تراجع في فترات زمنية معينة، و لكن مركز الحقوق الأساسية يبقى ثابت و لا يمسه التعديل، بل نجد أن تلك الحقوق قد تعزز عبر مراحل تاريخية مختلفة، إذا أخذنا على سبيل المثال المنظومة الفرنسية نجد أنها بقيت متشبثة و متمسكة بالحقوق التي جاءت في إعلان حقوق الإنسان و المواطن لسنة 1789، و الحقوق الاجتماعية و الاقتصادية التي جاءت بها ديباجة دستور 1946 وكذا بالنظام الجمهوري، هذا ما جسده ديباجة دستور 1958 عندما تبنت المنظومة الحقوقية السابقة للدستور و لم تعدلها رغم أن ذلك الدستور أنشأ نظام مؤسساتي جديد، ألا وهو نظام و مؤسسات الجمهورية الخامسة المختلف عن نظام الجمهورية الرابعة و الثالثة، و قد تعززت تلك الحقوق بميثاق البيئة لسنة 2005، ولعبَ المجلس الدستوري الفرنسي دور فعال في إعطاء القيمة الدستورية لجميع الوثائق المجسدة للحقوق الأساسية، وتحول لمحكمة دستورية مماثلة لنظرائه من المحاكم الدستورية في الدول الأوروبية المختلفة، و أستطاع المجلس الدستوري عبرَ اجتهاداته أن يكون بما يسمى في الفقه الفرنسي بالكتلة الدستورية التي لا تقتصر على وثيقة دستور 1958، بل تدرج كذلك كل الحقوق الأساسية

التعرفتها المنظومة الفرنسية منذ ثورة 1789، وهي إعلان حقوق الإنسان و المواطن لسنة 1789، وديباجة دستور 1948 و ميثاق البيئة لسنة 2004 و كذا الحقوق المستمدة من قوانين الجمهورية.

و في بريطانيا، فرغم أنّ المنظومة البريطانية يغلب على دستورها الطابع العرفي الذي يتشكل من مجموعة قواعد عرفية دستورية تشكلت على ضوء التطور التاريخي للنظام الدستوري البريطاني، حيث يمكن للبرلمان البريطاني تعديل أي قاعدة عرفية دستورية بموجب قانون عادي صادر عن البرلمان أي بقواعد مكتوبة، بناء على مبدأ سيادة البرلمان الذي يخول له تعديل أو إلغاء أي قاعدة دستورية عرفية أو مكتوبة، و لكن نجد من الناحية العملية أنّ تلك المنظومة اعتبرت الحقوق الأساسية جزء لا يتجزأ من المنظومة القانونية.

و لولا تلك الحقوق لما كانت هناك حاجة للقانون، و على ذلك الأساس نجدها متشبثة بالوثائق الأولى التي دسترت الحقوق في التاريخ السياسي و القانوني البريطاني، و التي يعود تاريخها لحوالي 800 سنة ألا و هي الماجنا كارتا أو الميثاق الأعظم الصادر سنة 1215، التي جسدت عدة حقوق أساسية مازالت قائمة لحد الساعة ولعلّ أبرزها منع الحبس التعسفي، و قد تمّ تجسيد ذلك الحق الأساسي بموجب وثيقة الهابيسكوربيس لسنة 1679 التي وضعت الإجراءات الجزائية في مجال الاعتقال، فأخضعه للرقابة القضائية كوجوب إحضار السجين في ظرف 03 أيام أمام القاضي الصادر منه أمر الإحضار، و كذا وثيقة الحقوق لسنة 1689 التي أسست نظام الملكية الدستورية البريطانية التي تمنح حقوق أساسية للمواطنين و المقيمين¹.

¹ -Constitution du Royaume – Uni, disponible en ligne à l'adresse: http://fr.wikipedia.org/wiki/Constitution_du_Royaume-Uni

إنه و مهما يكون من أمر فإن النصوص التي تحظر التعديل لا تشمل كل الدستور، بل تتعلق بنقاط معينة من الدستور تشكل أساس الدستور في حد ذاته، فهي تمنع التعديل لفترة زمنية أو مواضيع معينة، و ذلك من شأنه أن يحقق استقرار النظام الدستوري فلا يوجد دستور يمنع تعديله بشكل مطلق، و لكن هناك ضوابط شكلية و موضوعية¹ تضعها السلطة التأسيسية الأصلية في عملية تعديل الدستور، و عليه، فإن إنكار القيمة القانونية على القواعد واضحة لحدود على التعديل الدستوري في غير محلها، لأن ذلك سينعكس سلبا على مبدأ جمود الدستور ويفتح الباب لخرق و مخالفة المبادئ العليا في الدستور، و إن كانت هناك إمكانية المساس بتلك المبادئ، فإن ذلك لا يمكن وصفه إلا بالتعديل الدستوري المخالف للدستور أو التعديل "الثوري" للدستور².

الفرع الثاني: الرأي المؤيد للقيمة القانونية للنصوص التي تحظر التعديل الدستوري و أثره على الحقوق الأساسية

و هو عكس الرأي المنكر السابق، حيث أن هناك جانب الفقهاء يؤيدون فكرة القيمة القانونية للنصوص المقررة لحظر التعديل الدستوري، ويؤسسون فكرتهم بالأساس

¹ - إن الحدود التي تقع على سلطة التعديل قد تكون حدود شكلية، و نقصد بها عدم جواز تعديل القواعد المنظمة لتعديل الدستور، تلك القواعد هي الضامنة لجمود الدستور و مبدأ سمو الدستور، و من ثم تعديلها يثير إشكالات لإجراءات التعديل هي ضمانات شكلية لمبدأ جمود الدستور، و هي نواة صلبة لذلك المبدأ الذي لا يمكن تعديله، و لا يمكن تعديل القواعد الإجرائية لتعديل الدستور إلا إذا كان التعديل يحقق جمود أكثر لتعديل الدستور، بوضع إجراءات أكثر تعقيدا لمراجعة الدستور، وذلك لما يتبين أن النصوص المتعلقة بإجراءات التعديل الدستوري في ظل نظام سياسي و مؤسساتي معين لم تفي بغرضها و هو تحقيق جمود الدستور، و هناك حدود موضوعية و هي حدود قد تتعلق بالحضر الموضوعي، أو الحظر الزمني لتعديل الدستور، و قد تتعلق بحدود داخلية في الدستور و هي عبارة عن مبادئ دستورية تسمو على غيرها من القواعد الدستورية يشرف القضاء الدستوري على تفسيرها، و ذلك بواسطة بسط القاضي الدستوري رقابته على مشروع التعديل الدستوري، و في هذه الحالة نجد خلاف في موقف القضاء الدستوري في القانون المقارن فالمجلس الدستوري الفرنسي اعتبر أنه غير مختص لمراقبة مشروع التعديل و على أن السلطة التأسيسية سيدة اتخاذ التعديل الذي تراه مناسبا مع احترام بعض الحدود جاءت في الدستور، في حين القاضي الدستوري الإيطالي أكد على صلاحيته في مراقبة مشروع تعديل الدستور، و أما صلاحية المجلس الدستوري الجزائري في مراقبة مشروع التعديل الدستوري تكمن في حالة اقتراح رئيس الجمهورية لمشروع تعديل دستوري دون المرور على الاستفتاء الشعبي.

- Voir: Marina Calamo SPECCHIA, op.cit, pp.13-17.

² - Ibid, p.16.

على التمييز بين السلطة التأسيسية الأصلية و السلطة التأسيسية المشتقة، فإذا انطلقنا من فكرة التمييز و التفريق بين السلطتين المذكورتين، فإنه لا توجد أي صعوبة للاعتراف بالقيمة القانونية للقواعد التي تحظر التعديل الدستوري، على اعتبار أن سلطة التعديل هي مقيدة بإرادة السلطة التأسيسية الأصلية حيث هذه الأخيرة هي التي تنشأ السلطة التأسيسية المشتقة، وتضع الضوابط الدستورية و الإجراءات الواجب إتباعها لتعديل الدستور، فالقيمة القانونية للنصوص التي تحظر التعديل قررتها إرادة السلطة التأسيسية الأصلية التي لها صلاحية وضع الحدود الضرورية لممارسة أي سلطة في الدستور، وهو ما سنبينه من خلال الآراء الفقهية حول القيمة القانونية للقواعد الواضحة لحدود على سلطة التعديل الدستوري(أولا)، الحقوق الأساسية تشكل أحد الحدود الموضوعية على سلطة التعديل الدستوري في الدساتير المقارنة (ثانيا).

أولا- الآراء الفقهية حول القيمة القانونية للقواعد الواضحة لحدود على سلطة التعديل الدستوري: إن القيمة القانون الواضحة لحد على سلطة التعديل الدستوري هي نابعة من فكرة الفقيه الفرنسي سيز (Sieyès) الذي وضع نظرية السلطة التأسيسية الأصلية و السلطة المنشأة والفرق بينهما، ذلك التمييز هو الذي يمكننا من التمييز بين عملية وضع دستور جديد، وبين عملية تعديل الدستور¹، فهو يرى أن: "السلطة التأسيسية هي أصلية، مستقلة، غير خاضعة لشروط عند أداء مهمتها، فهي نابعة من الأمة، تجد أساسها في أفكار القانون الطبيعي، و تمارس صلاحياتها بواسطة ممثلين خاصين يشكلون بما يسمى بالمجلس التأسيسي"².

و قد أيد جانب من فقهاء القيمة القانونية للقواعد المقررة حضر التعديل الدستوري كالفقيه الفرنسي أديمار أيسمان (Adhémar Esmein) و كان الأول من دافع على

¹- Xavier MAGNON, op.cit, p.559.

²-Marina Calamo SPECCHIA, op.cit, p.3.

الفكرة، من خلال الحظر الموضوعي الذي قرره القانون الدستوري المؤرخ في 14 أوت 1884 المعدل و المتمم لدستور 1875 الفرنسي و المتعلق بحظر تعديل الدستور والذي يمس بالنظام الجمهوري، و أعتبر أيسمن أن: "التعديل الدستوري هو محدود بهذه النقطة"¹.

أما الفقيه موريس هوريو (Maurice Hauriou) يعترف بالقيمة القانونية للحضر الموضوعي الذي وضعه القانون الدستوري لسنة 1884 والمتعلق بحظر المساس بالنظام الجمهوري للحكومة و بحسبه " أنه يجب أن نستخلص من النص الدستوري لسنة 1884 بأن أي تعديل دستوري يغير النظام الجمهوري للحكومة يعد تعديل غير دستوري " و أنّ ذلك: "الحظر أرسى شرعية دستورية تسمو على القواعد الدستورية المكتوبة"²، أما موريس دوفرجيه يرى أن: "من الناحية القانونية القواعد التي تحظر التعديل الدستوري تنشأ جهازاً لتعديل الدستور يستمد سلطته من الدستور، وعليه فيجب عليه أن يحترم القواعد الدستورية"، ويرى شارل دوباش (Charles Debbsch) أن: "السلطة التأسيسية المشتقة هي ملزمة باحترام الدستور الساري المفعول، باعتبار أن السلطة التأسيسية الأصلية هي الوحيدة المخول لها وضع الدستور ولها صلاحية اعتماد أي نظام سياسي".

ويرى ديمتري جورج لافروف (Dmitri Georges Lavroff)، الذي علق على الحضر الموضوعي المنصوص عليه في المادة 89 فقرة 05 من الدستور الفرنسي والمتعلق بعدم جواز المساس بالنظام الجمهوري أن: "المنع المنصوص عليه في المادة 89 فقرة 05 يمكن اعتباره ذو قيمة قانونية، لأن سلطة تعديل الدستور هي سلطة منشأة،

¹ - Kemal Gözler, op.cit , p.193.

²-Bruno GENEVOIS, « Les limites d'ordre juridique à l'intervention du pouvoir constituant », rencontres franco-italiennes de Florence des 24 et 25 septembre 1998, p.5, disponible sur le lien: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/pdf/conseil-constitutionnel-136340.pdf>.

و بالتالي نرى من غير الممكن لسلطة منشأة تقوم بهدم النصوص التي أنشأتها، لأنها في هذه الحالة ستمس بإحدى قواعد التي تأسست عليها شرعيتها".

و هو الرأي الذي نؤيده، كون أنه بدون تقييد سلطة التعديل الدستوري سنكون حتماً أمام إهدار مبدأ جمود الدستور ككل، ذلك الجمود هو أحد الضمانات الدستورية للمركز الذي تتخذه الحقوق الأساسية في الدستور من خلال وجوب وضعها كقيد على سلطة التعديل الدستوري لسموها على غيرها من القواعد الدستورية.

ثانياً - الحقوق الأساسية تشكل أحد الحدود الموضوعية على سلطة التعديل الدستوري في الدساتير المقارنة: إن القواعد التي تحظر التعديل الدستوري تهدف إلى حفظ النظام و تجنب الثورات، وتحقيق الاستقرار للنظام الدستوري و المؤسساتي، وهي قواعد ضرورية لحفظ الحقوق الأساسية المضمونة بموجب الدستور ويقع على السلطة التأسيسية الأصلية عبئ وضع القيود الموضوعية على التعديل الدستوري، ومن بين القيود الواجب تكريسها في الدستور هو عدم جواز تعديل النصوص المتعلقة بالحقوق الأساسية هذا مانلمسه من عدة دساتير في القانون المقارن نعرض البعض منها.

1- بالنسبة للدستور الجزائري: و قد تطرقنا لذلك سابقاً، و لا يسعنا إلا التأكيد على أنّ المؤسس الجزائري أصاب لما نص على صراحة بموجب المادة 212 من الدستور على حضر التعديل الدستوري الذي يمس موضوع الحقوق الأساسية إما بشكل مباشر أو غير مباشر فقد نصت على أن: " لا يمكن أي تعديل دستوري أن يمس : 1 - الطابع الجمهوري للدولة، 2 - النظام الديمقراطي القائم على التعددية الحزبية، ... 5 - الحريات الأساسية و حقوق الإنسان و المواطن..."، نعتبر تلك الفقرات 01، 02، 05 من النص المذكور كلها تشكل حدود دستورية وضعتها السلطة التأسيسية الأصلية لا يمكن تجاوزها من قبل سلطة التعديل في مجال الحقوق الأساسية، و هي أحد عناصر الحضر

الموضوعي في الدستور الجزائري بحيث فصلها المؤسس الدستوري في 03 فقرات من النص المذكور.

فإذا رجعنا للنظام الجمهوري بمفهومه الواسع لا يقتصر على جعل نظام الحكم غير وراثي فقط، بل يمتد مفهوم الجمهورية بالمقاربة الديمقراطية إلى فكرة الحقوق لأنها- أي الجمهورية - تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة، كما أن الجمهورية تكون السلطة و السيادة فيها للشعب وليس لشخص أو فئة، بحيث يمكن للأفراد المشاركة في السلطة و اختيار الحكام و عزلهم في حالة تقصيرهم في خدمة المصلحة العامة.

أما النظام الديمقراطي القائم على التعددية فهو حظر يتعلق بأحد الحقوق الأساسية الجوهرية ألا و هي الحقوق و الحريات السياسية، التي هي مرتبطة بالنظام الديمقراطي و تجعل من التعددية الحزبية أحد شروط قيامها، و قد وضع المؤسس هذا الحظر لتجنب الرجوع لنظام الحزب الواحد الذي سيطر على نظام الحكم منذ الاستقلال سنة 1962 إلى غاية 1989، و في الحقيقة النظام الديمقراطي و التعددية الحزبية وجهان لعملة واحدة، باعتبار أنه لا يمكن تحقيق إحداهما دون الأخرى.

كما نصّ الدستور كذلك صراحة على منع التعديل الذي يمس بالحريات الأساسية و حقوق الإنسان و المواطن، و هنا نجد المؤسس جعل من الحقوق الأساسية أحد مواضيع الحظر الموضوعي، و يقصد بها تلك التي نص عليها الدستور في الفصل الرابع منه تحت عنوان: " الحقوق و الحريات " و كل نص آخر من الدستور يتعلق بالحقوق والحريات، كلها تشكل مواضيع الحظر الموضوعي حيث تكون سلطة التعديل الدستوري ملزمة بعدم المساس بها و الانتقاص منها لما تباشر إجراءات التعديل، و إلا كان عملها غير دستوري.

و يطرح التساؤل حول استعمال المؤسس لمصطلح " حقوق الإنسان " و التي تعبر عن حقوق تتمتع بها كل الإنسانية و لا تقتصر فقط على المواطنين، و هو المصطلح و المفهوم المكرس في قواعد القانون الدولي على حد قول بعض الفقه كالفقيه هنري أوبردورف (Henri Oberdorff)¹، وهنا يمكن تفسير أن إرادة المؤسس تذهب إلى توسيع مواضيع الحظر على تعديل الدستور لحقوق الإنسان أي تلك الحقوق المنبثقة من المعاهدات و الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الدولة الجزائرية.

2- بالنسبة للدستور التونسي: استخدمت آلية الحظر الموضوعي لتعديل الدستور في مجال الحقوق الأساسية من قبل الدستور التونسي بعد الثورة، لما لها من أهمية في أي نظام ديمقراطي حر يسعى لتحقيق دولة القانون، فوجد الدستور التونسي الصادر بتاريخ 26 جانفي 2014 نص في الفصل 49 الفقرة 02 على أن: "...لا يجوز لأي تعديل أن ينال من مكتسبات حقوق الإنسان و حرياته المضمنة في هذا الدستور"²، وهنا النص الدستوري التونسي واضح في مداه، هو أنه يقتصر بجعل الحقوق الأساسية الدستورية بالقول: "...المضمنة في هذا الدستور"، كحظر موضوعي على السلطة التأسيسية المشتقة، عكس الدستور الجزائري الذي ترك الباب للتوسع في مفهومه لقواعد حقوق الإنسان المكرسة في الالتزامات الدولية كحظر موضوعي على تعديل الدستور، كما تم الإشارة له أعلاه.

3 - بالنسبة للدستور البرتغالي: لقد كان المؤسس البرتغالي مقارنة بالدساتير الأخرى الأكثر حرصا على وضع حماية متشددة للمبادئ التي تعد سامية على النصوص الدستورية، ووضع حدود على سلطة التعديل بشكل جد مفصل، هذا ما نلمسه من خلال

¹ - Henri OBERDORFF, « Les libertés fondamentales : théorie générale », Interview d'Henri Oberdorff, Professeur émérite à l'université Grenoble-Alpes , Lextenso , Ajoutée le 8 août 2016, disponible sur le lien: <https://www.youtube.com/watch?v=rFpjANFjrQI&pbjreload=10>.

² - الفصل 49 من الدستور التونسي الصادر بتاريخ 26 جانفي 2014، المنشور على الرابط التالي:

https://majles.marsad.tn/uploads/documents/TnConstit_final_1.pdf

نص المادة 288 من الدستور البرتغالي التي حددت مواضيع الحضر الموضوعي المعبرة عن دولة القانون و الدولة الديمقراطية الاجتماعية، و تم تقييد سلطة التعديل الدستوري بعدة مواضيع، و هي الحقوق الأساسية، استقلالية القضاء، النظام اللائكي، و الفصل بين السلطات و الرقابة الدستورية، و ذكرت المادة حقوقا أساسية بعينها منعت قوانين التعديل مسها كحقوق العمال و الحقوق الاجتماعية والحقوق والحريات السياسية، فجاءت المادة 288 تحت عنوان " المسائل التي يقيد فيها التعديل "، بحيث نصت على أنه: " يجب أن لا تمس قوانين التعديل الدستوري...ب- الشكل الجمهوري للحكومة، ج- الفصل بين المؤسسات الدينية و الدولة، د - حقوق المواطنين و حرياتهم وضمانتهم، هـ - حقوق العمال و اللجان العمالية والنقابات و- التعايش بين القطاعات العام والخاص و التعاوني و الاجتماعي فيما يتعلق بملكية وسائل الإنتاج...ط - التعبير الجماعي و التنظيم السياسي، بما في ذلك الأحزاب السياسية، و الحق في المعارضة الديمقراطية، ي - الفصل بين الهيئات السيادية، و اعتمادها على بعضها البعض، ل- إخضاع القوانين للرقابة اللاحقة على دستوريته و للرقابة على عدم دستوريته بسبب الإغفال، م - استقلال المحاكم، ن - استقلال السلطات المحلية...¹".

يتبين أن المؤسس البرتغالي منح الحقوق الأساسية في الدستور مكانة مميزة تسمو على القواعد الدستورية الأخرى، هذا ما نلمسه من النص المذكور أعلاه لما عالج الحظر الموضوعي على التعديل الدستوري، بحيث شملت الحقوق التي يمسه الحضر بجوار الحقوق الكلاسيكية، الحق في المشاركة السياسية والديمقراطية المحلية والحقوق الاقتصادية والاجتماعية، و يعود تركيز المؤسس البرتغالي على ذكر الحقوق التي يجب

¹ - المادة 288 من دستور البرتغال الصادر عام 1976 شاملا لتعديلاته لغاية عام 2005، المنشور على الرابط التالي:
https://www.constituteproject.org/constitution/Portugal_2005.pdf?lang=ar

أن يشملها الحضر إلى أن الدستور البرتغالي كان نتاج ثورة أقامت نظام جديد بعد سقوط الديكتاتورية السلازارية التي دامت 49 سنة من سنة 1925 إلى غاية 1974¹، و كان الدستور تنويجا لثورة 1974 فصدر سنة 1976.

فكان الشغل الشاغل للسلطة التأسيسية الأصلية هو ترسيخ النظام الجديد عن طريق تحقيق الاستقرار، بتجسيد القطيعة مع النظام الديكتاتوري السابق، و قد نلمس ذلك من خلال نص المادة 284 من الدستور التي وضعت حظر زمني على تعديل الدستور مدته 05 سنوات من تاريخ نشر الدستور، باستثناء إذا ما كانت هناك موافقة على إجراء التعديل من قبل أربعة أخماس أعضاء الجمعية الوطنية²،

و قد عمل الدستور البرتغالي على إبراز الحقوق الأساسية في الجزء الأول من الدستور تحت عنوان " الحقوق و الواجبات الأساسية "، و نص على حقوق أخرى في جل الدستور كالجزء الثاني من الدستور المتعلق بالتنظيم الاقتصادي، و عند نصه على الحقوق أعطى لكل حق أساسي عنوان للمادة الدستورية التي تكرسه، و قد غلب على الدستور تنظيمه للحقوق الأساسية، و تأتي تنظيم السلطات في المرتبة الثانية، حيث نص على إمكانية التطبيق المباشر للحقوق الأساسية، و النص عليها في الدستور يوقع التزام على السلطات العامة بتطبيقها رغم مع عدم وجود القانون الذي ينظمها³.

¹ - مورييس دوفرجيه ترجمة جورج سعد، المؤسسات السياسية و القانون الدستوري الأنظمة السياسية الكبرى، الطبعة الأولى، المؤسسات للدراسات الجامعية و النشر و التوزيع ، لبنان، 1992 ، صص. 367 - 368.

² - تنص المادة 284 من الدستور البرتغالي على أنه: " جهة الاختصاص و مواعيد التعديل، 1- للجمعية الوطنية أن تعدل هذا الدستور بعد مرور خمس أعوام على نشر آخر قانون تعديل عادي، 2- و مع ذلك يمكن للجمعية الوطنية أن تبذل إجراءات تعديل استثنائية في أي وقت، بأغلبية أربعة أخماس إجمالي الأعضاء " أنظر: دستور البرتغال الصادر عام 1976 شاملا لتعديلاته لغاية عام 2005.

³ - تنص المادة 18 من الدستور البرتغالي الحاملة لعنوان " القوة القانونية " على أن: " تطبق أحكام هذا الدستور بشأن الحقوق والحريات والضمانات مباشرة، وتكون ملزمة للأشخاص والهيئات العامة والخاصة...".

و بناء عليه فإن سلطة التعديل، لا يمكن لها الإلغاء أو التقليل أو التقييد، أو التقليل من نطاق الحقوق الأساسية و ضماناتها كما تم التنصيص عليه و تنظيمه في الدستور، بل على سلطة التعديل تعزيز تلك الحقوق و تتميتها و وضع الضمانات الإضافية والكافية لتسهيل التمتع بها و ممارستها من قبل الأفراد، و هي المكانة التي تتمتع بها الحقوق الأساسية وفق نظرية دولة القانون.

و عليه، فيجب التأكيد أنّ خرق القيود التي تقع على سلطة التعديل الدستوري في مجال الحقوق الأساسية يجعل من التعديل الدستوري غير دستوري، أي غير شرعي من الناحية الدستورية، حتى و إن كان ذلك التعديل ناتج عن ثورة أو انقلاب، و لكن تلك الأحداث لا يمكن ضبطها لا بالدستور ولا بالقانون، أي تلك الأحداث تخرج عن النظام، و هي استثناء عن السير العادي للمؤسسات الدستورية، و على ذلك الأساس يرى الفقيه النمساوي هانز كلسن أنه: من الضروري إخضاع التعديل الدستوري لرقابة القضاء الدستوري، وفي هذا الإطار أقرت المحكمة الدستورية الإيطالية في سنة 1988 اختصاصها في مراقبة دستورية القانون المتضمن التعديل الدستوري موجب قرار صادر عنها بتاريخ 29 ديسمبر 1988 تحت رقم 1146، عكس موقف المجلس الدستوري الفرنسي حول نفس المسألة الذي رفض مراقبة دستورية مشروع التعديل الدستوري لعدم الاختصاص النوعي¹.

¹ - Marina Calamo SPECCHIA, op.cit, p.16.

خلاصة الفصل الثاني من الباب الأول :

لقد لمسنا من خلال الفصل الثاني أن نظرية دولة القانون تمكنت في النظم المقارنة من تجسيد واقعي و ملموس لمكانة الحقوق، على أنها قيم قانونية تسمو في النظام القانوني، و لم يتحقق الانتقال من المفهوم الفلسفي للحقوق و الحريات إلي مفهوم الحقوق الملموس المرتبط بالأساسية (La fondamentale)، إلا بتنامي دور القضاء الدستوري الذي هو شرط أساسي لقيام دولة القانون، و عليه فالحقوق الأساسية تشكل استمرارية لتطور واكب مفهوم حقوق الإنسان و الحقوق الحريات.

و لكن رغم أن هناك إجماع فقهي حول القيمة الدستورية للحقوق الأساسية، فإن هناك خلاف حول مرتبتها داخل الدستور في حد ذاته، و خاصة من حيث وجود تدرج بين الحقوق الأساسية أو مساواة فيما بينها.

إن ذلك الخلاف الفقهي تمكنت السلطة التأسيسية واطعة الدستور من الحد منه، و ذلك بجعل الحقوق الأساسية أحد مواضيع الحظر الموضوعي على تعديل الدستور، و من ثم تكريس حماية متشددة داخل الدستور لموضوع الحقوق الأساسية، من خلال منع السلطات العامة من إحداث أي تعديل من شأنه المساس أو الإنقاص من الحقوق الأساسية، و الأكثر من ذلك دولة القانون يقع عليها التزام بتنمية الحقوق الأساسية بشكل مستمر في النظام القانوني.

إن ذلك الأمر ينتج مسألة على غاية من الأهمية، و هي سمو الحقوق الأساسية على غيرها القواعد الدستورية و هو جوهر " الأساسية " (La fondamentale)، ذلك السمو يزيد من قوته القضاء الدستوري برفضه إحداث تدرج بين الحقوق الأساسية، بمعالجتها ككتلة واحدة تخضع للتوفيق و الموازنة فيما بينها لتحقيق المصلحة العامة.

خلاصة الباب الأول:

من خلال الباب الأول يمكن أن نستخلص بأن مفهوم الدستور كقانون أساسي و سامي و معيار لدولة القانون، في الوقت الراهن قد تحول في النظم المقارنة من دستور يحدد السلطات و العلاقات بين تلك السلطات و آليات عملها، إلى دستور الحقوق الأساسية، فأصبحت هذه الأخيرة تشكل المحور المهم و الجوهر في العملية التأسيسية، مما يتأكد القول بأن الحقوق الأساسية في دولة القانون هي نواة صلبة للدستور.

و نلمس ذلك التحول من خلال المكانة التي حظيت بها الحقوق الأساسية في الدساتير المقارنة المعاصرة، بجعلها متفوقة على غيرها من القواعد الدستورية الأخرى بواسطة مكانتها الخاصة في الدستور والحظر الموضوعي على تعديلها، و لذلك الغرض حرصت الدساتير على إنشاء قضاء دستوري يسهر على تحقيق الحماية الدستورية للحقوق الأساسية، بتمكين الأفراد و الجماعات من الدفاع عن حقوقهم الأساسية بواسطة المنازعات الدستورية، المتعلقة برقابة مدى تطابق أعمال السلطات العامة للحقوق الأساسية.

بناء على ذلك تشكل اليوم المنازعات الدستورية اختصاص قانوني قائم بحد ذاته، و محورا ذو أهمية بالغة في القانون العام، على اعتبار أن تحقيق الحماية للحقوق الأساسية بواسطة المنازعات الدستورية تشكل معيار لتقدير، إن كانت الدولة تأخذ بأسس دولة القانون أم لا، ذلك يؤدي بنا لوجوب البحث عن المعايير الواجب توافرها لتحقيق نجاعة القضاء الدستوري في عملية مأسسة للحقوق الأساسية، و البحث عن النقائص التي قد تحول من تحقيق تلك النجاعة هذا ما سنعالجه في الباب الثاني .

الباب الثاني

تأسيس القضاء الدستوري للحقوق الأساسية:

بين القصور و إرساء دولة القانون

إن النص على الحقوق الأساسية في الدستور هو غير كاف لحماية تلك الحقوق، لأن القاعدة القانونية بشكل عام لجعلها ملزمة على الأشخاص القانونية المخاطبين بها، يجب أن تقتنر بآليات إجرائية تمكن صاحب الشأن من حماية حقوقه المنبثقة من تلك القاعدة القانونية.

وقد بقت الحقوق الأساسية حبيسة نظرية سيادة الأمة التي كانت مهيمنة على المنظومة الفرنسية منذ عهد الثورة، بحيث جسدت ذلك من خلال فكرة " القانون هو التعبير عن الإرادة العامة "، أي القانون هو نابع من صاحب السيادة وهي الأمة وبالتالي لا يمكن الطعن في القانون، وعليه، لم تحض الحقوق الأساسية بالحماية نتيجة سيادة البرلمان واقتصرت في البداية إلا على تلك التي كان يمارسها القضاء الإداري على أعمال الإدارة، أي السلطة التنفيذية وسميت تلك المرحلة بمرحلة الدولة الشرعية، كما سماها الفقيه الفرنسي كاريه دي مالبرغ في بداية سنوات 1920، حيث أن القاضي الإداري يمكن له أن يطبق القانون حتى وإن كان غير دستوري تطبيقاً لمبدأ سيادة البرلمان، و ليست له الولاية في التصدي لمسألة دستورية القوانين لأنه غير مختص نوعياً، ويفصل بشرعية القرارات الإدارية بمختلف أشكالها إذا كانت غير مخالفة للتشريع، ولا عبرة لمخالفتها للدستور، ومن ثم كان من الضروري معالجة ذلك الخلل لإخراج النصوص المتعلقة بالحقوق الأساسية المجسدة دستورياً من الطابع الفلسفي الذي يحكم الدولة إلى الطابع الدستوري الملزم على جميع مؤسسات الدولة، وهي تمثل في الحقيقة عملية الانتقال من الدولة الشرعية إلى دولة القانون.

وبالفعل لم تتحرك آليات الحماية القانونية للحقوق الأساسية، إلا بعد التحول من الدولة الشرعية إلى دولة القانون، فالتحول في المفاهيم الذي واكب ظهور نظرية دولة القانون في ألمانيا في القرن التاسع عشر، وتبناها الفقهاء الفرنسيين في البداية من قبل العميد ليون دوجي وبعده الفقيه كاريه دي مالبرغ، و تعززت النظرية بمساهمة مدرسة فيينا على رأسها الفقيه هانز كاسن في نظريته الخالصة للقانون والذي جعل من دولة القانون عبارة عن نظام

قانوني متسلسل¹، فكان لذلك الحراك الفقهي دور فعال في رواج نظرية دولة القانون بعد الحرب العالمية الثانية، حيث تم تجسيد النظرية في دستور ألمانيا بعد الحرب الصادر سنة 1949 والدستور النمساوي لسنة 1920 والذي أعيد العمل به سنة 1945، أما في المنظومة الفرنسية كان تدريجيا، حيث كانت المرحلة الأولى بإنشائها للمجلس الدستوري بموجب دستور الجمهورية الخامسة لسنة 1958، أين تم إنشاء المجلس الدستوري وأسندت له مهمة الرقابة على دستورية القوانين التي تطورت بالتزامن مع اجتهاداته، و الإصلاحات الدستورية لعام 1974 ، 1992، و 2008، وهو التطور الذي شهده من حيث النصوص نظامنا الدستوري من خلال التعديل الدستوري الأخير لسنة 2016، وعليه، سنركز الدراسة في هذا الباب على نظام المنازعات الدستورية للحقوق الأساسية في نظامنا والنظام الفرنسي، مبيينين هشاشة النظام وهو الجانب السلبي، وكذا الانجازات التي حققتها المنازعات الدستورية كميكانيزم لكفالة الحقوق والحريات، من خلال التطرق للمواقف المختلفة لاجتهادات القضاء الدستوري، وتفسيراته المختلفة للنصوص الحقوقية، وهو الجانب الإيجابي.

ولذلك فان إخراج مفهوم الحقوق الأساسية من الطابع الفلسفي إلى الطابع القانوني، من خلال جعل الدستور له مرتبة سمو على سائر القواعد الأخرى، يطرح إشكاليات عملية نحاول من خلالها تقييم كيفية تنظيم الجهات التي تشرف على الرقابة، والقواعد الإجرائية التي يتم إتباعها أمام هذه الجهات، كي نؤمن حماية الحقوق الأساسية من حيث نجاعتها، و نحاول الإجابة على تلك النقاط من خلال، المنازعات الدستورية للحقوق الأساسية بين الهشاشة والنجاعة: المجلس الدستوري الفرنسي والجزائري نموذجا (الفصل الأول)، ومن جهة ثانية نحاول تمحيص التقنيات الدستورية والقانونية التي يستخدمها القضاء الدستوري، لتحقيق كفالة الحقوق الأساسية، من خلال الحقوق الأساسية في إجتهد المجلس الدستوري: بين المحدودية و تكريس الحماية الدستورية (الفصل الثاني)

¹ - Valérie GOESEL-LE BIHAN ,op.cit, pp.14 – 15.

الفصل الأول

المنازعات الدستورية للحقوق الأساسية بين الهشاشة و النجاعة:

المجلس الدستوري الفرنسي و الجزائري نموذجا

إن نظرية دولة القانون هي التي تأسس عليها القضاء الدستوري، و كان للفقهاء القانوني الألماني الفضل في إبراز مفهوم دولة القانون¹ بإعطائها معنى شكلي، و ذلك بإخضاع أجهزة الدولة المختلفة للقاعدة القانونية الأسمى، فأولا الإدارة هي ملزمة باحترام مبدأ الشرعية، و هذا الإخضاع يجب أن يكون مضمون بوجود رقابة قضائية، وثانيا البرلمان يجب أن يمارس صلاحياته في إطار احترامه للدستور، هنا كذلك يتدخل قاضي و هو القاضي الدستوري الذي يعد ضروري لإخضاع القانون للدستور²، و ذلك المنطق المستمد من سمو الدستور ينطبق كذلك على السلطة التنفيذية التي يجب أن تكون أعمالها متوافقة مع الدستور.

و يلعب القضاء الدستوري دور الضامن للحقوق الأساسية على ضوء المنازعات الدستورية التي تطرح عليه، و في هذا الإطار الملاحظ أن القضاء الدستوري في النظام الفرنسي و الجزائري ما فتئ وهو يتطور، ولكن بقي ذلك القضاء متأثر بالأوضاع السياسية السائدة في الدولة، و هو الشيء الذي ينعكس سلبا على حماية الحقوق الأساسية، و هو ما سنتطرق من خلال الاعتبارات السياسية في معالجة المنازعة الدستورية حاجز نحو بناء دولة

¹ - إن دولة القانون هي نقيض الدولة البوليسية التي نجد فيها الإدارة قد تلعب دور المشرع و لا تخضع للقواعد التي تعلوها، ففي الدولة البوليسية نجد القانون و لكن لا يمكنه أن يحد من سلطة الإدارة كما أكده شوفاليي (J Chevallier) في مؤلفه حول دولة القانون، أن الدولة البوليسية، القانون فيها هو أداة لإخضاع الأفراد، و هو في خدمة سلطة الدولة و قوتها، بدون أمن يكون أداة لتقييد الدولة و حماية المواطنين ضد السلطة، فذلك لا يكون غلا في ظل دولة القانون الذي تجاوز دولة البوليسية، باعتبار أن القانون يلعب دورين، الأول يتمثل في أن القانون هو أداة لأداء الدولة أعمالها، و هو شعاع لتقييد سلطة الدولة و قوتها... Valérie GOESEL-LE BIHAN, op.cit , p. 15.

² - Ibid.

القانون (المبحث الأول)، كما أن القضاء الدستوري كأحد المؤسسات الدستورية لا يمكن أن يحقق الحماية الكاملة للحقوق الأساسية، إلا بواسطة إجراءات وآليات مباشرة المنازعة الدستورية فعالة و لكن هي واقعا محدودة، وهو ما نعالجه من خلال، أثر الإجراءات المقررة للمنازعة الدستورية على كفالة الحقوق الأساسية أمام المجلس الدستوري الفرنسي و الجزائري (المبحث الثاني).

المبحث الأول: الاعتبارات السياسية في معالجة المنازعة الدستورية حاجز نحو بناء دولة القانون

إنّ تحقيق حماية مثلى للحقوق الأساسية في دولة لقانون، لا يكون إلا بوجود قضاء دستوري يسهر على حماية الدستور من مساس السلطة العامة بالحقوق الأساسية التي وضعتها السلطة التأسيسية، وذلك لا يتأتى إلا بتوافر نظاما ديمقراطيا تصان فيه الحقوق من جهة، ومن جهة ثانية توافر استقلالية حقيقية للقضاء الدستوري على جميع السلطات الأخرى كي يتمكن من أداء مهامه الدستورية، وقد أُنقذ الفقه الدستوري المجلس الدستوري لعدم توافر تلك الاستقلالية وهو الأمر الذي انعكس على ضمان الحقوق الأساسية من خلال المنازعة الدستورية، وهو العنصر الذي سنحاول البحث فيه من خلال التشكيلة ذات الطابع السياسي و أثرها على نزاهة القضاء الدستوري (المطلب الأول)، وكذا من حيث تقرير إستقلالية المجلس الدستوري الجزائري في النصوص تتناقض مع الواقع (المطلب الثاني).

المطلب الأول: التشكيلة ذات الطابع السياسي و أثرها على نزاهة القضاء الدستوري

إن طريقة تشكيل الهيئة المكلفة بالرقابة على دستورية القوانين تنعكس سلبا أو إيجابا على مسألة استقلالية الهيئة، ومن ثمّ سنعالج مسألة تأثير الاختيار السياسي لأعضاء المجلس الدستوري على نزاهة المجلس سواء في فرنسا و في الجزائر، وذلك من خلال تدخل السلطات السياسية في تعيين و انتخاب أعضاء المجلس الدستوري: هل هي سببا رئيسيا في تسييس المؤسسة؟ (الفرع الثاني)، لكن الملاحظ من حيث النصوص المنظمة للنظام القانوني لأعضاء المجلس الدستوري، واقعا تجسد استقلالية الهيئة، وهو ما سنعالجه من خلال تحديد طبيعة المجلس الدستوري بالسياسية يصطدم بالضمانات الدستورية لاستقلالية أعضائه (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تدخل السلطات السياسية في تعيين و انتخاب أعضاء المجلس الدستوري:
هل هي سببا رئيسيا في تسييس المؤسسة؟

كان المؤسس الفرنسي مدركا منذ الوهلة الأولى أن المجلس الدستوري كمؤسسة لأداء دورها في النظام المؤسساتي للجمهورية الخامسة المنشئة للنظام الشبه الرئاسي، يجب أن يمنح الدستور استقلالية لهذه المؤسسة على السلطات الأخرى، و ذلك تجسيدا لمبدأ الفصل بين السلطات من جهة، ومن جهة ثانية هدف المؤسس لإعطاء مصداقية للمجلس الدستوري تجاه البرلمان والحكومة، ولكن ذلك لم يكفي لتوقيف الانتقادات الموجهة للمجلس الدستوري، التي مفادها أن المجلس غير مستقل وعمله يهدف لتحقيق أغراض سياسية للأغلبية الحاكمة و ذلك بالإضافة على أعمالها الشرعية الدستورية، وهو ما نلمسه من خلال الطبيعة السياسية للمجلس الدستوري نظرية نسبية(أولا)، الطبيعة المؤسساتية للمجلس الدستوري نظرية واقعية (ثانيا)، و رأينا حول الطبيعة القانونية للمجلس الدستوري (ثالثا).

أولا- الطبيعة السياسية للمجلس الدستوري نظرية نسبية: لقد ثار نقاش بين فقهاء القانون الدستوري في فرنسا حول طبيعة المجلس الدستوري التي على أساسها يمكن لنا أن نحدد إن كان المجلس يتمتع بالاستقلالية أم لا، ذلك النقاش ترتب عليه اختلاف فقهي و تضارب في الآراء، فهناك جانب من الفقه يذهب للقول أن المجلس الدستوري هو من طبيعة سياسية¹ وقد تبلورت نظريات حول طبيعة المجلس الدستوري الناتجة عن نقد الطبيعة السياسية.

أ- مبررات مؤيدي الطبيعة السياسية للمجلس الدستوري: طبقا لهذا الرأي فإنه و ما دام أنّ السلطات السياسية هي التي تشرف على تشكيل المجلس الدستوري فإن هذا الأخير لا يكون إلا ذو طبيعة سياسية، فإذا أخذنا بتشكيلة المجلس الدستوري الفرنسي نجد أن المجلس

¹ - ترجع أصول الطبيعة السياسية للرقابة الدستورية في فرنسا بالسياق التاريخي للنموذج الفرنسي، باعتبار أن الرقابة الدستورية في فرنسا يرجع تاريخها للفترة التي تلت الثورة الفرنسية لسنة 1789، بحيث تم تكريسها لأول مرة عندما وصل نابليون للسلطة سنة 1799، و ذلك بإنشاء مجلس الشيوخ المحافظ بموجب دستور 13 ديسمبر 1799 و كانت تلك الرقابة من طبيعة سياسية.

يتكون من 09 أعضاء، عهدهم 09 سنوات يتم تجديد ثلث عدد الأعضاء كل ثلاث سنوات إضافة إليهم رؤساء الجمهورية السابقين الذين لهم الحق في العضوية بقوة القانون¹، و إذا أجرينا مقارنة مع تشكيلة هيئات القضاء الدستوري في دول أخرى من حيث عدد الأعضاء نجده نفسه تقريبا على مستوى المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية نجدها تتكون من 09 قضاة معينين مدى الحياة، أما في الدول الأوروبية نجده أقل في اسبانيا 12 عضو²، إيطاليا 15 عضو³، و ألمانيا 16 عضو⁴، أما المجلس الدستوري الجزائري فإنه أصبح يتشكل من 12 عضو بموجب المراجعة الدستورية لسنة 2016، أربعة أعضاء يعينون من قبل رئيس الجمهورية بما فيهم رئيس المجلس و نائبه، و 04 تنتخبهم السلطة التشريعية، عضوين منتخبين من قبل الغرفة السفلى المجلس الشعبي الوطني، وعضوين منتخبين من الغرفة العليا مجلس الأمة، و 04 منتخبين من قبل السلطة القضائية، عضوين منتخبين من الهيئة القضائية العليا للقضاء العادي و هي المحكمة العليا، و عضوين منتخبين من الهيئة العليا للقضاء الإداري و هو مجلس الدولة⁵.

الملاحظ على تشكيلة المجلس الدستوري الفرنسي أنها غير ثابتة إضافة المؤسس الفرنسي أعضاء بقوة القانون و هم رؤساء الجمهورية السابقين الذين لهم الحق في العضوية في المجلس و ذلك مدى الحياة، يجعل من تشكيلة المجلس نظريا تزيد أو تنقص حسب عدد رؤساء الجمهورية السابقين الذين يكونون على قيد الحياة.

فمؤيدي فكرة الطبيعة السياسية للمجلس الدستوري يركزون على مسألة تشكيلة المجلس لتقرير الطابع السياسي للمؤسسة الدستورية على أساس أن 09 أعضاء هم معينين

¹- Art.56, de la constitution française du 4 octobre 1958, texte intégral en vigueur.

² -Art.159, de la Constitution espagnole, ratifiée par le peuple espagnol par le référendum du 6 décembre 1978.

³ - Art.135, de la constitution Italienne de 1947.

⁴ -Art.94, de la Loi fondamentale pour la République fédérale d'Allemagne, Version mise à jour : novembre 2012.

5- المادة 183 من التعديل الدستوري الجزائري لسنة 2016.

من قبل السلطات الدستورية العليا فتلاثة يعينهم رئيس الجمهورية من بينهم رئيس المجلس، 03 أعضاء يعينهم رئيس الجمعية الوطنية، وثلاثة منهم يعينهم رئيس مجلس الشيوخ يضاف إليهم كما تم ذكره أنفا رؤساء الجمهورية السابقين، ومن ثم يلاحظ التشكيلة هي من طبيعة سياسية لأن رئيس الجمهورية و رئيسي غرفتي البرلمان سيعينون أصدقاء مخلصين لهم في المجلس من الأشخاص المرتبطين بهم سياسيا، ومن ثم سيخدمون مصالح هؤلاء وأغراضهم السياسية التي تكمن في إرادتهم التي يعبرون عنها من خلال التشريعات المختلفة التي تصدر عنهم.

و ذلك ينعكس على عمل المجلس الذي قد يتحول لأداة من أدوات السلطة السياسية يستخدم لإضفاء الشرعية على أعمال قد تكون مخالفة للشرعية الدستورية، و هذا بسبب الاعتبار السياسية في تقدير مسألة دستورية القوانين، وعليه، فالمجلس لا يمكن أن يكون هيئة مستقلة على السلطات السياسية فهو يلعب دور سياسي في نشاط السلطة ككل.

وفي الحقيقة أن فرنسا تتفرد لوحدها بطريقة تشكيل المجلس بإتباعها لطريقة واحدة وهي التعيين فقط من قبل رئيس الجمهورية، رئيس الجمعية الوطنية ورئيس مجلس الشيوخ كما تم ذكره أعلاه، مما قد يهيمن على المجلس تيار سياسي واحد، خاصة إذا كان رئيس الجمهورية ورئيسي غرفتي البرلمان من نفس التيار السياسي، فالتعيين المخول لتلك السلطات في الدستور لا يعطي الضمانة الكافية لتمثيل مختلف الاتجاهات السياسية والقانونية، فهي تحتكر لمصلحتها كل مقاعد المجلس الدستوري، هذا ما حصل لما يسيطر اليمين أو اليسار على الرئاسة والأغلبية في غرفتي البرلمان أو إحدى غرف البرلمان.

فذلك يجعل من المجلس تحت هيمنة التيار السياسي الذي ينتمي له رئيس الجمهورية والبرلمان بجميع الأعضاء، إذا كيف يمكن للمجلس مراقبة قانون تم سنه من الأغلبية البرلمانية التي ينتمي إليها أعضاء المجلس الدستوري قبل تعيينهم؟ في حين أن

مهمة المجلس الدستوري هو السهر على المحافظة على الدستور أي الخضوع في أعماله إلا للاعتبارات القانونية دون غيرها.

وبالفعل المجلس الدستوري الفرنسي كان له نفس اللون السياسي مع السلطة السياسية وهذا منذ نشأته عندما كان رئيس الجمهورية ورئيس الجمعية الوطنية ينتميان لنفس العائلة السياسية ما بين 1958-1974، و1981-1986، و1988-1993، و1996-2012، وكذا في الفترات الممتدة ما بين 1974 و1981، ومنذ 1995 حتى 2012¹.

و قد يتدعم الرأي القائل بالطبيعة السياسية للمجلس الدستوري الفرنسي بإجراء المسألة الأولية الدستورية حيز التطبيق و ذلك منذ سنة 2010، و الذي نص عليه التعديل الدستوري الفرنسي لسنة 2008 ذلك الإجراء لأول مرة في تاريخ المنظومة الفرنسية للرقابة على دستورية القوانين بإقراره للرقابة اللاحقة (a posteriori)، فذلك يطرح إشكاليات حول استقلالية المجلس الدستوري الفرنسي باعتبار أن تشكيلته تضم تطبيقاً للدستور رؤساء الجمهورية السابقين، ومن ثم هناك إمكانية طرح قوانين على المجلس تبناها رئيس سابق في مرحلة حكمه، ففي هذه الحالة سيكون الرئيس المشكل في المجلس طرفاً و خصماً في آن واحد، ومن ثم لا يمكن أن يكون صوته مجرد من الاعتبارات السياسية خاصة إذا كان القانون من إيعازه و دعمته الحكومة، و طرح كمشروع قانون على البرلمان الذي صادق عليه.

و من جهة ثانية ينتقد الفقه الفرنسي عضوية رؤساء الجمهورية السابقين في المجلس²، من خلال تسييس المؤسسة الدستورية من زاوية أن هؤلاء الرؤساء يتمتعون بنفس

¹ - زهير شكر، النظرية العامة للقضاء الدستوري، الجزء الأول، دار بلال بيروت لبنان، 2014، ص.277.

² - يرى بعض الفقه الفرنسي أن مشاركة رؤساء الجمهورية السابقين في المجلس الدستوري من الناحية الشكلية يجنب التعيين لجانب من أعضاء المجلس الدستوري، و من ناحية الموضوع فهي تتطابق مع روح الدستور باعتبار المادة 5 منه تنص على أن: "يسهر رئيس الجمهورية على احترام الدستور"، و من ثم فصفة رؤساء الجمهورية في المجلس الدستوري ما هي إلا استمرارية للدور الذي كانوا

الحقوق و الالتزامات الأعضاء الآخرين في المجلس، ماعدا أنهم معفيين من أداء اليمين أمام رئيس الجمهورية، وفي هذا السياق أقرت " لجنة بالادور " سنة 2007 على ضرورة إلغاء النص الدستوري المتعلق بمنح رؤساء الجمهورية السابقين الحق في العضوية في المجلس الدستوري¹، وتعويضه بتعيينهم كأعضاء في مجلس الشيوخ مدى الحياة،² ويرى البعض أن مشاركة رؤساء الجمهورية السابقين في المجلس الدستوري فيه جانب إيجابي لدرابتهم بالأمور المؤسساتية و الدستورية.

كما يلاحظ صلاحية تعيين رئيس المجلس ترجع لرئيس الجمهورية، فله أن يعين الرئيس من الأعضاء المعينين أو من الأعضاء المحكمين أي رؤساء الجمهورية السابقين الذين لهم عضوية بقوة القانون³.

ولحد الساعة اقتصر تعيين الرئيس من ضمن ثلاثة أعضاء الذين يعينهم رئيس الجمهورية بنفسه، فالرئيس له مكانة في المجلس باعتبار صوته مرجح في حالة تعادل

يمارسونه خلال عهدتهم الرئاسية، و تضيف نفس المادة بأن رئيس الجمهورية " يضمن عبر تحكيمه انتظام سير السلطات العامة وكذلك استمرار بقاء الدولة وهو الضامن لاستقلال الوطن ووحدة الأرض واحترام المعاهدات"، فهذا النص له دلالاته العميقة في النظام الدستوري ومن ثم رؤساء الجمهورية السابقين هم المؤهلين أكثر لمعرفة مدى تطابق القانون مع هذا النص الدستوري، كما أن عضوية رؤساء الجمهورية السابقين يؤمن للمجلس الدستوري علاقة على الأقل غير مباشرة بين المجلس الدستوري والديمقراطية...

Ramu de BELLESCIZE, « Contre l'indépendance du Conseil constitutionnel », Article de presse , Le Monde.fr, édition du 12.07.2013 , http://www.lemonde.fr/idees/article /2013/07/12/contre-l-indépendance-du-conseil-constitutionnel_3446806_3232.html.

¹ - و إذا عدنا للأسباب التي جعلت المؤسس الفرنسي يدرج رؤساء الجمهورية السابقين في تشكيلة المجلس نجد أنها تعود لسنة 1958، أي سنة وضع دستور الجمهورية الخامسة و كانت تستند على أسبابا سياسية لم تبقى قائمة اليوم، فحضور رؤساء الجمهورية السابقين في التشكيلة خاصة إن كانت على فترات متقطعة قد يفسر بأنه من أجل تأييد أو معارضة موقف السلطة السياسية القائمة.

² - بالفعل ذلك البند فتح الباب لرؤساء السابقين للجمهورية الرابعة للتشكيل في المجلس و هما روني كوتي و فنسوناوريول و ذلك من أجل تسهيل عملية وصول الجنرال ديغول للسلطة. Voir: Dominique ROUSSEAU , op.cit , pp. 39-40.

³ - تنص المادة 01 فقرة 02 من الأمر رقم 58-1067 المؤرخ في 07 نوفمبر 1958 المتضمن القانون العضوي المتعلق بالمجلس الدستوري المعدل و المتمم على أن "...رئيس المجلس الدستوري يعين بموجب قرار صادر عن رئيس الجمهورية يختار من الأعضاء المعينين أو ذوي العضوية بقوة القانون..."

الأصوات، وبطبيعة الحال فإن الانتقادات الموجهة لطريقة تعيين أعضاء المجلس توجه هي الأخرى للطريقة المعتمدة لتعيين رئيس المجلس، خاصة وأنه جرت العادة أن يتم تعيين رئيس المجلس من المقربين للرئيس كانت له مهام وزارية و تقلد عدة مناصب وزارية في الحكومة، و بالتالي فاتجاهاته السياسية تكون معروفة مسبقاً¹.

إنه و بالعودة لأراء الفقه القانوني الفرنسي نجده بالفعل يفسر الطبيعة السياسية للمجلس على أساس عدة اعتبارات عملية، فيرى (Bernard Chenot) على حد قوله: " لاأعتقد على الإطلاق أن المجلس الدستوري هو هيئة قضائية، فهو جسم سياسي من خلال تعيين أعضائه و صلاحياته " ويعاين بأنه " لا وجود لنزاع أمام المجلس، و ليس هناك أطراف، و ليس هناك نقاش أو على الأقل هناك نشر ضعيف للنقاش الذي يكون في المجلس "²، و يؤكد في نفس السياق (Guy Braibant) بأنّ: " المجلس الدستوري ليس بهيئة قضائية لأن لا يمكن له إخطار محكمة العدل للمجموعة الأوروبية³ عندما يتصدى لمسألة تتعلق بتفسير أو صلاحية أحكام قانون المجموعة الأوروبية "⁴.

وللتخفيف من حدة الانتقادات حول طريقة تعيين أعضاء المجلس، فإن التعديل الدستوري الفرنسي لسنة 2008 في مادته 13 فقرة 03⁵، والقانون العضوي المؤرخ في 23 جويلية 2010 تضمن طريقة التعيين، وأخضعها لحق الفيتو من قبل اللجان الدائمة

¹- Pierre PACTET , Institutions politiques et Droit constitutionnel ,18^e édition , Dalloz, Paris, 1999, p.501.

²-François LUCHAIRE, Le conseil constitutionnel , tome 1, 2^e édition , Economica ,Paris, 1997 , p.50.

³ - تم تغيير اسمها فحاليا تسمى بمحكمة العدل للاتحاد الأوروبي بعد دخول ميثاق لشبونة حيز التنفيذ بتاريخ 01 ديسمبر 2009.

⁴-François LUCHAIRE, Le Conseil Constitutionnel, tome 1...op.cit, p. 50.

⁵ - تنص المادة 13 فقرة 03 من الدستور الفرنسي المعدل والمتمم على أن: " كما تحدد المناصب الأخرى أو الوظائف الأخرى التي لم تذكر في الفقرة الثالثة بموجب قانون أساسي، و التي نظرا إلى أهميتها في ضمان الحقوق والحريات والحياة الاقتصادية والاجتماعية للأمة تمارس فيها سلطة التعيين المخولة لرئيس الجمهورية بعد إبداء الرأي العلني للجنة الدائمة المختصة في كل مجلس، و لا يجوز لرئيس الجمهورية أن يجري أي تعيين إذا كانت عدد الأصوات المعارضة في كل لجنة عند جمعها يمثل على الأقل ثلاثة أخماس الأصوات المعبر عنها داخل اللجنتين. ويحدد القانون اللجان الدائمة المختصة بحسب المناصب أو الوظائف المعنية " .

المختصة لكل من غرفتي البرلمان وهي اللجنة القانونية، ففيما يخص الأعضاء المعيّنين من قبل رئيس الجمهورية، أصبح لا يمكن للرئيس تعيين عضو إذا تحصل على معارضة 5/3 فأكثر من مجموع الأصوات المعبر عنها عند جمعها في كل لجنة على حدة، وفيما يخص الأعضاء المعيّنين من قبل رئسي غرفتي البرلمان أي الجمعية الوطنية أو مجلس الشيوخ، فلا يمكن التعيين إذا اعترض عليه من قبل 5/3 فأكثر للجنة القانونية للجمعية الوطنية بالنسبة للأعضاء المعيّنين من قبل رئيس الجمعية الوطنية، و 5/3 فأكثر للجنة القانونية للجمعية الوطنية بالنسبة للأعضاء المعيّنين من قبل رئيس مجلس الشيوخ.

ومن ثم هذا التعديل الدستوري أحدث توازن في سلطة التعيين التي لم تبقى سلطة مطلقة في يد سلطة رئيس الجمهورية ورئيسي غرفتي البرلمان بل أصبحت تخضع لرقابة اللجنة القانونية لكل غرفة من غرفتي البرلمان، فكل لجنة هي مشكلة من النواب أو الشيوخ بحسب الحالة وتضم التيارات السياسية المختلفة الموجودة في غرفتي البرلمان، و من ثم هناك مشاركة للبرلمان في عملية تعيين أعضاء المجلس الدستوري، باعتبار اللجنة القانونية تستطيع الاعتراض على أي تعيين بأغلبية 5/3 أعضائها، و لم يبق ذلك الأمر مجرد سلطة تقديرية في الاختيار مخولة دستوريا لرئيس الجمهورية و رئيسي غرفتي البرلمان.

وبذلك يمكن القول، أن نظام التعيين المستحدث لا يختلف عن ذلك المنهج في أمريكا¹، وكذلك مع طريقة التعيين المنتهجة في المحاكم الدستورية الأوروبية في ألمانيا²،

¹ - يتم تعيين قضاة المحكمة العليا الفيدرالية التسعة الذين يعينون من قبل رئيس الولايات المتحدة الأمريكية بعد أخذ رأي مجلس الشيوخ.

Voir: Elisabeth ZOLLER, «Présentation de la Cour suprême des Etats-Unis », Cahiers du Conseil constitutionnel n° 5 (Dossier : États-Unis) - novembre 1998 , lien <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-5/presentation-de-la-cour-supreme-des-etats-unis.52825.html>.

² ففي ألمانيا ينتخب البرلمان الألماني المتكون من غرفتين السفلى (البندستاغ) ثمانية من أعضاء المحكمة الدستورية و ذلك بأغلبية الثلثين (3/2) و الغرفة العليا (البندسرات) الثمانية الآخرين بأغلبية الثلثين (3/2).

Voir: Art.94, de la Loi fondamentale pour la République fédérale d'Allemagne.

إسبانيا¹، وإيطاليا²، أين يكون التعيين من قبل غرف البرلمان وفي بعض الحالات من قبل الهيئات القضائية العليا.

إن استخدام طريقة الانتخاب كطريقة لتعيين قضاة المحاكم الدستورية، هو من أجل أن يكون التعيين يحكمه توافق سياسي لكل التيارات السياسية الممثلة في البرلمان، باعتبار أن أي حزب سياسي لوحده لا يمكن أن يكون له تمثيل بنسبة الثلثين أو ثلاث أخماس، وبالتالي على الحزب الممثل للأغلبية أن يفاوض المعارضة من أجل اختيار قضاة المحاكم الدستورية، فتجري المساومة والصفقة بحيث يتم توزيع المراكز على الحزبين أو الأحزاب المشكلة للأغلبية البرلمانية، وهو يتناسب بشكل كبير مع قوتها التمثيلية.

ومن ثم فالتمثيل على مستوى المحكمة الدستورية هو صورة طبق الأصل للتيارات السياسية الموجودة في البرلمان، كما أن طريقة الاختيار قد تؤدي إلى توافق سياسي من قبل الأحزاب السياسية ذات الأغلبية لإبعاد شخصية قوية من الفوز بمقعد القاضي الدستوري في المحكمة، و انتخاب مكانه شخصية أقل استقلالية تخضع لتعليمات حزبية، ومن ثم طريقة

¹ - في إسبانيا تتكون المحكمة الدستورية من 12 عضو يتم تعيينهم من قبل الملك، 4 بناء على اقتراح من ثلاث أخماس (5/3) أعضاء الكونغرس الغرفة السفلى للبرلمان، 4 بناء على اقتراح من ثلاث أخماس (5/3) أعضاء مجلس الشيوخ الغرفة العليا للبرلمان، 2 باقتراح من الحكومة و 2 باقتراح من مجلس القضاء الأعلى.

Voir : Art.159, de la constitution espagnole du 17 décembre 1978 modifiée.

² - تتكون المحكمة الدستورية الإيطالية من 15 عضو يتم تعيين الثلث من قبل رئيس الجمهورية، والثلث من قبل البرلمان المجتمع في شكل مؤتمر، و ذلك بأغلبية موصوفة قدرها الثلثين (3/2) و تتحول تلك النسبة إلى ثلاثة أخماس (5/3) في الدور الرابع، ويعين الثلث الأخير من الهيئة القضائية العليا التي تضم القضاء العادي والإداري وذلك عن طريق الانتخاب بالأغلبية المطلقة، بحيث يتم انتخاب 3 أعضاء عن مجموعة محكمة النقض تضم قضاة الحكم وقضاة النيابة، عضو واحد ينتخب عن مجموعة مستشاري الدولة، وعضو واحد ينتخب عن مجموعة مستشاري مجلس المحاسبة.

Voir: Alessandro PIZZORUSSO, «Présentation de la Cour constitutionnelle italienne Cahiers du Conseil constitutionnel», n° 6 (Dossier : Italie) - janvier 1999, disponible à l'adresse: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-6/presentation-de-la-cour-constitutionnelle-des-italienne.52761.html>.

انتخاب أعضاء المحاكم الدستورية لا ينجو هو كذلك من النقد، وفي بعض الحالات هو ليس أفضل من النظام المتبع في التعيين في النظام الفرنسي¹.

ومن ثم، فالانتقادات الموجهة لطريقة تشكيل المجلس الدستوري الفرنسي بأعضاء تربطهم صلة بسلطات التعيين أي رئيس الجمهورية، و رئيسي غرفتي البرلمان، قد تقل مع إشراك رقابة لجان غرفتي البرلمان في عملية التعيين، بحيث يمكن لها أن تعترض على أي تعيين بأغلبية 5/3 من أعضاء اللجنة على مستوى كل غرفة كما تم تبيانها أعلاه، و عليه، فالنظام الفرنسي يقارب طرق التعيين المعتمدة على مستوى المحاكم الدستورية في الدول الأوروبية، وكذلك طريقة تعيين قضاة المحكمة العليا الفيدرالية في الولايات المتحدة الأمريكية.

ولا يمكن أن تقتصر اختيار أعضاء المجلس إلا على الاعتبارات السياسية، و من ثمّ يجب البحث في عناصر أكثر تعقيد، فيذهب جانب كبير من الفقه الدستوري الفرنسي إلى أن المجلس الدستوري الفرنسي اتخذ عدة قرارات ضد السلطة السياسية القائمة حتى وإن كان أغلبية أعضائه معينين من تلك السلطات، و كان محل انتقاد من قبل أحزاب اليمين و أحزاب اليسار، ومن ثم، فإن استقلالية المجلس مردّها إلى استقلالية ضمائر أعضائه، التي تقوم على روح المسؤولية التي يتحلون بها في أداء صلاحياتهم واختصاصاتهم، و من ثم لا يكون لأحكام التعيين أثرا على تلك الاستقلالية، و عليه، يتبين أن استقلالية المؤسسة ترجع للتقاليد السياسية التي ترسخت منذ إنشاء المجلس بموجب دستور الجمهورية الخامسة لسنة 1958، تلك التقاليد ما فتأت تتطور من خلال مواقف المجلس في مجال الرقابة الدستورية التي مكنت المجلس من فرض سلطته كمؤسسة دستورية مستقلة على السلطات الأخرى، و تعززت بالإصلاحات الدستورية التي شهدتها المؤسسة سنة 1974، 1992 و 2008.

¹ -Henry ROUSSILLON, Pierre ESPLUGAS, op.cit, p.13.

و يرى في هذا الشأن أحد أعضاء المجلس الدستوري الفرنسي السابقين جون كلود كوليار (Jean Claude Colliard) بأنّ: " العضو في المجلس الدستوري الذي يصوت بصفة دائمة لصالح أراء شخصية السلطة التي عينته، يجلب لنفسه الخزي و العار و هكذا ينظر إليه من قبل زملائه في المجلس"¹.

أما في نظامنا الجزائري الذي تأثر بالنظام الفرنسي، أي بالنموذج الأوربي للرقابة الدستورية، فإنه يتضح أن التعديل الدستوري الجزائري لسنة 2016 فيما يخص التشكيلة أنه: ساوى في التمثيل بين السلطات الثلاثة، فتمثل كل سلطة من السلطات الثلاثة بأربعة أعضاء مما يضيفي توازن بين السلطات في التمثيل، وهذا لأول مرة منذ إنشاء المجلس بموجب دستور سنة 1989، و لكن ذلك التوازن هش لأن التعديل أبقى على امتياز رئيس الجمهورية في تعيين رئيس المجلس الذي له صوت مرجح، و أضاف لذلك الامتياز الذي كان موجود منذ دستور 1989، صلاحية رئيس الجمهورية في تعيين نائب رئيس المجلس الدستوري.

ولتكريس هيمنة رئاسة المجلس من بين الأعضاء المعيّنين من قبل رئيس الجمهورية نصت المادة 183 فقرة 05 من الدستور على أن: " رئيس المجلس و نائب الرئيس يعينون من قبل رئيس الجمهورية لفترة واحدة مدتها 8 سنوات"، و كان من الأجدر الرجوع إلى طريقة تعيين رئيس المجلس المنصوص عليها في أول دستور جزائري آلا و هو دستور 1963 الذي نص على إنشاء المجلس الدستوري و جعل تعيين الرئيس بالانتخاب فيما بين أعضائه الذين يمثلون 07 أعضاء، بحيث لا يكون للرئيس صوتا مرجحا، و هي الطريقة الصائبة² في تعيين رئيس المجلس لتعزيز استقلالية المؤسسة.

¹ -Romain ESPINOSA ,« L' indépendance du conseil constitutionnel en question », les cahiers de la justice, n° 4, 2015 , p.556.

² - و قد تنتقد طريقة انتخاب رئيس المحكمة الدستورية من قبل أعضائها، من ناحية أن تلك الطريقة قد يعطل عمل المؤسسة، خاصة ببروز صراعات حزبية داخل المؤسسة مما ينعكس سلبا على انضباط المجموعة، وقد سبق و أن وقع صراع حول انتخاب رئيس المحكمة الدستورية، ففي إيطاليا في سنة 1987 عقد المرشح الخاسر القاضي فيراري (Ferrari) مؤتمر صحفي ندد فيه بالتحالفات

إن تخويل لرئيس الجمهورية بموجب التعديل الدستوري الجزائري لسنة 2016 صلاحية تعيين رئيس المجلس الدستوري الجزائري، على أن يكون صوته مرجحا عند تعادل الأصوات، و تعيين كذلك نائب الرئيس في المجلس الدستوري كمنصب جديد، و التي تنتقل له رئاسة المجلس في حالة غياب الرئيس لسببا ما، ومن ثم تنتقل له بالتبعية امتياز الصوت المرجح، ذلك الأمر يبين أن التعديل الدستوري لسنة 2016 كان موجه للمحافظة على الامتيازات الدستورية التي يتمتع بها رئيس الجمهورية على حساب السلطات الأخرى، فالتحكم في المؤسسة هو في يد الأعضاء المعيّنين من قبل رئيس الجمهورية، و ما لهذا الأخير من وسائل ضغط قد تؤثر على استقلالية المجلس في حالة تصديه لقضية تمس التوجه السياسي لرئيس الجمهورية.

إذا تحديد نجاعة الطريقة المحددة لاختيار أعضاء القضاة الدستوريين لتتصيب هيئة تتمتع بالاستقلالية على السلطة السياسية، سواء كان بالتعيين كأعضاء المجلس الدستوري الفرنسي، أو بالانتخاب كأعضاء المحكمة الدستورية الألمانية، أو كالتعيين و الانتخاب معا كأعضاء المجلس الدستوري الجزائري يبقى مرهون بمدى ترسخ مبدأ الفصل بين السلطات في كل دولة بحد ذاتها، فإذا كانت هناك قناعة لدى المؤسسات على ضرورة احترام الاستقلالية، فإنه سواء كانت سلطة التعيين أو السلطة التي تختار العضو بالانتخاب نجدهما يحجمان على ممارسة أي ضغط على القضاة الدستوريين بعد انتخابهم أو تعيينهم، ونجد العكس إذا كان مبدأ الفصل بين السلطات غير مترسخ في عمل المؤسسات و علاقاتها ببعضها البعض مع غياب ثقافة دولة المؤسسات في الدولة بحد ذاتها، فيصبح القضاة الدستوريين في هذه الحالة أدوات في يد السلطة السياسية يستخدمون لإضفاء شرعية على أعمال مخالفة للشرعية الدستورية و هو نقيض مفهوم دولة القانون.

السرية و الدسائس التي أحكت ضده ليم في الأخير انتخاب منافسه ساجا (Saja).... أنظر في ذلك: زهير شكر، النظرية العامة للقضاء الدستوري، الجزء الأول...المرجع السابق، ص ص. 292-293.

ب- النظريات المحددة لطبيعة المجلس الدستوري الناتجة عن نقد نظرية الطبيعة السياسية: إن النظريات الأخرى التي عالجت الطبيعة القانونية للمجلس الدستوري هي ناتجة عن مخالفة الرأي القائل بأن المجلس الدستوري هو من طبيعة سياسية، فحاول فقهاء القانون الدستوري معالجة معايير أخرى للتوصل إلى طبيعة قانونية أخرى للمجلس الدستوري.

1- مؤيدي الطبيعة القضائية للمجلس الدستوري: يذهب غالبية الفقه الدستوري الفرنسي اليوم، و حتى قبل التعديل الدستوري لسنة 2008، للقول أنّ المجلس الدستوري الفرنسي هو من طبيعة قضائية، على اعتبار أن تحديد طبيعة مؤسسة دستورية يتوقف على صلاحياتها بحيث يمكن للمؤسسة أن تمارس صلاحيات من طبيعة قضائية، و صلاحيات أخرى ليست لها تلك الطبيعة، و يلاحظ الفقيه (François Luchaire) أن: " الفقه اثبت الطبيعة القضائية للمجلس على أساس أن عمل المجلس يكتسي عناصر العمل القضائي، فمن أجل تحفيز المجلس على جعل أعماله و إجراءاته تكتسيها الطبيعة القضائية، نجده يندد بامتناع تصويت عضو من أعضاء المجلس، وهذا من أجل مطالبة أعضاء المجلس بضرورة تصرفهم كما يتصرف القضاة في جميع الحالات "¹.

و هذا يتماشى مع المبدأ القضائي الذي يحكم السلطة القضائية وهو الزاميتها بالفصل في القضايا المعروضة عليها و إلا يكون القاضي أو الهيئة القضائية مرتكبة لجريمة إنكار العدالة، حيث لا يمكن للقاضي أن يمتنع عن الفصل في قضية طرحت عليه إلا في حالات محددة قانونا، كحالة رد القاضي من قبل أحد الخصوم، و قد تم تجريم فعل امتناع القاضي عن الفصل في النزاع المطروح عليه²، و هو ما أخذ به المشرع الفرنسي و سايره المشرع الجزائري في ذلك.

¹ - François LUCHAIRE, Le Conseil Constitutionnel, tome 1...op.cit , p. 48.

² - لقد نصت المادة 136 من قانون العقوبات على تجريم فعل إنكار العدالة و ذلك كما يلي: " يجوز محاكمة كل قاض أو موظف إداري يمتنع بأية حجة كانت على الفصل فيما يجب عليه أن يقضي بين الأطراف بعد أن يكون قد طلب إليه ذلك و يصر على

كما أنّ جل أساتذة القانون الدستوري الفرنسيين في مؤلفاتهم الجامعية المتعلقة بالقانون الدستوري والقانون الإداري، يؤيدون الطبيعة القضائية للمجلس الدستوري الفرنسي على أساس الصلاحيات الدستورية التي يمارسها المجلس، و ذلك من خلال عمل المجلس عند فصله في نزاع قانوني يتعلق بتنازع بين نصين قانونيين و هما التشريع مع الدستور، النظام الداخلي لغرفتي البرلمان و القانون العضوي، و كذا المعاهدات مع الدستور، زد على ذلك فالمجلس الدستوري الفرنسي يفصل كقاضي في المنازعات الانتخابية المتعلقة بالاستفتاءات و الانتخابات الرئاسية و البرلمانية، كما يفصل المجلس في المنازعة التي قد تنشور بين غرفة من غرفتي البرلمان و الحكومة حول طبيعة النصوص و نطاق اختصاص القانون و التنظيم تطبيقا للمادة 41 و 37 من الدستور الفرنسي.

وتتغرز الطبيعة القضائية للمجلس الدستوري باستحداث المسألة الأولية الدستورية بموجب تعديل سنة 2008 و التي دخلت حيز التطبيق سنة 2010، و التي تبناها هو الآخر مؤسسا الدستوري بموجب التعديل الدستوري الجزائري لسنة 2016، ومن ثمّ، فالدعوى الدستورية أصبحت تعالج أمام السلطة القضائية التي تتصدى لها بالإحالة على الهيئات القضائية العليا في النظامين القضائيين محكمة النقض و مجلس الدولة اللذان لهما إما القضاء برفض الدفع، بمعنى فصلان في المنازعة الدستورية بقرار نهائي حائز لقوة الشيء المقضي فيه، أو يحيلان الدفع أمام المجلس الدستوري الذي يفصل في دستوريته أو عدم دستورية النص التشريعي بقرار حائز لقوة الشيء المقضي فيه، تلك الإجراءات هي إجراءات قضائية من بدايتها إلى نهايتها تخضع للجاهية بين أطراف الدعوى، وتشارك فيها

امتناعه بعد التنبيه عليه أو أمره بذلك من رؤسائه و يعاقب بغرامة من 20.000 إلى 100.000 دينار، و بالحرمان من ممارسة الوظيفة العمومية من خمس سنوات إلى عشرين سنة ."

السلطات العمومية باستدعائها أمام المجلس الدستوري لتقديم ملاحظاتها، و من ثم أصبحت المنازعة الدستورية منازعة قضائية لتوافر المعايير اللازمة في العمل القضائي¹.

و قد حدد البروفيسور مارسيل والين (Marcel Waline) تلك المعايير، في عنصرين إثنين، العنصر الأول: هو من طبيعة مادية، و يتعلق بالهيئة القضائية التي مهمتها معالجة مسألة قانونية، و العنصر الثاني: هو من طبيعة شكلية، حيث عمل الهيئة القضائية الذي ينصب في أحكامها و قراراتها يكتسي حجية الشيء المقضي فيه، تلك العناصر متوافرة في عمل المجلس الدستوري، لأن قرارات المجلس الدستوري هي نهائية و غير قابلة لأي شكل من أشكال الطعن².

و قد أيدّ العميد لوي فافورو (Louis Favoreu)، الطبيعة القضائية للمجلس الدستوري بقوله بأن: " المجلس الدستوري هو جهة قضائية دستورية، و بالتحديد هو محكمة دستورية" و يذهب نفس الفقيه في تبرير طرحه على أن: " في القضاء الدستوري يجب التمييز بين

¹ - إن الطبيعة القضائية للرقابة الدستورية تصدى لها القاضي الأمريكي فليكس فرانكفورتر في قضية تحية العلم التي جمعت مجلس التعليم ضد برانت عام 1943، حيث رفض بعض الطلاب تحية العلم الأمريكي في بداية اليوم الدراسي، وذلك لمخالفة مثل هذا العمل لمعتقداتهم الدينية، و أصرت الدولة على ممارسة هذا التقليد كوسيلة لغرس الوطنية في مواطنيها الصغار رافضة إعفائهم من هذا التقليد، و قد رفضت الأغلبية تشريع الدولة على أساس مخالفته للفقرة الخاصة بحرية الممارسة الدينية في التعديل الأول، و في تعليقه على هذا الحكم قال فرانكفورتر " إن الإنسان الذي ينتمي إلى الأقلية التي تعرضت لأكثر قدر من تشويه السمعة و الاضطهاد في التاريخ لا يحتمل أن يكون غافلا عن الحريات التي يكفلها دستورنا، و لو أن موقفي الشخصي كان ذا صلة بالموضوع لكنني قد انضمت بكل إخلاص إلى وجهات النظر العامة المؤيدة للحرية كما تراها المحكمة و التي تمثل فكر وعمل حياة بأكملها، و لكننا كقضاة لسنا يهودا أو غير يهود، و لسنا كاثوليك أو لادينيين، فنحن ندين بنفس القدر من الارتباط بالدستور، و على نفس القدر من الالتزام بواجباتنا القضائية سواء أكنّا من المهاجرين الأوائل أو آخر من وطنوا هذه الشواطئ، و إنني كعضو في هذه المحكمة ليس لي الحق في أن أقحم مفاهيمي الخاصة في الدستور مهما بلغ اعتزالي بها، و مهما بلغ تقديري للضرر الذي سيقع في تجاهلها ...، و بالطبع لا يمكن أن تفرض الوطنية بتحية العلم، و لكن أيضا لا يمكن أن تفرض روح الحرية بالحكم القاضي ببطلان التشريعات غير الليبرالية"، أنظر في ذلك: محمد صلاح عبد البديع السيد، الدور السياسي للقاضي الدستوري، دراسة تحليلية نقدية لبعض الأحكام الدستورية ذات الصبغة السياسية، دار النهضة العربية القاهرة، 2010، ص ص. 22- 23.

² - François LUCHAIRE, Le conseil constitutionnel , tome 1...op.cit , p.48.

النموذج الأوربي للقضاء الدستوري، الذي أنشأ خصيصا من أجل الفصل في المسائل الدستورية عن طريق هيئة مركزية تحتكر ذلك الاختصاص".

فالمجلس الدستوري ما هو إلا أحد تطبيقات النموذج الأوربي للقضاء الدستوري، وقد يتعزز ذلك القول بأنّ المجلس الدستوري الفرنسي يعد أحد أعضاء منظمة محاضرات المحاكم الدستورية الأوربية (la conférence des cours constitutionnelles) و ذلك منذ سنة 1987 التي تجمع المحاكم الدستورية لألمانيا، النمسا، اسبانيا، البرتغال سويسرا، تركيا...الخ¹.

2 - مؤيدي الطبيعة المزدوجة للمجلس الدستوري: هناك جانب من الفقه الدستوري يرى بأنه: مؤسسة قضائية تلعب دور سياسي و يمكن إطلاق عليهم مؤيدي فكرة الطبيعة المزدوجة للمجلس الدستوري قضائية و سياسية، كما هو الحال بالنسبة للفقيه (Maurice Duverger) الذي يرى: " بأن دور المجلس الدستوري هو قضائي و لكن بسبب طريقة تعيين أعضائه السياسية المجلس الدستوري هو عبارة عن هيئة قضائية سياسية عليا " و من ثم فموريس دوفرليه يؤيد الطبيعة المختلطة للمجلس على أنه هيئة سياسية و قضائية في آن واحد².

و قد تبنى الفقه الفرنسي الطبيعة المزدوجة للمجلس في اللجنة الاستشارية الدستورية التي أوكل لها مهمة تحضير مشروع دستور 1958 و ذلك من خلال الأعمال التحضيرية للجنة بتاريخ 31 جويلية 1958، فأكد بول كوست فلوري (Paul Coste - Floret) أن المجلس هو: " هيئة سياسية - قضائية"، و يسير في نفس السياق أحد أعضاء المجلس

¹ - Louis FAVOREU , La Constitution et son juge , Economica, Paris, 2014 , p.152.

² -François LUCHAIRE, Le Conseil constitutionnel , ...op.cit,p.48.

السابقينبيار شاتوني (Pierre Chatenet) الذي يرى هو الآخر أن: "المجلس هو من طبيعة مزدوجة سياسية و قضائية في آن واحد"¹.

و تتعزز الطبيعة المزدوجة للمجلس الدستوري عند طرح التساؤل التالي: هل المجلس الدستوري يطبق أو يصنع القانون؟ إذا كانت الإجابة عن السؤال بأن المجلس يطبق القانون فهو هيئة من طبيعة قضائية، و إذا كانت الإجابة بأن المجلس يصنع في نفس الوقت القانون و ذلك من خلال التدخل في المسار التشريعي للقانون عن طريق تقنية التحفظات، التي يستعملها المجلس كآلية في الرقابة الدستورية، فنقول بأن المجلس هو هيئة سياسية لأن صناعة القانون هو عمل سياسي.

و يرى الفقيه دومنيك روسو (Dominique Rousseau) أنه من: "الصعب الفصل بين العمل القضائي و العمل السياسي للمجلس الدستوري، فإذا كان العمل القضائي يرمز للقانون الذي يفترض فيه الحياد والنزاهة، فإن العمل السياسي هو العكس يمثل الاتجاه المتخذ من قبل مجموعة معينة وأنصارها المؤمنون بأفكار و أيديولوجيات و خيارات سياسية، و هي الصورتين اللتان نجدهما في عمل المجلس الدستوري الفرنسي، فعند استناد المجلس الدستوري على دستور 1958 أو إعلان حقوق الإنسان و المواطن في رقابته على دستورية القوانين نجده يقدر عمل السلطة التشريعية فهو يفسر تلك النصوص مع مراعاة الواقع السياسي و الاعتبار السياسية"².

ثانيا- الطبيعة المؤسساتية للمجلس الدستوري نظرية واقعية: يعتمد أصحاب الرأي القائل بأن المجلس الدستوري هو من طبيعة " مؤسساتية " على فكرة أن المجلس هو صانع للقانون، و ذلك من خلال الدور الذي يلعبه في العملية التشريعية عن طريق آلية التحفظ التي يعتمد عليها المجلس للفصل في المنازعة الدستورية، تلك التقنية تخول للمجلس تكييف

¹ - François LUCHAIRE, Le Conseil constitutionnel , ...op.cit, p. 49.

² -Dominique ROUSSEAU , op.cit , pp. 55- 56.

القانون مع النصوص الدستورية، و هي طريقة مرنة للتصدي موضوع رقابة دستورية القوانين عوض تقرير دستورية أو عدم دستورية القانون المعروض عليه.

فالتحفظ هو التعبير العام لتفسير الدستور المنبثق من عملية الرقابة الدستورية و هي آلية يستخدمها المجلس الدستوري لتجنب إلغاء النص القانوني فهي تهدف لإنقاذ النص القانوني المشوب بعيب قد يجعل منه نصا تشريعيا غير دستوري، فهي تقنية تخول للمجلس تقرير بأن حكما قانوني متطابق مع الدستور شرط أن يتم تفسير أو تطبيق ذلك الحكم القانوني وفق الطريقة المحددة من قبل المجلس الدستوري¹.

إن استعمال تقنية التحفظ من قبل المجلس الدستوري الفرنسي تكونت من خلال الرقابة القبلية² التي أوكلها المؤسس الفرنسي له منذ نشأة الجمهورية الخامسة بموجب دستور سنة 1958 الفرنسي، تلك الرقابة القبلية هي رقابة دستورية وقائية تكون قبل إصدار النص يتصدى لها المجلس بناء على إخطار من السلطات المحددة في الدستور، إذا، فهي رقابة تنصب على تشريع في طور التكوين، أي على قانون ليس له أثر في النظام القانوني، و من ثمّ عرض ذلك القانون على المجلس الدستوري و استعمال هذا الأخير تقنية التحفظ في عملية الرقابة الدستورية يجعل من المجلس مؤسسة دستورية في حلقة صناعة القانون.

و يمكن القول، أن الطبيعة المؤسساتية للمجلس الدستوري تتعزز من خلال أن المجلس لا ينتمي لأي سلطة من السلطات الثلاث، فوجد الدستور الفرنسي ينص على المجلس الدستوري في الباب السابع كمؤسسة مستقلة عن السلطات الثلاثة الأخرى، و في

¹- Xavier SAMUEL, « Les réserves d'interprétation émises par le Conseil constitutionnel », 2007, p.1, cf. site: <http://www.conseil-constitutionnel.fr>.

²- لقد مارس المجلس الدستوري رقابة قبلية أي قبل صدور القانون لوحدها في الفترة الممتدة من سنة 1958 إلى سنة 2008، و بعد التعديل الدستوري لسنة 2008 و دخول آلية الرقابة عم طريق الدفع بواسطة المسألة الأولية الدستورية سنة 2010 أصبح المجلس يمارس رقابة قبلية و بعدية في آن واحد.

الدستور الجزائري نص عليه في الباب الثالث الحامل لعنوان: "الرقابة و رقابة الانتخابات و المؤسسات الاستشارية" و في الفصل الأول منه الحامل لعنوان "الرقابة"، ففي نظامنا كذلك المجلس الدستوري لم ينص عليه ضمن السلطات الدستورية الثلاثة، ولم تتعدل تلك الوضعية في دستور 2016 ليؤكد في مادته أن: " المجلس الدستوري هيئة مستقلة تكلف بالسهر على احترام الدستور..."، فالدستور الجزائري جعل من المؤسسة لها ذاتها مستقلة عضويا و تنظيميا عن السلطات الأخرى.

و عليه، للدور الذي يلعبه المجلس في صناعة القانون، و إخراج المجلس الدستوري من السلطات الدستورية الكلاسيكية المعروفة - تنفيذية ، تشريعية قضائية - سواء في النظام الفرنسي منشئ هذه المؤسسة، أو في نظامنا الجزائري كما رأيناه يغلب الطبيعة المؤسساتية على المجلس الدستوري.

ثالثا- رأينا حول الطبيعة القانونية للمجلس الدستوري: بعدما تطرقنا لوجهات النظر المختلفة التي عالجت موضوع الطبيعة القانونية للمجلس الدستوري، يمكن القول أن: كل ما قيل له جانب من الصواب و من الصعب أن نغلب نظرية عن نظرية أخرى، و عليه، يتبين أن المجلس الدستوري له طبيعة خاصة، و ذلك على أساس المكانة التي يتمتع بها في النظام الدستوري و لخصوصيته في النظام المؤسساتي، و لكن الشيء الأكيد أنه في مجال المنازعات الدستورية المتعلقة بالحقوق الأساسية يظهر المجلس الدستوري كقاضي دستوري و تكون له طبيعة قضائية.

و نؤيد في هذا الصدد طرح الفقيه دومنيك روسو (Dominique Rousseau) لما تصدى لتحديد طبيعة المجلس الدستوري بحيث يرى: " أن الخلاف الفقهي حول الطبيعة القانونية للمجلس الدستوري يقتصر على طرح التساؤل التالي: هل المجلس الدستوري من طبيعة سياسية أو قضائية ؟، و يجيب على ذلك بأن:"ذلك التساؤل هو في الحقيقة نقاش

عقيم باعتبار أنه ليس المهم لتحديد الطبيعة القانونية للمجلس الدستوري أن نطرح التساؤل " من هو ؟ "، بل يجب طرح التساؤل " ماذا يفعل ؟ "، و من ثم يذهب الفقيه دومنيك روسو (Dominique Rousseau) إلى أن: "تزايد المبادئ الدستورية التي يكتشفها المجلس الدستوري من خلال قراراته تشكل حدود حقيقية للمشرع"¹، و هو الشيء المهم في دولة القانون.

الفرع الثاني: تحديد طبيعة المجلس الدستوري بالسياسية يصطدم بالضمانات الدستورية لاستقلالية أعضائه

تصطدم فكرة القائلين بالطبيعة السياسية للمجلس الدستوري بالضمانات الدستورية و القانونية التي تم تقريرها لتحقيق استقلالية المجلس الدستوري في المنظومة الفرنسية، و التي تأثر بها مؤسسا كذلك، و عليه، سنتطرق لتلك الضمانات من خلال تبين عناصرها الايجابية و السلبية إن اقتضى الأمر في النظام الفرنسي (أولا) و نظامنا الجزائري (ثانيا).

أولاً- ضمانات إستقلالية أعضاء المجلس الدستوري الفرنسي: إن المجلس الدستوري تم إنشائه لكبح سلطة البرلمان، و لذلك فالمؤسس الفرنسي كان مدركا منذ الوهلة الأولى أن تلك المؤسسة كي تكون لها مصداقية في النظام المؤسساتي يجب أن يتمتع أعضائها بنظام خاص يضمن لهم استقلايتهم من خلال مدة العهدة، الالتزامات، التتافي، الامتيازات المالية.

أ- مدة العهدة عامل لتحقيق الاستقلالية: يتكون المجلس الدستوري الفرنسي من 09 أعضاء، و يضاف لهم رؤساء الجمهورية السابقين الذين لهم مدة ولاية مدى الحياة، يحدد الدستور مدة ولاية الأعضاء المعينين بـ 9 سنوات غير قابلة للتجديد يجدد ثلث أعضاء

¹ - Dominique ROUSSEAU ,op.cit , p. 59.

المعينين كل ثلاث سنوات، و في حالة استخلاف عضو بسبب الوفاة أو الاستقالة من عضوية المجلس و لم تتجاوز مدة عضويته ثلاث سنوات، يمكن للعضو الجديد الذي حل محل العضو المستخلف أن يكمل ثلاث سنوات و يعين لمدة 09 سنوات، مما يمكن أن تصل مدة العضوية إلى 12 سنة، و يلاحظ أن مدة العضوية التي حددها الدستور الفرنسي ب 9 سنوات هي ضمانات حقيقية لاستقلالية أعضاء المجلس تجاه السلطات السياسية.

و لكن تبقى تلك الضمانة نسبية طالما أن تشكيلة المجلس الدستوري الفرنسي تتضمن عضوية رؤساء الجمهورية السابقين الذين تكون مدة عهدهم مدى الحياة، ذلك الأمر يعطي الصلاحية لأي رئيس جمهورية سابق المشاركة في المجلس كعضو بصفة دائمة، أو على فترات متقطعة، حيث قد تعرض على المجلس قوانين تم سنّها في حقبة حكمه و وضعت بإيعازة، فعرضته رؤساء الجمهورية السابقين ستؤثر على نزاهة عمل المجلس، ذلك الامتياز الذي منح لرؤساء الجمهورية السابقين¹، كان و مازال لحد الساعة محل انتقاد من قبل الفقه الفرنسي و كذا جانب من الطبقة السياسية، و لم يتم تداركه في التعديل الدستوري لسنة 2008 مثلا، ولا بعد ذلك رغم مطالبة لجنة بلادور (Baladure) التي أشرفت على وضع مشروع التعديل بإلغائه آنذاك، و طالبت كذلك لجنة جوسبان (Jospin) سنة 2012، و التي سميت بلجنة تجديد أخلاقيات الحياة العمومية بنفس التوصية، ولكن لم يتم التراجع عن ذلك.

¹ - في الواقع بعد تنصيب المجلس الدستوري تطبيقا لدستور 1958 شارك في عضوية المجلس رؤساء الجمهورية السابقين في عهد الجمهورية الرابعة في المدة الممتدة من 1958 إلى غاية 1962 و هما: " فنسوناوريول " و "روني كوتي"، أما رؤساء الجمهورية الخامسة و هم "الجنرال ديغول"، "فرنسوا ميثيران" رفضا المشاركة في عضوية المجلس، و قد شكلا "فاليري جيسكار ديستان" كعضو في المجلس منذ سنة 2004، و شارك " جاك شيراك" كعضو في المجلس في الفترة الممتدة من 15 نوفمبر 2007 إلى غاية 1 ديسمبر 2010 و منذ ذلك التاريخ لم يجلس في المجلس، و أما " نيكولا ساركوزي " شكلا في المجلس في الفترة الممتدة من 19 جوان 2012 وإلى غاية 4 جويلية 2013، و منذ صدور قرار عن المجلس تحت رقم 156-2013 الذي قضى بإلغاء حسابات الحملة الانتخابية للمرشح للرئاسيات نيكولا ساركوزي انسحب هذا الأخير من عضوية المجلس.

ب - الالتزامات عامل لتحديد المؤسسة على الإعتبارات السياسية: يمكن تقدير مدى استقلالية أعضاء المجلس الدستوري من الالتزامات التي تقع على عاتقهم، تلك الالتزامات نستخلصها من اليمين التي يؤديها عضو المجلس الدستوري أمام رئيس الجمهورية باعتباره هو حامي الدستور الساهر على حسن سير عمل المؤسسات الدستورية في الدستور الفرنسي و هو منتخب بالاقتراع العام السري و المباشر¹، أي أن شرعيته تستمد من الشعب مباشرة، و على هذا الأساس، فإن أعضاء المجلس الدستوري الذين يشكلون في المجلس بقوة القانون و هم رؤساء الجمهورية السابقين معفيين من أداء اليمين أمام رئيس الجمهورية، باعتبارهم أصلاً تقلدوا ذلك المنصب السامي في الدولة، و يقتصر أداء اليمين على الأعضاء المعيّنين من قبل سلطات التعيين، أي رئيس الجمهورية، و رئيسي غرفتي البرلمان، فهم لوحدهم يقع عليهم التزام أداء اليمين أمام رئيس الجمهورية قبل أداء مهامهم، ذلك اليمين هو الذي تنبثق منه الالتزامات التي تقع على أعضاء المجلس الدستوري، حيث يحلفون على " أداء وظائفهم بنزاهة و حياد في إطار احترام الدستور"، و كذا "على احترام سر المداولات و التصويت"، و "عدم اتخاذ أي موقف علني، و كذا عدم اتخاذ موقف يتعلق باختصاص المجلس الدستوري"².

بتحليلنا لذلك اليمين نجده فعلاً يهدف إلى تحديد أعضاء المجلس الدستوري و منحهم ضمانات حقيقية، و إبعادهم عن الاعتبارات السياسية عند أداء وظائفهم، و يمثل أساس استقلاليته تجاه سلطات التعيين برسم إطار أداء عضو في المجلس الدستوري لصلاحياته، فعوض المجلس الدستوري ملزم بالخضوع للدستور باعتبار أن المجلس الدستوري

¹ - تنص المادة 5 من الدستور الفرنسي على أن: " يسهر رئيس الدولة على احترام الدستور و يضمن عبر تحكيمه انتظام سير السلطات العامة و كذلك استمرار بقاء الدولة..." و تنص المادة 6 من الدستور الفرنسي: " يقترح رئيس الجمهورية لمدة خمس سنوات بالاقتراع العام و المباشر..."

² - المادة 3 من القانون العضوي رقم 58- 1067 المتعلق بالمجلس الدستوري الفرنسي المؤرخ في 7 نوفمبر 1958 المعدل و المتمم.

هو مؤسسة دستورية تسهر على حماية الدستور من أي خرق يمس من قبل السلطات العمومية، و كذلك تم التأكيد على وجوب كتمان السر حول القضايا المطروحة على المجلس و عدم إبداء رأي علني حولها، و ذلك لإبعاد المجلس عن النقاش السياسي الذي قد يمس باستقلالية المؤسسة و نزاهة و حياد قراراته التي يتخذها للفصل في المنازعة الدستورية، زد على ذلك تمّ التأكيد على وجوب عدم اتخاذ عضو المجلس الدستوري موقف يتعلق بصلاحيات المجلس الدستوري، وهو أمر طبيعي باعتبار أن اختصاصات المجلس الدستوري حددت من قبل السلطة التأسيسية، و من ثمّ لا يمكن لعضو المجلس الدستوري الذي يمارس وظيفته في المؤسسة أن يدخل في نقاش علني حول اختصاصات المجلس ذو صبغة سياسية، فذلك سيعود بالضرر على المؤسسة و يجب في جميع الأحوال أن يلتزم العضو بالتحفظ¹، و أن يتحلّى أعضائه بالانضباط و يترفعون على كل موضوع من شأنه أن يمس باستقلالية المؤسسة.

ج-التنافي عامل لتعزيز الاستقلالية: لقد وضع الدستور الفرنسي المجلس الدستوري نظاما للتنافي و ذلك في حالة الجمع بين العضوية في المجلس الدستوري و امتهان مهنة أو الانتماء لهيئة معينة، كل ذلك لتكريس استقلالية لأعضاء المجلس الدستوري، و كذا إبعادهم عن الحالة التي قد يشكل فيها عضو المجلس الدستوري الخصم و الحكم في نفس الوقت مما يهدم فكرة حياد المؤسسة من أساسها، كأن يكون عضو المجلس الدستوري له منصب

¹ - و لكن في الواقع من حيث الممارسة نجد رئيس المجلس الدستوري (Jean Louis Debré) الذي ترأس المجلس في الفترة بين شهر مارس 2007 إلى غاية مارس 2016، قد خرج عن الالتزام بالتحفظ الواقع على عضو المجلس الدستوري، والذي ينبثق من اليمين الذي يؤديه أمام رئيس الجمهورية، ففي إطار التعريف بالمجلس الدستوري و صلاحياته للرأي العام التي انتهجها (Jean Louis Debré) في فترة رئاسته، نجده قد اتخذ مواقف سياسية و صرح بها للرأي العام و هو رئيسا للمجلس الدستوري، فهو لم يخفي معارضته للرئيس "نيكولا ساركوزي" و عدم التوافق معه في وجهات النظر حول الشأن السياسي، بحيث صرح في حديث تلفزيوني سنة 2008 أنه: "ليس من المتعلقين بالرئيس نيكولا ساركوزي و لكن تم انتخابه رئيسا للجمهورية، و ما دام أنني احترم المؤسسات، فأنا أحترمه"

(Je ne Suis pas l'un de ses fans. Mais il a été élu président de la République. Comme je suis respectueux des institutions, je le respecte.)

Nicolas Sarkozy et Jean Louis Debré une grande inimitié, Le Monde, édition 5.7.2013, disponible à l'adresse: <http://www.lemonde.fr/politique/article/2013/07/05/nicolas-sarkozy-et-jean-louis-debre-une-longue-inimitie>.

وزير في الحكومة، فكيف في هذه الحالة للمجلس أن يراقب دستورية قانون في حين أنه مشروع وضع من قبل الحكومة؟

و على ذلك الأساس حرص المؤسس الفرنسي على تبني التنافي الذي يحكم العضوية في المجلس الدستوري قيمة دستورية، و هذا ما نلمسه من المادة 57 من الدستور الفرنسي التي تنص على أن: " لا يجوز الجمع بين عضوية المجلس الدستوري و بين وظائف وزير أو عضوية البرلمان. و يحدد القانون الأساسي حالات عدم الجمع الأخرى"، و لقد حدد القانون العضوي المتعلق بالمجلس الدستوري المؤرخ في 7 نوفمبر 1958، و أستكمل ذلك بالقانون العضوي المؤرخ في 19 جانفي 1995 حالات التنافي التي تحكم أعضاء المجلس الدستوري، فلا يجوز الجمع بين العضوية في المجلس الدستوري و أي عهدة انتخابية سواء كانت وطنية أو محلية، و مع كل الوظائف الوزارية و كذا العضوية في المجلس الاقتصادي و الاجتماعي و البيئي¹.

و بموجب تعديل سنة 2013 الذي جاء به القانون العضوي رقم 2013 - 906 المؤرخ في 11 أكتوبر 2013 جاء ليشدد في حالات التنافي، و ذلك من أجل تكريس حقيقي لاستقلالية المجلس و إبعاده عن كل المؤثرات و الاعتبارات التي من شأنها أن تخل بمكانة واستقلالية المؤسسة، فبالإضافة إلى حالة التنافي السالف ذكرها نص القانون المذكور في المادة 4 على حالات أخرى و هي عدم جواز جمع عضو المجلس الدستوري بين عضويته و منصب حامي الحقوق، و أكد النص على حالة التنافي بين العضوية في المجلس الدستوري و مع كل وظيفة عمومية، و مع كل شغل أو مهنة، أو عمل بالأجرة، و تم التأكيد كذلك على حالة التنافي بين وظيفة في المجلس الدستوري و مهنة المحاماة، و يرجع تطرق النص على حالة التنافي بين العضوية في المجلس الدستوري و مهنة المحاماة إلى أسباب فرضها التعديل الدستوري لسنة 2008، و ذلك باستحداث آلية الطعن في دستورية القوانين

¹ - Art. 4 , 5 et 7, de l'Ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique relative au Conseil Constitutionnel.

عن طريق المسألة الأولية الدستورية التي تحرك من قبل المحامين طبقا لإجراءاتها، و من ثمّ امتهان عضو المجلس الدستوري لمهنة المحاماة سيكون له أثر على استقلالية، و حياد المؤسسة باعتبار أن ذلك العضو تصبح له صلاحية التوكّل في قضية موضوعها المسألة الأولية الدستورية، في حين هو عضو في المؤسسة، و ذلك سيؤدي بنا إلى نفس النتيجة لو جمع عضو المجلس الدستوري بين عضويته و وزير أو نائب في البرلمان.

د- الامتيازات المالية: لقد نصت المادة 6 من القانون العضوي المنظم للمجلس الدستوري على حق تلقي " رئيس و أعضاء المجلس الدستوري لتعويضات عن أداء مهامهم "، و قد حدد القانون العضوي تصنيفهم في السلم الوظيفي على أنهم ينتمون " للفئتين العليا للوظائف السامية للدولة و التي هي خارج التصنيف "، و نصت الفقرة الثانية من المادة 6 على أنه: " التعويضات تخفض للنصف في حالة ما إذا مارس عضو المجلس الدستوري لنشاط لا يتنافى مع عضويته في المجلس الدستوري"¹، و لكن بعد تطبيق أحكام القانون العضوي رقم 2013 - 906 الذي وسع بشكل كبير مجال حالات التناهي مع العضوية في المجلس الدستوري، حيث أصبح لا يسمح لعضو المجلس الدستوري إلا القيام بنشاط أكاديمي و في الأدب أو في الفن مع وجوب الالتزام بالتحفظ، و من ثم تفسيراً للنص فإن ممارسة عضو المجلس الدستوري لتلك النشاطات الغير المتنافية مع عضويته سيؤدي حتماً إلى تخفيض قيمة التعويضات للنصف.

و بالتحديد يتقاضى أعضاء المجلس الدستوري تعويضات تساوي للتعويضات التي يتقاضاها رئيس قسم من أقسام مجلس الدولة الفرنسي و التي تقدر بحوالي: " 12.000 أورو ".

¹ - Art. 6, de l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique relative au Conseil Constitutionnel.

ثانيا - ضمانات استقلالية أعضاء المجلس الدستوري الجزائري: لقد جاء التعديل الدستوري الجزائري لسنة 2016 لتدعيم استقلالية المجلس الدستوري و إبعاده عن مختلف المؤثرات التي قد تمس بحياد و نزاهة أرائه و قراراته، و نلمس ذلك من خلال دسترة مبدأ الاستقلالية، مدة العهدة والتوازن في التشكيلة، الالتزامات، التنافي، الامتيازات المالية.

أ- دسترة مبدأ استقلالية المجلس الدستوري: إن المراجعة الدستورية لعام 2016 كرسست بصراحة مبدأ استقلالية المجلس الدستوري و هذا بموجب المادة 182 من الدستور التي تنص على أن: " المجلس الدستوري هيئة مستقلة تكلف بالسهر على احترام الدستور ..."، فإن كانت استقلالية المجلس الدستوري سابقا تستلهم من روح و تفسير الدستور، فإن المؤسس الدستوري جاء ليرفع اللبس عن هذا الموضوع الشائك و الذي كان محل نقاش كبير على مستوى الأكاديميين و الحقوقيين و كذا الطبقة السياسية، و ذلك بالنص على استقلالية المجلس في الدستور و بالتالي الارتقاء بموضوع الاستقلالية إلى مصاف القواعد الدستورية، و عليه يعد ذلك النص مكسب للمؤسسة و مدعم للقضاء الدستوري في الجزائر، لأن التشكيك في الاستقلالية وعدم ضبطها قانونا يكون له أثر على مكانة المجلس الدستوري لدى الرأي العام و الطبقة السياسية، و هذا بالنظر للصلاحيات التي يتمتع بها المجلس الدستوري باعتباره قاضي المنازعات الدستورية صاحب الاختصاص الوحيد في مجال الرقابة على دستورية القوانين، و من ثمّ فإن مسألة استقلالية المجلس الدستوري هي موضوع ذو أهمية بالغة في بناء دولة ديمقراطية أساسها الدستور الضامن للحقوق الأساسية.

و بعد دسترة مبدأ الاستقلالية يبقى على المجلس الدستوري مهمة فرض تلك الاستقلالية تجاه جميع السلطات الأخرى في الدستور، و ذلك بضرورة الالتزام بالحياد و الاعتبارات القانونية وحدها دون غيرها في معالجة القضايا المعروضة.

ب- مدة العهدة و التوازن في التشكيلة : لقد مست المراجعة الدستورية لسنة 2016 تشكيلة المجلس الدستوري الجزائري فأصبح يتكون من 12 عضو يعين رئيس الجمهورية 4

أعضاء، و ينتخب البرلمان أربعة أعضاء، و تنتخب السلطة القضائية 4 أعضاء، فذلك التعديل رفع من تشكيلة المجلس الدستوري التي كانت 9 إلى 12 عضو حاليا، و حقق التوازن بإشراك السلطات الثلاثة في تشكيل المجلس الدستوري بأربع أعضاء عن كل سلطة.

إن تحقيق التوازن العددي في تشكيلة المجلس الدستوري أربعة عن كل سلطة من السلطات هو أمر ايجابي يخدم المؤسسة، و إن كان هناك ترجيح لكفة الأعضاء المعينين من قبل رئيس الجمهورية، باعتبار أن رئيس المجلس له صوت مرجح مما قد يخل بالتوازن الذي نص عليه المؤسس الدستوري نفسه، عند تحديده للتركيبة العددية كما أن رفع مدة عهدة أعضاء المجلس الدستوري من ستة سنوات إلى ثماني سنوات، هو كذلك شيء ايجابي يخدم استقلالية المؤسسة، و ذلك بإحداث استقرار داخل المجلس كما أن تلك العهدة هي أطول سواء من العهدة الرئاسية المحددة بخمس سنوات، أو العهدة البرلمانية للمجلس الشعبي الوطني المحددة بخمس سنوات و مجلس الأمة المحددة بست سنوات، و هي ضمانة تخدم استقلالية المجلس الدستوري تجاه السلطات العمومية من خلال عدم قابلية أعضاء المجلس للعزل رغم تغير الأغلبية الحاكمة بواسطة الانتخابات.

ج -الالتزامات: لقد جاء التعديل الدستوري لسنة 2016 باليمين التي يؤيدها أعضاء المجلس الدستوري فور تعيينهم، أو انتخابهم أمام رئيس الجمهورية، وهو شيء جديد لم تنص عليه الدساتير السابقة، و يكون بذلك المؤسس الجزائري قد ساير النظام الفرنسي بشكل كبير باعتبار هذا الأخير نص على وجوب أداء اليمين لأعضاء المجلس الدستوري أمام رئيس الجمهورية، و لكن تم تضمين ذلك في نص القانون العضوي الناظم للمجلس الدستور الفرنسي في مادته الثالثة، في حين المؤسس الجزائري نص في الدستور على اليمين الذي يؤديه أعضاء المجلس الدستوري أمام رئيس الجمهورية قبل مباشرة مهامهم و ذلك على النحو التالي: " اقسم بالله العلي العظيم أن أمارس وظائفني بنزاهة و حياد، و أحفظ سرية المداولات، و امتنع عن اتخاذ موقف علني في أي قضية تخضع لاختصاص المجلس

الدستوري "، و لقد نقل النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري ذلك النص بموجب المادة 76 منه¹، حيث تم التأكيد على وجوب خضوع أعضاء المجلس الدستوري لنص المادة 183 الفقرة الأخيرة، أي بمحتوى اليمين الدستوري المؤدى أمام رئيس الجمهورية.

إن ورود اليمين الذي يؤدوه أعضاء المجلس الدستوري في الدستور، يجعل من الالتزامات التي تقع على أعضاء المجلس ذات قيمة دستورية، لأن ذلك اليمين الدستوري هو الذي يمكن من خلاله استخلاص الالتزامات التي تقع على أعضاء المجلس الدستوري، فالنفسير العام لمحتوى اليمين نجده يهدف إلى تعزيز استقلالية أعضاء المجلس الدستوري، التي تستمد من عبارات " النزاهة و الحياد "، و " حفظ سرية المداولات "، و عدم اتخاذ موقف علني، و أمام الجمهور حول صلاحيات المجلس الدستوري "، ذلك اليمين جاء في إطار الاستقلالية التي نص عليها الدستور صراحة على أن: " المجلس الدستوري هيئة مستقلة...".

د - التنافي: لقد وضع الدستور الجزائري لأعضاء المجلس الدستوري نظاما للتنافي، و ذلك في حالة الجمع بين العضوية في المجلس الدستوري، و الانتماء لهيئة أو امتحان مهنة معينة، كل ذلك لتكريس استقلالية المجلس الدستوري أسوة بنظام التنافي الموجود في النظام الفرنسي، و على ذلك الأساس حرص المؤسس الجزائري على جعل التنافي الذي يحكم العضوية في المجلس الدستوري ذو قيمة دستورية، و هذا ما نلمسه من المادة 183 فقرة 3 من الدستور الجزائري التي تنص على أن: " بمجرد انتخاب أعضاء المجلس الدستوري أو تعيينهم، يتوقفون عن ممارسة أي عضوية أو أي وظيفة أو تكليف أو مهمة أخرى، و أي نشاط آخر أو مهنة حرة "، و هنا النص جاء عاما، " العضوية " قد تكون في الحكومة كمنصب وزير مثلا أو في البرلمان، و " الوظيفة "، كالوظائف على مستوى الإدارات

¹ - المادة 76 من النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري المؤرخ في 6 أبريل 2016، منشور في الجريدة الرسمية عدد 29 المؤرخة في 11 ماي 2016.

العمومية مثلاً، أما " التكاليف " هو وجوب قطع الصلة مع أي هيئة عمومية، أو خاصة بالاشتغال لحسابها، و تقديم لها خدمة في إطار تكليف معين، و للتعميم المؤسس أكد على وجوب التوقف على أداء أي مهمة أخرى، زد على كل ذلك تتنافى العضوية في المجلس الدستوري مع " ممارسة أي نشاط " كالنشاطات ذات الطابع التجاري، و كذا ممارسة المهن الحرة و هو أمر ذو أهمية فلا يستطيع عضو المجلس الدستوري امتحان مثلاً مهنة المحاماة خاصة مع استحداث آلية المسألة الأولية الدستورية، التي بالتأكيد سيكون التكفل بإجراءاتها أمام المجلس الدستوري بواسطة توكيل المتقاضي لمحامي للسير في الإجراءات.

و لقد تم التأكيد في النظام المحدد لقواد عمل المجلس الدستوري في مادته 77، على وجوب مراعاة أحكام المادة 183 فقرة 3 من قبل أعضاء المجلس الدستوري، و أضافت حالة التنافي بين العضوية في المجلس الدستوري و ممارسة أي نشاط سياسي، بقطع صلة عضو المجلس الدستوري بالحزب السياسي طيلة مدة عهده تطبيقاً للقانون العضوي المتعلق بالأحزاب السياسية¹، و هذا الأمر جد مهم لإبعاد المجلس الدستوري من تأثيرات الأحزاب السياسية على المجلس الدستوري عند أداء مهامه، مما سيمس مباشرة بمبدأ الحياد ونزاهة قراراته عند أداء مهمته كقاضي انتخابي، أو أرائه و قراراته عند أداء مهمته كقاضي في مجال الرقابة على دستورية القوانين، و كذا عند مهامه الاستشارية و في الحالات الخاصة.

و قد يسمح لعضو المجلس الدستوري من أداء نشاطات علمية و أكاديمية تتعلق بمهام المجلس الدستوري، و يكون ذلك بناء على ترخيص من قبل رئيس المجلس شرط أن لا تمس تلك النشاطات باستقلالية و نزاهة المجلس الدستوري، و يكون على عضو المجلس التزام بتقديم تقرير يتضمن عرض عن النشاط الذي شارك فيه في أول اجتماع يعقده المجلس الدستوري²، و ذلك من أجل تقييمه و التأكد من عدم خروج عضو المجلس عن التزاماته، و

¹ - المادة 77 من النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري المؤرخ في 6 أفريل 2016.

² - المادة 78، المرجع نفسه.

من ثم فإن النشاط الأكاديمي يكون محل رقابة قبلية لاشتراط ترخيص من قبل رئيس المجلس، و رقابة بعدية و ذلك بتقديم عرض حول النشاط، و يقع على عضو المجلس الدستوري عند أداء تلك النشاطات واجب التحفظ.

هـ- الحصانة: إن الحصانة القضائية هي امتياز يمنحه الدستور و القانون لأصحاب وظائف و مهام محددة من أجل حمايتهم أثناء تأدية مهامهم، و ذلك لضمان السير العادي للسلطات و المؤسسات الدستورية و عدم عرقلة وظائف العامة في الدولة، و بتقرير الدستور الحصانة المصلحة العامة التي تسعى إليها الوظائف العامة في الدولة، و بتقرير الدستور الحصانة لأعضاء المجلس الدستوري يكون المؤسس ساوى بين أعضاء المجلس الدستوري، و السلطات السياسية الأخرى التي تتمتع بنفس الامتياز، كل ذلك جاء في إطار تعزيز استقلالية المجلس الدستوري بإدراج التعديل الدستوري لسنة 2016 نص جديد يتعلق بحصانة أعضاء المجلس الدستوري، وجعل منها ذات قيمة دستورية بحيث يتمتع كل من رئيس المجلس الدستوري و نائبه و أعضائه بالحصانة القضائية فيما يخص المتابعات الجزائية، و من ثم لا يمكن للنيابة العامة مباشرة الدعوى الجزائية ضد أي عضو من أعضاء المجلس الدستوري، إلا بناء على تنازل الصريح من قبل المعني بالأمر أو بترخيص من قبل المجلس الدستوري¹، حيث أن المجلس الدستوري قد يأخذ المبادرة فيدرس مسألة رفع الحصانة في حالة ما إذا ارتكب احد أعضائه جناية أو جنحة، و يستمع بطبيعة الحال للمعني بالأمر و يفصل في ذلك بدون حضوره، و قد يكون رفع الحصانة بناء على طلب من وزير العدل فيجتمع المجلس كذلك و يأخذ بتصريحات العضو المعني، و يفصل في الطلب بدون حضور هذا الأخير².

¹ - المادة 185 من التعديل الدستوري الجزائري لسنة 2016.

² - المادة 83 من النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري المؤرخ في 6 أبريل 2016.

المطلب الثاني: تقرير استقلالية المجلس الدستوري الجزائري في النصوص تتناقض مع الواقع

إن مبدأ استقلالية المجلس الدستوري و حتى لم يكن منصوص عليه صراحة في الدستور قبل تعديل سنة 2016، فإنه يستمد من تفسير الدستور، باعتبار أن المؤسسة مهمتها السهر على حماية الدستور، و بالتالي لا يمكن لها أداء صلاحياتها دون التمتع بالاستقلالية، و قد جاء التعديل الدستوري لسنة 2016 ليقرر ذلك المبدأ صراحة في المادة 182 منه على أن: "المجلس الدستوري هيئة مستقلة تكلف بالسهر على احترام الدستور"، و قد عزز المؤسس استقلالية المؤسسة كما لمسناه من خلال نظام التتافي، التزام التحفظ، نظام الحصانة... الخ ، كل ذلك نجده في الحقيقة يصطدم بواقع تشكيلة المجلس الدستوري التي تنعكس على عدم استقلالية المؤسسة (الفرع الأول)، كما أن الاستقلالية المقررة نجدها كذلك في الواقع غير مجسدة على أساس أعمال المجلس الدستوري (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تشكيلة المجلس الدستوري الجزائري تنعكس على استقلالية المؤسسة

إنه و منذ نشأة المجلس الدستوري سنة 1989، فإن تشكيلته كانت عائقا في تحقيق الاستقلالية المرجوة، و إن كان مبدأ الاستقلالية موجود و يستمد من تفسير الدستور في الفترة بين سنة 1989 إلى غاية سنة 2016، وأصبحت بعد المراجعة الدستورية لسنة 2016 مدسرة صراحة، ذلك ما نلمسه من خلال طريقة تكوين المجلس الدستوري الجزائري حاجزا نحو تحقيق الاستقلالية (أولا)، و كذا مدة العهدة لا تخدم نسبيا الاستقلالية (ثانيا).

أولا- تكوين المجلس الدستوري الجزائري حاجز نحو تحقيق الاستقلالية: إن التعديل الدستوري لسنة 2016 كرس هيمنة رئيس الجمهورية على المجلس الدستوري¹، فيعين أربعة أعضاء من بينهم رئيس المجلس و نائبه، و يكون صوت الرئيس مرجح في حالة تعادل

¹ - مصطفى بلعور ، « طبيعة العلاقة بين السلطين التنفيذية و التشريعية: دراسة في الدستور الجزائري»، دفاثر السياسة و القانون، العدد 5، جوان 2011، ص.185.

الأصوات، أما تمثيل السلطة التشريعية بأربعة أعضاء و السلطة القضائية بأربعة أعضاء يأتي في الدرجة الثانية من حيث القوة و التأثير على اتخاذ الآراء و القرارات في المجلس الدستوري، زد على ذلك الملاحظ أن التشكيلة يغلب عليها الطابع السياسي بثمانية أعضاء ممثلين للسلطة التنفيذية و التشريعية، فيصبح المجلس الدستوري يؤدي دور سياسي و ذلك بجعل الأعضاء موالين لرئيس الجمهورية و سلطات الانتخاب أي الأغلبية البرلمانية فتلك الملاحظات نستخلصها بتحليل النصوص الدستورية، و لكن خاصة من واقع آراء و قرارات المجلس الدستوري مما لا يحقق لنا الحماية اللازمة للحقوق الأساسية، التي تفرض وجود هيئة تتمتع بالاستقلالية تتكفل بمراقبة دستورية القوانين.

وإذا رجعنا للتشكيلة المجلس الدستوري كانت دائما موالية للسلطات السياسية من حيث التبعية لرئيس الجمهورية أو الحزب أو الأغلبية، و هذا الأمر ثابت من خلال ما تطرق له الأستاذ: سعيد بوالشعير في كتابه النظام السياسي الجزائري و الذي يعرف خبايا المؤسسة، باعتباره ترأسها في الفترة الممتدة بين مارس 1995 إلى غاية أبريل 2002، فهو على دراية بالعلاقات التي تحكم أعضاء المجلس الدستوري، و كيفيات معالجة أعضائه للمسائل المطروحة على المؤسسة فقد أكد على أن: " و قد لاحظنا في مناسبات عدة أن الأعضاء في بعض المواقف يتأثرون بمواقف المؤسسات التي ينتمون إليها حيال نص قانوني معروض على المجلس الدستوري، بل أن الوضع يتخطى ذلك إلى حد خرق الالتزام بالتحفظ و سرية المداولات و تسريبها بطريقة غير مباشرة لوسائل الإعلام للضغط على موقف المجلس الدستوري"¹.

إنّ اعتراف أحد رؤساء المجلس الدستوري السابقين، بأن أعضاء المجلس الدستوري يخضعون لمواقف المؤسسات التي ينتمون إليها، يثبت أن أعمال المؤسسة غير حيادية و

¹ - سعيد بوالشعير، النظام السياسي الجزائري دراسة تحليلية لطبيعة نظام الحكم في ضوء دستور 1996 . السلطة التشريعية و المراقبة، الجزء الرابع، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2013، ص.208.

غير نزيهة لطغيان الجوانب السياسية عليها عوض الاعتبارات القانونية، و هذا الأمر يعزز الرأي القائل بأن اختيار أعضاء المجلس الدستوري من قبل السلطات السياسية لا يخدم المؤسسة بل سيجعلها أداة من أدوات السلطة السياسية تعمل على إضفاء الشرعية الدستورية على أعمال السلطة السياسية التي قد تكون عملاً تشريعي أو تنفيذي، و هو ما يفسر محدودية الرقابة الاختيارية للمعاهدات و القوانين و التنظيمات، لانعدام تقريبا إخطار المجلس الدستوري من قبل السلطات العامة، رئيس الجمهورية، رئيسي غرفتي البرلمان، قبل التعديل الدستوري لسنة 2016، لوجود توافق سياسي بين تلك السلطات لانتمائها لنفس الأغلبية السياسية¹.

و من ثمّ إذا كان المجلس الدستوري يشكل الحلقة الأخيرة في حماية الحقوق الأساسية، خاصة في ظل التعديل الدستوري لسنة 2016 بعد توسيع إخطار المجلس الدستوري للأقلية في البرلمان، و هو يعد أحد المكاسب التي تحسب لصالح المعارضة تحت قبة البرلمان، كي يتسنى لها مراقبة أعمال الأغلبية عند سنّها للتشريعات المختلفة بإخضاعها للشرعية الأسمى في دولة القانون و هو الدستور، و كذا منح الأفراد الحق في حماية حقوقهم الأساسية المضمونة في الدستور وفق إجراءات المسألة الأولية الدستورية، كل تلك الإجراءات الجديدة جاءت بها المراجعة الدستورية لسنة 2016 تبقى فعاليتها محدودة بدون تمتع أعضاء المجلس الدستوري بالاستقلالية اللازمة عند أداء مهامهم بقطع الصلة أو الخضوع للمؤسسات التي عينتهم أو انتخبهم في المجلس الدستوري.

و من جهة أخرى، فإن كان المؤسس في التعديل الدستوري لسنة 2016 قد عالج مسألة تخصص أعضاء المجلس الدستوري، بحيث أصبح يشترط فيهم التكوين في العلوم

¹ -عبد القادر شريال، « السهر على احترام الدستور: بين النظري و التطبيقي»، إدارة مجلة المدرسة الوطنية للإدارة ، عدد 43،

القانونية و الممارسة المهنية كقضاة، محامين، و أساتذة في كليات الحقوق¹، فإن الأستاذ:سعيد بو الشعير يشير في كتابه إلى أنّ: "لا نبالغ إذا قلنا بأن بعض الأعضاء رغم تكوينهم لم يعيروا أي اهتمام لعمل المجلس، بل استعملوا هذا الأخير أكثر مما قدموا له حتى لا نذهب على القول بأن بعضهم لم يتوقف عند هذا الحد، بل تجاوز ذلك إلى حد استغلال بعض الأعضاء الملزمين لتغطية غياباته و عدم اكترائه بعمل المجلس بل و احتقار حتى الأعضاء تحت غطاء مساره و شهاداته. و لم يتوقف الحال عند هذا الوضع بل لقد تكتل بعض الأعضاء لعرقلة عمل المجلس لتحقيق مآرب شخصية، بل لتصفية حسابات شخصية ذاتية من خلال الامتناع عن حضور بعض الجلسات الرسمية، ثم بعد اقتناعهم بأن ذلك في غير صالحهم قرروا العودة لحضور الاجتماعات مع رفض إبداء الرأي..."².

إن اشتراط التكوين في مجال العلوم القانونية المرتبط بالسن المحدد بأربعين سنة بموجب التعديل الدستوري لسنة 2016 يبقى بدون فعالية إذا استمرت التصرفات السلبية التي اتخذها بعض أعضاء المجلس الدستوري داخل المؤسسة كما وضحه الأستاذ:سعيد بوالشعير فيما يتعلق باستعمال المؤسسة بغرض تحقيق مآرب شخصية و تصفية الحسابات ذاتية...الخ، إذا كل ذلك يتوقف على الترفع على بعض الذهنيات السلبية التي يتبين من خلال شهادات الرئيس السابق للمجلس الدستوري الأستاذ:سعيد بوالشعير أنها تعيق عمل المجلس الدستوري، و ذلك بالتأثير المباشر على نوعية أرائه و قراراته حيث تصبح رهينة لحسابات سياسية ضيقة لا علاقة لها بمكانة المجلس الدستوري كما حددها له الدستور .

و قد أخذ المؤسس في التعديل الدستوري لسنة 2016 بالملاحظة التي أثارها سعيد بوالشعير، و التي تتجلى في وجوب أداء اليمين من قبل الأعضاء المعينين و المنتخبين من قبل المجلس الدستوري، و هو ما جاءت به المادة 183 من الدستور، و لكن ذلك اليمين

¹ - المادة 184 من التعديل الدستوري للجزائر لسنة 2016.

² - سعيد بوالشعير، المرجع السابق، ص ص. 208-209، و أنظر كذلك: سعيد بوالشعير، المجلس الدستوري في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2012، ص ص. 23-29.

يبقى ناقص طالما أنه لم يتطرق لجوهر مهام أعضاء المجلس الدستوري وهي " الحفاظ على سمو الدستور و حماية الحقوق الأساسية "، كما أن أعضاء المجلس الدستوري طبقا لنص المادة 183 المحددة لليمين القانونية لا يؤدون وظائف بمفهوم الوظيفة العمومية فهم لا يخضعون لقانون الوظيف العمومي، بل يؤدون مهام حددها الدستور و ذلك بالوقوف على المجلس الدستوري الذي هو " هيئة مستقلة تكلف بالسهر على احترام الدستور " كما عرفها المؤسس نفسه طبقا للمادة 182 من الدستور، و كأن المؤسس عندما نصّ على اليمين متخوف من تقرير استقلالية عضو المجلس الدستوري، فالقول بأن عضو لمجلس الدستوري يؤدي اليمين بالقول " أقسم بالله العلي العظيم أن أمارس وظائفى بنزاهة..."، هو إخضاع هذا العضو لسلطة سلمية يجب أن يحترم تعليماتها و توجيهاتها و إلا سيكون محل جزاء معين، و هذا يتنافى مع تقرير استقلالية المجلس الدستوري كمبدأ منصوص عليه في الدستور صراحة كما كرسه تعديل سنة 2016.

ثانيا - مدة العهدة لا تخدم نسبيا استقلالية المجلس الدستوري: إن مدة العهدة لها أهمية في تحقيق استقلالية حقيقية للمجلس الدستوري¹، و إذا رجعنا إلى الدساتير الجزائرية، فإن دستور 1963 نجده لم ينص على مدة عهدة المجلس الدستوري، فإننا نجد دستور 1989 و 1996 المحددين لتشكيلة المجلس الدستوري بسبعة أعضاء، و تسعة أعضاء على التوالي قد حددا مدة العهدة بست سنوات على أن يجدد نصف عدد الأعضاء كل ثلاث سنوات و لا

¹ - و في ذلك الصدد إذا رجعنا لتكوين المحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية نجدها تتكون من 9 قضاة يتم تعيينهم من قبل رئيس الولايات المتحدة الأمريكية مدى الحياة بعد اخذ رأي مجلس الشيوخ، أي بمعنى لا وجود لأي قيد بخصوص المدة الزمنية التي يمارسون فيها مهامهم، فهم يتمتعون بالامتيازات المقررة لهم مدى الحياة، ولا يمكن عزلهم فلا يمكن لرئيس الولايات المتحدة الأمريكية و لا للكونغرس توقيف مهام قاضي من قضاة المحكمة العليا لأي سبب من الأسباب، إلا بواسطة إجراءات "الامباشمنت" (L'impeachment)، التي يتبعها الكونغرس و هي نفس الإجراءات التي تتبع ضد رئيس الولايات المتحدة لتقرير مسؤوليته و عزله، و في تاريخ الولايات المتحدة الأمريكية لم يعزل أي قاضي بواسطة هذا الإجراء، إن تقرير مدة عهدة قضاة المحكمة العليا الأمريكية لمدى الحياة هو من أجل ضمان استقلاليته تجاه السلطات السياسية، و ذلك يعكس فلسفة مبدأ الفصل بين السلطات في الدستور الأمريكي التي تقوم على الفصل المطلق بين السلطات من خلال تحقيق استقلالية حقيقية بين كل سلطة من السلطات الثلاثة التنفيذية، التشريعية، و القضائية عن بعضهم البعض.

يمس التجديد رئيس المجلس المعين من قبل رئيس الجمهورية حيث تكون مدة عهده ست سنوات¹ و هي مدة جد قصيرة، و اليوم بموجب التعديل الدستوري لسنة 2016، حدد عدد أعضاء المجلس باثني عشر عضو، حيث أصبحت مدة العهدة ثمان سنوات و يجدد نص عدد الأعضاء كل أربع سنوات، على أن لا يمس ذلك التجديد رئيس و نائب رئيس المجلس المعينين من قبل رئيس الجمهورية لعهدة واحدة مدتها ثمان سنوات .

و حتى و إن كان المؤسس في تعديل 2016 تدارك قصر مدة العهدة و ذلك بجعلها ثمان سنوات، عوض ست سنوات كما كان معمول به سابقا أي بزيادة سنتين في مدة العهدة، فإن تلك المدة تبقى قصيرة و لا تخدم استقرار المؤسسة، و كان من الأفضل إرجاع مدة العهدة لأعضاء المجلس الدستوري باثني عشر سنة، لأن مهمة الرقابة الدستورية هي صعبة و تقنية في آن واحد حتى و إن كان اليوم بتعديل 2016 يشترط التكوين القانوني لأعضاء المجلس الدستوري، فإن ذلك لا يقلص من صعوبة مهام أعضاء المجلس الدستوري، و بالتالي طول مدة العهدة سيمنح من تحقيق استقرار داخل المؤسسة، و كذا تحقيق استقلاليته عن السلطات السياسية، كما يمكنهم من تكوينهم في مجال الرقابة الدستورية و ذلك بالاستفادة من الأعضاء السابقين لهم في المجلس الدستوري، و المشكلين له من خلال التجديد النصفى للأعضاء.

فأعمال المجلس لها طبيعة خاصة نظرا لدقة و حساسية الموضوعات المطروحة عليه للفصل فيه، و أثر ذلك على تجانس و تكامل أحكام النصوص محل الرقابة مع أحكام الدستور، التي يجب أن لا يقتصر في مجال الرقابة الدستورية على مقارنة، و موازنة النص القانوني مع المظهر السطحي اللغوي للدستور، بل يجب التعمق في فهم مضمون النصوص الدستورية و حتى روحها².

¹ - المادة 154 من الدستور الجزائري لسنة 1989 و المادة 164 من الدستور الجزائري لسنة 1996.

² - سعيد بوالشعير، المرجع السابق، ص. 210.

و خاصة إذا تعلق الأمر بحماية حق من الحقوق الأساسية، حيث نجد الكثير من النصوص القانونية تفرغ الحق المقرر دستوريا من محتواه، و هي طريقة تستعملها السلطة التنفيذية والتشريعية للتحلل من النصوص الدستورية، و ذلك بوضع حدود غير موضوعية من شروط و إجراءات تخرج عن المألوف في تنظيم شأن من الشؤون العامة، أو معالجة الإطار القانوني لممارسة حق أو حرية كرسها الدستور، و من ثمّ مهمة القاضي الدستوري ليست سهلة تتدخل فيها عدة ظروف و مؤثرات سياسية و اقتصادية و اجتماعية و ثقافية يجب أن يكون القاضي الدستوري على دراية بها، كي يتسنى له إعطاء التفسير الصحيح للدستور، و من ثمّ تقدير دستورية أو عدم دستورية العمل التشريعي و التنفيذي، و نرى في هذا الشأن أنّ جعل مدة العهدة اثني عشر سنة سينعكس بالإيجاب على المؤسسة من حيث تدعيم الاستقلالية و من حيث الأداء.

الفرع الثاني: تغلب الاعتبارات السياسية على أعمال المجلس الدستوري الجزائري مساس بمكانة المؤسسة

إن قراءة و تحليل مواقف المجلس الدستوري الجزائري في عدة محطات منذ نشأته، نجده لم يتخذ رأي أو قرار يتعارض مع المشروع السياسي للسلطة السياسية، و نقصد بها السلطة التنفيذية و بالضبط مؤسسة رئاسة الجمهورية، و هو ما نلمسه من أعماله في 15 سنة الأخيرة، و قد نلاحظ انحياز المجلس الدستوري للرؤية السياسية لرئاسة الجمهورية من خلال معالجته لمراقبة مشروع تعديل الدستور سنة 2008، و الذي تصدى له بموجب رأي مؤرخ في 03 نوفمبر 2008 تطبيقا للمادة 176 من الدستور، و على ذلك الأساس سنعالج هذا الفرع من خلال اتخاذ ذلك الرأي على سبيل المثال و ليس الحصر لتبيين خضوع المجلس الدستوري للاعتبارات السياسية و ليست القانونية، و ذلك من خلال الخلفيات السياسية و القانونية لمشروع التعديل الدستوري لسنة 2008 (أولا)، و نتطرق كذلك إلى تحول المجلس الدستوري كأداة في يد رئاسة الجمهورية (ثانيا).

أولا - الخلفيات السياسية و القانونية لمشروع التعديل الدستوري لسنة 2008: رغم أن دستور 1996 من خلال الصلاحيات و السلطات غلب كفة رئيس الجمهورية على جميع السلطات الأخرى مما جعله مكرس لنظام رئاسي، فإنه كان توجه للسلطة السياسية نحو تركيز السلطة أكثر فأكثر في يد رئيس الجمهورية، و ذلك بانتهاجها خطابات منادية إلى تعديل الدستور على أساس أنه لم يفصل في مسألة طبيعة النظام السياسي الجزائري برلماني أو رئاسي، و أن النظام الأمثل هو النظام الرئاسي التي مهدت لوضع مشروع التعديل، من بينها خطاب رئيس الجمهورية أمام إدارات الجيش في وزارة الدفاع بتاريخ 4 جويلية 2006 على أنه: " في اعتقادنا طرح مسألة تعديل الدستور...يعزز أكثر فأكثر الحقوق و الحريات الأساسية و كذا الرقابة الدستورية، يحدد قواعد نظام سياسي واضح المعالم...و يضع حد للتداخل بين صلاحيات المؤسسات و ينهي الخلط بين النظام البرلماني و النظام الرئاسي"،

و قد طالب المواطنون بالوقوف إلى جانبه و مساندته في مسعاه و ذلك عن استفتاء شعبي يطرح فيه مشروع التعديل على الشعب، حيث أكد على أن " يتم الاستفتاء الشعبي حول تعديل الدستور قبل نهاية السنة " أي سنة 2006، و لكن لم يعرض المشروع على الاستفتاء الشعبي أصلا، كما أن القول بأن النظام الدستوري الجزائري في دستور 1996 هو خلط بين النظام الرئاسي و البرلماني فهو يتعارض مع واقع الدستور الجزائري الذي كرس النظام الرئاسي، بهيمنة رئيس الجمهورية على كافة دواليب السلطة بمنحه مركز يعلو كافة السلطات الأخرى، و نية رئيس الجمهورية إلى تحويل النظام السياسي إلى نظاما رئاسي فهو يتعارض مع الواقع، ولأن ذلك النظام يقوم على وحدة السلطة التنفيذية و الفصل المطلق بين السلطات، و هو الأمر الذي لم يتضمنه مشروع التعديل كما سنرى، أما بخصوص مسألة الحقوق و الحريات فإنها هي الأخرى كانت في حقيقة الأمر موضوع ثانوي في المراجعة الدستورية، و أما الرقابة الدستورية لم يدخل عليها أي تعديل سنة 2008.

ولم يتم طرح المشروع إلا مع اقتراب انتهاء عهدة رئيس الجمهورية بحلول سنة 2009، و هو ما جعل من مؤسسة الرئاسة تعرض المشروع من خلال بيان مجلس الوزراء بتاريخ 3 نوفمبر 2008 الذي جاء ليركز السلطة أكثر و أكثر في يد رئيس الجمهورية بتجسيد فكرة " برنامج رئيس الجمهورية " دستوريا، و هو النهج الذي كان معمول به منذ وصول الرئيس عبد العزيز بوتفليقة سدة الحكم، بتحويل عمليا رئيس الحكومة إلى منسق للعمل الحكومي بعد قرار الرئيس بأن يقدم رئيس الحكومة برنامج رئيس الجمهورية، و هو النهج الذي تم ترسيمه في التعديل الدستوري لسنة 2008، باستحداث منصب الوزير الأول الذي هو ملزم بتطبيق برنامج رئيس الجمهورية، عن طريق مخطط عمل يرتب المسؤولية السياسية للوزير الأول أمام الغرفة السفلى للبرلمان بدون تقرير لأي مسؤولية سياسية لرئيس الجمهورية.

و بتقزيم دور البرلمان الذي من المفروض نظريا و عمليا أن تكون الحكومة منبثقة من الأغلبية البرلمانية و تطبق برنامج تلك الأغلبية، و التعديل الجوهري لسنة 2008 هو مراجعة المادة 74 بجعل قابلية تجديد الانتخاب دون تحديد عدد العهدة الرئاسية لتمكين الرئيس من الترشح للمرة الثالثة على التوالي، و قد اعتبرت المعارضة أن ذلك التعديل يعد انقلاب على الشرعية الدستورية¹، و أما فيما يخص الحقوق الأساسية تم إضافة نص يتعلق بترقية حقوق المرأة، من خلال توسيع حقها في المشاركة السياسية من خلال تمثيلها في

¹ - عارضة الأحزاب الديمقراطية بشدة مباشرة التعديل الدستوري تزامنا مع انتهاء عهدة الرئيس عبد العزيز بوتفليقة كي يتم مراجعة المادة 74 من الدستور ليتسنى لنفس الرئيس الترشح لعهدة ثالثة بعدما وضع دستور 1996 حدود على للترشح لرئاسة الجمهورية بحيث يمنع على الرئيس الذي قضى عهدتين ان يترشح لعهدة ثالثة، و هو معمول به في دستور الولايات المتحدة الأمريكية كعرف دستوري ثم تم ترسيمه في الدستور بالتعديل الذي لحق الدستور الأمريكي بعد الحرب العالمية الثانية، و كذا الدستور الفرنسي بموجب تعديل 2008، و كان تحديد العهدة الرئاسية في دستور 1996 يحسب على الدستور الجزائري بالإيجاب لتكريسه مبدأ التداول على السلطة، و على ذلك الأساس اعتبر سعيد سعدي رئيس حزب التجمع من أجل الثقافة و الديمقراطية بأن تعديل سنة 2008 هو: " انقلاب و أن السلطة انقلبت من المظهر العسكري إلى المظهر الأمني لكن النظام السياسي بقي كما هو"، و أما ممثل حزب جبهة القوى الاشتراكية كريم طابو، فقد اعتبر أن: " النظام له عهدة واحدة منذ 1962 حيث وقع انقلاب و استحوذت مجموعة وجدة على السلطة، و أنه لا يمكن الحديث عن عهد و إنما عن تعاقب متتالي في شكل إخراج تقوم به مصالح الأمن لعهدة واحدة".

المجالس المنتخبة، و لم يتطرق التعديل لمعالجة الثغرات الدستورية و القانونية التي تمس الحقوق الأساسية.

ثانيا - تحول المجلس الدستوري كجهاز في يد رئاسة الجمهورية: لقد كان اقتراح التعديل من قبل رئيس الجمهورية الذي تجنب عرضه على الاستفتاء الشعبي عكس ما تم التتويه له خلال خطاب 2006، بحيث تم اللجوء لنص المادة 176 الذي تقتضي إجراءاتها أن يمر مشروع التعديل الدستوري المقترح من قبل رئيس الجمهورية على المجلس الدستوري لمراقبة دستوريته ثم على غرفتي البرلمان المجتمعين للتصديق عليه¹، و قد تم إخطار المجلس الدستوري بمشروع التعديل الدستوري من قبل رئيس الجمهورية بتاريخ 03 نوفمبر 2008، و قد خالف فيه المجلس الدستوري التفسير الصحيح للدستور، بل جاء رأيه مشبع بالاعتبارات السياسية بعيدا عن الموضوعية الدستورية و ذلك نبرزه من خلال النقاط التي نعالجها أدناه.

أ - إن المجلس الدستوري انتهج طريقة الاستعجال في معالجة موضوع ذو أهمية و حساسية تتعلق بمراجعة الدستور، فقد باشر التداول حول دستورية ذلك المشروع في نفس اليوم الذي أخطر به وهو 03 نوفمبر 2008، وأصدر رأيه بتاريخ 07 نوفمبر 2008، أي استغرق أربعة أيام فقط لمعالجة دستورية مشروع التعديل الدستوري، مع أن نظامه الداخلي ينص بعد تسجيل الإخطار يتولى رئيس المجلس تعيين مقرر يعد تقريره، ويوزعه على الأعضاء الذين يتولون دراسته ثم يستدعي المجلس للاجتماع و المناقشة و المداولة².

هذا يثبت أن المجلس كان تحت ضغط مؤسسة الرئاسة التي طالبت منه معالجة موضوع الإخطار بصفة جد مستعجلة، و هذا يبين أن السلطة صاحبت مشروع التعديل لا

¹ - تنص المادة 176 الدستور الجزائري لسنة 1996 على أن: " إذا ارتأى المجلس الدستوري أن مشروع أي تعديل دستوري لا يمس البنية المبادئ العامة التي تحكم المجتمع الجزائري و حقوق الإنسان و المواطن و حريتهما، و لا يمس بكيفية التوازنات الأساسية للسلطات و المؤسسات الدستورية و علل رأيه، أمكن رئيس الجمهورية أن يصدر القانون الذي يتضمن التعديل الدستوري مباشرة دون ان يعرضه على الاستفتاء الشعبي، متى أحرز ثلاثة أرباع (4/3) أصوات غرفتي البرلمان ".
² - سعيد بوالشعير، المرجع السابق، تهميش، ص. 210.

تعتبر أهمية لقدسية الأحكام الدستورية، و لمهمة مراجعة الدستور التي هي مهمة جد صعبة يجب أن تعبر على تطلعات الشعب بجميع أطيافه، و بالفعل أصدر المجلس الدستوري رأيه أين اعتبر مشروع التعديل لا يتعارض مع الدستور.

ب- في بداية معالجة المجلس الدستوري للإخطار ناقش المجلس مشروعية إجراء التعديل الدستوري في الفقرة " أولا " من رأي المجلس، و هو الأمر الذي لم يطلب منه أصلا في موضوع الإخطار على أن: " اعتبارا أن المؤسس الدستوري خوّل رئيس الجمهورية حق المبادرة بمشروع التعديل الدستوري دون عرضه على الاستفتاء الشعبي، مع مراعاة أحكام المادة 176 من الدستور¹، فقد بادر المجلس الدستوري بشكل تلقائي إلى التأكيد على شرعية إجراءات التعديل الدستوري في الفقرات الثلاثة الأولى بناء على المادة 176 من الدستور، و هي بمثابة الإفتاء لصالح رئيس الجمهورية، و اقتراح عليه الحلّ في حالة فشل تمرير المشروع على غرفتي البرلمان بعدم إحرازه على الأغلبية المطلوبة، فإن له أن يعرض ذلك المشروع على الاستفتاء الشعبي، و طالما أن أراء المجلس الدستوري ملزمة، فإن رئيس الجمهورية يصبح ملزم بتنفيذ ما جاء به المجلس الدستوري لاعتماد مشروعه بعرضه على الاستفتاء الشعبي، إذا فشل في البرلمان بغرفتيه، و هذا يعبر عن ولاء و إخلاص المجلس الدستوري لرئيس الجمهورية، مما يجعل من رأيه خاضع لاعتبارات سياسية تهدف لمباركة مشروع السلطة حتى و إن كانت مخالفة للشرعية الدستورية.

و في هذا الصدد يذهب الأستاذ سعيد بوالشعير إلى أبعد من ذلك في مناقشة موقف المجلس الدستوري فيرى أن ذلك : " بمثابة حث رئيس الجمهورية على معاقبة النواب بحل المجلس الشعبي الوطني كما يخول له الدستور، و هو الموقف الذي لا نجد له أي مبرر قانوني دستوري، بحيث ذلك انطلق من اعتبارات سياسية و حتى سياسية تبدأ في الحلّ

¹ - رأي رقم 08/01 ر. ت د/ م د مؤرخ في 9 ذي القعدة عام 1429 الموافق 7 نوفمبر سنة 2008، يتعلق بمشروع القانون المتضمن التعديل الدستوري، منشور على الموقع www.conseilconstitutionnel.dz

محل الرئيس، من خلال تقدير موقفه تجاه النواب في حال رفض المشروع و نتائج ذلك عليهم، مما يعد تخطي لاختصاصات المجلس الدستوري المقتصرة على بيان مدى دستورية التعديل، دون الدخول في تأويلات سياسية على حساب مكانة المجلس و البرلمان بشكل عام¹.

ج- أما فيما يخص تعديل المادة 74 من الدستور المحددة لعدد العهد باثنين في حالة الترشح المتتالي لمنصب رئيس الجمهورية، فإن تعديلها يجعلها مفتوحة و مطلقة بدون قيد يعد مخالفة للتفسير الصحيح للدستور، الذي يقوم على أساس النظام الديمقراطي كمرجعية تحكم عمل المؤسسات، ذلك النظام لا تقوم له قائمة إلا بضمان التداول على السلطة عن طريق الانتخابات الدورية، و من ثم لما تم تعديل مسألة العهدة في المراجعة الدستورية لسنة 1996 بتحديد عدد الترشيحات بعهدتين بالنسبة للرئيس الممارس للرئاسة لعهدتين متتاليتين على أن تكون مدة العهدة الواحدة 5 سنوات، كان ذلك من أجل تعزيز ركائز النظام الديمقراطي في النظام السياسي و يعد مكسب ديمقراطي لا يمكن التراجع عليه، يقع تحت طائلة الحضر الموضوعي للتعديل الدستوري.

رغم كل ذلك المجلس الدستوري سنة 2008 اعتبر تعديل الدستور فيما يخص المادة 74 من الدستور، بجعل عدد الترشح مفتوح بدون تحديد لا يتعارض مع الدستور بناء على التسبيب التالي: "اعتبارا أن تعديل المادة 74 (الفقرة 2) من الدستور، يهدف إلى تأسيس مبدأ قابلية انتخاب رئيس الجمهورية بغرض منح السيادة الشعبية مدلولها الكامل، وتمكين التعبير عنها بكل حرية، واعتبارا أن الشعب، بمقتضى أحكام المادة 06 من الدستور، هو مصدر كل سلطة، وأن السيادة الوطنية التي هي ملك للشعب دون سواه، يمارسها عن طريق الاستفتاء وبواسطة ممثليه المنتخبين من الشعب، تطبيقا للمادة 07 (الفقرة 3) من الدستور، و بمقتضى أحكام المادة 71 من الدستور، ينتخب رئيس الجمهورية عن طريق

¹ - سعيد بوالشعير، المرجع السابق، ص. 273.

الاقتراع العام المباشر والسري، وأن تجديد انتخابه يخضع لنفس المبادئ الدستورية، واعتباراً أن تعديل المادة 74 يدعم قاعدة حرية الشعب في اختيار ممثليه المنصوص عليها في المادة 10 من الدستور، ويعزز السير العادي للنظام الديمقراطي الذي يقتضي بأن حائز عهدة رئاسية ملزم بأن يعيدها عند انقضائها، إلى الشعب الذي يملك دون سواء سلطة التقدير، بكل سيادة، كيفية تأدية هذه العهدة، ويقرر بكل حرية، تجديد الثقة في رئيس الجمهورية أو سحبها منه، واعتباراً بالنتيجة أن تعديل هذه المادة لا يمس المبادئ العامة التي تحكم المجتمع الجزائري"¹.

وبذلك يكون المجلس الدستوري حاد عن الصواب، بإعطائه مبررات واهية تتناقض مع التطبيق السليم و الصحيح للدستور، و هو انحياز فاضح لطلبات السلطة الهادفة للسماح للرئيس المنتهية ولايته إعادة الترشح من جديد لعهدة ثالثة، فالقول أن تعديل المادة 74 يهدف إلى منح السيادة الشعبية مدلولها الكامل، فهذا تفسير خاطئ لا علاقة له بحذف الفقرة الثانية من المادة 74 من الدستور، و تعويضها بقابلية تجديد انتخاب رئيس الجمهورية دون تحديد عدد العهدة الرئاسية، و هنا يطرح التساؤل هل المؤسس لما قام بإدراج عدم قابلية الانتخاب لأكثر من عهدين رئاسيتين عام 1996 أنقص من سيادة الشعب؟ إن تحديد الترشح بعهدتين هو من قبيل وضع قيود على ممارسة السلطة و عدم الاستئثار بها، و هي الحكمة من وجود الدستور في حد ذاته، و المبادئ الدستورية كلها تصب في ذلك النطاق أي "تقييد السلطة".

كما أن اعتماد المجلس الدستوري على المادة 06 و 07 من الدستور بالقول أن فتح الترشح لا يتعارض مع الدستور طالما أن الشعب هو صاحب السيادة و السلطة التأسيسية،

¹ - رأي رقم 08/01 ر. ت د م د مؤرخ في 9 ذي القعدة عام 1429 الموافق 7 نوفمبر سنة 2008، يتعلق بمشروع القانون المتضمن التعديل الدستوري. منشور على الموقع www.conseilconstitutionnel.dz.

هو كذلك ليس له أي علاقة بموضوع تحديد العهدة، فتحديد الترشح يتعلق بمبدأ التداول على السلطة المكرس للنظام الديمقراطي.

و من أجل الحد من الاستياء في أوساط الطبقة السياسية و المجتمع المدني تم العودة إلى تقييد الترشح للرئاسيات بعهدتين متتاليتين، أي العودة لنص المادة 74 قبل تعديل 2008، التي أصبحت تحمل رقم المادة 88 من الدستور الحالي لسنة 2016، و الأكثر من ذلك فإنه تم جعل تحديد العهدة كحضر موضوعي في مجال التعديل الدستوري عملا بالمادة 212 من الدستور الحالي لسنة 2016.

د- برجعنا لرأي المجلس الدستوري الحامل لرقم 16/01 الصادر بتاريخ 28 جانفي 2016 المتعلق بمشروع القانون المتضمن التعديل الدستوري، نجد المجلس عالج تعديل المادة 74 و 178 معا بسبب تناولهما موضوع انتخاب رئيس الجمهورية، واعتبر تلك التعديلات متطابقة مع الدستور على أساس التسبيب التالي: " اعتبار أن تعديل المادة 74 الفقرة 2 يهدف إلى تكريس مبدأ التداول الديمقراطي من خلال تجديد إعادة انتخاب رئيس الجمهورية لمرة واحدة فقط تجسيدا لمضمون المادة 12 من الديباجة، و ترسيخ هذا المبدأ طابع الديمومة من خلال إدراجه في المادة 178، و اعتبار أن مبدأ التداول الديمقراطي يشكل دعامة أساسية من دعائم الديمقراطية و يعزز أسسها ويضفي الديناميكية في الحياة السياسية، واعتبار أن هذه التعديلات تعزز النظام الديمقراطي من خلال تجسيد مبدأ التداول الديمقراطي الذي يمكن الشعب من ممارسة سلطته، من خلال حرية اختيار ممثليه عن طريق انتخابات دورية حرة و نزيهة وفقا لأحكام المادة 10 من الدستور، و اعتبار إدراج إعادة انتخاب رئيس الجمهورية لمرة واحدة فقط ضمن المادة 178 يضمن ديمومة المبدأ واستقراره، و اعتبار بالنتيجة، فإن هذه التعديلات لا تمس البنية المبادئ العامة التي تحكم

المجتمع الجزائري ولا حقوق الإنسان والمواطن و حريتهما، ولا تمس بأي كيفية التوازنات الأساسية للسلطات و المؤسسات الدستورية¹.

تلك هي مبررات المجلس الدستوري التي أعتبر فيها هذه المرة أن إعادة انتخاب رئيس الجمهورية يكون لمرة واحدة تكريسا للنظام الديمقراطي و مبدأ التداول على السلطة، بل ذهب إلى أبعد من ذلك، بحيث اعتبر أن ذلك التعديل تم تعزيزه بإدراجه في مواضيع الحظر الموضوعي المحددة في المادة 178 من الدستور أي المادة 212 من الدستور الحالي.

وذلك الرأي يعد تناقض مطلق مع مبررات المجلس في رأيه السابق بخصوص مشروع التعديل الدستوري لسنة 2008، بحيث اعتبر فتح الترشح بدون قيد لصالح رئيس الجمهورية "...يدعم قاعدة حرية الشعب في اختيار ممثليه..."، و في تعديل 2016 الذي حدد فيه تجديد انتخاب رئيس الجمهورية بمرة واحدة فقط أعتبر فيه بأن ذلك: "...يمكن الشعب من ممارسة سلطته و ذلك من خلال حرية اختيار ممثليه عن طريق انتخابات دورية حرة و نزيهة..."، فما هذا التناقض في آراء المجلس الدستوري حول فتح و غلق الترشح لصالح الرئيس؟، و لماذا لم يستند المجلس الدستوري على التفسير الصحيح للدستور عندما تصدى لمشروع تعديل سنة 2008؟ و كان آنذاك يعتبر فتح الترشح لرئيس الجمهورية هو أساس بالنظام الديمقراطي القائم على مبدأ التداول على السلطة، و بعد قرابة 08 سنوات فقط أي سنة 2016، جاء ليقول بأن تحديد الترشح هو تجسيد لمبدأ التداول الديمقراطي، الجواب على السؤالين هو أن المجلس الدستوري الجزائري يخضع لاعتبارات سياسية في عمله، و لا يخضع للاعتبارات القانونية، إلا إذا كان ذلك ليس ضد توجه السلطة حول موضوع معين، فلما اقترح الرئيس تعديل الدستور بفتح الترشح سنة 2008 اعتبر المجلس الدستوري أن ذلك

¹ - رأي رقم 01/16 ر.ت.د/م د المؤرخ في 18 ربيع الثاني 1437 الموافق 28 يناير 2016، يتعلق بمشروع القانون المتضمن التعديل الدستوري. منشور على الموقع www.conseilconstitutionnel.dz

التعديل متطابق مع الدستور، لأنه يكرس السيادة الشعبية، و لما أقترح الرئيس تحديد تجديد الترشح لمنصب رئيس الجمهورية للرئيس المنهية ولايته سنة 2016، اعتبر المجلس الدستوري أن ذلك التعديل متطابق مع الدستور لنفس السبب.

ذلك يثبت لا محالة أن المجلس الدستوري يتصدى للرقابة الدستورية، وفقا لاعتبارات سياسية، تلك الممارسات السلبية تمس مباشرة باستقرار الحقوق الأساسية و بوحدة النظام القانوني، و بما للتداول على السلطة من علاقة وطيدة بممارسة الحقوق السياسية التي هي حقوق أساسية ملازمة للنظام الديمقراطي، فإن المجلس بخضوعه للاعتبارات السياسية في ممارسة صلاحية الرقابة الدستورية بشكل عام، يخرق لا محالة جوهر الحقوق الأساسية المضمنة بموجب الدستور.

المبحث الثاني: أثر الإجراءات المقررة للمنازعة الدستورية على كفالة الحقوق الأساسية أمام المجلس الدستوري الفرنسي و الجزائري

إن حماية الحقوق الأساسية المضمونة بموجب النصوص الدستورية لا يقتصر على التنصيب على تلك الحقوق في الوثيقة الدستورية أو في الوثائق التي قد تتمتع بالقيمة الدستورية، بل إخراج النص للواقع و جعله ملموس في الحياة الاجتماعية و الاقتصادية و الثقافية يقتضي وضع إجراءات فعالة تهدف لتحقيق ذلك المبتغى، و إلا أصبحت الحقوق الأساسية مفرغة من محتواها، و لا تؤدي الدور الذي سطرته لها السلطة التأسيسية واضحة الدستور، تلك الإجراءات تشكل لنا جسم المنازعات الدستورية، و عليه، سنحاول في هذا المبحث التطرق للإجراءات المتبعة أمام المجلس الدستوري الجزائري و الفرنسي الهادفة لحماية الحقوق الأساسية مع تبيين حدودها، من خلال المكانة المميزة للمجلس الدستوري في ضمان الحقوق الأساسية: واقع و تحديات (المطلب الأول)، المسألة الأولية الدستورية أسست للقضاء ممارسة الرقابة الدستورية (المطلب الثاني).

المطلب الأول- المكانة المميزة للمجلس الدستوري في ضمان الحقوق الأساسية: واقع و تحديات

استطاع المجلس الدستوري الفرنسي أن يتطور تدريجيا إلى مؤسسة حامية للحقوق الأساسية، كان ذلك التطور بطيء بالمقارنة مع حماية حقوق الإنسان المضمونة بموجب التعهدات الدولية الذي يثار أمام كل الجهات القضائية، فكان موضوع الحقوق الأساسية على درجة من الأهمية لا يمكن معها إهمالها، و ذلك راجع إلى أن الدستور له صفة السمو في الهرم القانوني، زد على ذلك التعديلات التي أدخلت على الدستور الفرنسي بتفعيل دور المجلس الدستوري الفرنسي ليحتل مكانة مميزة في حماية الحقوق الأساسية، و إذا عدنا إلى الدستور الجزائري يمكننا لمس إرادة المؤسس في تحويل المجلس إلى مؤسسة حامية لحقوق

الأساسية خاصة مع المراجعة الدستورية لسنة 2016¹، كل ذلك سنعالجه من خلال حدود الرقابة السابقة على صدور القوانين في إرساء ضمانات فعالة للحقوق الأساسية (الفرع الأول)، تقرير الرقابة اللاحقة على صدور القوانين من أجل تعزيز ضمانات فعالة للحقوق الأساسية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: حدود الرقابة السابقة على صدور القوانين في إرساء ضمانات فعالة للحقوق الأساسية

الرقابة السابقة هي من ابتداع المنظومة الفرنسية التي كانت دائما حذرة من تكريس حقيقي للرقابة على دستورية القوانين لخلفيات تاريخية، فلسفية، و قانونية تم تبريرها بفكرة " القانون هو التعبير عن الإرادة العامة" تطبيقا للمادة 06 من إعلان حقوق الإنسان و المواطن، و من ثم، و إن تم تجسيد أفكار سيز (Sieyès) الرامية إلى إقامة نظام للرقابة الدستورية، فإن تلك المهمة أسندت لمجلس الشيوخ حامي الدستور، على أن تكون الرقابة سابقة على إصدار القوانين و سمح له بإلغاء القوانين المخالفة للدستور²، و تجنبوا آنذاك إقرار نظام للرقابة البعدية على دستورية القوانين، لأن بعد إصدار التشريع تكون الإرادة العامة قد تكونت، و لا يمكن معها الرجوع عليها، و هو نفس النهج الذي سار عليه المؤسس الفرنسي لما أنشأ المجلس الدستوري بموجب دستور 1958 الذي سمح للمجلس أداء رقابة سابقة، أما في الجزائر فلم يكن إنشاء المجلس الدستوري من وليد التطور التاريخي الدستوري بل عبارة عن نقل للتنظيم الهيكلي لمؤسسات الجمهورية الخامسة الفرنسية التي تأثر بها مؤسسنا، وعليه لمعالجة هذا الفرع سنتطرق إلى الرقابة السابقة على دستورية القوانين في

¹ - بوسماحة نصر الدين، قاسي فوزية، «الرقابة على دستورية القوانين في الهندسة الدستورية الجزائرية»، مجلة المجلس الدستوري، مجلة نصف سنوية متخصصة، العدد 9، 2017، ص.13.

² - سعيد بوالشعير، القانون الدستوري و النظم السياسية المقارنة، الجزء الأول، الطبعة العاشرة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2009، ص.197.

النظام الفرنسي من المحدودية إلى الفعالية (أولا)، وإلى محدودية الرقابة السابقة على دستورية القوانين في النظام الجزائري (ثانيا).

أولا- الرقابة السابقة على دستورية القوانين في النظام الفرنسي من المحدودية إلى الفعالية: إن الرقابة الدستورية السابقة هي رقابة وقائية، فهي في حقيقة الأمر لا تنصب على مراقبة مدى دستورية القانون الذي لا يمكن أن نصفه بذلك، إلا بعد انتهاء الإجراءات التشريعية مرورا بعملية الإصدار في الجريدة الرسمية، ثم دخول القانون حيز التطبيق، فالرقابة السابقة تتعلق بمراقبة مدى دستورية مشاريع القوانين¹، أي هي إجراء قد يرد ضمن إجراءات عملية التشريع و قبل الإصدار في الجريدة الرسمية، تلك الرقابة ما فتأت أن تتطور في النظام الفرنسي من رقابة محدودة إلى رقابة فعالة بعد التعديل الدستوري الفرنسي لسنة 1974.

أ- محدودية الرقابة السابقة في تحقيق الحماية الدستورية للحقوق الأساسية في الفترة الممتدة بين سنة 1958 إلى غاية سنة 1974: إن المجلس الدستوري الفرنسي عند نشأته كمؤسسة مستحدثة بموجب دستور الجمهورية الخامسة لسنة 1958 لم يكن بنية إنشاء هيئة تسهر على الحماية الدستورية للحقوق الأساسية، بل كان الهدف منه إنشاء جهاز تكون له مهمة حل الخلافات التي قد تثور بين السلطة التنفيذية، و السلطة التشريعية حول توزيع الصلاحيات التي رسمها الدستور، بعدما تم تحديد مجالات التشريع حصرا للبرلمان طبقا للمادة 34 من الدستور، و كل ما يخرج عن ذلك التحديد يدخل ضمن الصلاحيات التنظيمية للسلطة التنفيذية الممثلة برئيس الجمهورية و الوزير الأول.

¹ - عمار عباس، «انفتاح القضاء الدستوري على المتقاضين و مساهمته في تنقية النظام القانوني من القوانين الماسة بالحقوق و الحريات في الدساتير المغربية، الجزائر، تونس و المغرب نموذجا » ، مجلة المجلس الدستوري، مجلة نصف سنوية متخصصة، العدد 7، 2016، ص.13.

و بالفعل، فإنه قبل تبني دستور 1958 و بالضبط في جويلية 1958 تم التأكيد على أن: " المجلس الدستوري لم يكن في حقيقة الأمر الحارس على الدستور، بل تكمن مهمته في حل بعض النزاعات ذات الطابع القانوني تتعلق بالهيئات العليا في الدولة"¹.

و هو ما يعزز مقولة الشهيرة للوزير الأول ميشال دوبري (Michel Debré) على أن: " المجلس الدستوري هو سلاح ضد انحراف النظام البرلماني"، فكان إنشاء المجلس الدستوري الفرنسي من أجل لعب دور الحكم بين السلطات من خلال:

1- السهر على مراقبة توزيع الصلاحيات بين السلطة التشريعية التي حدد لها الدستور مجال التشريع حصرا طبقا للمادة 34 من الدستور الفرنسي، و السلطة التنفيذية التي منحها الدستور صلاحية إصدار التنظيمات في المجالات المختلفة التي لا تدخل في نطاق اختصاص القانون طبقا للمادة 37 من الدستور الفرنسي، و ذلك بواسطة الآليتين الدستوريتين المنصوص عليهما في المادة 37 فقرة 2 و 41 من الدستور الفرنسي².

¹ - " Le Conseil Constitutionnel ...ne sera pas en réalité le gardien de la constitution, mais permettra de régler certains litiges d'ordre juridique opposent les grands organes de l'Etat", Voir: Jean-Éric GICQUEL, « La dimension constitutionnelle des libertés et droits fondamentaux », in R. Cabrillac (dir.), Libertés et droits fondamentaux, CRFPA Grand oral, 19e édition, Dalloz, Paris, 2013, p. 96.

1- تنص المادة 37 من الدستور الفرنسي الفقرة 2: " يجوز تعديل النصوص ذات الطابع التشريعي التي تتناول هذه المواضيع عن طريق أوامر بعد اخذ رأي مجلس الدولة، أما تلك النصوص التي تصدر بعد سريان هذا الدستور فلا يجوز تعديلها بأمر إلا إذا قرر المجلس الدستوري أنها تكتسب صفة اللاتحيزية بتطبيق نص الفقرة السابقة"، و هنا يتبين جليا مظاهر تقوية السلطة التنفيذية على حساب السلطة التشريعية، بتمكين السلطة التنفيذية من تعديل النصوص التشريعية بأمر صادر عن السلطة التنفيذية، فيما يخص القوانين الصادرة قبل دستور 1958 بعد أخذ رأي مجلس الدولة، أما القوانين الصادرة من بعد دخول دستور 1958 حيز النفاذ فإن تعديلها بأمر لا يكون إلا بعد أخذ بقرار المجلس الدستوري حول المسألة، أي أن المجلس الدستوري هو الجهاز الذي يحل الخلاف حول طبيعة النصوص القانونية بتحديد انتمائها للطابع التشريعي أو الطابع التنظيمي، و وضع المؤسس الفرنسي، آلية ثانية لحل الخلافات بين السلطة التنفيذية و التشريعية تم تجسيدها بموجب المادة 41 من الدستور التي تنص على أنه: " إذا تبين أثناء تطبيق الإجراء التشريعي أن اقتراحا أو تعديلا لا يدخل ضمن اختصاص القانون، أو أنه يتعارض مع تفويض منح بموجب المادة 38 يجوز للحكومة أو لرئيس المجلس المختص أن يعترض عليه بعدم القبول، و في حالة حدوث خلاف بين الحكومة و رئيس المجلس المعني يفصل المجلس الدستوري بناء على طلب أي منهما في هذا الخلاف و ذلك خلال ثمانية أيام"، فهذه المادة تضع الإجراءات الدستورية التي يجب إتباعها أثناء العملية التشريعية في حالة التقدم باقتراح قانون أو تعديلات - أي تلك الاقتراحات و التعديلات التي يقدمها نواب البرلمان - التي قد لا تدخل ضمن التحديد الدستوري لمواضيع التشريع طبقا للمادة 34 من الدستور الفرنسي، ففي هذه الحالة خول المؤسس للحكومة أو رئيس المجلس المعني الحق في الاعتراض على قبول اقتراح قانون أو تعديل، و في حالة وجود خلاف بين

2 - مراقبة دستورية الأنظمة الداخلية لغرفتي البرلمان على ضوء توزيع الصلاحيات الذي جاء بها دستور 1958، و ذلك لمعالجة الوضعية السابقة في الجمهورية الثالثة و الرابعة، التي كانت من حقبتها الأنظمة الداخلية لغرفتي البرلمان أقوى من الدستور في حد ذاته، و ذلك من خلال تجاوز البرلمان لصلاحياته كما حددها له الدستور دون وجود آلية لمراقبة البرلمان في ذلك.

و عليه، فإن موضوع حماية الحقوق و الحريات الأساسية كان بعيدا عن المجلس الدستوري، بدليل أن اللجنة الاستشارية الدستورية التي كلفت بوضع مشروع دستور الجمهورية الخامسة المؤرخ في 4 أكتوبر 1958، اعترضت على اقتراح تعديل ينص على أن: " القانون الذي يصوت عليه يجب أن يحترم المبادئ العامة و الحقوق الحريات الفردية المعرفة بموجب ديباجة الدستور"، و استند أصحاب هذا الاقتراح على ديباجة الدستور لأنها تحيل على النصوص المكرسة للحقوق و الحريات، ألا و هي إعلان حقوق الإنسان و المواطن لسنة 1789 المتضمن الحقوق السياسية و المدنية، و ديباجة دستور 1946 المتضمنة الحقوق الاجتماعية و الاقتصادية، و قد أبدى أحد المساهمين في تحرير دستور 1958 رايمون جانوا (Raymond Janot) رأيه حول ذلك الموضوع أمام اللجنة الاستشارية الدستورية بأن: " ديباجة الدستور لها قيمة قانونية و لكن ليس لها قيمة دستورية "¹.

3 - إن الرقابة الدستورية التي يمارسها المجلس الدستوري الفرنسي لا تكون إلا بناء على إخطار من الجهات التي حددها الدستور، و بالتالي غير مسموح بمقتضى الدستور للمجلس ممارسة الرقابة الدستورية بصفة تلقائية، فالمادة 61 من الدستور الفرنسي المتعلقة بمراقبة القبلية على دستورية القوانين عند إنشاء المجلس، قد حددت نوعان من الرقابة الدستورية،

الحكومة و رئيس المجلس المعني فإن المسألة تحال على المجلس الدستوري للفصل في طبيعة الاقتراح أو التعديل، أي للإجابة على التساؤل هل ذلك الاقتراح أو التعديل هو من مواضيع القانون أم لا ؟ مع العلم أن إجراء المادة 41 لم يستعمل منذ سنة 1979، إن الآليتين المذكورتين وضعها المؤسس الفرنسي في إطار عقلنة النظام البرلماني.

¹ - Jean- Éric GICQUEL, op.cit, p. 96.

رقابة إجبارية¹ خاصة بالقوانين العضوية التي تكون بناء على إخطار موجه للمجلس الدستوري من الوزير الأول، و الأنظمة الداخلية لغرفتي البرلمان بناء على إخطار موجه للمجلس من رئيس الغرفة المعنية²، و هناك رقابة اختيارية تتعلق بالتعهدات الدولية والقوانين العادية، التي منح فيها المؤسس الفرنسي حق إخطار المجلس الدستوري لرئيس الجمهورية و الوزير الأول، و لرئيس الجمعية الوطنية و رئيس مجلس الشيوخ.

و نعاين أن المجلس الدستوري في الفترة الممتدة من سنة 1958 إلى غاية سنة 1974 لم يلعب دور في مجال حماية الحقوق و الحريات الأساسية، و ذلك لضعف الإخطارات التي كانت ترد إليه من قبل السلطات المذكورة أعلاه، للتوافق السياسي الذي كان يجمعهم، و بسبب أنه كان ينظر للمجلس على أنه جهاز لحل النزاعات بين السلطة التنفيذية و السلطة التشريعية، و ليس كمؤسسة تسهر على احترام الدستور و حماية الحقوق الأساسية و بالفعل لم يخطر المجلس الدستوري الفرنسي بالقوانين العادية، إلا 09 مرات طيلة مدة 15 سنة الأولى من إنشائه.

زيادة على ذلك المجلس الدستوري كان في بدايته الأولى كمؤسسة مستحدثة في المجال الدستوري مجهولة المعالم بدون سوابق خاصة به، بل الأكثر من ذلك ينظر له بشكل سلبي مما كان محل تجاهل من قبل السلطات التقليدية أي السلطة التنفيذية و التشريعية بناء على السوابق السياسية التاريخية الفرنسية التي كانت ضد إقامة جهاز توكل له مهمة مراقبة دستورية القوانين، مما جعل البعض يرى بأن إنشاء المجلس بموجب دستور 1958

¹ - بموجب التعديل الدستوري لسنة 2008 تم إدراج نوع جديد من اقتراحات القوانين التي يجب أن تخضع للرقابة القبلية للمجلس الدستوري، و هي القوانين التي تعرض على الاستفتاء الشعبي عن طريق الاقتراح الشعبي الذي جاءت به المادة 11 من الدستور الفرنسي المعدلة سنة 2008، ذلك الاقتراح يكون بمبادرة من خمس (5/1) أعضاء البرلمان، و بتأييد عشر (10/1) الناضحين المسجلين في القوائم الانتخابية، كما يكون في أحد المواضيع المتعلقة بتنظيم السلطات العامة، و الإصلاحات المتعلقة بالسياسة الاقتصادية أو الاجتماعية أو البيئية للأمم، و بالمرافق العامة التي تساهم في ذلك، أو يهدف إلى الترخيص بالتصديق على معاهدة قد ترتب آثارا على سير المؤسسات، دون أن تكون معارضة مع الدستور.

² - Art. 17, Ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, modifiée par LO n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, Journal officiel du 11 décembre 2009.

هو قطيعة مع التقاليد الجمهورية القائمة على سيادة البرلمان و مبدأ سيادة القانون¹، مما جعل أدائه ضعيف في 15 سنة الأولى، و ذلك لافتقاره للشرعية اللازمة في النظام الدستوري، عكس السلطات الأخرى التي تتمتع بالشرعية التاريخية و الديمقراطية، و من ثم كان أدائه محدود في الفترة الأولى من إنشائه.

والملاحظ أن المجلس الدستوري في فترة الستينيات كان جد حذر عند معالجته للمسائل المطروحة عليه، و تجنب الدخول في صراع مع السلطة التنفيذية آنذاك، وذلك لحفظ وجوده المتزامنة مع بداية ميلاده، فعالج بعض القضايا بحكمة، و هو ما نلمسه كذلك من خلال قراره المؤرخ في 6 نوفمبر 1962²، التي أقرّ فيها المجلس عدم اختصاصه للنظر في دستورية القوانين المصادق عليها بالاستفتاء الشعبي، بعدما صادق الشعب بتاريخ 28

¹ - Dominique ROUSSEAU, op .cit, p.64.

² - ذلك القرار جاء في ظروف سياسية صعبة كانت تمر بها فرنسا، حيث تم تدبير عملية اغتيال ضد الرئيس ديغول من قبل المنظمة العسكرية السرية، للانتقام منه حول سياسته في الجزائر التي أدت به إلى الجلوس في طاولة المفاوضات مع جبهة التحرير الوطني، في خضم حرب التحرير الجزائرية التي أرغمت السلطات الفرنسية للتفاوض، تلك المفاوضات انتهت باتفاقية أيفيان و تقرير الشعب الجزائري لمصيره عن طريق الاستفتاء بالاستقلال، فمحاولة الاغتيال مست بمكانة رئيس الجمهورية من الناحية السياسية، و لتقوية مركزه خاصة في مواجهة البرلمان بادر الرئيس ديغول بتعديل الدستور بجعل انتخاب رئيس الجمهورية عن طريق الاقتراع العام المباشر بعدما كان غير مباشر عن طريق بما يسمى بالناخبين الكبار المتكونين من البرلمانين ، و الممثلين المحليين، فكان التعديل يهدف لاكتساب شرعية مباشرة من الشعب لممارسة الرئيس السلطة، و لتجنب الرئيس البرلمان الذي كان على علم بأنه سيصوت ضد مشروع تعديل الدستور، أختار الرئيس ديغول عرض مشروع التعديل على أساس المادة 11 من الدستور الفرنسي التي تجيز له استشارت الشعب عن طريق الاستفتاء، عوض المادة 89 من الدستور المتعلقة بإجراءات التعديل الدستوري التي تجبره تمرير مشروع التعديل على البرلمان، و على ذلك الأساس اعتبرت المعارضة أن الإجراء مخالفة للدستور لأن التعديل الدستور له أصوله و إجراءاته محددة في المادة 89 من الدستور، رغم ذلك الرئيس أصدر مرسوم يحمل مشروع التعديل بتاريخ 2 أكتوبر 1962، ذلك المرسوم لا يشير بأن مشروع التعديل هو باقتراح الحكومة كما جاءت به المادة 11 من الدستور، وقد تم استشارة المجلس الدستوري حول مشروع التعديل طبقا للمادة 46 من الأمر المتضمن القانون العضوي المتعلق بالمجلس الدستوري المؤرخ في 7 نوفمبر 1958، و بعد خمس ساعات من التداول كان رأي المجلس الدستوري سلبى . أي عدم دستورية المشروع ، و لكن ذلك الرأي لم ينشر، و قد تم تقرير عرض المشروع على الاستفتاء، فقامت الجمعية الوطنية بسحب الثقة من الحكومة بإسقاطها، و كان رد الرئيس بحل الجمعية الوطنية بتاريخ 9 أكتوبر 1962 و إجراء انتخابات تشريعية مسبقة حدد تاريخها في 15 و 25 نوفمبر 1962، و بالفعل تم إجراء الاستفتاء بتاريخ 28 أكتوبر 1962 ، و كانت النتيجة لصالح تعديل طريقة انتخاب رئيس الجمهورية بجعلها عن طريق الاقتراع العام المباشر بأغلبية عدد الأصوات بنسبة 62 % ، كيفية تمرير المشروع جعلت من رئيس مجلس الشيوخ يخطر المجلس الدستوري حول دستورية القانون المصادق عليه بواسطة الاستفتاء فصدر القرار المؤرخ في 6 نوفمبر 1962 الذي اعتبر المجلس بأنه غير مختص للنظر في دستورية القوانين الإستفتاءية... Voir:

Louis FAVOREU, Loïc PHILIP, Les grandes décisions...op.cit, p.174.

أكتوبر 1962 على القانون المتعلق بانتخاب رئيس الجمهورية عن طريق الاقتراع العام المباشر، تم إخطار المجلس الدستوري، بناء على إخطار من رئيس مجلس الشيوخ طبقاً للمادة 62 فقرة 2 من الدستور، وقد جاء في تسبيب المجلس الدستوري " باعتبار أن المادة 61 من الدستور تخول للمجلس الدستوري مراقبة دستورية القوانين العضوية، و القوانين العادية، التي يجب أو يمكن أن تعرض على المجلس الدستوري، بدون تحديد إن كان ذلك الاختصاص يشمل جميع النصوص ذات الطبيعة التشريعية التي قد يصادق عليها الشعب بواسطة الاستفتاء، و تلك النصوص التشريعية التي يسنها البرلمان، أو فقط تقتصر صلاحية المجلس على مراقبة هذا الأخيرة فقط"¹، فالمجلس من خلال تسبيبه المذكور عرض المشكل الدستوري بطرح التساؤل التالي، هل القانون المصادق عليه بالاستفتاء الشعبي، و القانون الذي يصادق عليه البرلمان يخضعان لنفس لرقابة المجلس الدستوري؟، و قد رد المجلس الدستوري على ذلك بأنه: "... يستخلص من روح الدستور الذي جعل من المجلس الدستوري هيئة منظمة لنشاط السلطات العمومية، أن المادة 61 من الدستور تنصب على القواعد التي يصادق عليها البرلمان فقط، و ليس القواعد التي يصادق عليها الشعب عن طريق الاستفتاء، التي تشكل التعبير المباشر على السيادة الوطنية"²، و بهذه الكيفية تجنب الدخول في صراع مع رئيس الجمهورية، و يعتبر الفقه الدستوري الفرنسي التعديل الدستوري لسنة 1962 مخالف للدستور.

ب- تفعيل الرقابة السابقة على دستورية القوانين بعد عام 1974: لقد كان للتعديل الدستوري المصادق عليه بتاريخ 21 أكتوبر 1974 أثر كبير في تفعيل دور المجلس الدستوري في حماية الحقوق الأساسية، ذلك التعديل منح الأقلية في البرلمان الحق في إخطار المجلس الدستوري، عن طريق 60 نائب من الجمعية الوطنية، أو 60 سيناتور من

¹ - CC n° 62-20 DC du 6 novembre 1962 , cf. Site: www.conseilconstitutionnel.fr.

² - Ibid.

مجلس الشيوخ¹، و قد أحدث ذلك التعديل "ثورة دستورية" حسب تعبير الفقيه دومنيك روسو (Dominique Rousseau)².

مع العلم أن مشروع التعديل الدستوري لسنة 1974 كان يتضمن صلاحية المجلس الدستوري بالإخطار الذاتي، و ذلك في حالة ما إذا رأى أن قانون ما يمس بالحريات العامة المضمونة بمقتضى الدستور، ذلك المشروع تم رفضه من قبل المعارضة و كذا جزء كبير من الأغلبية، لخشيته من تحول المجلس الدستوري إلى هيئة لها سلطة وصاية سياسية على البرلمان، و لكن المشروع الثاني المتعلق بحق أعضاء البرلمان في إخطار المجلس الدستوري تمت المصادقة عليه، بعد نقاش حاد حول عدد البرلمانيين الذين لهم صلاحية إخطار المجلس الدستوري³.

فبعد ميلاد صعب للمجلس الدستوري جاء التعديل الدستوري لسنة 1974 ليعزز مكانته في النظام المؤسساتي، مكنّ الأقلية المعارضة من استعمال حق إخطار المجلس الدستوري لإخضاع الأغلبية للشرعية الدستورية، مما ارتفعت وتيرة الإخطارات التي تعرض على المجلس الدستوري بالمئات في الأربعين سنة الأخيرة، بعدما كان المجلس يؤدي دور محدود في 16 سنة الأولى منذ نشأته، حيث اقتصر عمله على الرقابة الإلزامية المتعلقة بمراقبة مطابقة القوانين العضوية و الأنظمة الداخلية لغرفتي البرلمان و لم تتعدى عدد الإخطارات في تلك الحقبة بخصوص القوانين العادية إلا 9 إخطارات، فتعديل 1974 منح المعارضة من جهة إمكانية مواصلة الصراع السياسي، و من جهة أخرى خول لها استعمال الوسائل القانونية لإخضاع الأغلبية لسلطة الدستور⁴.

إن التعديل الدستوري لسنة 1974 دعم دور المجلس الدستوري ضمن المؤسسات الدستورية، فانتقل و بصفة رسمية، من هيئة مهمتها حفظ حدود الصلاحيات التي رسمها

¹- Art.61, de la Constitution Française du 4 octobre 1958.

² Dominique ROUSSEAU, op . cit, p.71.

³ Ibid, p.64.

⁴- Jean- ÉRIC GICQUEL, op.cit, p.104.

الدستور للسلطتين التشريعية و التنفيذية، إلى هيئة تسهر على حماية حقوق و حريات الأفراد، من خلال الإخطارات التي يتلقاها من النواب و الشيوخ و هي المهمة الرئيسية التي أصبح يمارسها، فالمعارضة لا يمكنها الاكتفاء بنقد مشاريع الأغلبية تحت قبة البرلمان و فقط، بل أصبحت مرغمة على استكمال صراعها عن طريق استخدام كل الطرق المشروعة لإرغام الأغلبية على اتخاذ نهج آخر في معالجة شتى المواضيع، الاقتصادية، الاجتماعية، الثقافية، و غيرها وفقا لروح الدستور.

فعدم لجوء المعارضة للمجلس الدستوري سيحكم عليها الرأي العام بأنها تقوم فقط بمناورات سياسية، بحيث لا يمكن لتلك المعارضة أن تتجاهل موقف الرأي العام اتجاهها و ذلك للقوة الضاغطة التي يتمتع بها في تحديد مصير الانتخابات، فالمعارضة التي تكون اليوم ستكون الأغلبية غدا و العكس صحيح، و هو ما يحكم على المنظومة الفرنسية التي ترسخ فيها النظام الديمقراطي و مبدأ التداول و التناوب على السلطة، و مهما يكون من أمر، فإن المجلس الدستور أثبت بحكمته أنه هيئة مهمتها المحافظة على الدستور، فهو لا يتردد على إبداء امتعاضه من الإخطارات التي تبني على اعتبارات سياسية و ليست قانونية، و على ذلك الأساس أكد المجلس في قرار له سنة 1985 على أن: " مهمته ليس تعطيل و تأخير ممارسة السلطة التشريعية لصلاحياتها، بل مهمته التأكد من تطابق العمل التشريعي مع الدستور".

و بالفعل بمجرد دخول التعديل الدستوري لسنة 1974 حيز النفاذ، تضاعفت عدد الإخطارات من قبل المعارضة البرلمانية و الموجهة للمجلس الدستوري، و لكن يجب الإشارة أن هذه الإخطارات تهدف كلها إلى تأمين احترام الحقوق الأساسية المضمنة في الكتلة الدستورية، فتمّ أخطاره لأول مرة من قبل البرلمانين طبقا لأحكام المادة 61 المعدلة من قبل النواب، و الشيوخ حول دستورية قانون قبل دخوله حيز النفاذ، و كان ذلك عن طريق 81 نائب من الجمعية الوطنية، و 78 سيناتور من مجلس الشيوخ حول دستورية القانون المتعلق

بالتوقيف الإرادي للحمل (الإجهاض)، ففي قرار له بتاريخ 15 جانفي 1975 أعتبر المجلس الدستوري أن ذلك القانون غير مخالف للدستور، فالمجلس الدستوري لم يفصل في موضوع النقاش الذي طال القانون، ذلك كان سيؤدي به إلى الفصل في مشكل فلسفي و ديني¹، و ليس الفصل في مشكل قانوني.

و في حقيقة الأمر توسيع حق الإخطار كان من زاوية أخرى يشكل خطر على المجلس الدستوري، و الذي يتمثل في قبول المجلس الفصل في منازعات ذات أبعاد سياسية إيديولوجية أو فلسفية، خاصة عندما تكون هناك مطالب من كل الجهات حول تلك الأبعاد من خلال الصراع الذي يجمع الطبقة السياسية، و المجتمع في آن واحد حول موضوع ما، و لكن المجلس الدستوري الفرنسي أثبت وبكل حكمة أنه الحارس الوفي للقواعد الأساسية و رفض فكرة تحوله إلى " حكومة قضاة"، فهو ليس حكم و ليس هيئة للفصل تصدر قرارات سياسية، بل هو هيئة تفصل في المسائل ذات الطبيعة القانونية، بالسهر على احترام القواعد الدستورية في حدود و شروط التي قررها الدستور، بالقول أن كانت الأحكام التشريعية متطابقة مع نص و روح الدستور أم لا²، وذلك بناء على الأسباب التي تكون أساس لقراره ففي موضوع الحقوق الأساسية يقرر المجلس بأن هناك مساس بحق، أو بحرية من قبل المشرع، أو عكس ذلك إذا لم تكن هناك مخالفة للدستور، و لكن دائما يعطي أسباب تطابق التشريع مع الدستور أو مخالفة التشريع للدستور.

¹ - لا يعد الدين في النظام الفرنسي مصدر للتشريع أو مرجعية تحكم الدولة، باعتبار أن الدستور الفرنسي يقر صراحة أن الجمهورية الفرنسية علمانية كما تنص عليه المادة الأولى من الدستور: " فرنسا جمهورية علمانية اجتماعية غير قابلة للتجزئة، تكفل مساواة جميع المواطنين أمام القانون دون تمييز يقوم على الأصل أو العرق أو الدين، و تحترم جميع المعتقدات، و تنظيمها لا مركزي"، أما مسألة العقيدة هي حرية ترتبط بحرية الفرد في اختيار المعتقد الذي يراه ضميره مناسباً، و إن تأكيد المؤسس الفرنسي على أن الجمهورية تحترم جميع المعتقدات هو من أجل تكريس المساواة بين المواطنين و تجنب التمييز الذي يكون أساسه المعتقد، والذي قد يؤدي حتما إلى اضطهاد جزء من المواطنين بحرمانهم من التمتع بحقوقهم الأساسية على أساس معتقداتهم، و هو يتنافى مع أسس دولة القانون و الديمقراطية، و بالتالي القانون تحكمه فقط الاعتبارات الوضعية، و على ذلك الأساس معالجة موضوع الإجهاض في دولة علمانية يختلف على النظرة التي نجدها في الدول التي يلعب فيها الدين دور محوري في الحياة الاجتماعية.

² - Louis FAVOREU, Loïc PHILIP, Les grandes décisions...op.cit,pp.310 - 311.

و بالفعل المجلس في قراره المؤرخ في 15 جانفي 1975 فصل في مسألة قانونية بعيدا على الخلفيات، الإيديولوجية و الفلسفية و الدينية للموضوع، فقد رد على البرلمانين من جهتين، الأولى تتعلق بتحديد صلاحياته، بحيث دفع أعضاء مجلس الشيوخ بمخالفة القانون المتعلق بالتوقيف الإرادي للحمل للمادة 02 من المعاهدة الأوربية لحقوق الإنسان، ذلك الدفع على درجة من الأهمية، لأنه يحدد علاقة القانون الداخلي بالقانون الدولي، و قد كان رد المجلس بأنه غير مختص بمراقبة مدى تطابق القانون مع المعاهدة، باعتبار أن الرقابة التي كرسها المادة 55 من الدستور و المتعلقة بإقرار سمو المعاهدات المصادق عليها على القانون و التي يمارسها القضاء العادي و الإداري الذي يغلب نص المعاهدة على النص القانوني إذا كان هذا الأخير مخالف لتعهد دولي، ولا يمكن للمجلس ممارستها باعتباره هو محكوم بنص المادة 61 من الدستور المتعلقة بمراقبة مدى تطابق القانون مع الدستور، فطبيعة الرقابة المنصوص عليها في المادة 55 و المادة 61 من الدستور تختلف¹.

أما الثانية تتعلق بالحقوق الأساسية، فاستند المجلس و لأول مرة منذ نشأته على ديباجة دستور 1946، و أستند كذلك على المادة 02 من إعلان حقوق الإنسان و المواطن لسنة 1789 التي تنص على أنه: " يكون الهدف من كل تجمع سياسي الحفاظ على حقوق الإنسان الطبيعية غير القابلة للتقادم، و هذه الحقوق هي الحرية و الملكية و الأمن و مقاومة الظلم"، و اعتبر أن القانون لا يمكن أن يكون مخالفة لمبدأ الحرية الذي تضمنه النص المذكور، ذلك المبدأ يكرس حرية المرأة التي تبقى حرة في عدم اللجوء للإجهاض كما أعتبر قانون التوقيف الإرادي للحمل لا يتعارض مع ديباجة دستور 1946، و خاصة مع المبدأ الذي يؤكد على واجب الأمة في تأمين الحماية للطفل باعتبار أن ذلك المبدأ يهدف "لحماية الطفل" الذي لا يعتبر جنين " (L'embryon)، خاصة و أن القانون حدد شروط

¹ CC n° 75-54 DC du 15 Janvier 1975, cf. site :www.conseilconstitutionnel.fr, et Voir aussi : Frédéric COLIN, L'essentiel de la jurisprudence constitutionnelle, Guilano édition, Lextenso édition, Paris, 2009, pp. 46 - 49.

التوقيف الإرادي للحمل كتحديد أجله بين 10 و 12 أسبوع¹، فالملاحظ أن تفسير المجلس الدستوري أسس على اعتبارات دستورية مجردة عن البعد الفلسفي و الديني للموضوع، الذي لا يمكن الخوض فيه باعتباره مؤسسة تسهر على احترام الدستور الذي يقوم على مبدأ العلمانية طبقا للمادة الأولى من الدستور الفرنسي.

و قد تم إخطار المجلس الدستوري من قبل 130 نائب من الجمعية الوطنية و 79 سيناتور من مجلس الشيوخ حول القانون المتعلق: "بتسريح تفتيش السيارات من أجل البحث و التحري و الوقاية من المخالفات الجزائية"، و أعتبر المجلس الدستوري بموجب قراره المؤرخ في 12 جانفي 1977 أن ذلك القانون غير دستوري على أساس مساسه بالحرية الفردية التي تمثل في الحقيقة الحقوق الأساسية للفرد و هي تكريس للحق في الأمن الذي يقتضي أن: "لا يتعرض المواطن لتدابير كيفية من قبل السلطة تجردهم من حريتهم المادية كالتوقيف و الاعتقال و الحبس"، حيث أكد المجلس في أولى حيثياته لقراره المرجعيات الدستورية المكرسة للحرية الفردية و التي تمثل جزء من الكتلة الدستورية و هي: المبادئ الأساسية المعترف بها في قوانين الجمهورية، و ديباجة دستور 1946، و كذا ديباجة دستور 1958، و كما تم التأكيد على أن السلطة القضائية هي حامية للحرية الفردية طبقا للمادة 66 من الدستور التي تنص على أن: "...تكفل السلطة القضائية باعتبارها حامية للحرية الفردية احترام هذا المبدأ وفق الشروط المنصوص عليها في القانون"²، و طالما أن تفتيش السيارات اسند للضبطية القضائية بشكل واسع و بدون حدود حيث خول لهم تفتيش أي سيارة في الطريق العمومي بحضور مالكها أو سائقها، فإن ذلك يعد مخالف للدستور على أساس مساس بالحرية الفردية التي ينبثق منها حق الأمن كما تم تبيانه أعلاه.

كما تم إخطار المجلس من قبل 65 سيناتور من مجلس الشيوخ حول قانون متعلق بحرية التعليم الذي قضى المجلس بدستوريته بموجب قرار صادر عنه بتاريخ 23 نوفمبر

¹ - Louis FAVOREU, Loïc PHILIP , Les grandes décisions...op.cit, pp.319-321.

² -CC n° 76 - 75 DC du 12 Janvier 1977, cf. site: www.conseilconstitutionnel.fr.

1977، حيث أكد المجلس بأن حرية التعليم و حرية المعتقد هما أحد المبادئ الأساسية المعترف بها بموجب قوانين الجمهورية¹، تلك المبادئ هي كذلك ذات قيمة دستورية و تشكل جزء من الكتلة الدستورية، مع العلم أن واضعي ديباجة دستور 1946 رفضوا إدراج حرية التعليم في تلك الديباجة، و لكن المجلس منحها في قراره القيمة الدستورية.

و في قرار للمجلس صادر في 15 جويلية 1976 بمناسبة إخطار المجلس الدستوري من قبل نواب الجمعية الوطنية حول دستورية تعديل قانون الوظيف العمومي المؤرخ في 4 فيفري 1959، ذكر المجلس، أنه تطبيقا للمادة 6 من إعلان حقوق الإنسان و المواطن لسنة 1789 التي تنص على أنه: "... يحق لجميع المواطنين باعتبارهم سواسية في نظر القانون شغل كافة المناصب العليا و المواقع و الوظائف العامة وفقا لقدراتهم و دون تمييز آخر سوى على فصائلهم و مواهبهم"، فإن ملفات الموظفين يجب أن لا تحتوي على أية إشارة لآرائهم الفلسفية أو السياسية أو الدينية، كما وضح أن مبدأ المساواة في الرواتب لا يمكن تطبيقه إلا بالنسبة للموظفين الذين ينتمون إلى نفس الإدارة².

هذه تعد عينة من القرارات الصادرة عن المجلس الدستوري في السنوات الأولى من التعديل الدستوري لسنة 1974، و التي عرضت عليه بناء على إخطار البرلمانين، فيتبين جليا أن ذلك التعديل فعل دور المجلس الدستوري في مجال الحفاظ و حماية الحقوق الأساسية المضمنة بموجب الكتلة الدستورية، والأكثر من ذلك من خلال اجتهاداته أصبح بنفسه يستخلص حقوق جديدة ذات قيمة دستورية و يكفلها بالحماية، و لكن الملاحظ أن المجلس يتصرف دائما بحكمة في تفسيره للدستور بدون التفريط في صلاحياته المرسومة له بموجب الدستور التي دائما يفسرها بشكل صارم و في بعض الأحيان بشكل ضيق.

¹ - CC n° 77 - 87 DC du 23 Novembre 1977, cf. site: www.conseilconstitutionnel.fr.

² - CC n° 76-67 DC du 15 Juillet 1976, cf. site: www.conseilconstitutionnel.fr.

فعندما تم تبني التعديل الدستوري لسنة 1974 لم يعير البرلمانين أهمية لتلك المراجعة على اعتبار ترسخ الاعتقاد أن المجلس الدستوري ما هو إلا هيئة من طبيعة سياسية، و لكن الاهتمام بدأ يظهر بتغير النظرة تجاه المجلس الدستوري، حيث بدأت تترسخ قناعة لدى كل الفاعلين في المؤسسات الدستورية المختلفة، و كذا لدى الطبقة السياسية و خاصة المعارضة بأن المجلس الدستوري له دور في تحقيق الحماية الدستورية للحقوق الأساسية، و هذا الأمر تطور مع تضاعف عدد الإخطارات الموجهة من قبل البرلمانين للمجلس الدستوري، و التقنيات التي عالج بها المجلس الدستوري لأولى قراراته الفاصلة في إخطارات النواب و الشيوخ، التي ظهر فيها المجلس أنه هيئة تسهر على حماية الحقوق الأساسية و ليس هيئة تحكيم سياسية، كما كانوا ينظروا إليه واضعي دستور الجمهورية الخامسة لسنة 1958.

و بعد وصول اليسار للسلطة سنة 1981، الذي يعد حدث هام في الحياة السياسية للجمهورية الخامسة فهو بداية عهد التناوب على السلطة، بعدما كان اليسار في المعارضة منذ إنشاء الجمهورية الخامسة أي طيلة 23 سنة، و كان اليسار ضد المجلس الدستوري على إعتبار مؤسسة من صنع اليمين لخدمة الأطروحات السياسية لليمين، و كان الاعتقاد أن وصول اليسار للسلطة هو نهاية المجلس الدستوري، و لكن على عكس ذلك، فإن المجلس زاد ترسخه في النظام المؤسساتي، فالأغلبية اليسارية خضعت لقرارات المجلس الدستوري مثلها مثل الأغلبية اليمينية التي سبقتها¹، فوصول اليسار للسلطة الذي كان يرى في المجلس الدستوري ما هو إلا أحد أدوات اليمين لكبح المشرع، فكان هناك خوف من البرلمان و الحكومة ذو الأغلبية اليسارية من أن المجلس الدستوري سيعيق الإصلاحات التشريعية، التي سطرته الأغلبية اليسارية كسياسة تشريعية لتحقيق مشاريعها في شتى المجالات الاقتصادية و الاجتماعية، و ذلك نلمسه لما قضى المجلس الدستوري بعدم

¹ - Louis FAVOREU , La Constitution et son juge , ...op.cit, p .150.

دستورية بعض أحكام القانون المتعلق بالتأميم بموجب قرار صادر عنه بتاريخ 16 جانفي 1982، فهو لم يقضي بعدم دستورية القانون، و لكن أسقط بعض الأحكام القانونية من القانون المذكور لعدم دستورتها، و كان لذلك اثر على كل القانون لارتباط تلك النصوص الغير الدستورية بالنصوص الأخرى التي لم يقضي المجلس الدستوري بعدم دستورتها، فعطل مشروع الحكومة التي أرغمت على اللجوء من جديد للبرلمان بمشروع يأخذ بعين الاعتبار بالملاحظات التي أثارها المجلس في قراره، و لم تتمكن الحكومة من تنفيذ قانونها إلا في نهاية سنة 1982¹.

و لكن في حقيقة الأمر المجلس الدستوري لم يعطل مسار الإصلاحات الذي انتهجته الحكومة منذ سنة 1981 فهناك الكثير من النصوص التي تم تبنيها من قبل البرلمان و عرضت على المجلس بناء على إخطار من المعارضة اليمينية لم يقضي المجلس بعدم دستورتها، فالمجلس أثبت على أنه: لا يمثل "مكبج" للإصلاحات و للتداول على السلطة الذي كان سنة 1981 بوصول اليسار لسدة الحكم، بل أثبت أنه الساهر على احترام الدستور، وعلى أن الأغلبية مهما كان طيفها السياسي يجب أن تخضع لسلطة الدستور، و هو ما عبر عنه في اجتهاده لسنة 1985 على أن: "القانون هو المعبر على الإرادة العامة إلا في إطار احترام الدستور"، فالإرادة العامة المعبرة عن إرادة صاحب السيادة و هو الشعب يجب أن تكون متطابقة مع نص و روح الدستور الذي هو إرادة السلطة التأسيسية، فالإصلاحات التشريعية التي جاءت بها الأغلبية اليسارية كان يجب أن تتوافق على القاعدة الأسمى، كما أن التداول على السلطة فعل من دور المجلس الدستوري من خلال بناء و تعزيز الكتلة الدستورية بمبادئ استلهمها المجلس من تفسيره للدستور و المواثيق الضامنة للحقوق الأساسية، و قد استطاع المجلس أن يفرض اجتهاداته على السلطات العمومية.

¹ - Louis FAVOREU , La Constitution et son juge , ...op.cit, pp.727-729.

و الملاحظ أن الرقابة في النظام الفرنسي بعد تعديل 1974 فعلت نشاط المجلس الدستوري و أخرجته من الجمود إلى الحيوية، و ذلك يظهر جليا من الإحصائيات المتعلقة بنشاطه قبل و بعد تعديل سنة 1974 في مجال رقابته لدستورية القوانين العادية ففي الفترة الممتدة من سنة 1958 إلى غاية سنة 1967 صدر عن المجلس 5 قرارات فقط، و بعد التعديل من سنة 1977 إلى غاية سنة 1987 صدر عن المجلس 116 قرار، و من سنة 1988 إلى غاية سنة 1997 صدر عنه 106 قرار، و من سنة 1998 إلى غاية 2007 صدر عنه 120 قرار¹، و قد تناقص عدد الإخطارات بشكل ملحوظ بعد تبني إجراء المسألة الأولية الدستورية سنة 2008.

تلك الحركية لنشاط المجلس الدستوري الفرنسي كانت لا تكون لولا تعديل سنة 1974، و التي جاءت جلها بناء على إخطارات الأقلية المعارضة في البرلمان، و جلها يتم تأسيسها من قبل البرلمانين في رسالة الإخطار على مخالفة الحقوق الأساسية المضمنة في الكتلة الدستورية.

و قد ساهم اجتهاد المجلس لسنة 1971 في قراره المتعلق بقانون الجمعيات و التعديل الدستوري لسنة 1974 إلى تحويل المجلس الدستوري الفرنسي إلى حامي الحقوق الأساسية²، بواسطة رقابة مجردة تمارسها السلطات حول دستورية القوانين العضوية و القوانين العادية بناء على إخطار السلطات العمومية المحددة في الدستور، و وفقا للقانون

¹ - Bilan Statistique au 30 septembre 2017, Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel, n° 58,2018/1, pp. 291-291.

² - يرى الفقيه لوي فافوروا (Louis Favoreu)، بأنه: "ينافس المجلس الدستوري في حماية الحقوق الأساسية المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، و محكمة العدل للمجموعة الأوروبية التي أصبحت تسمى بمحكمة العدل للإتحاد الأوربي بعد دخول معاهدة لشبونة حيز التطبيق سنة 2009، و يلاحظ الفقيه أن المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان أثرا جد بالغ على الدول الأوروبية التي لا تأخذ بنظام للرقابة الدستورية كبريطانيا و هولندا، عكس الدول التي تأخذ بنظام الرقابة الدستورية كفرنسا، ألمانيا و غيرها من الدول الأوروبية، ذلك الأثر كان يمكن أن يكون مماثل بالنسبة لفرنسا لولا لم يقوم المجلس الدستوري بتنمية نظام لحماية الحقوق الأساسية في الحقبة بين سنة 1971 إلى سنة 1974، و لكن يلاحظ أن المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان تعمل على سد الفراغ الذي يحدثه مجلس الدولة برفضه مراقبة المشرع، و ذلك عن طريق تطبيق المحكمة للمبادئ الدستورية " Louis FAVOREU , La constitution et son juge , ...op.cit, pp.920-921.

العضوي المنظم لعمل للمجلس الدستوري، و يكون ذلك الإخطار بعد مصادقة البرلمان على القانون كما أقره المجلس في قرار رقم 76-60 المؤرخ في 8 نوفمبر 1976، و قبل إصدارها من قبل رئيس الجمهورية كما أقره المجلس في قراره رقم 79 - 392 المؤرخ في 7 نوفمبر 1997، أي في أجل أقصاه 15 يوم المحددة بموجب المادة 10 من الدستور الفرنسي، و لكن المتفق عليه، إنه غالبا يتم تعطيل عملية الإصدار لانتظار تسجيل الإخطار أمام المجلس الدستوري بعدما يتم إعلام الأمين العام للمجلس الدستوري، و من ثم يفصل المجلس الدستوري في أجل شهر من تاريخ تلقي الإخطار، و في غضون ثمانية أيام في الحالات الاستعجالية بناء على طلب من الحكومة¹، و يظهر جليا أن النظام كان سيبقى عقيم و دون جدوى لولا التعديل الدستوري لسنة 1974.

ج - تعزيز الرقابة السابقة على دستورية بتوسيع حق الإخطار في مجال التعهدات الدولية: تعززت الرقابة السابقة بالتعديل الدستوري المؤرخ في 25 جوان 1992 الذي وسع حق إخطار المجلس فيما يخص التعهدات الدولية للبرلمانيين أي 60 نائب من الجمعية الوطنية و 60 سيناتور من مجلس الشيوخ، بعدما كان ذلك يقتصر فقط على رئيس الجمهورية، و الوزير الأول، و رؤساء غرفتي البرلمان، بحيث إذا توصل المجلس بأن بند من التعهد الدولي يخالف الدستور، فإنه لا يتم التصديق على ذلك التعهد الدولي إلا بعد تعديل الدستور²، فالمجلس لا يقبل الاستناد على التعهدات الدولية في عملية مراقبة دستورية القوانين بناء على اجتهاده لسنة 1975، و لكن الدستور يخول له مراقبة دستورية التعهدات

¹-Louis FAVOREU, Patrick GAIA , Richard GHEVONTIAN , Ferdinand Mélin-SOUCRAMANIEN, Annabelle PENA, Otto PFERSMANN , Joseph PINI, André ROUX, Guy SCOFFONI , Jérôme TREMEAU, Droit des libertés fondamentales, 7^e édition, Dalloz , Paris, 2016 , p. 144.

²- Art.54, de la Constitution Française du 4 octobre 1958.

تجدر الإشارة أن المؤسس الجزائري لا يضع ذلك الحل في حالة ماذا أقر المجلس الدستوري بعدم دستورية تعهد دولي، فالدستور الجزائري يقتصر فقط على منع السلطة التنفيذية التصديق على المعاهدة أو الاتفاقية المخالفة للدستور، و هو ما يشكل خلل مع قواعد القانون الدولي، لا سيما اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات في مادتها 27 التي تنص صراحة على أن " مع عدم الإخلال بالمادة 46، لا يجوز لطرف في المعاهدة أن يتمسك بقانونه الداخلي كسبب لعدم تنفيذها"، و من ثم لا يمكن التذرع برأي أو قرار المجلس الدستوري للحيلولة دون تنفيذ أحكام المعاهدة ، أو الاتفاقية الدولية، و إلا ستترتب عليها المسؤولية الدولية: أنظر في ذلك الشأن: بوسماحة

نصرالدين، «الرقابة على دستورية المعاهدات: " اتفاقية روما نموذجا" »، مجلة المجلس الدستوري، مجلة نصف سنوية متخصصة، العدد 3، 2014، ص ص.33-34.

الدولية على أساس مبدأ سمو الدستور على المعاهدات طبقاً للمادة 55 لا من الدستور الفرنسي، إن تلك الرقابة لها دور كبير في تعزيز مركز حقوق الإنسان داخل الدولة و ذلك للأهمية البالغة التي يحظى بها الموضوع على الصعيد الدولي، و الذي يكون له أثر مباشر على التشريع الوطني.

و في هذا الصدد نجد أن البرلمانين استعملوا ذلك الحق للطعن في دستورية اتفاقية ماسترخت، المتعلقة بالاتحاد الأوروبي الذي صدر على إثرها قرار عن المجلس بتاريخ 02 سبتمبر 1992، التي أكد فيها المجلس على اجتهاده المتعلق بعدم اختصاصه في مراقبة القوانين التي صادق عليها الشعب عن طريق الاستفتاء، و قد تم إخطار المجلس حول دستورية اتفاقيات تنعكس بشكل كبير على الحقوق الأساسية المضمنة في القانون الداخلي و على رأسها الكتلة الدستورية، و ما تتضمنه من مبادئ دستورية كإخطار المجلس من قبل كل من رئيس الجمهورية و الوزير الأول سنة 1998 حول دستورية الاتفاقية المنشأة للمحكمة الجنائية الدولية، و تم إخطار المجلس من قبل رئيس الجمهورية حول دستورية الميثاق الأوروبي المتعلق باللغات المحلية، ذلك الإخطار غير مرتبط بأجل معين كما هو الشأن بالنسبة للرقابة المنصوص عليها في المادة 61 من الدستور، فالإخطار المتعلق بالتعهدات الدولية يكون في الفترة بين الإمضاء على التعهد الدولي من قبل السلطات المختصة و قبل عملية التصديق البرلماني، بحيث تتوقف عملية التصديق على قرار المجلس الدستوري الذي في حالة إقراره بعدم دستورية التعهد الدولي تتم مراجعة الدستور كي يتوافق التصديق على التعهد الدولي مع الدستور.

د - الرقابة السابقة تبقى مشوبة بالقصور رغم تعديل سنة 1974 و 1992: و تبقى الرقابة السابقة يشوبها القصور باعتبار أن تلك الرقابة مجردة، فهي تمارس من قبل السلطات العامة بعيد عن شرط المصلحة، فالرقابة على دستورية القوانين، و كذا التعهدات الدولية هي ليست ملزمة على السلطات العمومية صاحبة سلطة الإخطار بل تخضع فقط لسلطتهم

التقديرية، و تكون بعد التصويت على القانون من قبل البرلمان و قبل عملية الإصدار، فهي تعد رقابة وقائية على قوانين غير كاملة البناء، و هي غير إلزامية، و يترتب عليه أن هناك فئة كبيرة من التشريعات التي لا تحال على المجلس الدستوري من قبل السلطات العامة رغم أنها مخالفة للدستور، كما تقتصر الرقابة الإلزامية على رقابة مطابقة القوانين العضوية، و الأنظمة الداخلية لغرفتي البرلمان.

إن القواعد التي تعرض على المجلس في إطار الرقابة القبلية هي عبارة عن قانون لم تكتمل نشأته، فالرقابة الاختيارية غير الإلزامية و القبلية جعلت من النظام الفرنسي يخلق نظامين للتعبير عن الإرادة العامة، نظام دستوري (Régime constitutionnaliste) في إطاره يتدخل المجلس الدستوري للفصل في المنازعة الدستورية و هو مجسد لفكرة " القانون المعبر عن الإرادة العامة في إطار احترام الدستور" كما اقره المجلس الدستوري في اجتهاده لسنة 1985، و نظام إعلاء التشريع الذي يقوم على فكرة: " القانون هو التعبير عن الإرادة العامة في حالة إصدار القانون أو حالة المصادقة على القانون عن طريق الاستفتاء الشعبي"¹، بمعنى القانون المستوفي لعملية الإصدار في الجريدة الرسمية، لا يمكن أن يخضع للرقابة الدستورية وفقا للرقابة القبلية بطبيعة الحال، والقانون المصادق عليه بالاستفتاء يصبح محصن باعتباره صادر مباشرة عن صاحب السيادة وهو الشعب.

كما أن تلك الرقابة لا تطال التنظيمات الصادرة عن السلطة التنفيذية، أي التنظيمات التي تصدر عن رئيس الجمهورية و الوزير الأول في المجالات الغير المخصصة للقانون، و يعد ذلك قصور في تحقيق حماية فعالة لمبدأ سمو الدستور، و ذلك لوجود إمكانية صدور تنظيمات قد تكون متوافقة مع التشريع، و لكن تتعارض مع الدستور و تمس الحقوق

¹ -Philippe BLACHER, « Les sources nationales constitutionnelles des libertés et droits fondamentaux », in Le grand oral, Protection des libertés et droits fondamentaux., Lextenso éditions, Paris, 2012, p. 128.

الأساسية المضمنة في الكتلة الدستورية، فمخالفة التنظيم للدستور تعد أخطر من مخالفة التنظيم للقانون.

إن عدم تمكين المجلس من بسط رقابته على دستورية التنظيمات الصادرة على السلطة التنفيذية يعود سببه لأسباب مرتبطة بإنشاء المجلس الدستوري الفرنسي كهيئة " ضد انحراف النظام البرلماني"، فهو كان موجه للحد من سلطة البرلمان و تقوية السلطة التنفيذية.

و هو ما عبر عليه ميشال دوبري (Michel Debré) أحد محرري دستور 1958، الذي كان يعتقد بأن إرادة النواب و الشيوخ يستعملها البرلمانين للتدخل في صلاحيات الوزارة، فتلك الإرادة هي السبب الذي أدى إلى سقوط النظام البرلماني للجمهورية الرابعة، وعليه، كان يرغب في تقوية سلطات الحكومة بتحقيق استقلاليتها، و ذلك بإنشاء مؤسسة قادرة على حفظ احترام الدستور¹، إذا فكرة إنشاء المجلس الدستوري كمؤسسة دستورية في النظام المؤسساتي لدستور 1958 الفرنسي هي لاحتواء سلطة البرلمان، و هو ما جاء به الدستور بحصره لمواضيع التشريع، و كل ما يخرج عن ذلك النطاق يدخل في صلاحية السلطة التنظيمية، و كذا ما قرره من إجراءات لحفظ الفصل بين مجال التشريع و التنظيم تطبيقاً لأحكام المادة 37 و 41 من الدستور الفرنسي.

ثانيا - محدودية الرقابة السابقة و اللاحقة على دستورية القوانين في النظام الجزائري:
لقد تأثر المؤسس الجزائري بالنموذج الأوربي المتمركز للرقابة الدستورية و بالضبط بالمجلس الدستوري الفرنسي، و قد أنشأ المجلس الدستوري بموجب دستور 1989 من أجل السهر على احترام الدستور، من خلال ممارسته لرقابة مجردة تحرك بواسطة إخطار من قبل رئيس

¹- Jean-Louis DEBRÉ, «Contrôle de constitutionnalité : entre tradition et modernité» , Discours de Jean-Louis DEBRÉ - Colloque « Séparation des pouvoirs et justice constitutionnelle », 6 mai 2014, disponible en ligne à l'adresse : <http://www.conseilconstitutionnel.fr/conseilconstitutionnel/francais/publications/contributions-et-discours/2014/contrôle-de-constitutionnalité-entre-tradition-et-modernité.141543.html>.

الجمهورية و رئيس المجلس الشعبي الوطني على دستورية المعاهدات و القوانين و التنظيمات¹.

و جاء تعديل 1996 ليضيف شخصية ثالثة خول لها إخطار المجلس و هو رئيس مجلس الأمة، بعدما استحدثت غرفة ثانية في البرلمان، و أصبحت سلطات الإخطار ثلاثة و تم التمييز في ذلك التعديل بين نوعين من الرقابة، رقابة إلزامية قبلية تتعلق بالقوانين العضوية و الأنظمة الداخلية لغرفتي البرلمان التي تعرض على المجلس بإخطار من رئيس الجمهورية قبل إصدارها بالنسبة للصنف الأول، و قبل دخولها حيز النفاذ بالنسبة للصنف الثاني، و رقابة اختيارية تمارس من سلطات الإخطار الثلاثة المذكورة أعلاه تنصب على دستورية المعاهدات و القوانين و التنظيمات، وقد تكون رقابة سابقة يفصل فيها المجلس برأي قبل أن تصبح واجبة النفاذ، و يمكن أن تكون لاحقة عن صدور القانون و يصدر فيها المجلس قرارات، و لا يتحرك المجلس تلقائيا، إلا بناء على إخطار من رئيس الجمهورية و رئيسي غرفتي البرلمان، و هي الجهات المؤهلة دستوريا لتحريك عمل المجلس الدستوري في مجال مراقبة دستورية القوانين².

و قد جاء التعديل الدستوري لسنة 2016 بإصلاحات دستورية مست بعق المجلس الدستوري، و اختار المؤسس الجزائري هذه المرة بأن تكون الرقابة الاختيارية التي تمارسها السلطات العامة المنصبة على مراقبة دستورية المعاهدات والقوانين و التنظيمات رقابة سابقة فقط دون الرقابة اللاحقة التي كان معمول بها في دستور 1989 و 1996، حيث يفصل المجلس الدستوري حسب دستور 2016 برأي في حالة ما إذا تم إخطاره من قبل السلطات العامة و ذلك في أجل 30 يوم من تاريخ تلقي الإخطار، و في حالة الاستعجال بناء على طلب رئيس الجمهورية يخفض ذلك الأجل إلى 10 أيام.

¹ - المواد 153، 154، 155، 156، 157، 158، 159 من الدستور الجزائري المؤرخ في 23 فبراير 1989.

² - عمار عباس، «دور المجلس الدستوري الجزائري في ضمان مبدأ سمو الدستور»، مجلة المجلس الدستوري، مجلة نصف سنوية متخصصة، العدد 1، 2013، ص.75.

فلا يجوز الآن حسب تفسير المادة 186 من الدستور¹ للسلطات العامة عرض قانون بعد دخوله حيز النفاذ على المجلس الدستوري، و أصبح يقتصر المؤسس الجزائري الرقابة اللاحقة، في تلك الرقابة المستحدثة في دستور 2016 و التي تمارس في إطار الإخطار عن طريق الدفع الذي يحركه المتقاضي أمام الجهات القضائية تطبيقا لإجراءات المسألة الأولية الدستورية.

و من ثمّ، فالمؤسس و بدون أي شك نقل النموذج الفرنسي الذي يقتصر الرقابة السابقة على الرقابة المجردة التي تحركها السلطات العامة، و الرقابة اللاحقة التي تمارس في إطار إجراءات المسألة الأولية الدستورية المستحدثة بموجب التعديل الدستوري الفرنسي لسنة 2008.

و لكن الملاحظ إلى حد الساعة و حتى بعد دخول دستور 2016 حيز النفاذ، فإن المجلس الدستوري لم يصدر عنه إلا عدد قليل من الآراء و القرارات، و اقتصرت رقابته على الرقابة الوجوبية القبلية المسماة برقابة المطابقة، التي تلزم رئيس الجمهورية بعرض القوانين العضوية و الأنظمة الداخلية لغرفتي البرلمان على المجلس الدستوري قبل دخولها حيز النفاذ، فحصول المجلس الدستوري جد ضعيفة، ففي غضون 28 سنة من الوجود لم يصدر عن المجلس الدستوري سوى 06 قرارات مع العلم 05 قرارات هي من مواضيع القوانين العضوية منها تتعلق بنظام الانتخابات، وهناك قرار متعلق بالقانون الأساسي للنائب و صدرت في الفترة ما بين سنة 1989 و 1995 أي قبل استحداث القوانين العضوية من خلال المراجعة الدستورية لسنة 1996، أين استدرك المؤسس الوضعية بجعل تلك الطائفة

¹. تنص المادة 186 من دستور 2016 على أن: "...يفصل المجلس الدستوري برأي في دستورية المعاهدات و القوانين و التنظيمات. يبدي المجلس الدستوري بعد أن يخطر رئيس الجمهورية رأيه وجوبا في دستورية القوانين العضوية بعد أن يصادق عليها البرلمان. كما يفصل المجلس الدستوري في مطابقة النظام الداخلي لكل من غرفتي البرلمان للدستور، حسب الإجراءات المذكورة في الفقرة السابقة " و تضيف المادة 187 " يخطر المجلس الدستوري رئيس الجمهورية أو رئيس مجلس الأمة، أو رئيس المجلس الشعبي الوطني، أو الوزير الأول. كما يمكن إخطاره من خمسين (50) نائبا، أو ثلاثين (30) عضوا في مجلس الأمة. لا يمتد ممارسة الإخطار المبين في الفقرتين السابقتين إلى الإخطار بالدفع بعدم الدستورية المبين في المادة 188 أدناه "

من القوانين تخضع للرقابة السابقة الإجبارية، و ذلك لطبيعتها التي تجعل منها نصوص تطبيقية لنصوص الدستور¹، و هناك قرار وحيد يتعلق بنص من طبيعة تشريعية و هو القانون الأساسي الخاص لمحافظة الجزائر الكبرى، الذي قضى المجلس بتاريخ 27 فيفري 2000 بعدم دستوريته².

و صدر عن المجلس 39 رأي جلها تتعلق برقابة المطابقة القبلية الإلزامية المنصبة على القوانين العضوية و الأنظمة الداخلية لغرفتي البرلمان و التي جاءت بعد سنة 1996، كما أن هناك 3 آراء منها تتعلق برقابة المجلس لمشاريع تعديل الدستور³.

و يرجع تواضع رصيد المجلس الدستوري إلى حصر سلطات الإخطار في رئيس الجمهورية و رئيسي غرفتي البرلمان، حيث يجمعهم توافق سياسي لا يترك أي واحد منهم اللجوء للمجلس الدستوري لإخطاره حول دستورية النصوص القانونية، فهناك سنوات لم يخطر فيها المجلس إطلاقا كسنة 2006، 2009، 2010، 2013، 2014، 2015، أي في بعض الحالات يقضي المجلس الدستوري سنوات بيضاء دون أداء أي مهام في مجال الرقابة الدستورية بسبب عدم تلقي أي إخطار من الجهات التي خول لها الدستور ذلك، كما أنه منذ نشأة المجلس الدستوري لم يخطر ولو مرة حول دستورية تعهد دولي أو تنظيم و نقصد به مرسوم تنفيذي أو مرسوم رئاسي.

و الملاحظ أن المؤسس في دستور 2016 منح للمعارضة في البرلمان عن طريق 50 نائب من أعضاء المجلس الشعبي الوطني، أو 30 شيخ من مجلس الأمة الحق في إخطار المجلس الدستوري حول دستورية معاهدة، قانون، أو تنظيم في إطار رقابة قبلية

¹. دون أن تشكل القوانين العضوية جزء من الكتلة الدستورية في فرنسا فإن المجلس الدستوري الفرنسي أعن عدم دستورية أي قانون عادي يخالف قانون عضوي في حالة تناول هذا الأخير في مضمونه مادة محفوظة وفقا لأحكام الدستور.

² - راجع النافذة الحاملة لعنوان " الفقه الدستوري " المتضمنة قرارات، آراء المجلس الدستوري على مستوى الموقع الرسمي للمجلس الدستوري الجزائري على الرابط التالي: [http://www.conseil-constitutionnel.dz/index.php/ar/2017-03-26-08-50-](http://www.conseil-constitutionnel.dz/index.php/ar/2017-03-26-08-50-21#)

21#

³ - المرجع نفسه.

وقائية، ذلك التعديل ربما سيكون له دور في تفعيل دور المجلس الدستوري في مجال الرقابة السابقة المجردة، و سيحكم عليه في المستقبل القريب، كما يلاحظ أن الأقلية المعارضة رغم مرور أكثر من سنتين من صدور دستور 2016، و الذي تبعه صدور النظام المحدد لقواعد المجلس الدستور بتاريخ 11 ماي 2016 الذي حدد الإجراءات التي يجب أن تتبعها المعارضة للطعن في دستورية القوانين تطبيقا لنص المادة 10 منه¹، لم يخطر المجلس بأي قانون من قبل المعارضة، و قد يرجع ذلك لجهل المعارضة لموضوع الرقابة الدستورية أو لضعفها، و هنا يطرح المشكل حول مدى ترسخ فكرة دولة القانون في العمل المؤسساتي و إيمان كل الفاعلين السياسيين في تجسيد تلك الفكرة في الواقع بإعلاء الدستور.

كما أننا نلاحظ تناقض في النصوص الدستورية لسنة 2016، فنلمس بأن التعديل الدستوري لسنة 2016 الجزائري عدل نظام الرقابة على دستورية القوانين بشكل جعلها بنفس الصورة المعمول بها في الدستور الفرنسي الذي يعرف نوعين من الرقابة، رقابة قبلية تحرك من قبل السلطات العمومية، و رقابة بعدية تحرك بواسطة الدفع من قبل المتقاضين بإخطار المجلس بشكل غير مباشر عن طريق مجلس الدولة و محكمة النقض، و هو ما فعله المؤسس الجزائري في تعديل 2016، و هذا ما نصت عليه المادة 186 من الدستور التي حددت القواعد التي تكون محل رقابة دستورية من طرف المجلس الدستوري، فنصت على أن فيما يخص الرقابة الجوازية: "...، يفصل المجلس الدستوري برأي في دستورية المعاهدات و القوانين و التنظيمات..." ، و تصدي المجلس الدستوري للمنازعة الدستورية بآراء لا يكون إلا

¹ - تنص المادة 10 من النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري الصادر بتاريخ 11 ماي 2016 عدد 29 على أن: "إذا أخطر المجلس الدستوري من قبل نواب المجلس الشعبي الوطني أو أعضاء مجلس الأمة طبقا للمادة 187 (الفقرة 2) من الدستور، يجب أن تتضمن رسالة الإخطار الحكم أو الأحكام محل موضوع الإخطار و التبريرات المقدمة بشأنها، يجب أن ترفق رسالة الإخطار بقائمة أسماء و ألقاب و توقيعات نواب المجلس الشعبي الوطني أو أعضاء مجلس الأمة أصحاب الإخطار، مع إثبات صفتهم عن طريق إرفاق الإخطار بنسخة من بطاقة النائب أو عضو مجلس الأمة. تودع رسالة الإخطار من قبل أحد المخطرين المفوضين، لدى كتابة ضبط المجلس الدستوري".

فيما يخص الرقابة السابقة عن صدور القانون¹، التي تحرك بناء على إخطار من طرف السلطات العمومية بواسطة رئيس الجمهورية، الوزير الأول، رئيسي غرفتي البرلمان و 50 نائب و 30 عضو من مجلس الأمة، و تم التأكيد على أن ذلك الإخطار لا يمتد بالدفع بعدم الدستورية المبين في المادة 188²، التي أسست نظام الرقابة اللاحقة عن طريق الدفع من قبل المتقاضي أمام الجهات القضائية، و هو ما كرسه النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري الصادر بتاريخ 11 ماي 2016، الذي أكد على أن الرقابة الدستورية تنصب على المعاهدات و القوانين و التنظيمات و هي الرقابة الجوازية يمارسها المجلس الدستوري طبقا للمادة 186، أي يتصدى لها بواسطة آراء و من ثم لا يمكن أن تكون إلا رقابة قبلية.

و لكن كل ذلك يتناقض مع نص المادة 189 فقرة 1³ التي تحدد أجل فصل المجلس الدستوري في الإخطارات التي يتلقاها من عند السلطات العمومية ب 30 يوم في الحالات العادية و 10 أيام في حالة الاستعجال التي نصت على أن: "يتداول المجلس الدستوري في جلسة مغلقة و يعطي رأيه أو يصدر قراره..." فذلك يخول للمجلس ممارسة رقابة سابقة و لاحقة عن صدور القانون لما يخطر من السلطات العمومية، و هذا يعد تناقض مع نص المادة 186 من الدستور، و المادة 5 من النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري، و ربما يعود ذلك للتسرع الذي أكتنف عملية التعديل و عدم التدقيق في صياغة النصوص سواء من قبل اللجنة التقنية الحكومية المكلفة بإعداد مشروع التعديل، أو من قبل البرلمان بغرفتيه، و لم يتم تصحيح تلك الوضعية من قبل المجلس الدستوري لما عرض مشروع التعديل الدستوري للرقابة الدستورية.

¹ لقد حدد دستور الجزائري لسنة 1989 و 1996 صور الرقابة الممارسة من قبل المجلس الدستوري، فقد تكون رقابة سابقة عن صدور القانون و يصدر رأي أو لاحقة عن صدور القانون و يصدر قرار بناء على إخطار السلطات العمومية التي كانت لوحدتها لها صلاحية إخطار المجلس الدستوري، و هم رئيس الجمهورية، و رئيس المجلس الشعبي الوطني في دستور 1989، ثم رئيس الجمهورية، رئيس المجلس الشعبي الوطني، و رئيس مجلس الأمة في دستور 1996 إلى غاية التعديل الدستوري لسنة 2016.

² - المادة 187 من التعديل الدستوري الجزائري لسنة 2016.

³ - أما الفقرة 2 من المادة 189 فهي متعلقة بالأجل المتعلق بفصل المجلس الدستوري في الدفع بعدم الدستورية.

الفرع الثاني: تقرير الرقابة البعدية بالدفع بعدم الدستورية تقنية لحماية الحقوق الأساسية

إن التحول نحو دولة القانون المقيدة بالدستور يقتضي وضع تقنيات دستورية فعالة لحماية الحقوق الأساسية، وذلك لا يتأتى إلا بجعل تلك التقنيات في متناول الأفراد، و هو ما هدف المؤسس الفرنسي لتحقيقه من خلال تعديل 2008 باستحداثه المسألة الأولية الدستورية، و ما سناحول معالجته من خلال فعالية المسألة الأولية الدستورية في ضمان الحقوق الأساسية في النظام الفرنسي(أولا)، ولتأثر المؤسس الجزائري بالتعديل الدستوري الفرنسي لسنة 2008، فإننا سنعالج ضمان الحقوق الأساسية في الدستور الجزائري باستحداث إجراء المسألة الأولية الدستورية (ثانيا).

أولا- فعالية المسألة الأولية الدستورية في ضمان الحقوق الأساسية في النظام الفرنسي:

لقد استحدث الدستور الفرنسي إجراء جديد، يهدف و لأول مرة في النظام الفرنسي إلى فتح المجال للمتقاضى حماية حقوقه الأساسية الدستورية، بالدفع بعد دستورية الحكم القانوني لمساسه بالحقوق و الحريات، ذلك الدفع يمر بعملية تصفية يمكن أن تنتهي في الأخير بطرح المسألة على المجلس الدستوري للفصل في دستورية الحكم محل الدفع¹.

هذا الإجراء أحدث قفزة نوعية نحو تحقيق الحماية الدستورية للحقوق الأساسية، فلم يكن في اعتقاد صانعي دستور 1958 أنه يأتي يوم يمنح فيه المتقاضى الحق في الطعن في دستورية القانون الصادر عن البرلمان، فاقترعت الجمهورية الخامسة في بدايتها على إعطاء ذلك الحق للسلطات فقط في إطار الرقابة السابقة على صدور القانون ، ذلك الأمر يتطلب منا تبين الجهات القضائية التي يجوز الدفع أمامها إثارة الدفع من خلال معرفة

¹ . تنص المادة 61-1 من الدستور الفرنسي لسنة 1958 المعدل و المتمم على أن: "إذا ثبت أثناء دعوى قيد النظر أمام جهة قضائية، أن حكم تشريعيا يمس بالحقوق و الحريات التي يكفلها الدستور، يمكن إخطار المجلس الدستوري بهذه الدعوى التي يفصل فيها في أجل محدد، بإحالة من مجلس الدولة أو محكمة النقض "

الأشخاص المخول لهم التقدم بالدفع، و الإجراءات المتبعة أمام تلك الجهات، و كذا تبين كيفية معالجة المجلس الدستوري للمسألة الأولية الدستورية.

أ- الجهات القضائية التي يجوز الدفع أمامها بعدم دستورية حكم قانوني لمساسه بالحقوق الأساسية

إن المسألة الأولية الدستورية يمكن أن تثار من قبل المتقاضي سواء كان هذا المتقاضي مواطن أو أجنبي بغض النظر عن مركزه في الدعوى المهم يكون طرف في نزاع قضائي ذو صبغة مدنية أو جزائية أو إدارية شرط أن تتوافر فيه الصفة و المصلحة، و يكون ذلك أمام الجهات القضائية¹ التابعة لسلم القضاء الإداري التي يأتي على قمته مجلس الدولة، أو أمام الجهات القضائية التابعة لسلم القضاء العادي التي تأتي على قمته محكمة النقض².

و لكن محكمة النقض في قرار لها تحت رقم 11- 109.40 المؤرخ في 9 مارس 2012، قضت بقبول المسألة الأولية الدستورية المحالة إليها من لجنة التحكيم الخاصة بالصحافيين، و هي الهيئة المختصة في تحديد التعويضات المستحقة للصحافيين بقرارات غير قابلة للطعن بالاستئناف في حالة فسخ عقد العمل بمبادرة رب العمل، أو في حالة الفسخ الذي يكون بمبادرة الصحفي على أساس أسباب مردها ضمير الصحفي شرط أن تكون له أقدمية تتجاوز 15 سنة، و قد قبلت محكمة النقض المسألة المحالة إليها من اللجنة

¹ . لقد نصت 61- 1 الدستور المادة من الدستور الفرنسي على الجهات التي تثار أمامها المسألة الأولية الدستورية وهي "... الجهة القضائية..."، وجاء القانون العضوي رقم 2009-1523 المحدد لكيفيات تطبيق أحكام المادة 61- 1 من الدستور، ليحدد الجهات القضائية في المحاكم المختلفة التي تتبع التنظيم القضائي للقضاء العادي، و تلك المحاكم المختلفة التي تتبع التنظيم القضائي الإداري.

Voir: Ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil Constitutionnel, modifiée par... Loi n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, Journal officiel du 11 décembre 2009.

² - Art.23-1 al 04 de l'Ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 modifiée et complétée.

المذكورة أعلاه لأسباب قانونية، على اعتبار أن تلك اللجنة تتمتع بسلطة ذات طبيعة قضائية طالما قراراتها تنفيذية بمجرد إيداعها لدى كاتبة الضبط الجهة القضائية المختصة¹.

ب - أصول سير إجراءات المسألة الأولى الدستورية أمام قاضي الموضوع: إن المسألة الأولى الدستورية و هي أحد صور المنازعات الدستورية للحقوق الأساسية، تخول للمتقاضي الحق في الدفع بعدم دستورية نص تشريعي لمساسه بالحقوق و الحريات المضمونة في الدستور أمام الجهات القضائية التابعة للقضاء الإداري أو القضاء العادي، فالدفع المقدم أمام قاضي الموضوع سواء على مستوى المحكمة الابتدائية، أو محكمة الاستئناف تجعل منه المشرف على المرحلة الأولى من تصفية الدفوع بعدم الدستورية، لكن ذلك الإجراء مرتبط بشكليات مستمدة من نص المادة 61-1 و القانون العضوي 2009 - 1523 المؤرخ في 10 ديسمبر 2009، و الذي دخل حيز التنفيذ بتاريخ 01 مارس 2010، على المتقاضي أن يحترمها تحت طائلة عدم قبول الدفع، فيجب أن تتوافر في المسألة شروط يمكن تقسيمها إلى شروط شكلية، و شروط موضوعية.

1- الشروط الشكلية للمسألة الأولى الدستورية: إن الشروط الشكلية هي ذات طابع إجرائي لا تتعلق بجوهر الحقوق محل الحماية الدستورية في المنازعة الدستورية و هي:

1-1 - يجب أن يقدم الدفع بواسطة عريضة مكتوبة تحمل عنوان المسألة الأولى الدستورية تحدد النص التشريعي محل الدفع لمخالفته للحقوق الأساسية المحمية دستوريا، تكون تلك العريضة مستقلة عن عرائض الدعوى المتعلقة بالموضوع الأصلي حتى و إن كانت الإجراءات القضائية للمنازعة الأصلية شفاهية كما هو الحال أمام القضاء الجزائي، كل ذلك من أجل أن تتفصل المنازعة الدستورية على منازعة الموضوع، و لم يحدد أجلا

¹ - Bertrand MATHIEU, Question prioritaire de constitutionnalité -La jurisprudence (mars 2010 novembre 2010) , Lexis Nexis, Paris, 2010, pp.9-8.

قانوني للفصل فيها على مستوى المحاكم الابتدائية أو محاكم الاستئناف¹، و يترتب على ذلك وقف النظر في موضوع الدعوى إلى غاية الفصل في المنازعة الدستورية.

و في هذا الصدد نجد محكمة النقض الفرنسية رفضت الدفع بعدم القبول على اعتبار أن العريضة المتضمنة الدفع لم تتضمن عبارة: "المسألة الأولية الدستورية"، كما حددت محكمة النقض أجل إيداع عريضة المسألة الأولية الدستورية بموجب قرار صادر عنها بتاريخ 11 جانفي 2011، حيث اشترطت أن يكون إيداع العريضة قبل إيداع المستشار المقرر لتقريره، و إلا كانت المسألة الأولية الدستورية مرفوضة لعدم القبول بالنظر للمادة 590 من قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي، أما مجلس الدولة الفرنسي قضى بقبول إثارة المسألة بعد التماسات المقرر العام في الجلسة العلنية².

1-2 - يجب أن تكون العريضة المتضمنة المسألة الأولية الدستورية مسببة، و ذلك بتأسيسها على مخالفة الحكم التشريعي للحقوق الأساسية³، و هنا يطرح التساؤل ما هي النصوص التي يستند عليها المتقاضي لتبرير دفعه؟ فهي بطبيعة الحال النصوص المتعلقة بالحقوق و الحريات التي استقر عليها اجتهاد المجلس الدستوري الفرنسي و التي تنتمي للكتلة الدستورية، و هي دستور 04 أكتوبر 1958 و ديباجته، إعلان حقوق الإنسان و المواطن لعام 1789 الذي ينص على الحقوق الطبيعية للإنسان و المواطن، مثل حق

¹- Dominique ROUSSEAU, La question prioritaire de constitutionnalité, 2^e édition, Lextenso édition, Paris, 2012, p. 137.

² - Bertrand MATHIEU, Question prioritaire de constitutionnalité La jurisprudence (mars 2010 novembre 2010), op.cit, p.13.

³. و في هذا الصدد نجد أن محكمة النقض الفرنسية تقضي بعدم قبول المسألة الأولية الدستورية في حالة ما إذا لم تكون تحتوي على الأسباب الكافية التي على أساسها تجعل من النص التشريعي مخالف للدستور، هذا ما أقرته الغرفة الجنائية لمحكمة النقض في قرارها سنة 2013 " يتضح من خلال المذكرات و كيفيات تحريرها، أنه لا يمكن لمحكمة النقض ممارسة رقابتها المحددة بموجب المادة 23 4. من الأمر المؤرخ في 7 نوفمبر 1958 المعدل و المتمم و المتعلق بالقانون العضوي للمجلس الدستوري (Cass. crim., 19févr. 2013, n° 13-80.336)، و هو نفس الموقف اتخذته الغرفة المدنية لمحكمة النقض التي رفضت هي الأخرى المسألة الدستورية الأولية الغير المسببة في قرار لها مؤرخ في سنة 2013 الذي جاء فيه بأن "لا المسألة في حد ذاتها، و لا المذكرات المتضمنة المسألة، يبينان مخالفة النص التشريعي المطعون فيه للمادة المبادئ المبنية عليها المادة 4 من إعلان حقوق الإنسان و المواطن" (Cass.civile 1er, 28 mars 2013, n° 13-40.001)

الملكية، المساواة، الحرية، عدم رجعية قواعد قانون العقوبات، و مقدمة دستور 1948، تلك المقدمة جاءت لتتص على الحقوق الاقتصادية و الاجتماعية مثل الحق في الإضراب، مبدأ المشاركة، و الحق النقابي، و ميثاق البيئة لسنة 2005 الذي نص على حقوق و التزامات الجيل الثالث.

و قد اعتمد المجلس الدستوري لأول مرة على ذلك الميثاق بموجب قرار له صادر في 28 أبريل 2005 تحت رقم 514-2005 في الحثية 37 منه، لتجسيد الحق في التنمية المستدامة عملا بالمادة 6 من الميثاق¹.

يضاف لتلك النصوص الرسمية قواعد جسدها المجلس الدستوري من خلال اجتهاداته المتعاقبة، و التي إستقر عليها عمل المجلس في مجال حماية الحقوق الأساسية منذ صدور قرار سنة 1971 الشهير المتعلق بالجمعيات، وهي المبادئ الأساسية المعترف بها في قوانين الجمهورية التي اشترط المجلس في قرار له بتاريخ 20 جويلية 1988، على أن يكون أصلها مستمد من الأحكام التشريعية لقوانين الجمهورية، و أن يكون تطبيقها بشكل ثابت في قوانين الجمهورية²، كحرية تكوين الجمعيات، حرية التعليم، الحريات الشخصية، اختصاص القضاء الإداري في الفصل منازعات تجاوز السلطة، سلطات السلطة القضائية في مواد الحقوق العقارية، استقلالية أساتذة الجامعة، استقلالية القضاء الإداري، احترام حق الدفاع.

و عليه، فالمجلس تطبيقا للمادة 61-1 من الدستور و المادة 23-1 من القانون العضوي المؤرخ في 10 ديسمبر 2009، و من خلال اجتهاداته العديدة في مجال المسألة الأولية الدستورية، أكد على أن كل الحقوق و الحريات التي تشكل جزء من الكتلة الدستورية هي التي تكون محل حماية في إطار إجراءات المسألة الأولية الدستورية، و لكن المجلس يسهر دائما على تأطير تلك الحماية بناء على تفسير الدستور، فقد رفض مسألة أولية

¹- CC n°2005-514 DC du 28 avril 2005, cf. site www.conseilconstitutionnel.fr.

²- CC n°88-244 DC du 20 juillet 1988, cf. site www.conseilconstitutionnel.fr.

دستورية تضمن موضوعها الطعن في اختصاص المشرع، و أكد على أن المسألة الأولية الدستورية لا يمكن إثارتها إلا في إطار حماية الحقوق و الحريات المضمونة بموجب الدستور بمقتضى قرار للمجلس مؤرخ في 18 جوان 2010¹.

إذا، فما على المتقاضي إلا إثبات بكل الوسائل وجود تناقض بين النص التشريعي محل الطعن و الحقوق و الحريات المضمونة في الكتلة الدستورية في العريضة المتضمنة الدفع عن طريق المسألة الأولية الدستورية، هذا ما نصت عليه المادة 23 - 1 من القانون العضوي رقم 2009 -1523 على أن: " يتم تقديم الأدلة عن انتهاك القانون التشريعي للحقوق و الحريات التي يكفلها الدستور للمحاكم التابعة لمجلس الدولة أو محكمة النقض، تحت طائلة عدم القبول، في وثيقة منفصلة و معللة، يمكن لهذه الأدلة أن تقدم للمرة الأولى في دواعي الاستئناف، لا يجوز للقاضي إثارتها من تلقاء نفسه..."².

و تؤكد المادة المذكورة أعلاه، على أنه لا يمكن للقاضي إثارتها من تلقاء نفسه، و هو يعد أحد السلبيات التي شابت القانون العضوي رقم 2009 -1523 ، لأنه لا يعقل أن يقيد قاضي الموضوع في مسألة على درجة من الأهمية تتعلق بحفظ مبدأ سمو الدستور الذي لا يمكن تحقيق مقاصده إلا بمنح القضاء كل الوسائل القانونية لتكريس المبدأ واقعيًا، و من ثم كان من الأجدر منح القاضي سلطة إحالة القانون المشكوك في دستوريته إلى المجلس الدستوري، لكن المشرع العضوي الفرنسي اختار التقيد بالتفسير الصارم و الضيق في نفس الوقت لنص المادة 61-1 من الدستور الفرنسي، و من ثم يمكن إرجاع اللوم على المؤسس الفرنسي واضع الدستور و ليس على المشرع العضوي.

¹ -CC n° 2010-5 QPC du 18 juin 2010, cf. [sitewww.conseilconstitutionnel.fr](http://www.conseilconstitutionnel.fr).

² -Art. 23-1, de l'Ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 modifiée et complétée.

و لكن هذا لا ينفى في الواقع العملي أن القضاة، يمكن لهم تنبيه الخصوم، بإحاطة المحامين¹ أن القانون الذي سيطبق للفصل في موضوع القضية يثير إشكال من حيث دستوريته لمخالفته الحقوق و الحريات المضمونة في الدستور، و أنهم على استعداد لدراسة باهتمام تلك المسألة لو أثبتت أمامهم، و لكن يبقى دائما الدفع بعدم الدستورية هو إجراء لصالح المتقاضي و حق شخصي له، قد يستعمله كوسيلة للدفاع عن مصالحه إن رأى ذلك مناسبا لتحقيق إستراتيجية دفاعه التي هو حر في اختيارها و لا يمكن للقاضي فرضها عليه²، لأن المتقاضي كذلك له كل الحرية في عدم اللجوء لذلك الإجراء إن رأى ذلك مناسبا.

1-3 - يجب أن يكون النص محل الدفع هو الذي يطبق على النزاع الأصلي، أو على إجراءاته، أو يكون أساس للمتابعة الجزائية، فإذا تبين للجهة القضائية على جميع درجات التقاضي التابعة للقضاء العادي أو القضاء الإداري، أن الحكم التشريعي المطعون في دستوريته لا يتصل بالنزاع المعروض عليها فإن ترفض المسألة المثارة و تستمر في النظر في دعوى الموضوع.

2- الشروط الموضوعية للمسألة الأولية الدستورية: إن الشروط الموضوعية هي التي تتعلق بجوهر المسألة الأولية الدستورية و هي:

2-1 - يجب أن يكون الدفع منصب على حكم تشريعي، أي نص قانوني صادر عن البرلمان³ بدون تحديد تاريخه، فقد يكون قانون تاريخه سابق أو لاحق لتاريخ صدور الدستور

¹ - يمكن للمتقاضي أن يباشر الدفع بنفسه دون توكيل محامي، ولكن في بعض الحالات يكون ملزم بتوكيل محامي يتولى نيابة عنه إثارة المسألة الأولية الدستورية، و ذلك أمام الجهات القضائية التي يشترط فيها القانون التمثيل الوجوبي بمحامي، أما إذا لم يشترط القانون ذلك، فإنه يمكن للمتقاضي تولى إجراء إثارة المسألة الأولية الدستورية أصالة على نفسه.

Voir: "12 questions pour commencer", disponible en ligne à l'adresse :<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-question-prioritaire-constitutionnalite/decouvrir-la-qpc/12-questions-pour-commencer.47107.html>.

² - Guy CARCASSONNE , Olivier DUHAMEL, QPC la question prioritaire de constitutionnalité , 2e édition avec Aurélie DUFFY, Dalloz, Paris, 2015, pp. 42-43.

³ - و هي نفس الشروط الموضوعية التي إشتراطها المؤسس الجزائري وفقا للمادة 188 من التعديل الدستوري لسنة 2016، و كرسها في القانون العضوي رقم 18-16 المؤرخ في 2 سبتمبر 2018 المحدد لشروط و كفايات تطبيق الدفع بعدم الدستورية، للمزيد من

الفرنسي لسنة 1958، و من ثم كل القوانين و بدون تحديد تاريخ إصدارها يمكن أن تكون محل إجراء المسألة الأولية الدستورية.

و عليه، هذا الإجراء سيعمل و بدون أي شك على تطهير النظام القانوني من النصوص القانونية الغير دستورية، و قد أكد مجلس الدولة الفرنسي على أن الأحكام التشريعية المقصود بها القوانين العادية، و القوانين العضوية، و كذلك الأحكام القانون المتعلقة بإقليم كاليدونيا الجديدة، و يجيز مجلس الدولة الطعن عن طريق المسألة الأولية الدستورية في تفسير القاضي للنص التشريعي، طالما أن ذلك التفسير مرتبط بالنص التشريعي محل الطعن¹، و لا عبرة بأن يكون النص التشريعي محل الدفع قد تم إلغاؤه أو تعديله بعد تسجيل الطعن عن طريق المسألة الأولية الدستورية، ما دام أن ذلك النص التشريعي يطبق على النزاع².

الملاحظ بأن قبل تعديل الدستوري الفرنسي لسنة 2008، الكتلة الدستورية كانت تخضع بحماية أقل بالمقارنة مع قواعد القانون الدولي المنبثقة من المعاهدات و التعهدات الدولية، لأن القاعدة القانونية كان يمكن استبعادها من قبل المحاكم التابعة للقضاء الإداري و العادي لمخالفتها التعهدات الدولية، في حين أنه لا يمكن استبعاد القاعدة القانونية من قبل تلك المحاكم لمخالفتها الدستور، لأنه لم يكن بإمكان الهيئات القضائية إخطار المجلس الدستوري، و من ثم فالقوانين تكون محصنة من الرقابة الدستورية أمام السلطة القضائية عكس رقابة احترام تلك القانون للمعاهدات، و هو أمر غير منطقي بحيث لا يمكن الفصل

التفاصيل أنظر : محمد بوسلطان، «إجراء الدفع بعدم الدستورية : آفاق جزائرية جديدة ، مجلة المجلس الدستوري»، مجلة نصف سنوية متخصصة، العدد 8، 2017، ص ص 14-18.

¹ - C E, 16 juillet 2010, 10ème et 9ème sous-sections réunies, n° 334665, disponible en ligne à l'adresse : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?IdTexte=CETATEXT000022487080>.

² - C E, 23 juillet 2010, 9ème et 10ème sous-sections réunies, n° 340115, disponible en ligne à l'adresse : www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?IdTexte=CETATEXT000022513085.

بين علاقة الدستور أي الكتلة الدستورية و ما تحتويه من حقوق أساسية بالاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان من بينها اتفاقية حقوق الإنسان الأوروبية¹.

بناء على ما سبق، و تفسيرا لنص المادة 61-1 من الدستور الفرنسي و كذا القانون العضوي لسنة 2009 المتعلق بكيفيات تطبيق تلك المادة، يتبين أن أعمال لسلطة التنفيذية لا يمكن أن تكون محل إجراء المسألة الأولية الدستورية، فلا يمكن الطعن في دستورية النصوص التنظيمية الصادرة عن السلطة التنفيذية هذا ما أقره المجلس الدستوري الفرنسي بموجب قرار صادر عنه بتاريخ 22 جويلية 2011 تحت رقم 2011-152²، تلك النصوص في الحقيقة تخضع لرقابة مجلس الدولة الفرنسي، وهي رقابة شرعية أي رقابة تتعلق بمدى تطابق التنظيم مع التشريع، و لكن مجلس الدولة يمارس نوع من الرقابة الدستورية بخصوص التنظيمات في حالة ما إذا لم يكن هناك سند تشريعي للتنظيم، فيبحث مجلس الدولة الفرنسي في مدى تطابق التنظيم مع الدستور.

2-2 يجب أن لا يكون هناك قرار للمجلس الدستوري سابق فصل في تسببيه، أو في منطوقه بدستورية ذلك النص، إلا إذا تغيرت ظروف تطبيق النص محل الطعن، و هذا بطبيعة الحال شرط منطقي لأن قرارات المجلس الدستوري غير قابلة لأي طعن و هي ملزمة للسلطات العامة و لجميع السلطات الإدارية و القضائية³.

فالمجلس الدستوري الفرنسي أكد على أن: " مسألة تغير الظروف قد تتعلق بتطبيق القاعدة الدستورية، أو تتعلق بظروف موضوعية أو أوضاع قانونية جديدة تمس القاعدة التشريعية محل الدفع بعدم الدستورية"⁴، و لا يعد تغير الظروف القانونية التغير في قواعد

¹- Valérie GOSEL- LEBIHAN, Contentieux constitutionnel, ellipses, 2010, pp.70-72.

²- C E, 11 mars 2011 , 2ème et 7ème sous-sections réunies, n° 341658, disponible en ligne à l'adresse : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000023690743>.

³- Art. 62 al 2, de la Constitution Française du 4 octobre 1958.

⁴-Valérie GOESEL- LEBIHAN , op.cit , p.74.

الإسناد الدستورية، أو التغير في اجتهاد المجلس الدستوري، لأن قرارات المجلس الدستوري هي ملزمة للسلطات الدستورية و لكنها لا تلزمه و إلا فإنها تعيق تطور إجتهد المجلس¹.

و لكن تثير مسألة تغير الظروف الموضوعية أو المادية، لتطبيق النص محل الدفع بعدم الدستورية جانب من الصعوبة و الدقة، فليس من السهل الإحاطة بها، فنجد مثلا في قرار المجلس الدستوري المؤرخ في 30 جويلية 2010 المتعلق بالفصل في مسألة أولية دستورية تم رفعها من قبل مجموعة من المتقاضين، تلك المسألة كانت محل إحالة من محكمة النقض بموجب أمر مؤرخ في 31 ماي 2010 تحت رقم 12030، و تتعلق المسألة بالدفع بعدم دستورية قانون المحدد للحبس تحت ذمة التحقيق.

و قد دفع أحد أطراف الخصومة بمسألة عدم تغير الظروف بناء على أن: " قرار سابق صادر عن المجلس الدستوري بتاريخ 2 مارس 2004 الذي أعلن المجلس آنذاك بتوافق الأحكام المتعلقة بالحبس المؤقت لاسيما المادة 01 و 14 من قانون الإجراءات الجزائية، و نظرا لغياب أي تغير للظروف منذ اتخاذ القرار المذكور في 2 مارس 2004 المتعلق بمكافحة الإجرام و الجنوح المنظم، فإنه لا يمكن للمجلس الدستوري النظر مجددا في هذه الأحكام مع الدستور المتعلق بمكافحة الإجرام و الجنوح المنظم "².

و قد رد المجلس على ذلك الدفع بالرفض على أساس أن الظروف قد تغيرت، فجاء في تسببيه بأن: " التطورات ساهمت في إشاعة اللجوء إلى الحبس على ذمة التحقيق حتى الانتهاكات البسيطة، و عززت من أهمية التحقيق الشرطي في تكوين العناصر التي على أساسها يحاكم الشخص المشتبه به، بعد ذلك تخطى عدد ما أتخذ من تدابير الحبس على ذمة التحقيق 790 ألف تدبير في العام 2009، و أن هذه التغييرات في إجراءات القانون و

¹ - زهير شكر، النظرية العامة للقضاء الدستوري، الجزء الأول...، المرجع السابق، ص.486.

¹ _ قرار المجلس الدستوري الفرنسي رقم 14/22 QPC- 2010 المؤرخ في 30 جويلية 2010، ترجمة للعربية منشورة على الموقع الرسمي للمجلس الدستوري الفرنسي على الرابط التالي:

http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseilconstitutionnel/root/bank_mm/arabe/ar201014_22qpc.pdf

في الوقائع تبرر إعادة النظر في دستورية الأحكام المطعون فيها " ¹، و هذا يثبت أن اجتهاد المجلس الدستوري الفرنسي غير ثابت بل يتطور مع المستجدات، وعلى ذلك الأساس كان المشرع العضوي جد متبصرًا بوضع استثناء بإمكانية العودة على قرار المجلس الدستوري، الذي قضى في منطوقه أو تسببيه بدستورية حكم تشريعي في حالة ما إذا تغيرت الظروف ².

إن عنصر " تغير الظروف " المتعلقة بتطبيق النص التشريعي، يخضع للسلطة التقديرية للجهات القضائية الدنيا التابعة لمجلس الدولة و محكمة النقض، و أمام مجلس الدولة و محكمة النقض، و هو عنصر غير محكوم بضوابط دستورية و قانونية، فالسلطة القضائية تتولى مهمة البحث إن كانت تتوافر ظروف جديدة تتعلق بتطبيق النص التشريعي كي يتسنى لها قبول المسألة الأولية الدستورية، ولكن تقدير تلك الظروف من قبل الجهات القضائية المختلفة قد لا يكون بشكل موضوعي، مما قد يعيق إحالة المسألة الأولية على المجلس الدستوري.

2-3 - يجب أن تكون المسألة الأولية الدستورية لها وصف جدي، و هنا كذلك يتمتع قاضي الموضوع و كذا بحسب الحالة، مجلس الدولة أو محكمة النقض بسلطة تقدير إن كانت المسألة الأولية جدية من خلال تحديد أولويتها في النزاع مما قد يشكل هو الآخر عائق في إحالة المسألة على المجلس الدستوري، و ذلك لإمكانية تعسف الجهات القضائية في تفسير وجود الوصف الجدي من عدمه، و من ثم قد يحرم المتقاضي من حماية حقوقه و حرياته المضمونة في الدستور.

و في الأخير، عندما يتصدى قاضي الموضوع للمسألة الأولية الدستورية يمكن التمييز بين حالتين، الحالة الأولى لما يقضي قاضي الموضوع برفض الدفع بعدم الدستورية لعدم توافر أحد الشروط الشكلية و الموضوعية المذكورة أعلاه، فإنه في تلك الحالة يفصل

¹ - قرار المجلس الدستوري الفرنسي رقم 2010 14/22 - QPC المؤرخ في 30 جويلية 2010.

² - Art. 23-2, de l'Ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 modifiée et complétée.

في موضوع القضية و يطبق النص محل الدفع على النزاع إن كان بطبيعة الحال هو الذي يحكم الخصومة، و في هذه الحالة لا يمكن للمتقاضي الطعن في قرار القاضي برفض الدفع إلا مع الحكم القطعي الفاصل في كل أو جزء من الموضوع، و الحالة الثانية هي قضاء قاضي الموضوع بقبول الدفع بعد الدستورية، بإحالة النص التشريعي محل الطعن في دستوريته على مجلس الدولة أو محكمة النقض بحسب الحالة، و لم يحدد المشرع العضوي أجل لقاضي الموضوع للفصل في قبول الإحالة من عدمه، و لكن حدد له أجل الإحالة على مجلس الدولة و محكمة النقض بثمانية أيام من تاريخ صدور قرار الإحالة مرفق بمستندات القضية، بحيث لا يكون قرار الإحالة قابل لأي شكل من أشكال الطعن¹.

و على قاضي الموضوع توقيف النظر في دعوى الموضوع إلى غاية فصل مجلس الدولة أو محكمة النقض في الإحالة على المجلس الدستوري من عدمه، و في هذه الحالة لا يوقف التحقيق في القضايا الجزائية و الجنائية، و يمكن للمحكمة أن تتخذ الإجراءات المؤقتة و التحفظية اللازمة.

كما أنه لا يمكن تأجيل البت في القضية إذا كان ذلك سيحرم أحد الأشخاص من حرية بسبب الدعوى، أو في حالة إن رأت المحكمة أن توقيف النظر في القضية سيؤدي إلى حدوث ضرر لأحد الأطراف لا يمكن تداركه في المستقبل فعلى المحكمة أن تفصل على الفور في القضايا التي يتعين تسويتها، أو عندما تهدف الدعوى إلى إيقاف إجراء يقيد الحريات، ففي هذه الحالات تفصل المحكمة في دعوى الموضوع، و يستمر التقاضي حول المسألة الأولية الدستورية، و من ثم إذا أحييت المسألة على المجلس الدستوري و قضى بعدم دستورية النص التشريعي محل الدفع، يكون للطرف الذي كان قرار المجلس في صالحة الرجوع على خصمه، و المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي أصابه عن تنفيذ حكم قاضي الموضوع.

¹ - Art. 23-2, de l'Ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 modifiée et complétée.

ج - أصول سير الإجراءات أمام مجلس الدولة و محكمة النقض: إن مجلس الدولة و محكمة النقض هما المشرفان على المرحلة الثانية من التصفية تطبيقا للمادة 61 - 1 من الدستور الفرنسي، فلا يمكن للمجلس الدستوري الفرنسي التصدي للمسألة الأولية الدستورية إلا بناء على إخطار من مجلس الدولة، و محكمة النقض عندما تتوفر الشروط الشكلية و الموضوعية المذكورة أعلاه، وقد حدد القانون العضوي المؤرخ في 10 ديسمبر 2009 أجل لمجلس الدولة، و محكمة النقض للفصل في إحالة المسألة الأولية الدستورية على المجلس الدستوري و هو ثلاثة أشهر، يوقف مجلس الدولة أو محكمة النقض الفصل في دعوى الأصلية إلى غاية فصله في المسألة الأولية الدستورية، إلا في الحالات الإستعجالية التي يفرض فيها القانون أجلا معين للفصل في قضايا معينة، أو في حالة ما إذا كان توقيف النظر في دعوى الموضوع سيؤدي إلى حرمان أشخاص من ممارسة حرياتهم.

تتأكد الهيئتان و بحسب الحالة من توافر الشروط الشكلية و الموضوعية للمسألة الأولية الدستورية، و بالخصوص التأكد من أن الحكم التشريعي المطعون فيه قابل للتطبيق على النزاع أو على الإجراءات القانونية، أو يمثل أساس للملاحظات، و لم يعلن عن تطابق الحكم التشريعي محل الدفع في التسبب أو منطوق القرار السابق للمجلس الدستوري، إلا إذا تغيرت الظروف، و أن تكون المسألة جديدة و ذات أهمية أي جديّة¹، ولذلك فالنظام الفرنسي للرقابة على دستورية القوانين عن طريق الدفع هو نظام مغلق بالمقارنة مع النظام المعمول به في ألمانيا و إيطاليا الذي يخول لأي محكمة كانت في السلم القضائي حق إخطار المحكمة الدستورية بالدفع بعدم الدستورية².

و في هذا الصدد أكد المجلس الدستوري على أن المسألة الدستورية التي يفصل فيها هي تلك التي تكون بهدف مراقبة نص تشريعي مع تفسير قاعدة دستورية، بدون وجود سابقة

¹-Art. 23-4, de l'Ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 modifiée et complétée, et voir aussi sur Emanuel CARTIER, La QPC, Le procès et ses juges : l'impact sur le procès et l'architecture juridictionnelle, Dalloz, Paris, 2013, pp.401-473.

²-Valérie Goesel- LEBIHAN, Contentieux constitutionnel ,op.cit, p.75.

للمجلس الدستوري تطرق فيها لدستورية ذلك النص التشريعي و من ثم يجب أن تكون المسألة جديدة¹.

كما انه لطابع المسألة الأولية الدستورية الذي لا يمكن وضعها إلا في إطار النظام العام، يمكن الدفع بعدم دستورية حكم تشريعي لمخالفته الحقوق و الحريات و لأول مرة أمام مجلس الدولة أو محكمة النقض²، كما يمكن التقدم بنفس الدفع على أي مرحلة من مراحل التقاضي فهو مقبول و لا يعتبر طلب جديد على مستوى محكمة الاستئناف لأنه من النظام العام.

إن تلك التصفية المسندة لمجلس الدولة و محكمة النقض قد تمثل عائق نحو تحقيق أهداف المسألة الأولية الدستورية، فذلك الأمر يتوقف على وجوب أن تتحلّى الهيئتين القضائيتين بحسن النية لتكريس إرادة المؤسس المعبر عنها في المادة 61 -1 من الدستور الفرنسي، ذلك لأن هناك عقبات عملية قد تعيق الإجراء الرامي لحماية الحقوق و الحريات الدستورية، كرفض مجلس الدولة الفرنسي قوة الشيء المقضي فيه لقرارات المجلس الدستوري و ذلك بموجب قرار مجلس الدولة صادر بتاريخ 22 جوان 2007³.

و يجب التنويه إذا قرر مجلس الدولة أو محكمة النقض بإحالة المسألة الأولية على المجلس الدستوري في غضون ثلاثة أشهر، يجب إرسال كل مستندات الملف للمجلس الدستوري من المذكرات و الطلبات الختامية للأطراف مرفق بقرار الإحالة، و تحال المسألة بقوة القانون في حالة ما إذا لم يفصل مجلس الدولة، أو محكمة النقض في أجل ثلاثة أشهر⁴.

¹ - Valérie Goesel- LEBIHAN, Contentieux constitutionnel ,op.cit, p.76.

² -Art. 23-5, de l'Ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 modifiée et complétée .

³ -Vanessa BARBÉ, François – Xavier MILLET , Droit des libertés fondamentales , Lextenso édition, Paris, 2011, p. 30.

⁴ -Art. 23-7, de l'Ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 modifiée et complétée.

كما أن المسألة الأولية الدستورية تبقى محدودة باعتبارها تنصب على الأحكام التشريعية فقط، و لا يمكن أن يكون محل ذلك الإجراء النصوص التنظيمية الصادرة في المجال التنظيمي لسلطة التنفيذية، في حين التنظيمات تعالج جانب كبير من الحقوق الأساسية يتعين خضوعها للرقابة الدستورية في ظل دولة القانون، مما يتبين أن المنظومة الفرنسية لم تخرج من فلسفة الأفكار الأولى للجمهورية الخامسة التي أنشأت المجلس الدستوري أساسا للحد من سلطة البرلمان و ليس للحد من سلطة السلطة التنفيذية.

4 - أصول سير إجراءات المسألة الأولية الدستورية أمام المجلس الدستوري: إن التصفية التي تباشرها الجهات القضائية التابعة لمجلس الدولة و محكمة النقض، كمرحلة أولى ثم مجلس الدولة و محكمة النقض كمرحلة ثانية، قد تنتهي بإحالة المسألة الأولية الدستورية على المجلس الدستوري، و قد حددت الإجراءات المتبعة أمام المجلس الدستوري الفرنسي بموجب القانون العضوي المؤرخ في 10 ديسمبر 2009، و أكمل المجلس بعض التفصيلات في قرار بتاريخ 04 فيفري 2010¹ يتضمن النظام الداخلي للإجراءات المتبعة أمام المجلس الدستوري في المسألة الأولية الدستورية.

و حدد القانون العضوي للمجلس الدستوري أجل البت في المسألة الأولية الدستورية في غضون ثلاثة أشهر، بحيث يقدم الأطراف ملاحظاتهم بصفة وجاهية، و تحدد جلسة علنية للاستماع لملاحظات الأطراف التي تكون بواسطة محامي الأطراف و ممثلي السلطات العمومية إلا في الحالات الاستثنائية، و في هذا الصدد بمجرد تلقي المجلس إحالة من مجلس الدولة أو محكمة النقض، يتم الإبلاغ على الفور للسلطات العمومية و هي رئيس الجمهورية، الوزير الأول، و رؤساء غرفتي البرلمان لتقديم ملاحظاتهم حول المسألة الأولية الدستورية أمام المجلس الدستوري، و إذا كان الحكم القانوني المطعون فيه متعلق بإقليم

¹ -Règlement intérieur portant sur la procédure suivie devant le Conseil Constitutionnel, pour les questions prioritaires de constitutionnalité du 04 février 2010 publié sur le JO du 17 février 2010.

كاليدونيا الجديدة تبلغ السلطات العليا في ذلك الإقليم¹، و يفصل المجلس في المسألة الأولية الدستورية بقرار معلل يبلغ لجميع الأطراف المتخاصمين و ترسل نسخة لكل من رئيس الجمهورية، الوزير الأول، و رؤساء غرفتي البرلمان، و إلى سلطات إقليم كاليدونيا الجديدة إذا تعلق الطعن بحكم قانوني يتعلق بذلك الإقليم، كما يرسل قرار المجلس لمجلس الدولة أو محكمة النقض، و إن لزم الأمر إلى محكمة الموضوع التي أثير أمامها الدفع بعدم الدستورية، و ينشر قرار المجلس في الجريدة الرسمية و إن لزم الأمر في الجريدة الرسمية لإقليم كاليدونيا الجديدة².

إنه وفي إطار المسألة الأولية الدستورية، فإن المجلس الدستوري يسهر على حماية القواعد الدستورية الشخصية، وليس القواعد الدستورية المنظمة للسلطات العمومية، و من ثم هدف المتقاضي من هذا النوع من الرقابة ليس من أجل تقرير إن كانت الأغلبية البرلمانية سنت قاعدة قانونية تتوافق مع الدستور، و لكن من أجل التأكد إن كان تطبيق القاعدة القانونية هو متوافق مع الدستور³، و من ثم الرقابة اللاحقة التي جاء بها النظام الفرنسي في إطار إجراءات المسألة الأولية الدستورية تؤدي إلى نتيجة على غاية من الأهمية و هي التطبيق المباشر للقاعدة الدستورية، باعتبار أن تعارض القاعدة الأدنى في الهرم القانوني مع القاعدة الدستورية، يؤدي إلى تغليب القاعدة الدستورية لسموها و من ثم تطبيقها.

ثانيا: ضمان الحقوق الأساسية في الدستور الجزائري باستحداث إجراء المسألة الأولية الدستورية

إن كانت المسألة الأولية الدستورية في النظام الفرنسي هي وليدة التطور الدستوري الذي واكب الجمهورية الخامسة الفرنسية، التي اعتبرها الفقه الفرنسي أنها: " ثورة حقيقية"

¹-Art. 23-8 et 23-10, de l'Ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 modifiée et complétée.

² - Art. 23-11, de l'Ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 modifiée et complétée.

³ - Philippe BLACHER, « les sources constitutionnelles des libertés et droits fondamentaux », in Le grand oral, Protection des libertés et droit fondamentaux, L'extenso édition, Paris, 2012, p.165.

باعتبارها أسست إجراءات دستورية تهدف لإشراك المواطنين مع ممثلي الأمة في الرقابة الدستورية¹، فإنه في الجزائر لم يكون وليد تطور مؤسساتي بل عبارة عن نقل للمؤسس لتلك الآلية المعمول بها في النظام الدستوري الفرنسي.

فيتبن من خلال دستور 2016 الجزائري و النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري الصادر بتاريخ 11 ماي 2016، أن الرقابة الدستورية البعدية تقتصر فقط على الرقابة التي يحركها المتقاضيين عن طريق الدفع و يفصل فيها المجلس الدستوري بقرار، و هي المسألة الأولية الدستورية التي أقرها المؤسس المادة 188 من الدستور 2016.

إن تلك المادة تحدد أصحاب الصفة في تحريك المسألة الأولية الدستورية و هم " الأطراف في المحاكمة"، فالدفع يقتصر فقط على أطراف المحاكمة دون المحكمة التي لا يمكن لها إثارة الدفع من تلقاء نفسها و هو نفس النموذج الفرنسي للمسألة الأولية الدستورية.

كما أن الدفع بعدم الدستورية يجب أن ينصب على حكم تشريعي و يقصد هنا المؤسس النصوص القانونية الصادرة عن البرلمان دون النصوص المتعلقة بالالتزامات الدولية الجزائرية أو النصوص التنظيمية صادرة عن رئيس الجمهورية أو الوزير الأول.

كما أن موضوع الدفع يجب أن يتعلق بمخالفة النص التشريعي للحقوق و الحريات، المحمية و المضمنة في الدستور، أي كل الحقوق الأساسية التي تنبثق من الدستور أو بتفسير الدستور، و من ثم لا نتصور أن يكون الدفع متعلق بمخالفة النص التشريعي لنص دستوري ينظم عمل السلطات العمومية، و هذا يجعل من الدفع بعدم الدستورية دعوى شخصية تهدف لحماية حق شخصي منبثق من الدستور.

¹ - Stéphane MOUTON , Quel avenir pour le contrôle à priori , publié sur : Le réflexe constitutionnel. Question sur la question prioritaire de constitutionnalité, bibliothèque nationale Paris, Bruytlant, 2012, p. 192.

و الدفع بعدم الدستورية لا يمكن للمتقاضي إثارته مباشرة من طرف المتقاضي أمام المجلس الدستوري، بل يجب أن يمر على تصفية من قبل المحاكم الدنيا التابعة للقضاء الإداري، والقضاء العادي قد تنتهي بالإحالة على مجلس الدولة أو المحكمة العليا، وهما الهيئتان العليتان في السلطة القضائية اللتان تتمتعان بصلاحيات إخطار المجلس الدستوري حول دستورية النص التشريعي، و من ثمّ لا يمكن للمجلس الدستوري التصدي للدفع المثار من تلقاء نفسه إلا بإخطار من مجلس الدولة أو محكمة النقض، و حدد الدستور أجل أربعة أشهر للمجلس الدستوري ليصدر قراره في المسألة الأولية الدستورية، ذلك الأجل يمكن أن يمدد لأربعة أشهر أخرى بناء على قرار صادر عن المجلس الدستوري، و بعد الفصل يتم و بدون تمهل تبليغ قرار المجلس الدستوري للجهة قضائية صاحبة الإخطار¹.

فيتبين من الرقابة المقررة في المادة 188 من الدستور الجزائري جاءت بنفس الإطار الإجرائي و الموضوعي المنصوص عليه في المادة 61-1 من الدستور الفرنسي، فإن تم القضاء بدستورية النص محل الطعن، تواصل الجهة القضائية التي أثير أمامها الدفع السير في الإجراءات و ذلك بتطبيق ذلك النص القانوني و هذا بعدما يتم إبلاغ الجهة القضائية بقرار المجلس.

أما إذا قرر المجلس عدم دستورية النص القانوني محل الطعن، فانه يترتب آثار على المراكز القانونية، باعتبار إلغاء النص التشريعي الذي كان ساري المفعول يكون قد انشأ مراكز قانونية سابقة عن صدور قرار المجلس، و هذا ما يسمى بالأثر الزمني لقرار المجلس الدستوري حيث نصت المادة 191 فقرة 02 من دستور الجزائري لسنة 2016 على أن: "إذا اعتبر نص تشريعي ما غير دستوري على أساس المادة 188 أعلاه، فإن هذا النص يفقد أثره ابتداء من اليوم الذي يحدده قرار المجلس الدستوري"، ذلك النص منح للمجلس الدستوري صلاحية تحديد تاريخ فقدان النص لأثره القانوني القاضي بعدم دستوريته في إطار آلية

¹ - المادة 189 من التعديل الدستوري الجزائري لسنة 2016.

المسألة الأولية الدستورية، فيمكن للمجلس أن يجعل فقدان النص لأثره القانوني على الماضي، الحاضر أو المستقبل، و هي تحمل نفس مفهوم المادة 62 فقرة 2 من الدستور الفرنسي، التي حددت أثر قرارات المجلس الدستوري الفاصلة في المسألة الأولية الدستورية من حيث الزمان، لتجنب الإخلال الجسيم بالنظام القانوني من خلال ضمان استقرار كافي للعلاقات و المراكز القانونية، ذلك الاستقرار يساهم في حفظ الأمن القانوني.

و مع عدم دخول آلية المسألة الأولية الدستورية حيز النفاذ في الجزائر، التي قررها المؤسس الجزائري، على أن تطبيق آلية المسألة الأولية الدستورية تكون بموجب قانون عضوي، و لا يتصور أن ذلك القانون سيخرج على النموذج الذي جاء به القانون العضوي الفرنسي المؤرخ في 10 ديسمبر 2009 المحدد لكيفيات تطبيق المادة 61-1 من الدستور الفرنسي¹. و في انتظار توفير الظروف القانونية و المادية لإعمال آلية المسألة الأولية الدستورية، فإن المؤسس وضع أجل ثلاث سنوات من تاريخ صدور دستور في 6 مارس 2016 ، كي تدخل تلك الآلية حيز النفاذ فلا يكون ذلك إلا بعد تاريخ 6 مارس 2019².

¹- و بالفعل بالإطلاع على القانون العضوي 18-16 ، مؤرخ في 2 سبتمبر 2018، يحدد شروط و كيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 54، المؤرخة في 5 سبتمبر 2018، أي كيفيات تطبيق آلية الدفع بعدم الدستورية التي جاءت بها المادة 188 من التعديل الدستوري لسنة 2018، فإننا نلمس على العموم أن ذلك القانون مماثل للقانون العضوي الفرنسي المؤرخ في 10 ديسمبر 2009، المتعلق بكيفيات تطبيق المادة 61-1 من الدستور الفرنسي، و ما يثير انتباهنا أن المشرع الجزائري أقتصر على الدفع بعدم دستورية القانون الموضوعي فقط دون النصوص الإجرائية، تفسير لنص المادة 8 من القانون العضوي 18-16 الجزائري التي جاءت عبارته على الشكل التالي: " أن يتوقف على الحكم التشريعي المعترض عليه مآل النزاع أو يشكل أساس المتابعة "، أما القانون العضوي الفرنسي رقم 2009-1523 المؤرخ في 10 ديسمبر 2009 في مادته 23-2 تنص على أن: " وجوب أن يكون الدفع متعلق بنص تشريعي قابل للتطبيق على النزاع أو على الإجراءات أو يشكل أساس للمتابعة"، إذا يشمل الدفع كذلك في النظام الفرنسي النصوص الإجرائية كتلك المتعلقة بالإجراءات الجزائية، المدنية، الإدارية و غيرها، و عليه استبعاد النصوص الإجرائية من الدفع في النظام الجزائري قد يشكل قصور في إعمال آلية الدفع بعدم الدستورية، خاصة و أن النصوص الإجرائية قد تكون مخالفة لحقوق و حريات الأفراد، إلا إذا كان للقضاء العادي و الإداري و المجلس الدستوري رأيا آخر في مسألة تفسير ذلك النص لاحقا.

²- المادة 215 من الدستور الجزائري لسنة 2016.

المطلب الثاني: المسألة الأولى الدستورية أسست للقضاء ممارسة الرقابة الدستورية

إن استحداث المسألة الأولى الدستورية كآلية لحماية الحقوق و الحريات الأساسية، و التي تقوم إجراءاتها على التصفية التي يتولاها، القضاء الإداري و القضاء العادي قبل الإحالة على المجلس الدستوري، كل ذلك جعلها تؤسس و بصفة رسمية لنوع جديد من الرقابة الدستورية تمارسها الجهات القضائية المختلفة، بعدما كان المجلس الدستوري يحتكر لوحده مسألة البحث في دستورية القوانين، و هو ما سنتطرق له من خلال القضاء الإداري و العادي: قاضي دستوري سلبي (الفرع الأول)، أو ينتهي بإحالة على المجلس الدستوري و هو ما سنتطرق له من خلال القضاء الإداري و العادي: قاضي دستوري ايجابي (الفرع الثاني).

الفرع الأول- القضاء الإداري و العادي: قاضي دستوري سلبي

إن المؤسس الفرنسي لما استحدثت المسألة الأولى الدستورية، احتاط بوضع آليات إجرائية للحد من الطعون الدستورية الغير المؤسسة و ذلك عن طريق نظام لتصفية، و هو ما سنتطرق له من خلال قاضي الموضوع درجة أولى للتصفية (أولاً)، و الهيئات القضائية العليا درجة ثانية للتصفية (ثانياً).

أولاً- قاضي الموضوع درجة أولى للتصفية: إن القضاء الإداري و العادي ليس له صلاحية إثارة المسألة الأولى الدستورية من تلقاء نفسه¹، فذلك الأمر يعود للمتقاضي الذي له الحق في الدفع بعدم دستورية النص التشريعي إذا كان مخالفا للحقوق الأساسية المضمونة بموجب النصوص ذات الطبيعة الدستورية، فالمسألة الأولى الدستورية تعد منشأة للمنازعة الدستورية

¹ - هذا ما أقره مجلس الدولة في قرار له بتاريخ 22 فيفري 2013 على أن المسألة الأولى الدستورية لا يمكن أن ترفع بمبادرة القاضي فهي غير مقبولة إذا لم تكون بمبادرة المتقاضيين.

Voir: C E, 22 février 2013, Sous-sections réunies, n° 356245, disponible en ligne à l'adresse: <http://arianeinternet.conseilletat.fr/arianeinternet/getdoc.asp?id=196783&fonds=DCE&item=2>.

للحقوق الأساسية، فإن كان القضاء الإداري و العادي غير مختص بالقول بأن النص متطابق أو غير متطابق مع الدستور، لأن تلك الصلاحية تعود للمجلس الدستوري بناء على النظام المركزي للرقابة، فإن القضاء الإداري و العادي له صلاحية البحث في دستورية النص التشريعي.

فسواء القضاء الإداري أو القضاء العادي، لما يتقدم المتقاضي بدفع بعدم الدستورية أمام المحاكم و محاكم الاستئناف يكونان مجبران على البحث في بادئ الأمر على مدى استيفاء شروط المسألة الأولية الدستورية و التي تطرقنا إليها بالتفصيل أعلاه و التي تتمثل بالأساس في:

1- وجوب أن يكون الدفع متعلق بنص تشريعي قابل للتطبيق على النزاع أو على الإجراءات أو يشكل أساس للمتابعة.

2- لم يعلن عن تطابقه في تسبب أو في منطوق قرار للمجلس الدستوري، إلا إذا تغيرت الظروف.

3- أن تكون المسألة الأولية الدستورية ذات أهمية.

هذه الشروط وضعتها المادة 23- 2 من القانون العضوي المتعلق بالمجلس الدستوري الفرنسي، و هي شروط تقيد المحاكم الابتدائية و محاكم الاستئناف التابعة لمجلس الدولة و محكمة النقض¹، فعدم توافر تلك الشروط المذكورة أعلاه و الشروط الشكلية التي تطرقنا لها بالتفصيل أعلاه، سيؤدي بالمحكمة التابعة لمجلس الدولة أو محكمة النقض رفض قبول المسألة الأولية الدستورية، و هذا سيضع القاضي الإداري أو العادي كقاضي سلبي في معالجة المنازعة الدستورية، فبناء على الشروط الدستورية المنصوص عليها في المادة 61 - 1 من الدستور، و الشروط التي فصلها القانون العضوي المحدد لكيفيات تطبيق

¹ - عليان بوزيان، «آلية الدفع بعدم الدستورية و أثرها في تفعيل العدالة الدستورية»، مجلة المجلس الدستوري، مجلة نصف سنوية متخصصة، العدد 2، 2013، ص ص.76-70.

المادة 61 -1 من الدستور. سيتحقق من صحة دفع المتقاضي من خلاله ما يثيره من مخالفة النص التشريعي الذي يحكم قضيته لحق أو حرية يكفلها الدستور، و من ثمّ سيبحث القاضي في إن كان ذلك الحق أو الحرية هو حقيقة مضمون بموجب الدستور¹، كل ذلك يجعل من القاضي الإداري و العادي ، قاضي دستوري.

و هناك بعض الشروط التي وضعت من قبل المشرع الفرنسي إضافة إلى الشروط الدستورية و العضوية، كضرورة عدم إحالة المسألة الأولية الدستورية التي سبق و أن أحيلت على محكمة النقض أو أخطر بشأنها المجلس الدستوري و التي تؤسس على نفس أسباب مخالفة النص التشريعي للحقوق و الحريات التي يكفلها الدستور، و في هذه الحالة يوقف القاضي الفصل في القضية إلى غاية فصل محكمة النقض أو مجلس الدولة في الإحالة على المجلس الدستوري، أو انتظار قرار المجلس الدستوري².

إن رفض قاضي المحاكم الدنيا إحالة المسألة الأولية الدستورية على مجلس الدولة يكون بقرار³، أما محكمة النقض يكون بأمر مسبب منفصل عن دعوى الموضوع، و لكن لا يمكن الطعن في ذلك القرار أو الأمر إلا مع الحكم الفاصل في جزء أو كل نزاع الموضوع.

و في هذا المجال لقد نص قانون القضاء الإداري على أن الطعن في قرار رفض الإحالة على مجلس الدولة للمسألة الأولية الدستورية، لا يكون إلا مع الحكم الفاصل في كل أو في جزء من النزاع، و ذلك بعريضة مسببة منفصلة على عرائض موضوع الدعوى و مرفقة بطبيعة الحال بنسخة من قرار رفض الإحالة، و يجب أن يسجل ذلك الطعن في

¹- Jean- Éric GICQUEL , op.cit, p.108.

²-Article 126, 126-5 du code de procédure civil Français, édition 2018 - Accord de licence Légifrance , et voir aussi l'Article R 49-26 du code de procédure pénale Français édition 2018 - Accord de licence Légifrance.

³- Art. R 771-3 du code justice administrative française, édition 2018 de La Bibliothèque Juridique.

الأجل القانوني المقرر للاستئناف أو الطعن بالنقض، كل ذلك يجب أن يتم الإشارة له في محضر تبليغ قرار رفض الإحالة.

إن عدم التنويه في محضر تبليغ قرار رفض الإحالة بآجال الطعن، لا يمكن معه لقاضي الاستئناف أو قاضي النقض التصريح بعدم قبول الطعن إذا تم تسجيل الطعن خارج الأجل القانوني، و قد أكد مجلس الدولة الفرنسي بقرار مؤرخ في 21 مارس 2011 على أنه : " لا يمكن للمتقاضي أن يطعن في قرار رفض الإحالة الصادر عن المحكمة الابتدائية أو محكمة الاستئناف بدون تسجيل ذلك الطعن في الأجل القانوني "¹.

و تجدر الملاحظة أنه يمكن إثارة المسألة الأولية الدستورية أمام المحكمة الابتدائية الإدارية أو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف، و حتى لأول مرة أمام مجلس الدولة، و لكن لو أثبتت تلك المسألة لأول مرة أمام المحاكم التابعة لمجلس الدولة، و رفضت الإحالة على مجلس الدولة، و لم يطعن قرار الرفض مع الحكم القطعي في وقته فيصبح قرار رفض الإحالة نهائياً، و من ثم لا يمكن إثارة نفس المسألة الأولية الدستورية أمام مجلس الدولة التي أثبتت أمام قاضي الموضوع و رفض إحالتها على مجلس الدولة، إلا إذا كانت مؤسسة على وسائل دفاع جديدة ².

و في نفس السياق فإن محكمة النقض الفرنسية³ اتخذت موقف آخر مغاير تمام لموقف مجلس الدولة الفرنسي، بخصوص قرار رفض الإحالة الذي اعتبرته أنه ليس له أي

¹-Dominique ROUSSEAU , La question prioritaire de constitutionnalité , 2^e édition,...op.cit, p. 145.

²- C E ,1er février 2011, 8ème et 3ème sous-sections réunies, n°342539 , disponible en ligne à l'adresse:

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000023564155&fastReqId=371991354&fastPos=1>.

³. تجدر الملاحظة أن محكمة النقض الفرنسية رفضت فكرة الرقابة الدستورية من أساسها في قرار قديم صادر عنها بتاريخ 11 ماي 1830 و التي اعتبرت فيه أن: " القانون المتداول عليه و المصادق عليه طبقاً للأوضاع الدستورية هو القانون الذي يطبق في المحاكم و لا يمكن أن يكون محل طعن بعدم الدستورية "، أي أن المحكمة أقرت بعدم اختصاصها للنظر في المنازعة الدستورية من خلال السهر على حماية مبدأ سمو الدستور.

اثر قانوني و بالتالي ليس لازما الطعن فيه، و من ثم يمكن للمتقاضي إعادة طرح نفس المسألة الأولية الدستورية التي رفض إحالتها على قاضي الاستئناف أو محكمة النقض، فذلك الموقف يخالف في حقيقة الأمر قوة الشيء المقضي فيه، كما يجعل أن هناك اختلاف في معالجة المسألة الأولية الدستورية بين القضاء الإداري و العادي، في حين أن المؤسس و المشرع العضوي أخضعا إجراءات المسألة الأولية الدستورية إلى نفس النظام الإجرائي¹.

و يتبين من خلال نصوص القانون العضوي الفرنسي لسنة 2009، بأنه لم يحدد للجهات القضائية التابعة للقضاء الإداري أو العادي أجلا للفصل في المسألة الأولية الدستورية، و لكن حدد أجل ثمانية أيام للجهات القضائية من تاريخ صدور قرار الإحالة لإحالة ملف الدعوى، متضمن جميع المذكرات و وثائق الأطراف لمجلس الدولة أو محكمة النقض، طبقا لنص المادة 23 - 2 من الأمر المؤرخ في 7 نوفمبر 1958 المدرجة بالقانون العضوي المؤرخ في 10 ديسمبر 2009، و يتبين أن تلك المادة لم ترتب جزاء على مخالفتها.

ثانيا- الهيئات القضائية العليا درجة ثانية للتصفية: إن إحالة المسألة الأولية الدستورية على مجلس الدولة و محكمة النقض كمرحلة ثانية لتصفية الدفع بعدم الدستورية و هي المرحلة النهائية قبل الإحالة على المجلس الدستوري، يجعل من الهيئتين القضائيتين العليتين يلعبان دور القاضي الدستوري، ذلك الدور يكون في بعض الحالات سلبي و ذلك لما يتم رفض إخطار المجلس الدستوري بالمسألة الدستورية الأولية.

إن مجلس الدولة و محكمة النقض لهما أجل ثلاثة أشهر للفصل في الإحالة على المجلس الدستوري من تاريخ تلقي الإحالة من الجهات القضائية الدنيا، و بفوات ذلك الأجل، فإن المسألة تحال على المجلس الدستوري بقوة القانون.

Nicolas MOLFESSIS, «La résistance immédiate de la Cour de cassation à la QPC», Revue Pouvoirs, n°137, 2011/2, p.83.

¹ - Dominique ROUSSEAU , La question prioritaire de constitutionnalité , 2^e édition ...,op.cit,p. 145.

إن مجلس الدولة و محكمة النقض يلعبان في إجراءات المسألة الدستورية الأولية الدستورية دور القاضي المصفي (juge du filtre) الثاني بعد التصفية التي تشرف عليها الهيئات القضائية الدنيا، فازدواجية التصفية (double filtrage) المقررة في الدستور و القانون العضوي هي من أجل تجنب إثقال كاهل المجلس الدستوري بطعون غير جدية، و من ثم فإن الهيئتين القضائيتين تفحصان بتعمق مسألة توافر شروط الإحالة على المجلس الدستوري من الناحية الشكلية و الموضوعية، و ذلك طبقا لنص المادة 23-4 من القانون العضوي المؤرخ في 7 نوفمبر 1958 المعدل و المتمم، تلك المادة أكدت على أن مجلس الدولة و محكمة النقض يقومان ببسط رقابتهما على أحكام قاضي الموضوع من خلال مدى توافر الشروط الأساسية في المسألة الأولية الدستورية الثلاث ألا و هي:

- 1 - الحكم التشريعي محل الطعن يجب أن ينطبق على موضوع النزاع أو على إجراءات الخصومة أو يمثل أساس للمتابعة الجزائية أو الجنائية.
- 2 - أن لا يكون هناك قرار للمجلس الدستوري سابق تصدى في تسببيه أو في منطوقه لدستورية النص محل الطعن، و أن تكون المسألة ذات أهمية.
- 3 - وجوب أن تكون المسألة المثارة جديدة.

فهي تقريبا نفس الشروط التي يتحقق منها قاضي الموضوع، ولكن نجد هناك إضافة في نص المادة 23-4 تتعلق بشرط " وجوب أن تكون المسألة المثارة جديدة"، الذي يلزم الهيئات القضائية العليا أي مجلس الدولة و محكمة النقض التحقق من توافره، كل ذلك تعد الشروط القانونية الرئيسية للمسألة الأولية الدستورية، و هناك شروط أخرى تم توضيحها أعلاه كتوافر صفة المتقاضي في صاحب الدفع، و وجوب أن يكون الدفع بعريضة مستقلة عن عرائض الدعوى الأصلية، بالإضافة إلى شروط تكتشفها محكمة النقض و مجلس الدولة

بواسطة اجتهاداتهما كرفض محكمة النقض المسألة الأولية الدستورية في حالة عدم قبول الطعن بالنقض.

و في هذا الصدد نجد محكمة النقض الفرنسية تسهر على أداء دور المصفي للدفع الدستورية التي تحال عليها من الهيئات القضائية الدنيا أو التي تثار أمامها مباشرة و ذلك بمراقبة مدى توافر الشروط المذكورة أعلاه، و لا تتهاون في رفض الإحالة بمجرد أن يكون هناك إخلال بأحد الشروط.

فنجذ محكمة النقض أقرت بأنها لا تراقب دستورية الاجتهادات القضائية المنبثقة من تفسير النص التشريعي محل الدفع بعدم الدستورية، و ذلك بموجب قرار صادر بتاريخ 19 ماي 2010 المتعلق بالمسألة الأولية الدستورية، بحيث دفع المدعي في المسألة الأولية الدستورية بأن المادة 598 من قانون الإجراءات الجزائية التي تؤسس نظرية " العقوبة المبررة"¹ تعد مساس بحق الدفاع و بشخصية العقوبة، و قد أجابت محكمة النقض على أن: " المسألة المثارة ليست ذات أهمية باعتبارها لا تنصب على مناقشة دستورية نص المادة 598 من قانون الإجراءات الجزائية، بل هي تنصب على مناقشة " نظرية العقوبة المبررة " المنبثقة من نص المادة المذكورة "².

و في إطار التفسير الضيق للمادة 61 - 1 من الدستور الفرنسي، و كذا شروط أحكام المادة 23 - 4 من الأمر المؤرخ في 7 نوفمبر 1958 المدرجة بالقانون العضوي المؤرخ في 10 ديسمبر 2009، بحيث طرحت على محكمة النقض مسألة تتعلق بموضوع :

¹ . نظرية " العقوبة المبررة " (la théorie de la peine justifiée)، هي نظرية أنشأها الاجتهاد القضائي لمحكمة النقض الفرنسية و التي مفادها أنه في حالة خطأ قاضي الموضوع في تكييف الوقائع و سلط عقوبة معينة طبقاً لنص معين من قانون العقوبات، في حين أن الوقائع هي في حقيقة الأمر محكومة بنص مغاير للنص الذي أسس عليه حكم الإدانة، و لكن العقوبة عن الفعل الإجرامي لا تختلف بين النصين، فإن الخطأ في تكييف الوقائع لا يمكن أن يكون سبباً من أسباب الطعن بالنقض أمام محكمة النقض طالما لا اختلاف في تحديد الجزاء بين النصين.

La théorie de la peine justifiée, disponible en ligne à l'adresse: <https://www.doc-du-juriste.com/droit-prive-et-contrat/droit-penal/dissertation/theorie-peine-justifiee-450674.html>

² - Nicolas MOLFESSIS, op.cit, pp. 87-88.

" غياب في النظام المحدد لمهنة القضاء لأي إجراء يحدد كفاءات الطعن بالنقض في قرارات الصادرة عن المجلس الأعلى للقضاء المنعقد بتشكيلته التأديبية، ألا يشكل في حد ذاته مساس بالحقوق و الحريات المضمونة بموجب الدستور؟"¹، و قد فصلت محكمة النقض في قرار لها بتاريخ 16 نوفمبر 2010: برفض إحالة المسألة الأولية الدستورية على المجلس الدستوري، لأنها لا تتعلق بنص تشريعي في حد ذاته، بل يدور موضوعها حول غياب نص تشريعي"²، و هو أمر يتوافق مع اجتهادات المجلس الدستوري الفرنسي الذي يرفض أن يحل محل المشرع فيما يحص ملأئمة التشريع من عدمه، لأنه ذلك من صميم اختصاص المشرع و لا سلطة للقاضي الدستوري عليه، باعتبار دوره يكمن فقط في مراقبة مدى توافق القوانين مع الدستور.

و لم تقتصر محكمة النقض على الشروط الأساسية المتعلقة بقبول المسألة الأولية الدستورية كما حدده المشرع العضوي بموجب المادة 23 - 4 من الأمر المؤرخ في 7 نوفمبر 1958، بل هناك اتجاه من قبل محكمة النقض نحو وضع عدة حدود شكلية على قبول المسألة الأولية الدستورية، و الاقتصار فقط على إحالة النصوص التشريعية التي تثير مخالفة للدستور بشكل جسيم في أغلب الأحوال، و هو ما نلاحظه من خلال عدة قرارات صادرة عنها من الغرف المختلفة، كتأكيد الغرفة الجنائية على أن عدم قبول الدعوى الأصلية يؤدي بالتبعية إلى عدم قبول المسألة الأولية الدستورية المثارة، هذا ما جسده الغرفة الجنائية لمحكمة النقض بموجب قرار صادر عنها بتاريخ 15 جانفي 2013، و في قرار لها آخر بتاريخ 24 سبتمبر 2013 على أن: " عدم قبول الطعن بالنقض، يؤدي بالتبعية إلى عدم قبول المسألة الأولية الدستورية"، كما أن نفس الغرفة في قرار لها صادر بتاريخ 9 جانفي 2013 و 18 جانفي 2013 المتعلقان بالفصل في المسألة الأولية الدستورية أكدت على

¹-Cass., Civ 1er, QPC, 16 Novembre 2010 , numéro de pourvoi 10 - 60366, disponible en ligne à l'adresse: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte= JURITEXT 000023115778>

² -Cass., Civ 1er, QPC, 16 November 2010 , n° de pourvoi 10 - 60366, disponible en ligne à l'adresse: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte= JURITEXT 000023115778>

أن: "المسألة الأولية الدستورية التي لا يتم رفعها طبقا للشكليات و ضمن أجال الطعن المحدد في المادة 584 و ما بعدها من قانون الإجراءات الجزائية يترتب عليها عدم قبولها"¹.

و نجد مجلس الدولة الفرنسي كذلك يسهر على مراقبة توافر الشروط الثلاث للمسألة الأولية الدستورية المذكورة أعلاه بالإضافة إلى شرط أن تكون المسألة جديدة، وهو ما نلمسه على سبيل المثال و ليس الحصر في عدة قرارات له، حيث رفض مجلس الدولة الإحالة على المجلس الدستوري على إثر دفع نقابات عمالية بعدم دستورية أحكام الفرع السادس المادة 7 من القانون رقم 384-2014 المؤرخ في 29 مارس 2014 فيما يخص تخفيض مساهمة الدولة إلى أقل من الثلث في رأس مال الشركة الموزعة للغاز مما قد يعيق اعتراض الدولة في الجمعيات العامة على مشاريع الإدماج مع شركات أخرى، و حول عرض علني للشراء، و التنازل على الحصص الذي قد يلحق ضرر لاسيما فيما يخص ضمان مبدأ استمرارية المرفق العام الذي يعد أحد المبادئ الدستورية المكرسة في إجتهد المجلس الدستوري.

و قد رد مجلس الدولة على دفع النقابات بعد عرضه لعدة نصوص تشريعية أخرى تعزز مركز الدولة في الإشراف على شركة توزيع الغاز باعتبارها مرفق عام يؤدي نشاط يهدف لتحقيق مصلحة العامة، بأن: "... كل القواعد القانونية المذكورة تهدف لتحقيق استمرارية المرفق العام مهما يكون مقدار مساهمة الدولة في الشركة الموزعة للغاز (GDF-Suez)، حتى وإن نزلت الدولة على ثلث من مقدار رأس المال الشركة و من حق التصويت كما يقتضيه الفرع السادس المادة 7 من القانون رقم 384-2014 المؤرخ في 29 مارس

¹ - Examen des conditions de recevabilité et de transmission des QPC, disponible en ligne à l'adresse: https://www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_tude_annuelle_36/rapport_2013_6615/livre_4_jurisprudence_cour_6619/examen_questions_prioritaires_constitutionnalite_6685/recevabilite_transmission_29360.html.

2014، و حيث انه يتبين أن المسألة الأولية المثارة ليست جديدة و ليست ذات أهمية، مما يتعين معه عدم إخطار المجلس الدستوري...¹.

و قد رفض مجلس الدولة الإحالة متمسكا بالتفسير الصارم للمادة 61- 1 من الدستور الفرنسي، التي حددت النصوص التي يمكن أن تكون محل الدفع بعد الدستورية و هي النصوص التشريعية التي قد تمس بالحقوق و الحريات الدستورية، و بالتالي فالرقابة تكون بمقارنة و مطابقة النص ذو الطابع التشريعي مع الحقوق الأساسية ذات القيمة الدستورية، فإذا كان النص لا يخالف الحقوق و الحريات، فإن المسألة الأولية الدستورية تكون غير مقبولة، هذا ما أقره مجلس الدولة في قرار له بتاريخ 25 جوان 2010 بأن: " مبدأ سنوية الميزانية هو مبدأ ذو قيمة دستورية، فهي قاعدة تتعلق بعرض ميزانية الدولة من حيث الزمان فهي لا تشكل أساس للرقابة عن طريق المسألة الأولية الدستورية "، و هو نفس الموقف اتخذه مجلس الدولة فيما يخص: " مبدأ صحة الميزانية " (Sincérité budgétaire) في قرار صادر عنه بتاريخ 15 جويلية 2010.²

و تمسك مجلس الدولة بالتحديد الدستوري للحقوق الأساسية، أي الحقوق المضمونة بالكتلة الدستورية مستندا على اجتهاد المجلس الدستوري في ذلك المجال، و كل ما يخرج عن ذلك التحديد فلا يمكن أن يكون أساس للمسألة الأولية الدستورية، وهو ما نلمسه من خلال قرار على مجلس الدولة بتاريخ 21 سبتمبر 2011 الذي اعتبر فيه بأن: " استناد أحد

¹ - « ...que l'ensemble de ces dispositions sont de nature à garantir la continuité du service public, quel que soit le niveau de la participation détenue par l'Etat dans la société GDF-Suez, notamment s'il venait à descendre au-dessous du tiers du capital ou des droits de vote, ainsi que le permettent les dispositions de la seconde phrase du VI de l'article 7 de la loi du 29 mars 2014 ; Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la question prioritaire de constitutionnalité soulevée, qui n'est pas nouvelle, ne présente pas, en tout état de cause, un caractère sérieux ; que, par suite, il n'y a pas lieu de la renvoyer au Conseil constitutionnel ;...: », Voir CE, 11 février 2015, 9ème - 10ème SSR, n° 384057, disponible en ligne à l'adresse: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000030223891>.

² - La question prioritaire de constitutionnalité devant la juridiction administrative, publié sur le site conseil d'état le 17 novembre 2014, disponible en ligne à l'adresse: <http://www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Etudes-Publications/Dossiers-thematiques/La-question-prioritaire-de-constitutionnalite-devant-la-juridiction-administrative>.

الأطراف على مبدأ معترف عليه في قوانين الجمهورية، و لكن المجلس الدستوري لم يسبق له و أن عرف ذلك المبدأ...¹.

و عليه، إذا كان الدفع بعدم الدستورية المثار من قبل المتقاضى لا يتعلق بالحقوق الأساسية المضمونة في الكتلة الدستورية، كقاعدة دستورية تتعلق بتنظيم السلطات العمومية أو قاعدة من طبيعة دستورية تحكم موضوع ليس من صميم الحقوق الأساسية، فإن المسألة لا تحال على المجلس الدستوري، و هذا يتوافق مع مغزى الرقابة عن طريق الدفع التي تهدف إلى حماية حق شخصي (Droit subjectif) لأشخاص القانون العام و الخاص سواء للشخص الطبيعي أو الشخص المعنوي.

و يجب التأكيد على أن اشتراط المشرع العضوي بأن: " تكون المسألة ذات أهمية " تمنح القاضي الدستوري سلطة تقديرية واسعة في تحديد إن كانت مخالفة الحقوق و الحريات الدستورية هي مخالفة ظاهرة، و من ثم يتم استبعاد المسائل غير المؤسسة و التي لا تحمل أي شك يفيد بأن المجلس الدستوري سيقضي بعدم دستورية النص محل الطعن، وبالعكس من ذلك لما يقرر مجلس الدولة إحالة المسألة لأهميتها، فهو متأكد على أن النص يشير مشكل من حيث دستوريته فهو لا يقضي بعدم الدستورية لأن ذلك ليس من صلاحياته، و لكن هو ينوه بأن المسألة تثير في حقيقة الأمر مخالفة لمبدأ تدرج القواعد القانونية التي يترتب قمته الدستور، فقول القضاء الإداري و العادي بأن المسألة ذات أهمية هو لا يعني أنه تم الفصل في المنازعة الدستورية، بل هو التصريح بأن المسألة من الضروري أن تعرض على المجلس الدستوري.

و يسمح شرط وجوب أن تكون المسألة ذات أهمية للهيئتين القضائيتين العليتين التعمق أكثر في مراقبة دستورية النصوص التشريعية، و ذلك من خلال مراقبة نسبية مخالفة

¹ - La question prioritaire de constitutionnalité devant la juridiction administrative ,publier sur le site conseil d'état le 17 November 2014,...op.cit.

النص التشريعي محل الطعن مع الحقوق و الحريات الدستورية، أو لما يتم تقرير بأن تلك المخالفة للحقوق و الحريات الدستورية مبررة لأنها ليست مفرطة و التي ينتج عنها استبعاد المسألة أولية دستورية لعدم أهميتها، أو لأن تلك المخالفة هي مبررة لمقتضيات النظام العام¹.

و من ثمّ فمجلس الدولة و محكمة النقض يؤيدان نفس الدور الذي يلعبه المجلس الدستوري، في عملية تفسير قراراته التي تنتهي بالقضاء بتوافق القانون مع الدستور، و من ثمّ يمكن القول أنه: من خلال إجراءات المسألة الأولية الدستورية المنشأة للرقابة الدستورية البعدية نستطيع أن نعاين، بأن الرقابة الدستورية في المنظومة الفرنسية لم تبقى ممرضة بالمفهوم المطلق، و هو النموذج الأوربي الكلسيني للرقابة الدستورية بل أصبحت لها مظاهر من اللامركزية في الرقابة الدستورية²، و هو النموذج الأمريكي.

أما اشتراط أن: " تكون المسألة المثارة جديدة" هو شرط جاءت به المادة 23-4، و هي خاصة فقط بمجلس الدولة و محكمة النقض، دون قضاء الموضوع، فذلك الشرط يخول للهيئتين العليتين القضائيتين البحث في إن كانت المسألة المثارة جديدة، التي تخول للهيئتين القضائيتين العليتين إحالة المسألة على المجلس الدستوري و ذلك في حالتين، الأولى ترى بأنه من الضروري إحالة المسألة بسبب أن المجلس الدستوري لم يسبق له أن فسرّ الحكم الدستوري المتعلق بالحقوق و الحريات التي تضمنها موضوع المسألة الأولية الدستورية، والحالة الثانية في حالة توصل الهيئتين القضائيتين العليتين أن المجلس الدستوري لم يسبق له و أن قدرّ مبدأ يمكن أن يكون من طبيعة دستورية و يجد مكانه مع الحقوق

¹-Agnès ROBLOT-TROIZIER, « La QPC , Le conseil d'état et la cour de cassation» , Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel, n° 40 , 2013/3, p.58.

²- Ibid,

و الحريات المضمونة بموجب الدستور¹، تلك الحالتين تكتسي عنصر "الحدثة" على المسألة الأولية الدستورية الأولية، و تخول في النهاية إحالة المسألة على المجلس الدستوري.

و يرى " أوليفي كوت " (Olivier Cotte) مستشار لدى المحكمة الإدارية بليون، أن إحالة المسألة الأولية الدستورية من المحكمة الإدارية إلى مجلس الدولة تجعل من المسألة تخضع لرقابة متشددة خاصة مع إضافة شرط " أن تكون المسألة الأولية الدستورية جديدة "، و يضرب مثال عن ذلك بخصوص المادة " آل 111- 2 و 3 " (L111—2 et 3) من قانون دخول و إقامة الأجانب و حق اللجوء، و كذا الأمر المؤرخ في 26 أبريل 2000 المتعلق بشروط دخول و إقامة الأجانب، و التي لا تسمح للأجنبي المتحصل على تصريح بالإقامة في جزيرة مايوت الخاضعة لسيادة الدولة الفرنسية، التنقل لفرنسا (Territoire métropolitain)، فالأجنبي ملزم أن يتحصل على تصريح إقامة خاص بالإقليم الفرنسي (الأوربي) كي يتسنى له الدخول له، ففي هذه القضية تبين جليا لقاضي المحكمة الابتدائية أن نص القانون يثير إشكال مع الحقوق و الحريات المضمونة في الدستور، خاصة حرية التنقل، و أن المسألة هي ذات أهمية و تم إحالة القضية على مجلس الدولة، و لكن هذا الأخير اعتبر أن النص القانوني لا يشكل تعارض غير متناسب مع حرية الذهاب و الإياب، و أن التمييز في المعاملة، أي تمتع الأجنبي بحق الإقامة بموجب تصريح خاص بجزيرة مايوت دون إقليم فرنسا، لا يشكل في حد ذاته مساس بالحقوق الأساسية، لأن يجب الأخذ بعين الاعتبار أن جزيرة مايوت التي تعد أحد الجماعات المحلية هي منفصلة على إقليم فرنسا فالحا خصوصيتها، و من ثم اتخاذ المشرع لذلك التدبير يعد شرعي للحد من تدفق المهاجرين و لاعتبارات تتعلق بالنظام العام².

¹-Agnès ROBLOT-TROIZIER,op.cit,p.59

²- Olivier COTTE, Les questions prioritaires de constitutionnalité vues du tribunal administratif de Lyon, intervention pour l' audience solennelle de rentrée, p.5, disponible en ligne à l'adresse: http://www.conseil-etat.fr/tacaa_lyo/content/download/6602/19936/version/1/file/les-qpc-vues-du-ta-de-lyon-intervention-2.pdf.

هذا يبين أن أهمية المسألة الأولية الدستورية على مستوى قاضي الموضوع تخضع إلى مرونة في المعالجة، فبمجرد وجود شك في تعارض القانون مع الحقوق و الحريات الدستورية يتم إحالة المسألة على مجلس الدولة، و في حالة رفض هذا الأخير إخطار المجلس الدستوري، فإن قراره يكون مرجعية لقاضي الموضوع يعتمد عليه في حالة ما إذا أثيرة نفس المسألة أمام المحاكم الإدارية.

إن رفض مجلس الدولة و محكمة النقض إحالة المسألة الأولية الدستورية، من خلال الشروط الشكلية المعقدة لقبول على الإحالة على المجلس الدستور، زيادة على منع المحاكم الإحالة من تلقاء نفسها للمسألة الأولية الدستورية على المجلس الدستوري، يحد من فعالية هذا الإجراء لتحقيق الحماية الدستورية للحقوق الأساسية، و لكن ذلك لا ينفي أن القاضي الإداري أو العادي تحولّ إلى قاضي دستوري بناء على معالجته للمسألة الأولية الدستورية، و يؤدي تلك المهمة بشكل كامل لما يقرر بأن النص التشريعي من حيث الموضوع لا يخالف الحقوق و الحريات المضمونة بموجب الدستور، و بالنتيجة يقضي برفض الإحالة على المجلس الدستوري.

الفرع الثاني-القضاء الإداري و العادي: قاضي دستوري ايجابي

يظهر القضاء الإداري و القضاء العادي في فرنسا كقاضي دستوري في حالة ما إذا تصدى للمنازعة الدستورية، و التي قد تأخذ صورتين، الصور الأولى نعاينها في بعض الحالات الخاصة التي نجد فيها أن القضاء الإداري يمارس رقابة دستورية على الأعمال الإدارية، و أما القضاء العادي على رأسه محكمة النقض نجدها تتصدى لنوع خاص من المنازعات الدستورية من خلال استنادها المباشر على النصوص الدستورية للفصل في الخصومات المطروحة أمامها من حيث القانون، وهو ما سنتطرق له من خلال، حالات خاصة لتصدي القضاء الإداري و العادي للمنازعات الدستورية (أولاً)، و أما الصورة الثانية نلمسها من خلال، إجراءات المسألة الأولية الدستورية المستحدثة بالتعديل الدستوري الفرنسي

لسنة 2008، و هو ما سنعالجه في الدور الإيجابي للقضاء الإداري و العادي في المسألة الأولية الدستورية (ثانيا).

أولا - حالات خاصة لتصدي القضاء الإداري و العادي للمنازعات الدستورية: إن القضاء الفرنسي كان يرفض ممارسة الرقابة الدستورية، و يرفض حتى مسألة تطبيق النصوص الدستورية لعدم وجود نص صريح يسند له تلك المهمة، باعتبار أن مهمته تكمن في تطبيق القانون أي النصوص التشريعية دون النصوص الدستورية، و لا يمكن له كذلك مراقبة الأعمال الصادرة عن السلطات العامة من حيث مدى تطابقها مع القواعد الدستورية، ولكن ذلك لا ينفي وجود نوع من المنازعات ذات الطبيعة الدستورية تبلورت من خلال اجتهادات مجلس الدولة و محكمة النقض الفرنسيين نلمسها من خلال ما يلي:

أ- حالات خاصة لتصدي القضاء الإداري للمنازعة الدستورية: لو عدنا لاجتهاد مجلس الدولة الفرنسي في مجال المنازعات الدستورية نجده رفض فكرة مراقبة دستورية الأعمال الإدارية، و ذلك في اجتهاد له صادر في 6 نوفمبر سنة 1936 المتعلق بقضية " أريغي " (Arrighi) الذي أعاب صاحب الطعن على قرار إداري بأنه مشوب بتجاوز السلطة باعتبار أن ذلك القرار استند على قانون مخالف للدستور¹، فكانت تلك القضية سبب في وضع مجلس الدولة الفرنسي بما يسمى بنظرية " القانون الحاجز " (Loi écran)²، التي بمقتضاها أكد مجلس الدولة الفرنسي على أنه: " القانون العام الفرنسي الحالي، لا يسمح معالجة الدفع بعد الدستورية أمام مجلس الدولة أثناء تصديه للمنازعات المعروضة عليه"³، أي أن مجلس الدولة الفرنسي رفض فكرة طرح المنازعة الدستورية عليه. و رفض مسألة الطعن في دستورية قانون بطريقة غير مباشرة بمناسبة نظره في دعوى إلغاء ضد عمل إداري لتجاوز

¹ - C E, 6 décembre 1936, Arrighi, disponible en ligne à l'adresse : <http://www.revuegeneraledudroit.eu/blog/decisions/conseil-detat-section-6-novembre-1936-arrighi-recueil-p-966/>.

² - Loi-écran en droit Français, disponible en ligne à l'adresse : https://fr.wikipedia.org/wiki/Loi-%C3%A9cran_en_droit_fran%C3%A7ais.

³ - C E, 6 décembre 1936, Arrighi..., op.cit.

سلطة اتخذ على استنادا على قانون مخالف للدستور، على أساس أن صلاحيته تكمن في مراقبة مدى تطابق العمل الإداري مع القانون، و ليس مع الدستور.

إن موقف مجلس الدولة الفرنسي منبثق من الفلسفة السياسية التي كانت مهيمنة على الجمهورية الثالثة، و المتعلقة بسيادة القانون التي نجد جذورها في المادة 06 من إعلان حقوق الإنسان و المواطن لسنة 1789 التي نصت على أن: "القانون هو التعبير عن الإرادة العامة"، و من ثم لا رقابة على القانون الصادر عن المشرع لأنه يشكل إرادة صاحب السيادة.

كما أن موقف مجلس الدولة يشكل تكريس لتفسير رجال الثورة الفرنسية لمبدأ الفصل بين السلطات الذي على أساسه منعوا القضاء من مراقبة دستورية القوانين، على اعتبار أن ذلك هو بمثابة تدخل للسلطة القضائية في مهام السلطة التشريعية، كما أنه تعزيز لفكرة "المشرع الممركز" (Légicentrisme) الذي وضعت أسسه الثورة الفرنسية من خلال إعلاء البرلمان.

و عليه، بمقتضى نظرية " القانون الحاجز " اعتبر مجلس الدولة أن وجود القانون يشكل حاجز لا يمكن تجاوزه بمراقبة تطابق العمل الإداري مع النصوص التي تعد أسمى من القانون، و هي الالتزامات الدولية و الدستور، و منه رقابة العمل الإداري تقتصر على مراقبة مدى تطابقه مع القانون الصادر عن البرلمان و هي رقابة شرعية و لا يتعداها إلى نصوص أخرى، و بقي متمسك بالتفسير الضيق لاجتهاده المذكور، فبمجرد وجود نص قانوني يحكم المنازعة، فذلك القانون هو الذي يطبق و لا يمكن استبعاده لتطبيق نص معاهدة أو نص دستوري، و من ثم نظرية " القانون الحاجز " جعلت من نصوص المعاهدات و الدستور نصوص لمبادئ خالية من الأثر الإلزامي على النظام القانوني.

و لقد أنتقد موقف مجلس الدولة من قبل الفقه الفرنسي، باعتبار أن الرقابة الدستورية لم يمنعها نص دستوري صريح في تلك الفترة وفق دستور الجمهورية الثالثة لسنة 1875، و لا نجد نص منشئ للرقابة الدستورية أسندها المؤسس لهيئة خاصة حددها الدستور، كما انتقدت النظرية على أساس أنها ذو صبغة سياسية و ليست قانونية، فالحاجز المتمثل في القانون، و الذي وضعته النظرية كحاجز بين القاضي و القواعد الأسمى على القانون، هو في حقيقة الأمر يشكل حاجز بين القاضي و المؤسس صاحب السلطة التأسيسية واضحة الدستور، و هو ما نجده من خلال النقاش الحاد الذي جمع كبار فقهاء القانون الدستوري و الإداري و هم ريمون كاريه ماريه (Raymond Carré de Malberg)، و ليون دوجي (Léon Duguit)، و موريس هوريو (Maurice Hauriou)، حول صلاحية القاضي الإداري في ممارسة الرقابة الدستورية¹.

و لكن التطور الدستوري و القانوني الذي مس المنظومة الفرنسية خاصة بعد دستور الجمهورية الخامسة، كان السبب في تخفيف من حدة ذلك التفسير، و ذلك من خلال وجوب تطبيق قواعد الاتحاد الأوربي و كذا الالتزامات الدولية بشكل عام تأسيسا على المادة 55 من الدستور الفرنسي، التي تجعل من الالتزامات الدولية المصادق عليها تسمو على القانون دون الدستور، تلك الالتزامات تعالج في كثير من الحالات الحقوق الأساسية المكرسة في الكتلة الدستورية، و نجد التحول في اجتهاد مجلس الدولة الفرنسي في غرفة مجتمعة من خلال قرار "نيكولو" (Nicolo) المؤرخ في 20 أكتوبر من سنة 1989، الذي بموجبه أقرّ بالسمو المطلق لقواعد القانون الدولي على القانون تطبيقا للمادة 55 من الدستور الفرنسي²، فقد كان مجلس الدولة يستبعد القانون من التطبيق إذا كان مخالف لالتزام دولي شرط أن يكون ذلك الالتزام تم إبرامه قبل صدور القانون، و لكن كان يرفض استبعاد القانون المخالف لالتزام

¹-Vincent SCHNEBEL , Le juge administratif, un nouveau juge de la constitutionnalité des lois ?, disponible en ligne à l'adresse : [https:// chevaliers desgrandsarrets.com /2011/11/14/le-juge-administratif-un-nouveau-juge-de-la-constitutionnalite-des-lois/](https://chevaliersdesgrandsarrets.com/2011/11/14/le-juge-administratif-un-nouveau-juge-de-la-constitutionnalite-des-lois/).

² - Alain PELET, Alina MIRON, Les grandes décisions de la jurisprudence française de droit international public, Dalloz, Paris, 2015, pp.169-170.

دولي إذا كان هذا الأخير مبرم بتاريخ لاحق عن صدور القانون، ففي هذه الحالة يطبق القانون و هذا لهيمنة فكرة سيادة القانون على العمل القضائي، فاستبعاد القانون في حد ذاته كان ينظر له بحذر كبير حتى في ظل مبدأ سمو القانون الدولي على القانون الداخلي، خاصة و أن إبعاد التشريع من النظام القانوني هو مخول فقط للمجلس الدستوري في إطار إجراءات محددة حصرا له في إطار الرقابة الدستورية التي جاء بها دستور 1958.

و هذا ما جسده مجلس الدولة في قرار له بتاريخ 1 مارس من سنة 1968 المتعلق بالنقابة العامة لمنتجي الدقيق الفرنسي (Syndicat général des fabricants de semoules de France)، الذي رفض من خلاله تطبيق القانون الدولي المنبثق من المرسوم المؤرخ في 28 جويلية 1962 المتضمن التنظيم رقم 19 الصادر عن المجموعة الاقتصادية الأوروبية، لأن ذلك المرسوم هو لاحق من حيث التاريخ على القانون الداخلي¹، و لقد تم نقد هذا الاتجاه لمجلس الدولة من قبل الفقه على اعتبار أنه مخالف للتفسير الصحيح لنص المادة 55 من الدستور، التي تجعل من القانون الدولي أسمى من القانون، و قد تغير ذلك الاتجاه في قرار "نيكولو" (Nicolo)، الذي طعن في الانتخابات الأوروبية التي جرت بتاريخ 18 جوان 1989، على اعتبار أن المقيمين في إقليم " دوم توم" (Dom tom) لا يحق لهم الانتخاب على اعتبار أن ذلك الإقليم لا يشكل جزء من القارة الأوروبية، فأعتبر مجلس الدولة أن تلك الانتخابات جاءت طبقا للقانون المنظم للانتخابات المؤرخ في 7 جويلية 1977 الذي جاء مطابق لاتفاقية روما المؤرخة في 25 مارس 1957، و من ثمّ تم رفض طعن " نيكولو"، أي مجلس الدولة قام بمراقبة مدى تطابق القانون مع الالتزام الدولي، في حين القانون هو لاحق من حيث تاريخ الإصدار على الالتزام الدولي².

¹ -C E, Section, du 1 mars 1968, n°62814, disponible en ligne à l'adresse: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000007633957>.

² -Alain PELET , Alina MIRON , op.cit, p.171.

إن ذلك الاجتهاد كان له أثر جد ايجابي على حماية الحقوق الأساسية، و ذلك بإدراج الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان المؤرخة في 4 نوفمبر 1950 و التي دخلت حيز النفاذ بتاريخ 3 سبتمبر 1953، كمرجعية في عملية مراقبة شرعية القرارات والأعمال الإدارية فأصبحت تستبعد القوانين المخالفة لتلك الاتفاقية حتى و إن كانت تلك القوانين لاحقة من حيث التاريخ على الاتفاقية الدولية.

إن تطبيق اتفاقية حقوق الإنسان الأوروبية أعطى دفع لا مثيل له لموضوع الحماية الدستورية للحقوق الأساسية، و ذلك باعتبار أن تلك الاتفاقية تتضمن حقوق و مبادئ هي أصلا من طبيعة دستورية، و هذا ما نلمسه من قرارات مجلس الدولة التي استلهمت حقوق من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان كالحق في المحاكمة العادلة المجسد بموجب المادة 06 من الاتفاقية أو حقوق الأجانب من خلال حق الأجنبي في حياة عائلية عادية، المجسد من خلال المادة 08 من الاتفاقية، و قد أسست تلك الرقابة فكرة الرقابة الدستورية المستترة (Contrôle de constitutionnalité déguisé)، فهي لا تستند على الدستور مباشرة و لكنها تستند على حقوق الإنسان المضمونة بالمواثيق الدولية، و لكن تبقى تلك الرقابة ذات أثر نسبي، فهي لا تلغي القانون المخالف للالتزامات الدولية، فالقانون يبقى قائم حيث يكون لقرار القضاء الإداري أثر على أطراف الدعوى فقط، و لكن تبقى بعض التساؤلات تطرح في بعض الحالات الخاصة كالرقابة على القوانين الإستثنائية مثلا¹.

و يؤدي مجلس الدولة الفرنسي رقابة دستورية من خلال صلاحياته الاستشارية المنصبة على مشاريع القوانين، حيث تأثر بتطور الرقابة على دستورية القوانين التي واكبت تطور المجلس الدستوري من خلال اجتهاداته، كقرار سنة 1971 المتعلق بالجمعيات الذي أنشأ المرجعيات و القواعد ذات القيمة الدستورية، و التي يستند عليها لحماية الحقوق الحريات و غيرها من الاجتهادات الأخرى التي لحقت قرار 1971، و من خلال التعديلات

¹ - Alain PELET , Alina MIRON , op.cit, p.177.

الدستورية لسنة 1974 و الأخير لسنة 2008، و كذا بتطور الرقابة على دستورية الالتزامات الدولية التي تعززت من خلال فتح المجال للبرلمانيين الحق في إخطار المجلس الدستوري من خلال التعديل الدستوري لسنة 1992، فالآراء الاستشارية التي يقدمها مجلس الدولة للحكومة و البرلمان لها دور كبير في تحقيق الأمن القانوني، كما أنها وسيلة وقائية تحذر من وجود إمكانية تقرير المجلس الدستوري بمخالفة القانون محل الاستشارة للدستور¹.

إن الآراء الاستشارية لمجلس الدولة تحظى بنشر واسع على مستوى تقارير مجلس الدولة السنوية و كذا على مستوى المناقشات البرلمانية، ذلك النشر يبين في بعض الحالات النادرة تعارض موقف مجلس الدولة مع المجلس الدستوري من حيث تفسير الدستور، و هو ما نلاحظه من خلال المواد 5 إلى 11 من القانون المسمى "هادوبي 1" (HADOPI 1) المتعلق بالتحميل الالكتروني عبر الانترنت، بحيث اعتبر مجلس الدولة أن العقوبات الإدارية التي تسلط على يقوم بالتحميل الالكتروني غير مخالف للمبادئ الدستورية، في حين المجلس الدستوري اعتبر ذلك مخالف للدستور، و في القانون المتعلق بمنح إخفاء الوجه في الأماكن العمومية، فمجلس الدولة أصدر رأي استشاري بتاريخ 12 ماي 2010 سلبي رافضا مشروع القانون لمخالفته المبادئ الدستورية، في حين المجلس الدستوري اعتبر ذلك القانون متوافق مع الدستور.

و في مجال الصلاحيات الاستشارية أصبح مجلس الدولة، يعتمد بالأساس على الدستور لإصدار الآراء الاستشارية المتعلقة بمشاريع واقتراحات القوانين و ذلك من ناحيتين، الأولى تتعلق في السهر على احترام الحدود الدستورية التي تفصل بين مجال القانون و التنظيم، و الثانية تتعلق بحماية الحقوق و الحريات أساسية، كحرية الإدارة و الاستقلالية المالية للجماعات المحلية التي من شأنها أن تعزز ترقية الديمقراطية المحلية، والتي تمثل إحدى المبادئ الأساسية المشكلة للحريات السياسية، و قد استلهم مجلس الدولة عدة مبادئ

¹ - Jean-Marc Sauvé, op.cit, p.3.

ذات القيمة الدستورية و جعلها ملزمة على الإدارة، كاعتماده على المبادئ الأساسية المعترف بها في قوانين الجمهورية، و التي تشكل أحد مكونات الكتلة الدستورية، كما نجده اعتمد على عدة مبادئ دستورية كمبدأ المساواة و المشاركة، و كرس العديد من الحقوق و الحريات التي تجد مصدرها في الكتلة الدستورية¹.

و إذا كان مجلس الدولة يعمل على كشف المبادئ الأساسية المعترف بها في قوانين الجمهورية التي يستعملها في مراقبة شرعية الأعمال الإدارية، فإنه يتجنب بكل ما يستطيع التناقض مع اجتهاد المجلس الدستوري في ذلك المجال، و بمجرد اعتراف المجلس الدستوري بمبدأ جديد معترف به في قوانين الجمهورية، فإن مجلس الدولة يستند عليه للفصل في النزاعات القضائية ذات الصلة بالمبدأ الجديد، و هو ما نلمسه من خلال قرار له صادر في 29 ماي 1992، الذي أسسه على مبدأ معترف به في قوانين الجمهورية تم تكريسه من خلال اجتهاد المجلس الدستوري بقرار مؤرخ في 20 جانفي 1984 تحت رقم 83 - 165².

كما أن مجلس الدولة يمكن له أن يعتمد مباشرة على الدستور في مراقبة شرعية الأعمال الإدارية، أي في هذه الحالة يراقب دستورية الأعمال الإدارية و هنا يظهر مجلس الدولة كقاضي دستوري، و ذلك في حالة ما تم اتخاذ قرار إداري بدون أن يكون له سند قانوني، فلا وجود لقاعدة قانونية بين العمل الإداري المطعون فيه و الدستور أي لا وجود أصلا للحاجز القانوني، الذي لا يسمح للقاضي الإداري تجاوز القانون لقواعد تكون أسمى من القانون تطبيقا لنظرية " القانون الحاجز"، و قد اقر مجلس الدولة الفرنسي إبطال تعليمة وزارة الداخلية الهادفة إلى وضع سياسة لطرده وضعي مخيمات غير شرعية، بحيث تم تحديد البعض من الأشخاص القاطنين في تلك المخيمات على أساس انتمائهم العرقي، فتم إبطال التعليمات لتجاوز السلطة على أساس أنها مخالفة لمبدأ المساواة المنصوص عليه في المادة 01 من دستور 1958.

¹ - Jean-Marc Sauvé, op.cit, p.3.

² - Ibid, p.8.

و في بعض الحالات لتجسيد مبدأ وحدة القانون العام نجد مجلس الدولة قد لا يعتمد على مبدأ وضعه بنفسه من خلال اجتهاده استلهمه من المبادئ العامة للقانون كالمساواة في تقلد الوظائف العامة، و يذهب للاستناد مباشرة على قواعد دستورية، ومنح مجلس الدولة للحقوق و الحريات الأساسية الدستورية القوة الإلزامية المماثلة لتلك الحجية التي تتمتع بها قرارات المجلس الدستوري في مجال الرقابة الدستورية، و هي حجية مطلقة على جميع السلطات العمومية، هذا ما نلمسه من خلال قرار صادر عن مجلس الدولة بتاريخ 3 أكتوبر 2008 المتعلق بالمجلس البلدي لمدينة أنسي (Assemblée Commune d'Annecy) الذي أقر من خلاله أن: "القواعد المتعلقة بديباجة الدستور و مجموع الحقوق و الواجبات المنصوص عليها في ميثاق البيئة لهم قيمة دستورية بالنسبة للقاضي الإداري، فتلك القواعد ملزمة على السلطات العمومية و السلطات الإدارية كلا حسب مجالات اختصاصه"¹.

و إن كان مجلس الدولة خطى خطوات في التخفيف من تطبيقات نظرية " القانون الحاجز"، من خلال رقابة مدى تطابق القانون مع الالتزامات الدولية الذي تم تقوى منذ اجتهاد مجلس الدولة في قضية نيكولو (Nicolo)، و كذا من خلال صلاحياته الاستشارية في مجال مراقبة مشاريع، و اقتراحات القوانين، فإن رفض مراقبة مدى تطابق القانون مع الدستور، بقى القضاء الإداري الفرنسي متمسك به.

و هذا ما نلاحظه لما رفضت محكمة الاستئناف لباريس بموجب قرار صادر عنها بتاريخ 19 جويلية 2005 " سينق " (Singh) فتلك القضية تم الطعن في قرار طرد تلميذ ذو ديانة سيخية (Sikh) من مؤسسة تعليمية، بسبب حمله للباس ديني و ذلك تطبيقا رقم 2004 - 228 المؤرخ في 15 مارس 2004، الذي يمنع حمل الرموز أو الألبسة الدينية من قبل التلاميذ في المؤسسات التعليمية، فاعتبر القضاة أن القرار مطابق للقانون المذكور، و أنه لا يمكن لمجلس الدولة بسط رقابته على مدى تطابق القرار مع المادة 10 من إعلان

¹ - Jean-Marc Sauvé, op.cit, p.8.

حقوق الإنسان و المواطن، والمادة 1 من دستور 4 أكتوبر 1958¹، أي تقتصر رقابة مجلس الدولة على رقابة تطابق القرار الإداري مع القانون دون أن يتعدى ذلك للدستور، طالما أن القانون موجود و يضع حاجز على الرقابة الدستورية للعمل الإداري، و لم يقبل الطعن في دستورية القوانين أمام القضاء الإداري الفرنسي، إلا في ظل إجراءات المسألة الأولية الدستورية التي جاء بها التعديل الدستوري الفرنسي لسنة 2008.

و حتى بدون إجراءات المسألة الأولية الدستورية التي وضعت القضاء الإداري في لب موضوع الرقابة الدستورية بواسطة التصفية التي يقوم بها القاضي الإداري، فإن ذلك القضاء تمكن من فرض نفسه كقاضي حامي للحقوق الأساسية من خلال إجراءات استعجال الحريات، و كذا من خلال رقابته حول مدى تطابق العمل الإداري مع الالتزامات الدولية الخاصة بحقوق الإنسان بعد قرار نيكولو (Nicolo).

ب - حالات خاصة لتصدي القضاء العادي للمنازعة الدستورية: لقد رفضت محكمة النقض الفرنسية مراقبة دستورية القوانين على اعتبار أن مهامها تكمن في الخضوع للقانون الصادر عن البرلمان، و الذي يمثل في المنظومة الفرنسية التعبير عن إرادة صاحب السيادة وهو الشعب عن طريق ممثليه، و هذا ما أقرته في القرن التاسع عشر في قرار لها مؤرخ في 11 ماي 1833 عندما جاء في تسبيبها بأن " القانون المؤرخ في 8 أكتوبر 1830، و الذي تم التداول فيه و إصداره طبقا للأوضاع الشكلية الدستورية المحدد في الميثاق، هو الذي يحكم المحاكم، و لا يمكن أن يكون ذلك القانون محل طعن أمام المحاكم بسبب عدم دستوريته"².

¹ -CCA Paris, 19 juillet 2005, Singh, requête numéro 05PA01831, disponible en ligne à l'adresse: <http://www.revuegeneraledudroit.eu/blog/decisions/caa-paris-19-juillet-2005-m-x-requete-numero-05pa01831-publie-au-recueil/>.

² - Jean-Louis MESTRE, « Les contrôles judiciaires à posteriori de constitutionnalité à partir de la Révolution », Cahiers du Conseil constitutionnel n° 28, (Dossier : L'histoire du contrôle de constitutionnalité) - juillet 2010, disponible en ligne à l'adresse: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-28/les-controles-judiciaires-a-posteriori-de-constitutionnalite-a-partir-de-la-revolution.52719.html>.

و في الحقيقة محكمة النقض الفرنسية في حقبة الجمهورية الثانية تبنت فكرة الرقابة الدستورية من خلال قراراتين مؤرخين على التوالي في 15 مارس و 17 نوفمبر 1851 المعروفين بقرارين قوتيي (Gauthier) و جون (Gent)، بموجبهما أقرت محكمة النقض عدم دستورية قانون مؤرخ في 8 أوت 1849، الذي أسند صلاحية محاكمة المدنيين لمجلس الحرب في حالة الحصار، و هو ما شكل مخالفة لدستور الجمهورية الثانية لسنة 1848¹، و لكن ذلك الاجتهاد ترك بعد الانقلاب الذي قاده نابليون الثالث على الجمهورية الثانية و تقرير الإمبراطورية بموجب دستور 1852، الذي اسند مهمة مراقبة دستورية القوانين لمجلس الشيوخ أسوة بدستور نابليون الأول لسنة 1799، و قد ثار نقاش فقهي حول صلاحية القضاء العادي في ممارسة الرقابة الدستورية في النصف الأول من القرن العشرين حيث أكد الفقيه موريس هوريو بأن: " وظيفة القاضي الطبيعية تفسير القوانين و حل النزاعات المتعلقة بها، بما فيها النزاعات الدستورية "2.

كما أن محكمة النقض الفرنسية سارت على نفس النهج الرافض لممارستها للرقابة الدستورية، هذا ما أكدته من خلال قرار لها بتاريخ 20 ديسمبر 1956 و الذي جاء في تسببيه على أن: " الدفع بعدم دستورية قانون لا يمكن أن يثار أمام المحاكم التابعة للسلم القضائي التابع لمحكمة النقض "3.

و قد كان دستور 1958 الفرنسي حافز لتمسك محكمة النقض الفرنسية بذلك الاتجاه، بعدما حدد ذلك الدستور المؤسسة التي تنتظر في دستورية القوانين ألا و هي المجلس الدستوري، الذي لوحده يحتكر في النظام المؤسساتي الفرنسي مهمة القول إن كان العمل التشريعي مطابق أو مخالف للدستور دون المؤسسات الدستورية الأخرى، و إذا رفضت

¹ - Jean-Louis MESTRE, op.cit.

² - Ibid.

³ - Olivier DUTHEILLET de LAMOTHE, «Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité», Texte publié dans les Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle, Dalloz, Paris, 2007,p.3.

محكمة النقض الخوض في موضوع مراقبة دستورية القوانين فهو ليس من اختصاصها، و هو ما أكدته الغرفة الجنائية في قرار لها بتاريخ 27 فيفري 1990 على أن: " لا يمكن للجهات القضائية التابعة للقضاء العادي التصدي لدستورية المعاهدات و كذلك لدستورية القوانين"¹.

إن ذلك يجسد نظرية القانون الحاجز التي وضعت من قبل مجلس الدولة في قرار "أريقي" لسنة 1936 و التي بمقتضاها تجعل من القانون حاجزا لممارسة الجهات القضائية للمراقبة الدستورية، و قد رفضت الغرفة الجنائية لمحكمة النقض في قرار بتاريخ 26 فيفري 1974 مراقبة دستورية تنظيم يقرر عقوبات سالبة للحرية مقترنة بارتكاب بعض المخالفات، باعتبار تقدير ذلك سيؤدي بمحكمة النقض للبحث في دستورية المواد 464 و 465 من قانون العقوبات الفرنسي القديم²، و رفضت الغرفة الجنائية مراقبة استخدام أحكام المواد 398 و 398-1 من قانون الإجراءات الجزائية اللتان تم إدراجهما بموجب القانون المؤرخ في 29 ديسمبر 1972، و الذي يخول لرئيس الجهة القضائية تقرير في بعض المخالفات، بأن يكون الحكم بقاضي فرد، أو هيئة تداولية³، و هذا رغم أن المجلس الدستوري اعتبر ذلك

¹ - Attendu que le moyen tend en réalité à mettre en cause la conformité, aux textes constitutionnels, de l'accord de Londres du 8 août 1945 et de son annexe définissant les crimes contre l'humanité ainsi que de la loi du 26 décembre 1964 qui a constaté l'imprescriptibilité de ces crimes en se référant audit accord et à la résolution des Nations-Unies du 13 février 1946 ; Attendu, d'une part, qu'aux termes de l'article 55 de la Constitution les traités internationaux régulièrement intégrés à l'ordre juridique interne, comme tel en est le cas, ont une autorité supérieure à la loi ; Attendu, d'autre part, qu'il n'appartient pas aux juridictions de l'ordre judiciaire de se prononcer sur la constitutionnalité des traités non plus que de la loi ; Que dès lors le moyen n'est pas recevable ;... Voir: Cass. Crim, 27 février 1990, n° 89-86692, disponible en ligne à l'adresse: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007063450>.

² - LOIS ET REGLEMENTS - Lois - Constitutionnalité - Appréciation - Tribunaux judiciaires(non). 1 et 2 Les articles R-10 et R-14 du Code de la Route constituent un règlement de police légalement pris par l'autorité compétente. L'article R-232 du même code, qui en sanctionne l'inobservation, édicte des peines d'emprisonnement et d'amende entrant dans les prévisions des articles 464, 465, 466 du Code pénal et 521 du Code de procédure pénale. Ces derniers textes, ayant valeur législative, s'imposent aux juridictions de l'ordre judiciaire qui ne sont pas juges de leur constitutionnalité... Voir: Cass. crim, 26 février 1974, n° 72-93438, disponible en ligne à l'adresse : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007057335>.

³ - Dominique COMMARET, «L'application de la Constitution par la Cour de cassation : la jurisprudence de la chambre criminelle» , Cahier du Conseil constitutionnel n° 22, (Dossier :

القانون مخالف للدستور و هذا بقرار صادر عنه بتاريخ 23 جويلية 1975 تحت رقم 75-56 و التي بموجبه اعتبر المجلس الدستوري أنّ: " تخويل المادة 398 - 1 من قانون الإجراءات الجزائية لرئيس الجهة القضائية الحرية في تحديد تشكيلة محكمة الجench في جميع اختصاصاتها، باستثناء جرائم الصحافة، على أن يكون تشكيلها من ثلاثة قضاة أو قاضي فرد يتولاها القاضي الذي له رتبة الرئيس ما بين ثلاث قضاة طبقا للمادة 398 من قانون الإجراءات الجزائية¹.

و قد طبقت محكمة النقض النصوص الدستورية مباشرة في بعض النزاعات الخاصة، كتطبيقها للمادة 66 من الدستور الفرنسي التي تنص على أن: " تكفل السلطة القضائية باعتبارها حامية للحرية الفردية احترام هذا المبدأ وفق الشروط المنصوص عليها في القانون"، و كضمانها لحق ممارسة الإضراب بتطبيقها الشرط السابع من ديباجة دستور 1946 التي تنص على أن: " يشارك كل عامل من خلال وساطة ممثليه في التحديد الجماعي لشروط العمل و كذلك في إدارة المؤسسات"، أو من خلال تفسيرها للمادة 68 من الدستور، المتعلقة بإجراءات تنحية رئيس الجمهورية في حالة إخلاله الجسيم بواجباته المتعلقة بعهدته الرئاسية، كما طبقت محكمة النقض عدة نصوص تتعلق بالكتلة الدستورية للحقوق الأساسية كوجوب احترام الكرامة الإنسانية، وحق الدفاع، و ذلك بدون ذكر النصوص الدستورية، و كأن تطبيق تلك النصوص يؤخذ بحذر².

و الملاحظ أن محكمة النقض تمارس نوع خاص من الرقابة قريب من الرقابة الدستورية من خلال مراقبة تطابق القانون مع المعاهدات والالتزامات الدولية (contrôle de conventionalité) لتضمن تلك القواعد لعدة مبادئ وأسس موجودة و مضمونة من خلال القواعد الدستورية، و هذا ما نلمسه من خلال المادة 55 من الدستور الفرنسي التي تنص على مبدأ سمو قواعد القانون الدولي على القانون الداخلي، تلك المادة تطبقها محكمة

Le réalisme en droit constitutionnel) - juin 2007 , disponible en ligne à l'adresse:<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-22/l-application-de-la-constitution-par-la-cour-de-cassation-la-jurisprudence-de-la-chambre-criminelle.50736.html>.

¹- CC n° 74-54 DC du 15 janvier 1975, cf. site www.conseilconstitutionnel.fr.

²- JEAN- Éric GICQUEL , op.cit, p.107.

النقض الفرنسية و ذلك من خلال إبعاد كل نص قانوني مخالف للمعاهدة أو الالتزام الدولي المصادق عليه من قبل الدولة الفرنسية و هذا ما أقرته محكمة النقض في قرار " جاك فابر " (Jacques Vabres) المؤرخ في 24 ماي 1975 عندما أيدت قرار محكمة الاستئناف القاضي بأن: " المادة 95 من اتفاقية روما المؤرخة في 24 مارس 1957 هي التي تطبق في النزاع، و ستبعد نص المادة 265 من قانون الجمارك من التطبيق، و إن كان هذا القانون سابقا من حيث التاريخ على اتفاقية روما، على أساس أن المادة 55 من الدستور تجعل من الاتفاقية لها سلطة أسمى من القانون، و هي تنشئ نظام قانوني قائم بحد ذاته بين الدول الأعضاء و لتلك الأسباب الخاصة، فإن ذلك النظام القانوني يطبق مباشرة على رعايا دول الأعضاء و يلزم السلطات القضائية لتلك الدول"¹.

و يلاحظ أن محكمة النقض الفرنسية كانت السباقة في الاعتراف بالسمو المطلق للمعاهدات على القانون تجسيدا لمفهوم المادة 55 من الدستور الفرنسي، و لم يعترف مجلس الدولة الفرنسي بذلك إلا من خلال قرار " نيكولو " (Nicolo) الصادر بتاريخ 20 أكتوبر 1989، فموقف مجلس الدولة جاء متأخرا بحوالي 14 سنة عن موقف محكمة النقض في ذلك الموضوع، و من ثم أصبح القضاء العادي و الإداري يطبقا معا نص المادة 55 من الدستور الفرنسي بإعلاء المعاهدة على القانون سواء صدر قبل أو بعد تاريخ التصديق على المعاهدة.

إن ذلك الاجتهاد وضع قيود على سلطة المشرع، و إن كان التشريع لاحق لقواعد القانون الدولي المصادق عليها، فإن الالتزام الدولي يسمو على القانون الداخلي، و على المشرع احترام قواعد القانون الدولي محل المعاهدات و الاتفاقيات الدولية المصادق عليها، بسن التشريعات بما يتوافق مع الالتزامات الدولية، لأن هذه الأخيرة هي التي تطبق على

¹ - Cass. Chambre mixte, 24 mai 1975, n° 7313556, disponible en ligne à l'adresse: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000006994625>.

النزاعات المعروضة على الجهات القضائية، و إلا يصبح التشريع المخالف للالتزام الدولي بدون موضوع، باستبعاده من التطبيق أمام الجهات القضائية.

و لكن تبقى مراقبة مدى تطابق القانون مع المعاهدات تجسيدا لمبدأ تدرج القواعد القانونية، الذي يضع قواعد القانون الدولي في مرتبة السمو على القانون الداخلي، تختلف عن الرقابة دستورية القوانين، فإن كانت رقابة تطابق القانون مع المعاهدة له أثر نسبي يقتصر فقط أثره على أطراف النزاع، نجد الرقابة الدستورية لها أثر مطلق باعتبار قرارات المجلس الدستوري نهائية لا يمكن الطعن فيها بأي طريقة كانت، و هي ملزمة على السلطات العمومية، و قد فرق المجلس الدستوري بين رقابة تطابق القانون مع المعاهدات و الرقابة الدستورية من خلال قراره المؤرخ في 15 جانفي 1975 تحت رقم 75 - 54 المتعلق بالتوقيف الإرادي للحمل، بحيث أكد على أنه: " غير مختص في النظر في مدى تطابق القانون مع المعاهدات لما يتم إخطاره تطبيقا للمادة 61 من الدستور"¹، أي المادة 61 من الدستور لا تمنح المجلس الدستوري سلطة مطلقة في عملية الرقابة فهي تحصر مهمة المجلس الدستوري في مراقبة دستورية القانون المعروض عليه، و من ثم تكون قواعد الإسناد في عملية الرقابة هي القواعد الدستورية كما حددها المجلس من خلال اجتهاداته التي أنشأت بما يسمى بالكتلة الدستورية، وعليه فلا يمكن للمجلس مراقبة مدى تطابق القانون مع المعاهدات لهذا السبب القانوني.

و هناك سبب عملي و هو أن أجل نظر المجلس الدستوري الفرنسي في القانون المعروض عليه تطبيقا للمادة 61 من الدستور الفرنسي هو شهر واحد، تلك المدة هي جد قصيرة يستحيل على المجلس مراقبة مدى تطابق القانون مع العديد من الالتزامات الدولية المبرمة، و المصادق عليها من قبل الدولة الفرنسية².

¹ - CC n°75-54 DC du 15 janvier 1975, cf. site www.conseilconstitutionnel.fr.

² - Olivier DUTHEILLET de LAMOTHE ,op.cit, p.4.

و من ثم ميز المجلس الدستوري الفرنسي بين الرقابة الدستورية، و رقابة العمل القانوني مع المعاهدات (contrôle de conventionalité)، و يشبه هذا النوع من الرقابة التي تمارسها محكمة النقض و كذا مجلس الدولة الفرنسيين، تلك الرقابة الدستورية عن طريق الدفع الفرعي التي تمارسها الجهات القضائية المختلفة في النظام القضائي الأمريكي، بحيث يلاحظ أن رقابة تطابق القانون مع المعاهدة و رقابة الدستورية عن طريق الدفع الفرعي في الولايات المتحدة الأمريكية لهما نفس الآثار و ذلك باستبعاد القاضي للنص القانوني المعيب دون إلغائه و يرتب الحكم أثرا نسبي يتعلق بأطراف الدعوى فقط .

و يرى في هذا الشأن " أوليفي دوتولي دو لا موت " (Olivier Dutheillet de Lamothe) بأن: " رقابة تطابق القانون مع الالتزامات الدولية في الواقع يحمل نفس آثار الرقابة الدستورية عن طريق الدفع الفرعي و هو ما يدعم رأينا في هذا المجال، فيلاحظ بأن الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان تشمل، و حتى تتجاوز الحقوق الأساسية المحددة في فرنسا بموجب دستور 1958 و ديباجته، و إعلان حقوق الإنسان و المواطن و ديباجة دستور 1946، و كذا المبادئ المعترف بها في قوانين الجمهورية"¹.

كما أن رقابة مدى تطابق القانون مع الالتزامات الدولية، و الرقابة الدستورية عمليا لهم نفس الآثار، فإن كانت الأحكام القضائية التي تصدر من خلال الرقابة على مدى مراعاة أحكام المعاهدات لها حجية نسبية تتعلق بأطراف النزاع فقط دون الغير، فإن تلك الأحكام تخلق إجتهاادات قضائية، تؤدي في النهاية إلى تعطيل تطبيق أي قانون مخالف للاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، وهو نفس الأثر للأحكام الصادرة عن القضاء الأمريكي التي تستبعد النصوص المخالفة للدستور من التطبيق، عندما تتصدى للدفع بعدم الدستورية التي يثار أمامهم أثناء نظرهم للمنازعات المختلفة، فإن هذا كذلك يخلق إجتهاادات قضائية، وفي حالة ما إذا تم استبعاد المحكمة العليا الفيدرالية لحكم قانوني لمخالفته للدستور، فمن الناحية

¹ -Olivier DUTHEILLET de LAMOTHE ,op.cit, p.4.

العملية يصبح اجتهادها قطعي تأخذ به المحاكم الدنيا، مما يجعل ذلك القانون كأنه غير موجود في النظام القانوني و إن لم يلغى، و من ثم فالأثر هو مشابه لأحكام القضاء الدستوري الأوربي التي تكتسي قوة الشيء المقضي فيه بإلغاء الحكم القانوني الغير الدستوري من النظام القانوني.

ثانيا - الدور الايجابي للقضاء الإداري و العادي في المسألة الأولية الدستورية: إن تقرير القضاء الإداري و العادي إحالة المسألة الأولية الدستورية على المجلس الدستوري بعد عملية التصفية التي تقوم بها الجهات القضائية على إثر دفع المتقاضي بعدم دستورية نصا تشريعيا لمخالفته الحقوق الأساسية، يجعل من القضاء الإداري و العادي متخذاً لموقف ايجابي في المنازعة الدستورية.

أ - مجلس الدولة الفرنسي: قاضي دستوري ايجابي: إن المسألة الأولية الدستورية تخول للمتقاضي الدفع بعدم دستورية النص التشريعي الذي سيطبق على قضيته أمام الجهات القضائية الإدارية، ذلك الدفع يمكن إثارته على أي مرحلة تكون عليها الدعوى و حتى لأول مرة أمام مجلس الدولة.

إذا، مجلس الدولة يمكن له أن يعالج الدفع إما بناء على إحالة من المحاكم الدنيا التابعة لسلم القضاء الإداري أي المحاكم الابتدائية و الاستئنافية الإدارية، و إما بناء على دفع مثار مباشرة من قبل المتقاضي أمام مجلس الدولة قبل اختتام التحقيق، حيث يبت هذا الأخير بقرار معلل في الإحالة على المجلس الدستوري في أجل ثلاثة أشهر من تاريخ تلقيه الملف من الجهات القضائية الدنيا أو من تاريخ إثارة الدفع أمامه، و لأطراف المنازعة إيداع ملاحظاتهم في أجل شهر من تاريخ تبليغ مجلس الدولة بقرار عرض المسألة الأولية الدستورية الصادر عن الجهات القضائية الدنيا¹، و في حالة عدم البت في الإحالة على

¹ - Art R . 771 – 20 du Code de justice administrative Français, Edition 2017: Version mise à jour au 1er janvier 2017 de La Bibliothèque Juridique.

المجلس الدستوري، تحال المسألة الأولية الدستورية على المجلس الدستوري بقوة القانون تطبيقاً لنص المادة 23 - 7 من القانون العضوي المتعلق بالمجلس الدستوري المؤرخ في 07 نوفمبر 1958 المعدل و المتمم.

و لا تكون الإحالة على المجلس الدستوري إلا من خلال معاينة مجلس الدولة لمخالفة ظاهرة للنص التشريعي للحقوق و الحريات المضمونة بموجب الدستور، و ذلك من خلال التحقق من توافر الشروط الضرورية الخاصة للإحالة، المتمثلة في أن يكون الحكم التشريعي محل الطعن هو الذي يطبق على موضوع النزاع أو إجراءات الخصومة، و كذا عدم وجود قرار للمجلس الدستوري سابق تصدى في تسببيه أو في منطوقه لدستورية النص محل الطعن، و يتأكد مجلس الدولة من أن المسألة ذات أهمية، و أخيراً أن تكون المسألة المثارة جديدة¹.

و إن كان يمكن لمجلس الدولة التحقق من شروط المسألة الأولية الدستورية، فقد يصعب عليه التحقق إن كان هناك قرار للمجلس الدستوري سابق أقر في تسببيه أو منطوقه بدستورية أو عدم دستورية الحكم التشريعي المطعون فيه، و على هذا الأساس، فإن مجلس الدولة وجد الحل لذلك الإشكال من خلال وقف النظر في المسألة الأولية الدستورية في انتظار إخبار من المجلس الدستوري حول ما إن وجد له قرار سابق يتعلق بنفس القانون محل الطعن².

و قد أثير شرط وجوب أن " تكون المسألة الأولية الدستورية جديدة " نوع من الارتباك في التفسير، و قد تم توضيح تلك المسألة من خلال قرار المجلس الدستوري تحت رقم 2009 -

¹ - Art 23 -4 Ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel modifiée et complétée.

² - Bertrand MATHIEU, Question prioritaire de constitutionnalité- La jurisprudence (mars 2010 novembre 2010),...op.cit, p.14.

595 المؤرخ في 3 ديسمبر 2009 المتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي الخاص بتطبيق المادة 61 - 1 من الدستور، و الذي جاء فيه بأن " المسألة الأولية الدستورية لا يمكن القول عنها جديدة بمجرد عدم معالجة النص التشريعي المطعون فيه من قبل المجلس الدستوري"¹.

أي أن المسألة تعد جديدة إلا إذا كانت تتعلق " بتفسير لأحكام دستورية لم تتح الفرصة أن تم تطبيقها في الماضي"، و هو ما أكدته مجلس الدولة في قرار له بتاريخ 8 أكتوبر 2010 تحت رقم 338505 بخصوص المادة 66 - 1 من الدستور الفرنسي، التي تنص على أنه: " لا يجوز الحكم على أي شخص بعقوبة الإعدام " التي لم تتح الفرصة للمجلس الدستوري أن طبقها، و التي أثّرت بخصوص قانون دخول و إقامة الأجانب و حق اللجوء.

و لكن مجلس الدولة و كذا محكمة النقض يعالجان مسألة الإحالة بشكل مرّن، و ذلك بسبب أن تلك المسائل الدستورية يمكن أن تثار في عدة منازعات قضائية، فمن الضروري إحالتها على المجلس الدستوري كي يبت فيها، أو قد تثير تلك المسائل الدستورية مواضيع حساسة بخصوص الحماية الدستورية للحقوق الأساسية، مما يستوجب عرضها على المجلس الدستوري كي يبت فيها بشكل نهائي و قطعي².

و تجدر الإشارة بأن قانون القضاء الإداري يتيح لمجلس الدولة عدم إحالة مسألة أولية دستورية لنفس الأسباب بشأن نص قانوني، يكون في نفس الوقت معروض على المجلس الدستوري للبت في دستوريته، و لكن يمكن لمجلس الدولة إحالة تلك المسألة الأولية

¹ - CC n° 2009 - 595 DC du 3 décembre 2009, cf. site : www.conseilconstitutionnel.fr.

² - Dominique ROUSSEAU , La question prioritaire de constitutionnalité , 2^e édition... , op.ci.,p. 153.

الدستورية إذا ما تم تأسيسها على أسباب دفع أخرى شرط أن لا يكون قد صدر عن المجلس الدستوري قراره الفاصل في تلك المسألة¹.

و حتى وإن توافرت كل الشروط القانونية للمسألة الأولية الدستورية، فإن مجلس الدولة عليه تحديد الأحكام القانونية التي يجب أن تحال على المجلس الدستوري لمراقبة مدى تطابقها مع الحقوق و الحريات الأساسية، و ذلك لأن دفع المتقاضي بعدم دستورية حكما قانونيا قد يؤثر على البناء القانوني، و ذلك لإمكانية ارتباط ذلك النص بنصوص أخرى، و من ثم يجب أن تشمل الرقابة كل النصوص ذات الصلة بالنص محل الطعن، لأن الأحكام القانونية لها جسور ترابط فيما بينها.

و لا يمكن تصورها مستقلة عن بعضها البعض، تلك الصلة يمكن أن نجدها بين نصوص نفس القانون، أو في علاقة الحكم القانوني بقوانين أخرى، لأنه إذا قرر المجلس الدستوري عدم دستورية النص القانوني محل الطعن فقط، دون النصوص الأخرى ذات الصلة سيخلق مساس بالأمن القانوني، و من ثم فمجلس الدولة في إطار دوره كمصفي يقوم بإعادة تكييف المسألة الأولية الدستورية المعروضة عليه، بدون الخروج عن موضوع الدفع، أي مجلس الدولة يتقيد بالنص محل الطعن و تقرير إحالة نصوص أخرى لها علاقة بالنص القانوني محل الدفع إن استدعت الضرورة².

و عليه نجد مجلس الدولة من خلال تفسيره لمذكرات أصحاب الدفع بعدم الدستورية،

¹- Art. R. 771-18 du Code de justice administrative Français.

²- Sophie-Justine LIEBER, Damien BOTTEGHI et Vincent DAUMAS, « La question prioritaire de constitutionnalité vue du Conseil d'État », Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel, n°29,2010/3, p.117. constitutionnalité vue du Conseil d'État », Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel 1, n°29,2010/3, p.117.

يحدد مدى المسألة الأولية الدستورية المثارة إما بالتوسيع، و ذلك بإحالة الحكم القانوني محل الدفع و كل النصوص ذات الصلة معه كما تم توضيحه أعلاه، و يمكن له أن يضيق في مدى المسألة الأولية الدستورية، و ذلك بتضييق دائرة الأحكام القانونية التي تحال على المجلس الدستوري، في حالة ما إذا وسع صاحب الدفع بطعنه في الأحكام القانونية لعدم دستوريته لمخالفتها الحقوق و الحريات.

و قد يطرح موضوع إخطار المجلس الدستوري من قبل مجلس الدولة بشكل تلقائي ما دام يحدد مدى المسألة الأولية الدستورية، إما بتوسيع دائرة النصوص التي تحال على المجلس الدستوري، أو بالتضييق في الحالة العكسية، مما قد يؤدي بمجلس الدولة إحالة نصوص قانونية لم تكون محل الدفع أمامه، و لا علاقة لها بموضوع الدفع أصلا، و هي حالات قد تقع عمليا إما عن قصد أو غير قصد من مجلس الدولة، تلك الحالات تولدت من خلال الدور الذي أرادته المؤسس بجعل مجلس الدولة و كذا محكمة النقض كجهات قضائية مصفية للمسألة الأولية الدستورية.

و يتحدد مدى النصوص التي يحيلها مجلس الدولة على المجلس الدستوري من خلال تفسير مجلس الدولة لمضمون المسألة الأولية الدستورية محل الدفع أمامه، و التي تستخلص من المذكرات المتعلقة بالمسألة الأولية الدستورية، فنجد مجلس الدولة في بعض الأحيان يحدد ذلك المدى بالتضييق، لما يتوسع صاحب الدفع في تحديد النصوص المخالفة للحقوق و الحريات من خلال تحديد النصوص التي تنطبق على منازعة الموضوع و هو أحد شروط المسألة الأولية الدستورية التي تشترط: " أن يكون النص المطعون في مخالفته للحقوق و الحريات هو الذي ينطبق على موضوع النزاع أو على إجراءات الدعوى أو يشكل أساس للمتابعة"، فنجد مجلس الدولة الفرنسي يقدر التوسع و التضييق في النصوص التي يحيلها على المجلس الدستوري بحسب الحالة، و طبيعة موضوع المسألة الأولية الدستورية أخذا كأساس له الدفع المثار من قبل المتقاضين، وهذا ما قد جسده في قرار له " كيمبريلي كلارك

" (Kimberly Clark) حيث ضيق في النصوص المحالة على المجلس الدستوري، و في قرار " مورتان " (Mortagne) نجد صاحب الدفع اقتصر على الطعن في مخالفة المادة " 92 جي " (92J) من القانون العام للضرائب لمخالفته الحقوق الأساسية، و لكن مجلس الدولة وسع من دائرة النصوص المحالة على المجلس الدستوري، فقد أحال المادة " 92 جي " المذكورة بالإضافة للمادة 163 من القانون العام للضرائب، و قد ركزت الإحالة على نص المادة 163، و ذلك لأن النصوص القانونية تشكل نظام مترابط فيما بينه¹.

و من ثم نجد القاضي الإداري مجبر بالأخذ بعين الاعتبار بذلك الترابط، و هو أمر ضروري من أجل تجنب احتمال إخلال بالنظام القانوني، الذي قد ينتج عن إحالة نص تشريعي على المجلس الدستوري قد يقضي المجلس بعدم دستورية، و تبقى في نفس الوقت نصوص أخرى ذات صلة بالنص التشريعي المقضي بعدم دستوريته قائمة، مما ينتج تناقض في النظام القانوني.

إن مجلس الدولة، و كذا محكمة النقض الفرنسيين يلعبان دور محوري في إجراءات المسألة الأولية الدستورية، لأن إحالة المسألة على المجلس الدستوري يتوقف على قرارهما، فمجلس الدولة يؤدي دور القاضي الدستوري الإيجابي في المسألة الأولية الدستورية بإحالتها على المجلس الدستوري، حتى و إن كان القرار النهائي القاضي بدستورية أو بعدم دستورية النص التشريعي لمخالفته للحقوق و الحريات هو من صلاحية المجلس الدستوري.

و ذلك يظهر جليا من قرار مجلس الدولة القاضي بالإحالة، الذي يمكن وصفه بأنه قرار تمهيدي في المنازعة الدستورية، و قد كان هناك خوف من مجلس الدولة من أن يتدخل في اختصاصات المجلس الدستوري و ذلك من خلال توسيع صلاحيته على ضوء إجراءات المسألة الأولية الدستورية، خاصة و أن مجلس الدولة هو مؤسسة قديمة و لها تاريخ طويل في التاريخ السياسي الفرنسي منذ الجمهورية الثالثة مرورا بالرابعة ثم الخامسة، و لكن رغم

1- Sophie-Justine LIEBER, Damien BOTTEGHI et Vincent DAUMAS, op.cit, pp.117-118.

ذلك، فإن مجلس الدولة لم يعتدي على صلاحيات المجلس الدستوري في مجال الرقابة الدستورية المنبثقة من إجراءات المسألة الأولى الدستورية، و اقتصر على تطبيق الإطار الدستوري و القانوني للدفع بعدم الدستورية كما تقتضيه إرادة المؤسس و المشرع العضوي من شروط شكلية و موضوعية لقبول الدفع.

و يتبين من كل ذلك أن القضاء الإداري الفرنسي و على رأسه مجلس الدولة له سلطة حقيقية في مجال المسألة الأولى الدستورية محددة بالدستور و بالقانون العضوي، تلك السلطة نلمسها من خلال، تكييف مجلس الدولة الحقيقي للمسألة الأولى الدستورية بتحديدتها توسعا أو تضيقا للنصوص التي تحال على المجلس الدستوري لمخالفتها الحقوق و الحريات، على ضوء الدفع المثار من المتقاضي، و يظهر جليا أنّ قضاة مجلس الدولة هم مقيدون لحد ما بإرادة المتقاضي صاحب الحق في إثارة الدفع بعدم الدستورية فهي وسيلة دفاعية يستعملها هذا الأخير لحماية حقوقه وحرياته الدستورية، و لكن لهم سلطة إعطاء التكييف الصحيح للمسألة الأولى الدستورية.

ولهذا السبب فإن إجراءات الرقابة الدستورية المقررة بموجب المادة 61 - 1 من الدستور الفرنسي والتي تقابلها المادة 188 من الدستور الجزائري، تقرر حق مباشر للمتقاضي في منازعة التعبير عن الإرادة العامة، بحيث يدخل المتقاضي في النقاش المتعلق بالأساليب التي يجب أن تتوافر لتحقيق تطابق القانون مع الدستور من أجل التعبير الصحيح عن الإرادة العامة، و من ثم فتلك الإجراءات تعمل على تعزيز دولة القانون¹.

ب- محكمة النقض الفرنسية كقاضي دستوري إيجابي: إنه و كما تم الإشارة له أعلاه، فإن المسألة الأولى الدستورية هي حق مخول للمتقاضي للدفاع على حقوقه الأساسية المضمونة في الدستور، أمام الجهات القضائية المختلفة الإدارية و العادية، فإن الدفع بعدم دستورية

1 -Xavier MAGNON, Xavier BIOY, Wanda MASTOR, Stéphane MOUTON, Le réflexe constitutionnel . Question sur la question prioritaire de constitutionnalité, BRYLANTE, Bibliothèque nationale, Paris, 2012, p. 210.

حكم تشريعي أمام القضاء يكون على أي درجة تكون عليها الدعوى، و حتى لأول مرة أمام مجلس الدولة، أو محكمة النقض.

و ليس هناك فرق بين إجراءات المسألة الأولية الدستورية أمام القضاء الإداري أو العادي، على اعتبار أنها تخضع لنفس الشروط الشكلية و الموضوعية المحددة في الدستور و القانون العضوي، و يلعب القضاء العادي مثل نظيره الإداري دور القضاء المصفي للدفع بعدم الدستورية، فالمصفي أول درجة هو قضاء الموضوع، أي المحاكم الابتدائية و محاكم الاستئناف بتأكدهم على وجه الخصوص أن يكون النص المطعون فيه قابل للتطبيق على النزاع، أو على إجراءاته القانونية أو يشكل أساس للمتابعة القضائية، و أن لا يكون قد صدر قرار سابق عن المجلس الدستوري يعلن في منطوقه، أو في أسبابه أن الحكم التشريعي متطابق مع الدستور إلا إذا تغيرت الظروف، و أن تكون المسألة المثارة ذات أهمية، إن توافر تلك الشروط تؤدي بقاضي الموضوع إلى تقرير الإحالة على محكمة النقض، التي لها سلطة مراقبة مرة ثانية تلك الشروط فهي مصفي ثاني درجة، والتي تتأكد زيادة على تلك الشروط من توافر شرط رابع و هو أن تكون المسألة جديدة وذات أهمية.

إن تأكد محكمة النقض من تلك الشروط قبل تقرير الإحالة تحول محكمة النقض إلى قاضي دستوري، حتى و إن يبقى تقرير تطابق الحكم التشريعي مع الدستور من عدمه من صلاحية المجلس الدستوري، وهنا يظهر الدور الإيجابي التي تؤديه محكمة النقض الفرنسية بمناسبة فصلها في إحالة المسألة الأولية الدستورية.

هذا ما نلمسه من خلال عدة قرارات لمحكمة النقض التي قضت فيها بالإحالة على المجلس الدستوري للمسألة الأولية الدستورية، ففي قرار لها مؤرخ في 25 جانفي 2017¹، أكدت على توافر الشروط الأربعة المحددة في القانون العضوي المذكورة أعلاه لقبول المسألة

1-Cass.crim, n° 347du 25 janvier 2017,disponible en ligne à l'adresse:https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/qpc_3396/347_25_36183.html.

الأولية الدستورية، و تطرقت في تسبيبها للمسائل التي يثيرها النصين التشريعيان محلا الطعن، ألا و هما نص المادة 421-2-6 و 421-5 من قانون العقوبات الفرنسي، اللتان تعرفان و تعاقبان تشكيل تنظيمات إرهابية فردية، و نضمن موضوع الدفع مدى تطابق النصين المذكورين مع المادة 8 من إعلان حقوق الإنسان والمواطن لسنة 1789 الفرنسي، الذي يشكل جزء من الكتلة الدستورية، فأكدت المحكمة على أن: " بعض الأفعال المادية التي عرفها القانون تم تحديدها بمفردات عامة، و هي في حد ذاتها غير معاقب عليها، على سبيل المثال البحث عن شيء قد يشكل خطر على الغير، أو جمع معلومات على مكان معين، أو جمع معلومات على شخص قد يرتكب فعل في تلك الأمكنة أو على الأشخاص (الغير).

فذلك لا يبين بشكل دقيق و وضوح الأفعال التي تشكل في حد ذاتها تحضير لارتكاب أفعال إرهابية، و من جهة أخرى فتجريم أفعال التي قد لا تكون لها علاقة مباشرة بالمس بأمن الأشخاص أو بارتكاب الفعل الإرهابي، بل هي مبنية على شكوك مفترضة على شخص معين بأنه قد يرتكب فعل إرهابي، تجعل من المادة 421-2-6 من قانون العقوبات، قد لا تتوافر على الاعتبارات الدستورية المتعلقة بوجوب توافر في نص قانون العقوبات عنصر الوضوح و الضرورة و النسبية¹، و من ثم قررت محكمة النقض في قرارها بإحالة المسألة الأولية الدستورية على المجلس الدستوري.

و في قرار محكمة النقض المؤرخ في 29 نوفمبر 2016 تحت رقم 90024-16 قضى بالإحالة على المجلس الدستوري²، بعدما تم الطعن في دستورية المادة 421-2-5 من قانون العقوبات الفرنسي، التي تجرم الاستعلامات من قبل الأفراد المعتادة لخدمة الاتصالات المفتوحة على الجمهور على شبكة الإنترنت، التي تنتشر في موقعها الإلكتروني

1 -Cass.Crim, n° 347 du 25 janvier 2017, disponible en ligne à l'adresse:https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/qpc_3396/347_25_36183.html.

2 -Cass.crim, n° 16-90024 du 29 novembre 2016, disponible en ligne à l'adresse:<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000033525679>.

رسائل، صور، أو تمثيل تشكل إشادة بالأعمال الإرهابية، و الجرائم المتعمدة ضد الحياة، و اعتبر الطاعنون أن ذلك يتعارض مع المادتين 1، 5، 6، 8، 9، 10 و 11 من إعلان حقوق الإنسان والمواطن لعام 1789، و المادة 34 من الدستور ومبادئ شرعية الجرائم والعقوبات، والوضوح والدقة للقانون، والقدرة على التنبؤ القانوني والأمني والوصول إلى المعلومات، وحرية الاتصال والرأي، والحاجة إلى تقرير العقوبات، ومساواة المواطنين أمام القانون، وافتراض قرينة البراءة، لأنه يجرم الاستعلامات المعتادة دون تحديد معايير لتصنيف الاستعلام المعتاد و الذي يكون بحسن نية، و دون تحديد ملامحه و لا يقدم تعريف لمفهوم الإرهاب¹. و رأت محكمة النقض أنه: " من الضروري إحالة تلك النصوص التشريعية على المجلس الدستوري، كي يتأكد إن كان المشرع احترام مبدأ التناسب بين التدابير المتخذة في النص بالنظر لحرية الاتصال"².

و قبل تطرق محكمة النقض لموضوع الطعن تتأكد دائما من توافر شروط المسألة الأولية الدستورية المحددة في القانون العضوي المنظم للمجلس الدستوري، و هو ما يتم سرده في تسبيب قرارات الإحالة، و لا تنتقل المحكمة في معالجة موضوع المسألة إلا بعد مراقبة تلك توافر الشروط القانونية المذكورة و يعد ذلك الجانب التصفوي للدفع بعد الدستورية.

و في قرار لها بتاريخ 16 ماي 2017 تحت رقم 17-40030 بمناسبة الطعن في أحكام الفقرة 1 من المادة (10-621.L) من قانون النقد و الصرف " التي تمكن تزويد المحققين في الصفقات المالية ببيانات الخاصة بالأشخاص الطبيعية و المعنوية، تلك البيانات يحتفظ بها و يتعامل معها مشغلو الاتصالات البريدية و الالكترونية تطبيقا لقانون الاتصالات البريدية و الإلكترونية، و اعتبر الطاعنون أن ذلك يشكل انتهاك للحقوق و الحريات المنصوص عليها في الدستور، و بشكل أكثر تحديدا الحق في احترام الحياة الخاصة، التي تحميها المادة 2 من إعلان حقوق الإنسان و المواطن لعام 1789، لاسيما

1 -Cass.crim, n° 16-90024 du 29 novembre 2016.

2 -Ibid.

أن المشرع لم يقدم الضمانات و التدابير الكافية لاحترام هذا الحق كما هو محدد في المادة 34 من الدستور¹.

و سارت محكمة النقض على نهجها المعتاد و هو التأكد من توافر الشروط القانونية العضوية للمسألة الأولية الدستورية، حيث أكدت على أنه: " سبق للمجلس الدستوري أن صرح في قرار سابق له مؤرخ في 27 ديسمبر 2001 تحت رقم 2001 - 457 في تسببيه و منطوقه بدستورية النص القانوني محل الطعن، و لكن منذ تاريخ صدور قراره هناك تغير للظروف من حيث الوقائع و القانون، لها علاقة بالتطور التكنولوجي"²، وقارنت ذلك من خلال قضية مماثلة طرحت على المجلس الدستوري، و هي تتعلق: " بتوسيع مجالات البحث عن المعلومات الالكترونية الخاصة بالأشخاص القانونية تطبيقا لقانون البريد و الاتصالات الالكترونية، و التي أصدر المجلس الدستوري قرارا بشأنه مؤرخ في 5 أوت 2015 تحت رقم 2015-715، و الذي من خلاله اعتبر المجلس الإجراءات المنصوص عليها في ذلك القانون بموجب المادة 216 فقرة 2 هي غير دستورية"³.

وعليه، نلاحظ أن محكمة النقض قبل الإحالة تتعمق في القضية الدستورية المطروحة عليها، و تشير للمخالفات التي يثيرها النص القانوني مع الدستور، و تماشيا مع الحركية و التطور الذي يواكب الأوضاع القانونية و المادية للقواعد القانونية، فإن المشرع العضوي فتح المجال لقضاة الموضوع، و محكمة النقض، إمكانية إحالة المسألة الأولية الدستورية حتى بوجود قرار للمجلس الدستوري سابق قضى بدستورية ذلك النص، و هذا في حالة ما إذا تغيرت الظروف، و من ثم، فالمشرع العضوي وضح ذلك الحل القانوني لتجنب الجمود في الاجتهاد الدستوري، ما يعزز دور محكمة النقض الايجابي في معالجة المسألة الأولية

1 -Cass commerciale, n° 17-40030 du 16 mai 2017, disponible en ligne à l'adresse:<https://juricaf.org/arret/> FRANCE-COURDECASSATION-20170516-1740030.

2-Cass commerciale, n° 17-40030 du 16 mai 2017.

3-Ibid.

الدستورية، وهو ما طبقته محكمة النقض في قرارها المؤرخ في 16 ماي 2017 المذكور أعلاه.

و يتبين جليا أن محكمة النقض تعالج المسألة الأولية الدستورية من باب مخالفة الحكم التشريعي المطعون فيه للحقوق و الحريات المضمونة في الدستور، حيث أخذت بعين الاعتبار التطورات التي تطرأ على تطبيق النص القانوني، من خلال تقدير الظروف القانونية و المادية التي تكون في الحاضر و تنعكس على تطبيق القانون محل الطعن، و من ثم تتحول إلى قاضي مفسر للدستور، فهي تلعب دور القاضي الدستوري التمهيدي دون أن يكون لقرارها الأثر الحاسم الفاصل في دستورية الحكم التشريعي، فتبقى تلك المهمة منوطة بالمجلس الدستوري.

خلاصة الفصل الأول من الباب الثاني:

إن نظرية دولة القانون منطلقها القاعدة الأساسية التي تعد القاعدة المؤسسة، و المنتجة للقواعد القانونية في الهرم القانوني، و على ذلك الأساس وضعت النظرية القضاء الدستوري المركزي كآلية لحماية القاعدة الأساسية، فيجب أن يكون ذلك القضاء لا ينتمي لأي سلطة من السلطات الثلاثة، و من ثم إرساء دولة القانون يقاس بشكل كبير على مسألة استقلال القضاء الدستوري في الدولة، و هو الأمر الذي لم يستطيع أن يحققه المجلس الدستوري الجزائري لحد الساعة كما لمسناه من تحليل بعض من أعماله التي غلب عليها الطابع السياسي و ليس القانوني، و مرد ذلك ليس للدستور في حد ذاته بل بالدرجة الأولى إلى غياب ثقافة دولة المؤسسات في بلادنا.

كما أن من حيث نموذج الرقابة التي يمارسها المجلس الدستوري الفرنسي و الجزائري في إطار المنازعات الدستورية توصلنا إلى أن الرقابة المجردة التي تحركها السلطات العمومية هي محدودة و لا تحقق لنا الحماية الكاملة للحقوق الأساسية.

أما الرقابة المحددة التي جاءت وفق إجراء المسألة الأولية الدستورية في النظام الفرنسي، و الذي يماثله الدفع بعدم الدستورية في النظام الجزائري، و إن كانت خطوة إيجابية للارتقاء نحو تحقيق نوع من الحماية للحقوق الأساسية، يبقى ذلك الإجراء محدود عمليا، لتعقيد إجراءاته من جهة، و من جهة أخرى تلك الآلية هي موجهة ضد القانون الصادر عن البرلمان المخالف للحقوق و الحريات، و كأن انتهاك الحقوق الأساسية لا يكون إلا من قبل المشرع دون السلطات الأخرى أي السلطة التنفيذية و القضائية.

الفصل الثاني:

الحقوق الأساسية في اجتهاد المجلس الدستوري:

بين المحدودية و تكريس الحماية الدستورية

إن تمسك الدول بمبدأ السيادة و حرصها على حمايته يؤدي بنا إلى القول بأنه: لا وجود لأي سلطة عليا تفرض على الدولة احترام الحقوق الأساسية، و من ثم عملت الأنظمة الديمقراطية على وضع حدود لسلطتها بشكل يتوافق لحد بعيد مع نظرية التحديد الذاتي، التي من خلالها تمكن الدول من تحقيق حماية للحقوق و الحريات الأساسية، كاختصاص من اختصاصات الدولة في حد ذاتها.

و في الحقيقة لا يمكن إنكار فضل أثر المجتمع الدولي على النظم القانونية الداخلية و جهوده الرامية بالدفع بالحقوق الأساسية نحو الأمام من خلال الاتفاقيات الدولية، و الإقليمية التي تجعل من الفرد موضوع للقانون الدولي، حيث تتعهد الدول على احترام حقوق الإنسان، فكان لذلك أثر بالغ في تطور القضاء الدستوري في مجال الحماية الدستورية للحقوق الأساسية.

إن تجسيد الحماية القانونية للحقوق الأساسية في القوانين الداخلية ضرورة حتمية في العلاقات بين الدول بل تشكل أحد المصالح الحيوية للدول، و هو ما يتجسد في الواقع من خلال إقامة نظام للرقابة الدستورية النظم القانونية الداخلية، باعتبار أن الدستور هو المعبر عن الحقوق الأساسية و هو القاعدة الأسمى في النظام القانوني الذي يحدد إرادة الدولة في علاقاتها مع الأفراد لبناء دولة الحق و القانون، التي وضع معالمها الفلسفية و القانونية الفقيه النمساوي هانز كلسن في كتابه النظرية الخالصة للقانون، و الذي جعل من الرقابة الدستورية شرط أساسي لحماية الهرم القانوني الذي يأتي في قمته الدستور، و من ثم تحقيق الحماية للنظام القانوني ككل في الدولة و في ذلك الإطار يرى كلسن بأن: " النظرية

الخالصة للقانون تضع القاعدة الأساسية كشرط لمعرفة القانون تلك القاعدة هي المنتجة لشرعية كل القواعد في النظام القانوني وهي التي تحقق لنا وحدة النظام القانوني¹، و انبثقت نظرية الحقوق الأساسية من النظرة الكلسينية للقانون.

و قد تعددت نظم الرقابة الدستورية و يمكن تقسيمها لنموذجين رئيسين النموذج الأمريكي الغير الممركز، و النموذج الأوربي المركزي و هو النموذج الذي جاءت به النظرية الخالصة للقانون لتحقيق الحماية للقاعدة الأساسية، وأخذت فرنسا بذلك النموذج من خلال إنشاء نظام مركزي للرقابة بواسطة المجلس الدستوري بموجب دستور 1958، الذي ما فتئ أن يتطور إلى أن تحول إلى مؤسسة دستورية تعمل بالدرجة الأولى على السهر على حماية و كفالة الحقوق الأساسية، ذلك النموذج هو الذي تأثر به المؤسس الجزائري من خلال المجلس الدستوري منذ صدور دستور سنة 1989، الذي أنشأ تلك المؤسسة التي أدخلت عليها عدة تعديلات أخرها ما جاء به التعديل الدستوري لسنة 2016، الذي نقل تقريبا التعديلات الدستورية المتعلقة بالمجلس الدستوري الفرنسي و جمعها، ألا وهي التعديل الدستوري الفرنسي لسنة 1974 و لسنة 2008، تلك التعديلات بالإضافة لاجتهاداته التي صدرت عنه في بداية سبعينيات القرن الماضي، دفعت بالمجلس الدستوري الفرنسي للتحول من مؤسسة تفصل بالأساس في النزاعات التي تثور بين السلطتين التنفيذية و التشريعية، إلى مؤسسة حامية للحقوق الأساسية.

و عليه، سنركز الدراسة على المجلس الدستوري الفرنسي و الجزائري من ناحية الحماية التي يحققها للحقوق الأساسية، حيث سنقوم بتحليل فعالية المجلس الدستوري في تحقيق الحماية الدستورية للحقوق الأساسية التي نلمسها، من خلال معالجة المجلس الدستوري للحقوق الأساسية بين المحدودية و مقتضيات المصلحة العامة (المبحث الأول)،

1 -Hanz KELSSEN, « Qu'est-ce que la théorie pure du droit ? », Revue Droit et société, n° 22, 1992, p.556.

و من جهة أخرى من خلال تمكن المجلس الدستوري من فرض حماية للحقوق الأساسية رغم
المحدودية (المبحث الثاني).

المبحث الأول: معالجة المجلس الدستوري للحقوق الأساسية بين المحدودية ومقتضيات المصلحة العامة

إن الحقوق الأساسية في الحقيقة ليست حقوق مطلقة، فحماية تلك الحقوق تصطدم بحدود، و هو ما نلمسه من خلال أعمال المجلس الدستوري الفرنسي، أو غيره في الأنظمة التي أتبعَت النموذج الفرنسي للرقابة الدستورية كما هو الحال في الجزائر، أو المحاكم الدستورية في الأنظمة المقارنة، فهناك عدة اعتبارات تحد من حماية حق من الحقوق الأساسية، تلك الحدود يمكن أن تكون ناتجة من التفسير¹ الصارم تارة و الضيق تارة أخرى للمجلس الدستوري لبعض النصوص الدستورية، و في بعض الحالات نلمس تلك المحدودية لما يتحتم على المجلس الدستوري تغليب حق من الحقوق الأساسية على حقا آخر مما ينعكس على مآل المنازعة الدستورية، و هو ما نتناوله من خلال المنازعات الدستورية للحقوق الأساسية أمام المجلس الدستوري محدودة نصا وقضاءً (المطلب الأول)، و قد يصطدم القضاء الدستوري بمسألة المصلحة العامة مما يضع نفسه تحت قيود تلك الاعتبارات، التي هي في الواقع فضفاضة المفهوم، و لكن اعتمادا على تفسير القاضي الدستوري للمصلحة العامة أستطاع في الواقع تحقيق حماية تتناسب و موضوع الحقوق و الحريات المختلفة المضمنة بموجب الدستور، و هو ما نتطرق له من خلال، استناد المجلس الدستوري على المصلحة العامة لكفالة الحقوق الأساسية (المطلب الثاني).

1- يرى الفقيه بهانز كالسن أن : " النظرية الخالصة للقانون، تقترح نظرية للتفسير، فهي تعابن الفرق الذي يوجد بين التفسير التأسيلي في حالة ما تتعلق بتطبيق القانون، و الذي يطبق على الهيئة المؤسساتية المخـول لها تطبيق القانون، و نعني به التفسير عن طريق السلطة القضائية، و التفسير عن طريق العلوم القانونية، الأولى هي تأخذ طابع حقيقي، بمعنى إلزامي، عكس الثانية التي ليس لها أثر قانوني و هي تمثل المعرفة الخالصة (pure connaissance)، يمكن أن تكون صحيحة أو خاطئة، و لكن القول بأن تفسير السلطة القضائية صحيح أو خاطئ فهو بدون معنى، فكم قد يكون تفسيرها خاطئ بالنظر للمعرفة الخاصة، فهي في النهاية قاعدة، و ما دام أننا لا يمكن وصفها لا بالصحيحة أو الخاطئة، فهي سارية المفعول أو غير سارية المفعول، و في هذه الحالة الأخيرة لا يمكن أن تأخذ صفة القاعدة إلا ظاهريا، و عليه فتفسير السلطة القضائية هو تفسير للقاعدة الأعلى في الدرجة، من أجل تطبيقها بإنشاء قاعدة أقل في الدرجة " .

Voir: Hanz KELSEN, « Qu'est-ce que la théorie pure du droit ? », ...op.cit, p.556.

المطلب الأول: حدود المنازعات الدستورية نصا وقضاءً

إن الحماية الدستورية للحقوق الأساسية هي محدودة بالنصوص الدستورية، ذلك التحديد يستلهمه القضاء الدستوري من خلال تفسيره للنصوص على ضوء المنازعات الدستورية التي تعرض عليه، مما قد يقلص من مدى الحماية التي يضمنها القضاء الدستوري للحقوق و الحريات الأساسية، و هو ما نلمسه من خلال عدة نصوص دستورية، و هو الأمر الذي حرص المجلس الدستوري الفرنسي على إثارته في عدة قضايا مطروحة عليه مبينا الحدود الدستورية لصلاحياته التي رسمها له المؤسس، و ذلك نلمسه من خلال عدة مواقف للقضاء الدستوري، من خلال حدود على الحماية المقررة للحقوق الأساسية مستلهمه من النصوص الدستورية (الفرع الأول)، و حدود على الحماية المقررة للحقوق الأساسية مستلهمه من اجتهاد القضاء الدستوري (الفرع الثاني).

الفرع الأول: حدود الحماية المقررة للحقوق الأساسية مستلهمه من النصوص الدستورية

نجد تلك الحدود مقررة في النصوص الدستورية التي ترسم اختصاصات القاضي الدستوري، و التي يسهر على تفسيرها للفصل في المنازعة الدستورية المعروضة عليه، و يمكن القول أن تلك الحدود هي نفسها في الدستور الفرنسي و الدستور الجزائري للتقارب و التشابه البين، بين النصوص التي تحدد صلاحيات المجلس الدستوري الفرنسي و الجزائري هذا من جهة، و من جهة ثانية نجد تلك الحدود مندمجة مع صياغة المؤسس للحقوق و الحريات في الدستور، وهو ما نلمسه من خلال النصوص المحددة لاختصاصات القاضي الدستوري تضع حدود على الحماية الدستورية للحقوق الأساسية (أولا)، و الأحكام الدستورية الناصة على الحقوق الأساسية تضع حدود على ممارسة تلك الحقوق (ثانيا).

أولا - النصوص المحددة لاختصاصات القاضي الدستوري تضع حدود الحماية الدستورية للحقوق الأساسية: تنص المادة 54 و 61 من الدستور الفرنسي على طائفة القواعد التي

تخضع لرقابة المجلس الدستوري بناء على إخطار السلطات العمومية، و قد تكون إما بصفة اختيارية و يتعلق الأمر بالمعاهدات و القوانين قبل إصدارها، أو بصفة وجوبية و يتعلق الأمر بالقوانين العضوية والأنظمة الداخلية لغرفتي البرلمان قبل دخولها حيز النفاذ، بالإضافة إلى وجوب خضوع اقتراحات القوانين المنصوص عليها في المادة 11 من الدستور لرقابة المجلس الدستوري قبل عرضها على الاستفتاء، كل تلك الرقابة تدخل ضمن صلاحيات المجلس في مجال الرقابة القبلية، أما الرقابة البعدية فهي تلك المستحدثة بموجب المادة 61 - 1 في إطار إجراءات المسألة الأولية الدستورية.

فالملاحظ أن هناك حدود على صلاحيات المجلس الدستوري الفرنسي لما يؤدي مهمة الرقابة الدستورية مما يقلص من مدى الحماية الدستورية للحقوق الأساسية، فيظهر جليا أن الرقابة القبلية، و هي رقابة وقائية تحقق لنا في الواقع فعالية من حيث تطهير مشاريع القوانين المختلفة من النصوص الغير الدستورية بشكل عام، سواء كانت تلك النصوص تتعلق بتنظيم السلطات العامة أو بممارسة الحقوق و الحريات، لكن تلك الرقابة ليس كلها إلزامية، بل الإلزامي منها هو فقط المتعلق بالقوانين العضوية و الأنظمة الداخلية لغرفتي البرلمان اللتان تنظمان سير المؤسسات الدستورية و السلطات الإدارية على وجه الخصوص أكثر من مسألة الحقوق الأساسية.

أما المعاهدات و القانون العادي فهي القواعد التي تنظم بالأساس علاقة السلطة بالأفراد و علاقة الأفراد فيما بينهم، تلك القواعد في مجال الرقابة القبلية لا يعرضان على المجلس الدستوري إلا بناء على إخطار من سلطات الإخطار التي حددها الدستور، و لا يمكن لتلك السلطات عرض تلك القوانين بعد التصديق عليها، فهذا الأمر يحد من هامش الرقابة التي تمارسها السلطات العامة على دستورية القوانين، و إن كانت الرقابة التي تمارس من قبل السلطات هي رقابة مجردة، أي خالية من عنصر المصلحة.

إن الواقع أمام المجلس الدستوري الفرنسي هو أن سلطات الإخطار لما تبني طعنها حول دستورية قانون معين، تستند في ذلك على مخالفة القانون لنصوص الكتلة الدستورية الضامنة للحقوق الأساسية، و هي إعلان حقوق الإنسان و المواطن المجسدة للحقوق المدنية و السياسية، ديباجة دستور 1946 المجسدة للحقوق الاقتصادية والاجتماعية، ميثاق البيئة لسنة 2004، و المبادئ المنبثقة من قوانين الجمهورية.

إن ذلك ثابت و ظاهر من خلال رجوعنا للعرائض المتضمنة للإخطارات الموجهة للمجلس الدستوري الفرنسي، فعلى سبيل المثال في قرار للمجلس الدستوري بتاريخ 08 سبتمبر 2017، الذي جاء بناء على إخطار من نواب الجمعية الوطنية الذين طعنوا في دستورية مجموعة من المواد من القانون المتعلق بتجسيد الثقة في الحياة السياسية، نجد النواب دفعوا بمخالفة المادة 01 من القانون المذكور لمبدأ المساواة و شخصية العقوبة¹، و في قرار صادر عن المجلس الدستوري الفرنسي بتاريخ 23 مارس 2017، و الذي جاء بناء على طعن مزدوج من قبل النواب و الشيوخ في بعض بنود القانون المتعلق بالزامية اتخاذ الشركات الأم و المؤسسات للحيطه (loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre)، و أعتبر الشيوخ في طعنهم بأن إلزام الشركات الأم و المؤسسات الأمرة اتخاذ الحيطه بشكل مفرط على المؤسسات التابعة لها و على المؤسسات المناولة، فإن ذلك يجعل من تلك الأحكام القانونية مخالفة لحرية المقاوله، و اعتبروا بأن إلزام تلك الشركات بنشر مخطط الحيطه و تقارير حول كيفية تطبيق ذلك المخطط يعد مساس مفرط بحرية المقاوله على اعتبار أن ذلك يؤدي إلى كشف تلك الشركات لاستراتيجياتها المتعلقة بالتصنيع و التجارة².

1- CC n° 2017-752 DC du 8 septembre 2017, cf. Site: www.conseilconstitutionnel.fr.

2 - CC n° 2017-750 DC du 23 mars 2017, cf. site : www.conseilconstitutionnel.fr.

و في الإخطار الموجه للمجلس الدستوري من قبل 60 نائب من الجمعية الوطنية طبقا للمادة 61 من الدستور الفرنسي بخصوص القانون المتعلق بالمساواة و المواطنة، و التي صدر على إثره قرار مؤرخ في 26 جانفي 2017 تحت رقم 745-2016، و أسس النواب إخطارهم في رسالة الإخطار على عدة حقوق أساسية من بينها حرية التعليم و حرية تكوين الجمعيات، بحيث ينص مشروع القانون على تعويض نظام التصريح المتعلق بفتح مؤسسة تعليمية خاصة بنظام الترخيص، فأعتبر النواب أن ذلك مساس غير متناسب بحرية التعليم، التي لا يمكن فصلها عن حرية تكوين الجمعيات، و أكدوا على أن: " حرية تكوين الجمعيات هي من المبادئ الأساسية المعترف بها في قوانين الجمهورية، و مكرسة بموجب ديباجة دستور 1946 التي تنص على أن: " تكفل الأمة المساواة في وصول الطفل و البالغ إلى التعليم و التدريب المهني و الثقافة يكون التنظيم للتعليم العام المجاني و العلماني على جميع المستويات واجبا على الدولة"¹.

و في إخطار لأعضاء مجلس الشيوخ للمجلس الدستوري بخصوص القانون المتعلق بتحديث نظام الصحة، الذي جاء في رسالة الإخطار الحاملة لرقم 727-2015، و فيما يتعلق بالمادة 27 من ذلك القانون التي تنص على وجوب توحيد شكل علب السجائر و على أن يكون حيادي (un paquet neutre et uniformisé)، فإن الشيوخ طعنوا في دستورية تلك المادة على اعتبار أن إلزامية توحيد شكل علب السجائر بين جميع العلامات التجارية، و جعله كذلك حيادي، أي بدون أي علامات للترتين علب السجائر لجلب الزبائن، يشكل خرق لحق الملكية، و كذا للمبادئ الدستورية المضمنة بموجب المادة 17 من إعلان حقوق الإنسان و المواطن لسنة 1789، و كذا بالخصوص بحق الملكية الفكرية المعترف بها من خلال اجتهاد المجلس الدستوري المجسدة في القرار رقم 2006 - 540 المؤرخ في 27 جويلية 2006، و كذا سنة 1991 بمناسبة معالجة المجلس الدستوري للقانون المتعلق

1-Saisine par 60 députés – 2016 – 745 DC, cf. site : www.conseilconstitutionnel.fr.

بمحاربة الإدمان على التبغ و الكحول، بحيث أكد المجلس على أن العلامة التجارية هي أحد عناصر الحق في الملكية الفكرية، و من ثم إلغاء العلامات المختلفة سيؤدي لا محالة إلى الإخلال في الاستغلال العادي لحق الملكية التي هي بمثابة أحد عناصر الملكية، و إن كانت تتعلق بمنتوج ضار و لكن في متناول المستهلك بحرية و هذا ما أكدده المجلس الدستوري في قرار له سنة 1991، و اعتبر الشيوخ أن تلك الأحكام القانونية تشكل خرق للمادة 2 من إعلان حقوق الإنسان و المواطن لسنة 1789¹.

و في إخطار النواب للمجلس الدستوري الفرنسي حول دستورية القانون المتعلق بانتقال الطاقة من أجل النمو الأخضر، فإن النواب دفعوا في رسالة الإخطار التي صدر على إثرها القرار رقم 2015 - 718 المؤرخ في 13 أوت 2015 مسألة عدم دستورية المادة 01 من ذلك القانون، على أساس مبادئ عدم الوضوح و الوضوح في القانون و أكدوا على أن " مبدأ وضوح القانون المستمد من المادة 34 من الدستور، و تحقيق الهدف الدستوري المتمثل في قابلية تطبيق القانون المستمد من المواد 4، 5، 6، و 16 من إعلان حقوق الإنسان و المواطن لسنة 1789، فالمبدأين يلزمان السلطة التشريعية حماية موضوعات الحقوق ضد كل تفسير يتعارض مع الدستور، أو ضد خطر التعسف، واعتماد أحكام دقيقة بما فيه الكفاية وصياغات لا لبس فيها وغير متناقضة².

و في رسالة الإخطار الموجهة للمجلس الدستوري من قبل النواب المتعلقة بالطعن في دستورية قانون تمويل الضمان الاجتماعي لسنة 2015، و التي صدر بشأنه قرار على المجلس بتاريخ 18 ديسمبر 2014 تحت رقم 2014 - 706، نجد النواب أسسوا جانب من طعنهم حول مخالفة المادة 63 من القانون محل الإخطار لمبدأ المساواة بشكل عام، و اعتبروا أن ذلك القانون انتهك مبدأ المساواة وتكافؤ فرص الحصول على الرعاية الصحية

1- Saisine par 60 Sénateurs -2015- 727 DC,cf. site: www.conseilconstitutionnel.fr.

2- Saisine par 60 Député -2015- 718 DC, cf. site: www.conseilconstitutionnel.fr.

والهدف الدستوري للحق في الصحة، الذي أقره المجلس الدستوري و منحه قيمة دستورية على أساس الفقرة الحادية عشرة من ديباجة دستور عام 1946¹.

كما نجد كذلك النواب تقدموا بإخطار حول دستورية القانون المتعلق بالاستخبارات و ذلك بموجب رسالة تحمل لرقم 2015 - 713 التي صدر بشأنه قرار عن المجلس الدستوري الفرنسي بتاريخ 23 جويلية 2015، بحيث أثار النواب مسألة تأثير العمليات الاستخباراتية على الحقوق الأساسية، من خلال خلو ذلك القانون من الضمانات و الحدود اللازمة التي من شأنها أن تضبط أعمال المصالح الإدارية، كي لا تعدي على الحقوق و الحريات، و هذا ما تم التأكيد عليه من خلال جانب من رسالة الإخطار على أن: " التقنيات الاستخبارات المعنية، بسبب طبيعتها التدخلية بشكل خاص، تدعو إلى اتخاذ تدابير يجب أن تتجاوز الضمانات التي تحكم عادة صلاحيات الشرطة الإدارية، ويجب أن تشمل هذه التقنيات بطريقة جذرية، الحرية والحق في احترام الحياة الخاصة، بحيث يصعب أن نرى كيف يمكن للإدارة أن تتحكم بصورة مشروعة في استخدام التقنيات التي ميزت القانون محل الإخطار و التي تصب في مصلحة الشرطة الإدارية، فمن شأن ذلك أن يؤدي بالمعنى السليم، إلى إنشاء في نهاية المطاف "دولة شرطة"، مع عدم وجود الضمانات اللازمة لفصل السلطات التي من المفروض أن تجسد في تلك الأحكام القانونية".²

إنه يتبين جليا من خلال استعراضنا لمجموعة من الإخطارات الموجهة للمجلس الدستوري الفرنسي من قبل النواب ممثلي الجمعية الوطنية، و كذا الشيوخ ممثلي مجلس الشيوخ ، أنه كلما كان موضوع القانون له علاقة بالحقوق الأساسية، فإن الطعن في دستورية تلك القوانين يبنى بشكل مباشر على الحقوق و الحريات الدستورية، بحيث يحاول المخطرين سواء كانوا نوابا أو شيوخا إقناع المجلس الدستوري بوجود مخالفة للحقوق الأساسية، و ذلك من خلال مناظرة القانون محل الإخطار مع الحقوق الأساسية، و معالجة مسألة أثر تطبيق

1- Saisine par 60 Député –2014- 706DC, cf. site: www.conseilconstitutionnel.fr.

2- Saisine par 60 Député - 713-2015 DC, cf. site: www.conseilconstitutionnel.fr.

القانون في الواقع على الحقوق الأساسية المحمية بموجب الدستور، و يتبين مما سبق أن النواب أو الشيوخ يتعمقون في مقتضيات القانون بربطه بالمقتضيات الدستورية الضامنة للحقوق الأساسية، و ذلك بإعطاء تفسيرات ذات سياق متسلسل يتميز بالمنطقية، و يحاولون من خلالها النواب و الشيوخ إثبات مخالفة أحكام القانون محل الإخطار للحقوق الأساسية، و حتى و إن كان هذا النوع من الرقابة يدخل ضمن ما يسمى بالرقابة المجردة التي تمارس بعيد عن شرط المصلحة، إن تلك الديناميكية هي التي حولت المجلس الدستوري منذ تعديل الدستوري لسنة 1974 الذي منح البرلمانين الحق في إخطار المجلس الدستوري، من حكم بين السلطات إلى حامي للحقوق و الحريات الدستورية.

و لكن مهما يكون من الأمر، تبقى تلك الرقابة لها حدود من خلال النص الدستوري، باعتبار أن الرقابة التي يمارسها البرلمانين تنصب فقط على مشاريع القوانين أي هي رقابة قبلية وقائية، و لا يمكن لهم أي البرلمانين إخطار المجلس الدستوري بعد صدور القانون، و قد اتخذ النظام الفرنسي هذا النموذج من الرقابة للخلفيات الفلسفية و السياسية و القانونية للرقابة الدستورية، و التي كانت ترى أن الرقابة الدستورية وإن وجدت في النظام الدستوري لا تكون إلا رقابة قبلية¹، لأن الإرادة العامة تكون قيد الإنشاء و تكتمل بصدور القانون في الجريدة الرسمية.

أما إذا اكتملت الإجراءات التشريعية بالإصدار يصبح القانون عمل محصن، و لا يمكن الطعن في دستوريته إعمالاً بمبدأ " القانون هو التعبير عن الإرادة العامة"، تلك الأفكار في واقع الأمر لم يبق لها صدى اليوم خاصة بعدما تمكن المجلس الدستوري الفرنسي من فرض نفسه كمؤسسة مستقلة، يكمن دورها الأول و الأساسي في حماية الحقوق الأساسية من

1- و هذا الأمر كان منذ الأفكار الأولى للفقهاء سيييز (Sieyès) الذي واكب فترة الثورة الفرنسية و ما بعدها، التي كانت السبب في قيام الجمهورية الأولى ثم الإمبراطورية بموجب دستور 1799، فكان وراء فكرة إنشاء مجلس الشيوخ حامي الدستور يمارس رقابة دستورية قبلية على صدور القوانين، أي على مشاريع القوانين و بقت تلك الفلسفة مهيمنة على المنظومة الفرنسية و تم تجسيدها في دستور الجمهورية الخامسة لسنة 1958 من خلال إنشاء المجلس الدستوري التي أسندت له مهمة الرقابة الدستورية على أن تكون تلك الرقابة قبلية وقائية في أول الأمر، و لم يتم تبني الرقابة البعدية على دستورية القوانين إلا بموجب التعديل الدستوري لسنة 2008.

خلال صلاحية الرقابة على دستورية القوانين، و هذا الأمر تعزز من خلال اجتهادات المجلس الذي أكد على أن القانون هو التعبير عن الإرادة العامة إلا في ظل احترامه للدستور في اجتهاده لسنة 1985.

ولكن ذلك لم يحفز المؤسس الفرنسي إلى إدخال تعديل في طريقة إخطار المجلس الدستوري من قبل البرلمانين وذلك بتحويل لهم الحق في إخطار المجلس الدستوري بعد صدور القانون، فذلك سيعزز لا محالة الحماية الدستورية للحقوق الأساسية، خاصة وأن الرقابة التي يمارسها البرلمانين هي في الواقع تحرك من قبل الأقلية المعارضة تحت قبة البرلمان، والتي تعمل على مراقبة عمل الأغلبية و ذلك بإخضاعه للشرعية التي تعلوا الأغلبية وهي الشرعية الدستورية، المبنية على وجه الخصوص كما رأيناه من بعض الأمثلة لرسائل إخطار البرلمانين على حماية الحقوق الأساسية.

و قد قام المؤسس الجزائري تقريبا بنقل النموذج الفرنسي من حيث تقرير الرقابة القبلية التي تحركها السلطات العمومية، و المنصبة على رقابة دستورية جوازية تتعلق بالمعاهدات والقوانين والتنظيمات ورقابة وجوبية تتعلق بالقوانين العضوية و الأنظمة الداخلية لغرفتي البرلمان، و التي جاءت بها المادة 186 من الدستور الجزائري مع وجود بعض الفروق بين نص المادة 186 من الدستور الجزائري، و 61 من الدستور الفرنسي في تحديد النصوص القانونية التي تخضع للرقابة، إلا أنه الملاحظ أن المؤسس الجزائري في التعديل الدستوري لسنة 2016 جعل من الرقابة التي تحركها السلطات العمومية هي رقابة قبلية وقائية، و لا يمكن أن تكون رقابة بعدية، كما كان معمول به بموجب دستور 1996 الذي كان يخول للمجلس الدستوري ممارسة رقابة قبلية و بعدية على المعاهدات و القوانين و التنظيمات بناء على إخطار رئيس الجمهورية، أو رئيس مجلس الأمة، أو رئيس المجلس الشعبي الوطني، بحيث يفصل برأي قبل صدور النص و بقرار في الحالة العكسية، أما حاليا فالمادة 186 من الدستور أصبحت تنص على أن: المجلس الدستوري يفصل برأي في

دستورية المعاهدات و القوانين و التنظيمات، بناء على إخطار من قبل السلطات العامة الذي أصبح يشمل في دستور 2016 كذلك البرلمانين والوزير الأول كما هو الحال بالنسبة للدستور الفرنسي، و الرأي يصدر قبل دخول النصوص حيز التطبيق، أما الرقابة البعدية أصبحت تقتصر إلا على النصوص القانونية التي تحال على المجلس الدستوري طبقا لإجراءات المسألة الأولية الدستورية المستحدثة بموجب المادة 188 من الدستور، و بالتالي أصبح الدستور الجزائري متطابق مع نموذج الرقابة المعمول بها في المنظومة الفرنسية طبقا للمادة 61 و 61 - 1 من الدستور الفرنسي، في حين كان يمكن للمؤسس أن يبقى على الرقابة البعدية التي تمارسها السلطات العامة، أو على الأقل يمنح أجلا بعد صدور القانون يخول فيه للسلطات العمومية الحق في إخطار المجلس الدستوري حول دستورية المعاهدات و القوانين و التنظيمات، فذلك كان من شأنه أن يعزز الحماية الدستورية للحقوق الأساسية، وعليه اقتصر الرقابة القبلية على السلطات العامة فقط وفق للتعديل الدستوري لسنة 2016 يضع حدود على ممارسة الرقابة الدستورية في نظامنا القانوني.

زد على ذلك فإن نص المادة 61 - 1 من الدستور الفرنسي، و الذي يقابله نص المادة 188 من الدستور الجزائري اللذان يخولان للمتقاضي الحق في الدفع بعدم دستورية القوانين أمام الجهات القضائية التي لها الحق في إخطار المجلس الدستوري بواسطة محكمة النقض و مجلس الدولة في النظام الفرنسي، و بواسطة المحكمة العليا و مجلس الدولة في النظام الجزائري، فإنه يلاحظ أن تلك الرقابة هي كذلك لها حدود فهي تنصب على النصوص التشريعية دون غيرها من النصوص، فلا يمكن أن تكون أعمال السلطة التنفيذية محل طعن لمخالفتها الدستور وفق إجراءات المسألة الأولية الدستورية، في حين أنه يمكن للعمل الإداري أن لا يكون مخالف للقانون و لكن يخالف الدستور مباشرة، خاصة في مجال الحقوق الأساسية المضمونة دستوريا، بالإضافة إلى أن أصول و إجراءات المسألة الأولية الدستورية لها سلبياتها، كما لاحظنا أنفا فهي معقدة حيث لا يمكن للمتقاضي اللجوء مباشرة

للمجلس الدستوري إلا بواسطة القضاء العادي أو الإداري بحسب الحالة، كل ذلك سينعكس على تحقيق حماية فعالة للحقوق الأساسية.

ثانيا- القواعد الدستورية الناصة على الحقوق الأساسية تضع حدود ممارسة تلك الحقوق: إن الحقوق الأساسية هي حقوقا غير مطلقة، و لتوضيح تلك المسألة يمكن لنا أن نستشف في هذا المجال بنص المادة 04 من إعلان حقوق الإنسان و المواطن لسنة 1789 التي تنص على أن: " تكمن الحرية في القدرة على فعل كل ما لا يضر بالغير. و لذلك فإن ممارسة الحقوق الطبيعية لكل إنسان ليس لها حدود إلا تلك التي تكفل للأعضاء الآخرين في المجتمع التمتع بذات الحقوق. و لا يجوز تعيين هذه الحدود إلا بموجب القانون "، و من ثم فإن الحقوق الأساسية المعترف بها بموجب الدستور هي ليست حقوقا مطلقة فقد تجد حدودا لها في النصوص الدستورية التي قررتها في حد ذاتها، و هذا ما جسده صراحة المحكمة الدستورية الاسبانية في قرار لها حامل لرقم 1995/126 بأن " الدستور في حد ذاته هو عبارة عن قواعد تضع حدود على الحقوق الأساسية ".

هذا ونشير أن مسألة حدود الحقوق الأساسية هي على غاية من الأهمية لأنها تعد صلب المنازعات الدستورية، فنجد الفقه الألماني جد مهتم بتلك المسألة، و هو ما سارت عليه كذلك المحكمة الدستورية الألمانية، و لمعرفة حدود حقا من الحقوق الأساسية يجب إتباع ثلاثة خطوات منطقية مع الأخذ بعين الاعتبار خصائص كل حق من الحقوق الأساسية على حدة، تلك الخطوات تكمن في طرح الأسئلة التالية:

ما هي بالضبط محتوى الحرية التي يهدف من خلالها الدستور لضمانها ؟

ما هي الحدود التي تصطدم بممارسة الحق الأساسي ؟

ما هي حدود الحدود اللازمة لتكريس فعالية للضمانات الدستورية¹، تلك الأسئلة يعمل القضاء الدستوري على الإجابة عليها للقول إن كان النص متطابق أو غير متطابق مع الدستور، أو عن طريق استعمال تقنية التحفظات التي نجدها في الكثير من قرارات المجلس الدستوري الفرنسي، و كذا آراء و قرارات المجلس الدستوري الجزائري لما تعرض عليه المنازعة الدستورية.

كما أن مجال حماية الحقوق الأساسية قد يستمد كذلك من التعريف الدستوري لحق من الحقوق الأساسية²، و يمكن أن نأخذ عدة أمثلة في هذا المجال فقد كرس المؤسس الجزائري حماية دستورية للخصوصية و ذلك بموجب المادة 46 من الدستور الجزائري التي تحرم المساس بحرمة الحياة الخاصة، و حرمة شرفه و كذا سرية المراسلات و الاتصالات الخاصة بكل أشكالها و مضمونها، و قد ألزم المؤسس المشرع بوضع جميع التدابير التشريعية لتحقيق تلك الحماية بجميع مضامينها، و مجالاتها لحماية الخصوصية و ذلك يستشف من عبارة "...و يحميها القانون..."، و لكن نجد المؤسس في نفس النص يضع حدود على تلك الحماية الدستورية، بحيث يمكن للسلطات القضائية المساس بحق الخصوصية في إطار التحريات الجزائية و الجنائية لضبط مرتكبي جرائم القانون العام، و ذلك يكون بأمر مغل صادر عن السلطة القضائية.

و تنص المادة 51 من الدستور الجزائري على أن: " الحصول على المعلومات، و الإحصائيات و نقلها مضمونان للمواطن، لا يمكن أن تمس ممارسة هذا الحق بحياة الغير الخاصة و بحقوقهم و بالمصالح المشروعة للمؤسسات و بمقتضيات الأمن الوطني، يحدد القانون كيفية ممارسة هذا الحق".

1- Christian AUTEXIER, Introduction au droit public allemand, PUF, 1997, disponible en ligne à l'adresse: <http://www.revuegeneraledudroit.eu/blog/2015/03/30/chapitre-5-les-droits->.

2- Christian AUTEXIER, op.cit.

فالملاحظ أن حق الحصول على المعلومة هو حق محدود بالنص الدستوري و ليس مطلق فلا يمكن مثلا الحصول على معلومات تتعلق بالحسابات البنكية للغير، وذلك للمحافظة على السر البنكي للأشخاص الذي يعد من مجالات الحياة الخاصة، و لا يخول ذلك الحق الحصول على معلومات قد تضر بمصالح المؤسسات العمومية و الخاصة الاقتصادية أو ذات الصبغة الإدارية، و التي تدخل في إطار نشاطها، كالحصول مثلا على تصاميم لمنتوج شركة صناعية محمي ببراءة الاختراع، كما لا يمكن الحصول على معلومات لها صفة السرية من المؤسسات الأمنية تتعلق بمقتضيات الأمن الوطني، إذا فالملاحظ أن الحق الأساسي المتعلق بالحصول على المعلومة له حدود وضعها المؤسس في النص الدستوري.

و في مجال الحقوق المدنية و السياسية نجد أن حق التنقل، أو بما يسمى بحق الذهاب و الإياب داخل و خارج الوطن المكرس بموجب المادة 55 من الدستور الجزائري، و لكن النص الدستوري يضع حدود على ممارسة ذلك الحق في حالة ما إذا صدر قرار قضائي يحد من تلك الحرية كصدور حكم جزائي قاضي بعقوبة سالبة للحرية لارتكاب جريمة، أو في حالة صدور أمر قضائي يتعلق بالحبس الاحتياطي في إطار إجراءات التحقيقات الجزائية و الجنائية، و كذا في حالة تسليط عقوبة تكميلية تتعلق بتحديد الإقامة أو المنع من الإقامة.

و فيما يخص حق إنشاء الأحزاب السياسية الذي يعد ضرورة حتمية لإقامة نظام ديمقراطي و هو عماد الحقوق السياسية، فإن المؤسس نص عليه في المادة 52 من الدستور الجزائري، و لكن حرص في نفس الوقت على وضع حدود دستورية على ممارسة هذا الحق من بينها تأكيده على عدم جواز إنشاء الأحزاب السياسية على أساس ديني أو لغوي أو عرقي أو جنسي أو مهني أو جهوي أو القيام بالدعاية على أساس تلك العناصر المذكورة.

إن الحدود على ممارسة الحقوق الأساسية في النظام الدستوري الجزائري تظهر جليا من خلال صياغة بعض النصوص التي قد تعتمد عليها السلطة التشريعية و التنفيذية لوضع قيود على ممارسة الحق الأساسي، لكن الخلل يقع لما تخرج السلطة على المجال الغير القابل تجاوزه، و هو ما يعرف في فقه القضاء الدستوري بمبدأ التناسب الذي يقتضي أن تكون التدابير المتعلقة بتنظيم الحق أو الحرية متناسبة مع جوهر هذه الأخيرة، و إلا نكون أمام حالة إفراغ الحق الأساسي من مضمونه، كنص المادة 49 من الدستور على أن: " حرية التظاهر السلمي مضمونة للمواطن في إطار القانون الذي يحدد كفاءات ممارستها "، فممارسة تلك الحرية مرتبط بإطار القانون الذي يحدد كفاءات ممارستها، فمن شأن ذلك أن يمنح السلطة هامش واسع من حرية التفسير قد يساعد على الحد من ممارسة حرية التظاهر السلمي التي أدرجت في التعديل الدستوري لسنة 2016، و ذلك من خلال وضع تشريعات تقلص من ممارسة تلك الحرية مما قد يفرغها من محتواها، و في نص المادة 42 فقرة 2 التي تنص على أنه: " لا مساس بحرمة حرية المعتقد، و حرمة حرية الرأي، حرية ممارسة العبادة مضمونة في إطار احترام القانون"، و في هذه الحالة نلاحظ أن المؤسس ركز على العبادة و تم ربطها بوجوب أن تمارس في إطار القانون، و في هذه الحالة كذلك يمكن فتح المجال للمشرع لوضع معايير غير متناسبة مع ممارسة حرية العبادة، التي هي جزء لا يتجزأ من حرية المعتقد و لا يمكن فصلهما عن بعضهما البعض، خاصة و أن الدستور الجزائري ينص على أن " الإسلام دين الدولة "، و من ثمّ فما دام أن الدولة حددت دينها، فكيف يمكن لها أن تضمن ممارسة مواطنيها الذين لهم معتقدات أخرى لشعائهم الدينية، طالما الدستور حدد مسبقا دين الدولة، و هو ما قد يشكل مساس بمبدأ مساواة المواطنين.

و نجد المادة 44 من الدستور تنص على أن "... الحريات الأكاديمية و حرية البحث العلمي مضمونة و تمارس في إطار القانون"، و كذا بالنسبة للحق في الإضراب المنصوص عليه في المادة 71 من الدستور على أن: " الحق في الإضراب معترف به و

يمارس في إطار القانون"، فهناك حذر للمؤسس من تقرير بعض الحريات بربط ممارستها بالقانون، و هو ربما قد يفسر لصالح السلطة التشريعية بوضع قيود قانونية قد تمس في بعض الحالات بموضوع الحقوق الأساسية. مما قد يفتح المجال للسلطة التشريعية و كذا التنفيذية لوضع تدابير غير متناسبة مع ممارسة تلك الحقوق الأساسية.

إن تنظيم حق أو حرية بالإطار القانوني هو أمر ضروري و بديهي في دولة القانون، و لكن ذلك التنظيم يجب أن لا يفرغ موضوع الحق الأساسي من محتواه كفرض التزامات و إجراءات للحيلولة من ممارسة الحق الأساسي، و من ثم حماية الحقوق الأساسية تتوقف على وجود قضاء دستوري قوي في الدولة يؤدي مهامه باستقلالية بعيدا عن الاعتبارات السياسية، و يعمل بالأساس على تفسير الدستور الذي اقر بحق من الحقوق أو حرية من الحريات وفقا لمبدأ التناسب.

و قد نلمس في الواقع أن المشرع الجزائري يضع إجراءات تتنافى مع تكريس الحق الأساسي المضمون دستوريا، من خلال عدة تشريعات كالقانون المتعلق بالجمعيات الذي صدر سنة 2012 تحت رقم 12-06، و الذي اشترط من جميع الجمعيات التي سبق و أن كانت تمارس النشاط الجمعوي، بإعادة التقدم بطلبات التسجيل و الحصول على إيصال التسجيل من وزارة الداخلية قبل أن تتمكن من العمل بشكل قانوني كإجراء مرهق و غير موضوعي، و من ثم يمكن أن يستخدم ذلك الإجراء من قبل السلطة للحد من تشكيل الجمعيات و لحرمان بعض الجمعيات من ممارسة نشاطها، و هو ما نلمسه من خلال المادة 70 من القانون 06 - 12 التي تنص على أن " يتعين على الجمعيات المؤسسة بصفة قانونية في ظل القانون رقم 90 - 31 المؤرخ في 4 ديسمبر سنة 1990 و المذكور أعلاه، أن تتطابق مع أحكام هذا القانون في أجل أقصاه سنتين بإيداع قوانين أساسية جديدة مطابقة لهذا القانون، و في حالة تجاوز هذا الأجل تقرر السلطة المختصة حل الجمعيات المعنية "، فذلك يتنافى مع المبادئ القانونية الثابتة التي تجمع على عدم رجعية القوانين على الحقوق

المكتسبة طالما أن الحق في تكوين الجمعية نشأ في ظل شروط قانونية وقت الإنشاء، فكيف تفرض السلطة إخضاع كل الجمعيات التي تنشط في المجالات المختلفة لوجوب التكيف مع القانون الجديد بإجراءات و شروط جديدة تحت طائلة حل كل جمعية لا تتكيف مع القانون الجديد ؟

و في هذا الشأن نجد المجلس الدستوري الفرنسي وقف ضد كل تقليص لمجال حرية تكوين الجمعيات، و ذلك منذ صدور اجتهاده الشهير في ذلك المجال سنة 1971 المتعلق بقانون الجمعيات بحيث وضع مبدأ و كرسه في اجتهاداته اللاحقة، على أن حرية تكوين الجمعيات لا يمكن أن تخضع لنظام الترخيص الإداري، بل يكفي الإبلاغ عن تكوين الجمعية، و أن الرقابة التي تفرض على الجمعية من قبل السلطة التنفيذية لا يمكن بأي حال من الأحوال أن تكون سابقة على تكوين الجمعية، بل يمكن أن تكون لاحقة.

الفرع الثاني: حدود الحماية المقررة للحقوق الأساسية مستلهمة من اجتهاد القضاء الدستوري

إن القاضي الدستوري يعمل بقدر المستطاع لتجنب أن يتحول لسلطة ذات طابع سياسي، فذلك سيؤثر على وجوده في النظام المؤسسي، و هو ما سار عليه المجلس الدستوري الفرنسي الذي رفض أن يتحول إلى غرفة برلمانية ثالثة، بل حرص على أداء مهامه وفق الدستور بشكل صارم، كي يتمكن في الأخير من فرض ذلك السلوك على بقية السلطات الأخرى كمؤسسة دستورية مهمتها السهر على احترام الدستور، و ذلك بتقدير مدى تطابق و توافق العمل التشريعي مع الدستور، و لا يتعداه للخوض في ملأمة التشريع، و من ثم نجد المجلس الدستوري الفرنسي وضع حدود على صلاحياته تنعكس على الحماية المقررة للحقوق الأساسية، و ذلك من خلال رفض المجلس الدستوري ممارسة رقابة ذات طابع سياسي (أولا)، و من جهة ثانية التوفيق بين الحقوق الأساسية تقنية لتحقيق الحماية الدستورية (ثانيا).

أولاً - رفض المجلس الدستوري لممارسة رقابة ذات طابع سياسي: إن المجلس الدستوري الفرنسي رفض أن يتدخل في الصراعات ذات الطابع السياسي، و أن يكون كهيئة لحل تلك المنازعات التي قد تنشأ بين مختلف السلطات العمومية، و قد تمسك بالتفسير الصارم لصلاحياته و اختصاصاته، و هذا الأمر أكدته منذ السنوات الأولى لبداية نشاطه طبقاً لأحكام دستور 1958 الفرنسي، فقد طلب رئيس الجمعية الوطنية رأي استشاري من المجلس حول إمكانية تقديم ملتمس الرقابة لحجب الثقة عن الحكومة أثناء استخدام المادة 16 من الدستور، بعدما تمّ تقديم إيداع ملتمس الرقابة من قبل نواب اليسار في الجلسة المنعقدة بتاريخ 12 سبتمبر 1961، و هناك نواب في الجمعية الوطنية من دفع بعدم قبول إيداع ملتمس الرقابة، باعتبار أنه لا يحق للحكومة أن تحل الجمعية الوطنية أثناء تطبيق أحكام المادة 16 من الدستور.

و قد رد المجلس على ذلك بأن ليست له صلاحية للإجابة على ذلك السؤال، لأن الدستور لا يعطيه أي صلاحية لإعطاء آراء استشارية كتلك، و قد أقر ذلك في قراره المؤرخ في 14 سبتمبر 1961 واضعاً مبدأ يحدد فيه صلاحياته بناء على تفسير صارم لمقتضيات الدستور على أنه: "باعتبار أن الدستور حدد بصراحة اختصاصات المجلس الدستوري، فهذا الأخير لا يمكن أن يطالب للفصل، أو إعطاء رأي استشاري إلا في الحالات المحددة له و طبقاً للإجراءات المحددة في ذلك الشأن"¹، إن رفض المجلس الدستوري الفرنسي الفصل في منازعات سياسية هو في حقيقة الأمر تأكيد منه على أن طبيعة أعماله هي قانونية و ليست سياسية.

و قد تمسك المجلس بتفسيره الصارم للدستور فيما يتعلق باختصاصاته لما قضى بعدم اختصاصه في النظر في دستورية القوانين الاستثنائية في قرار صادر عنه بتاريخ 6 نوفمبر 1962 أين أكد من خلال تسبيبه على أن: "باعتبار أن اختصاصات المجلس

1- CC n° 61-1 AUTR du 14 septembre 1961, cf. site : www.conseilconstitutionnel.fr.

الدستوري هي محددة بصرامة بمقتضى الدستور و كذا بأحكام القانون العضوي المؤرخ في 07 نوفمبر 1958 المتعلقة بالمجلس الدستوري، فلا يمكن مطالبة المجلس الدستوري التصدي لحالات أخرى غير تلك المحددة له بموجب تلك النصوص... فالدستور جعل من المجلس الدستور هيئة مكلفة بتنظيم نشاط السلطات العامة.

فالقانون الذي قصده الدستور بموجب المادة 61 من الدستور هي فقط القوانين التي يتبناها البرلمان و ليس القوانين التي يتبناها الشعب بواسطة الاستفتاء الذي يمثل التعبير المباشر للسيادة الوطنية...و باعتبار أن لا وجود لأي نص في الدستور، أو في القانون العضوي يمنح المجلس الدستوري الاختصاص للتصدي لطلب رئيس مجلس الشيوخ، الرامي إلى تقدير مدى تطابق مشروع القانون المصادق عليه من قبل الشعب الفرنسي، عن طريق الاستفتاء المؤرخ في 28 أكتوبر 1962 مع الدستور"، و على هذا الأساس قضى المجلس بعدم اختصاصه، و في حقيقة الأمر قرار المجلس ليس ذو طابع شكلي بل تصدى للموضوع، و ذلك لما أعتبر أنّ القانون الذي يتم إقراره عن طريق الاستفتاء هو " التعبير المباشر عن السيادة الوطنية"¹، أي أن المجلس يرى أن تبني القانون بواسطة الاستفتاء هو عمل سيادي لا رقابة له عليه، و هو ما يبرر عدم اختصاصه للنظر في مدى دستورية القانون الإستفتائي.

إن المجلس الدستوري الفرنسي ليس له سلطة تقدير عامة فهو يقرر بصفة ذاتية أنه محدود من خلال صلاحياته، و على هذا الأساس فهو حريص على عدم تجاوز صلاحيته المرسومة له بمقتضى القاعدة الدستورية، هذا ما سار عليه المجلس في قرار له مؤرخ في 15 جانفي 1975 المتعلق بقانون التوقيف الإرادي للحمل الذي جاء بناء على إخطار من قبل البرلمانين، و كان أول إخطار للنواب بعد التعديل الدستوري لسنة 1974، الذي خول للنواب و أعضاء مجلس الشيوخ الحق في إخطار المجلس الدستوري، و قد كان ذلك القانون

1- CC n° 62-20 DC du 6 novembre 1962, cf. site : www.conseilconstitutionnel.fr.

محل صراع فلسفي و إيديولوجي وسياسي بين التيارات السياسية المختلفة في البرلمان، بحيث أرادت جزء من الأغلبية التي يجمعها نزاع مع السلطة التنفيذية أن يفصل المجلس الدستوري في نزاع ذو صبغة سياسية، بعدما عجزت عن حله على مستوى البرلمان، أما الأقلية التي كانت في مواجهة الأغلبية أرادت أن تجعل من المجلس الدستوري حكما و في نفس الوقت أداة في صناعة القانون، بمعنى أراد النواب في بداية أعمال التعديل الدستوري لسنة 1974 المذكور أعلاه، تحويل المجلس الدستور إلى قاضي استئناف لأعمال البرلمان، و من ثم يصبح هذا الأخير لا يتمتع بالسيادة باعتبار أن القانون يمكن أن يوقف من قبل القاضي الدستوري¹، فقد رد المجلس على ذلك في تسييب لقراره على أن: " ... المادة 61 من الدستور لا تمنح المجلس الدستوري سلطة تقدير عامة، و سلطة القرار مماثلة لتلك المخولة للبرلمان"².

و المقصود من ذلك أن مهام المجلس الدستوري لا تكمن في الفصل في موضوع النقاش الذي يدور حول موضوع تشريعي معين كما هو الحال في قضية توقيف الحمل الإرادي، فذلك سيؤدي حتما بالمجلس إلى الفصل في مشكلة فلسفية أو دينية، و ليس الفصل في المشكلة القانونية فهو يسهر على قول القانون، و كذا على احترام القواعد الدستورية في إطار الحدود و الشروط المقررة بموجب الدستور، و عليه فالمجلس من خلال قراره المذكور حدد صلاحيته في مراقبة تطابق نص قانوني مع النص الدستوري الذي يسمو في النظام القانوني، و لا يمكن له أن يفصل في المنازعات التي تثور بين الأجهزة المختلفة للدولة.

و حتى و إن تعلق الأمر بحق من الحقوق أو حرية من الحريات الأساسية، فلا يمكن للمجلس أن يقرر الصفة المطلقة لذلك الحق أو تلك الحرية، فهو محدود في معاينة إن كان القانون لا يخرق الحق أو الحرية المضمونة بموجب الدستور، و على ذلك الأساس أكد

1- Louis FAVOREU , Loïc PHILIP, Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel, 12^e édition, ... op.cit , p.310.

2- C C n° 74 – 54 du 15 janvier 1975 , cf. site : www.conseilconstitutionnel.fr.

المجلس الدستوري الفرنسي على أنه: " لا يمكن للمجلس الدستوري أن يحل محل المشرع في تقدير إن كانت هناك ضرورة توقيع عقوبات تتعلق بمخالفات محددة، و يرى العميدان لوي فافوروا و لويك فيليب (Louis Favoreu , Loïc Philip) أن: "التعديل الدستوري لسنة 1974 كان يشكل خطر على المجلس، باعتباره كان يمكن أن يحوله إلى هيئة تفصل في منازعات من طبيعة سياسية و إيديولوجية أو فلسفية، خاصة إذا كان يطالب بذلك من عدة جهات أي من قبل السلطات السياسية المختلفة، و لكن المجلس رد على ذلك بحكمة على أن مهمته تكمن في حماية القواعد القانونية الأساسية ، و رفض أن يتحول بما يسمى إلى " حكومة قضاة"¹.

و ما فتئ المجلس يعبر عن رفض تحويله لهيئة تفصل في المنازعات ذات الطبيعة السياسية التي تجمع الأحزاب السياسية، و التي تكون محل خلاف إيديولوجي فلسفي سياسي بين الأغلبية و المعارضة، و هذا ما نلمسه من قرار المجلس الدستوري الفرنسي المؤرخ في 23 أوت 1985 الذي أكد من خلال الحثية رقم 20 على أن: " باعتبار أن الرقابة الدستورية المقررة بموجب دستور 4 أكتوبر 1958 تمارس كآلية وقائية بعد التصويت على القانون و قبل إصداره"²، و يكون المجلس الدستوري ملزما بإصدار قراره في أجل شهر من تاريخ إخطاره، و في الحالة الاستعجالية في أجل ثمانية أيام، و من ثمّ موضوع الرقابة الدستورية ليس عرقلة أو تأخير ممارسة السلطة التشريعية لصلاحياتها، و لكن موضوع الرقابة هو ضمان توافق العمل التشريعي مع الدستور، ففي حالة تقرير أن القانون هو غير

1- Louis FAVOREU , Loïc PHILIP, Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel, 12^e édition, ... op.cit, p .310.

2- CC n° 85-197 DC du 23 aout 1985, cf.site : www.conseilconstitutionnel.fr.

- صدور قرار المجلس كان سنة 1985، أين كانت في تلك الحقبة إلا الرقابة القبلية مقررة في الدستور الفرنسي ، و لم تمارس الرقابة الدستورية البعدية عن صدور القانون في المنظومة الفرنسية إلا بعد التعديل الدستوري لسنة 2008 الذي استحدث آلية المسألة الأولية الدستورية.

دستوري في البعض من أحكامه، بإصداره يتوقف إما على حذف الأحكام الغير الدستورية، أو إما بوضع نصوص جديدة متوافقة مع الدستور تحل محل النصوص الغير الدستورية"¹.

فتلك هي رسالة موجهة للمعارضة و كذا للأغلبية التي قد تمثل المعارضة مستقبلاً²، مفادها أن المجلس الدستوري لا يمكن له أن يفصل في الصراعات السياسية، و أن يتحول لغرفة ثالثة في البرلمان، و قد أكد المجلس في تسببيه على أن دوره يكمن في تقرير إن كان النص التشريعي متوافق مع الدستور أو مخالف للدستور، و في هذه الحالة الأخيرة، فإن القانون المصوت عليه الذي لا يعبر عن الإرادة العامة في إطار احترام الدستور، فإن مآله الإلغاء بدون تأخير.

هذا يعني أن المجلس لا يقوم بتصحيح المشرع، لأن ذلك هو من صلاحية البرلمان، الذي يقع عليه عبئ أخذ التدابير التشريعية اللازمة التي تجعل من النص المقرر بأنه مخالفا للدستور نصا متوافق مع الدستور، بناء على الاعتبارات الدستورية التي يضعها المجلس الدستوري، فالبرلمان له أن يحذف النص المخالف للدستور، أو يترك القانون إذا كان البرلمان يرى بأن قرار الإلغاء النسبي قد يسقط الهدف و معنى القانون.

و عليه، فإن عملية تصحيح التشريع و جعله متوافق مع الدستور في إطار الرقابة القبلية هي من مهمة المشرع، و يقتصر دور المجلس الدستوري بالكشف على المخالفات التي يثيرها التشريع بمقارنته مع القاعدة الأساسية و هو الدستور، تلك هي طريقة عمل التي تمسك بها المجلس و كرسها، و مكنته من الابتعاد على الاعتبارات السياسية في معالجة الإخطارات التي يتلقاها من قبل السلطات العمومية في إطار الرقابة الدستورية القبلية.

1- CC n° 85 – 187 du 25 janvier 1985, cf. site www.conseilconstitutionnel.fr.

2-إن التداول على السلطة في المنظومة الفرنسية مكرس من خلال الانتخابات الدورية التي تجرى حول انتخاب رئيس الجمهورية، و كذا الانتخابات البرلمانية، و المحلية، تلك الانتخابات أفرزت تيارين سياسيين رئيسيين، تيار اليسار و الذي يضم الأحزاب الاشتراكية، و تيار اليمين الذي يضم الأحزاب اليمينية، زد على ذلك تيار الوسط الذي لا يحسب لا على اليمين و لا على اليسار، و أن التداول على السلطة و تغير من انتخابات إلى انتخابات أخرى هي ظاهرة مرسخة في النظام السياسي الفرنسي.

و في نفس السياق لقد حدد المؤسس الفرنسي مجالات التشريع بموجب المادة 34 من الدستور الفرنسي التي جاءت في إطار عقانة النظام البرلماني، و لا يمكن للمجلس الدستوري أن تكون له صلاحية مراقبة ملائمة التشريع الذي سنه البرلمان، و قد تطرق المجلس للحدود الدستورية التي يفرضها الدستور في كفاءات تعامل المجلس الدستوري مع النصوص المحالة عليه من خلال قراره المؤرخ في 19 و 20 جانفي 1981 المتعلق بقانون الأمن و الحرية، فأكد على أن: "المادة 61 من الدستور لا تمنح المجلس الدستوري سلطة عامة للتفسير و التقرير مماثلة لسلطة البرلمان، و لكن تمنح فقط للمجلس صلاحية تقرير إن كان القانون المعروض على المجلس الدستوري متطابق مع الدستور"¹، و على ذلك الأساس ذهب إلى تفسير المادة 08 من إعلان حقوق الإنسان و المواطن التي تنص على أن: " لا يجوز أن يقرر القانون إلا العقاب اللازم الضروري " التي من خلالها أكد المجلس الدستوري الفرنسي على أنه: " في إطار أداء المجلس الدستوري لمهامه ، فإن المجلس لا يمكن له أن يحل محل المشرع في تقدير العقوبات التي يجب أن تسلط على الأفعال المجرمة في المخالفات التي حددها المشرع "²، و في نهاية الأمر أكد المجلس الدستوري الفرنسي على أنه: " لا وجود لأي مخالفة للشطر الأول من القانون محل الرقابة للمبادئ التي جاءت بها المادة 08 من إعلان حقوق الإنسان و المواطن لسنة 1789"³، و من ثم فإن المجلس الدستوري نجده لا يذهب لتقدير مسألة إن كان العقاب لازما لفعلا ما من الأفعال، إلا إذا كان هناك خرق جسيم للنصوص الدستورية.

و كرس المجلس الدستوري الفرنسي نفس النهج في الرقابة الدستورية البعدية التي عرفتھا المنظومة الفرنسية من خلال التعديل الدستوري لسنة 2008 والذي استحدث إجراء المسألة الأولية الدستورية وفق المادة 61 - 1 من الدستور، بحيث أكد على عدم جواز أن تحل إرادة المجلس محل إرادة المشرع، فهذا الأخير هو الذي له صلاحية اتخاذ التدابير

1- CC n° 81 -127 DC du 19 et 20 janvier 1981, cf. Site, www.conseilconstitutionnel.fr.

2 - Ibid.

3 - Ibid.

التشريعية اللازمة كي يجعل من النص التشريعي المقضي بعدم دستوريته متطابق مع الدستور، أخذا بعين الاعتبار بالأسباب التي أثارها، ففي قراره رقم 2010-1 م أ د (QPC)، أكد المجلس على أنه يعود للبرلمان أن يختار الحل التشريعي المناسب بعد صدور قرار المجلس المتعلق بالمعاشات الخاصة بقدماء المحاربين من المستعمرات الفرنسية السابقة، و التي أخضعتها الدولة الفرنسية لنظام خاص، من خلاله لا يمكن لتلك المعاشات أن تكون محل زيادة في القيمة، و التي نتج عنها تجميد كل الزيادات فيها (cristallisation des pensions)، و قد اعتبر المجلس النصوص القانونية التي قررت تجميد زيادة في تلك المعاشات غير دستورية، باعتبارها مخالفة لمبدأ المساواة بين المواطنين، و لكن المجلس حدد في قراره تاريخ دخوله حيز التطبيق لتاريخ لاحق و هو 01 جانفي 2011، و أكد على أن للبرلمان أن يتخذ التدابير التشريعية بما فيها كفيات حساب المعاشات بما يتطابق مع أحكام الدستور¹، إذا حدود عمل المجلس الدستوري لا تتعدى القول إن كان القانون يتوافق مع الدستور أم لا، أما تكييف النص مع الدستور و إيجاد الصيغ و الحلول لتحقيق الانسجام بين القانون و الدستور، مع الأخذ بعين الاعتبار بالأسباب التي أثارها المجلس في قراره، فهي من مهمة المشرع لوحده.

و في هذا الشأن أكد المجلس الدستوري الجزائري في قرار له رقم 1 الصادر بتاريخ 20 سبتمبر 1989، بخصوص اختيار المشرع لنظام التمثيل النسبي على القائمة مع الأفضلية للأغلبية كنظام انتخابي للمجالس المنتخبة، على أن: "فيما يخص المواد 61، و62، و84، المتتالة مجتمعة بسبب مالها من التشابه في الموضوع الذي تعالجه حيث أن المادتين 61 و84 تعالجان طرق الاقتراع لانتخاب المجالس الشعبية، والمادة 62 تبين بدقة الكيفية التي يتم وفقها توزيع المقاعد بطريقة الاقتراع النسبي على القائمة مع أفضلية الأغلبية

1- Les effets dans le temps des décisions QPC du Conseil constitutionnel, juillet- Août 2010, disponible en ligne à l'adresse:

<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/a-la-une/juillet-aout-2010-les-effets-dans-le-temps-des-decisions-qpc-du-conseil-constitutionnel.48618.html>.

في دور واحد. وبما أنه ليست هناك أية أحكام في الدستور تحدد قواعد خاصة تتعلق بطريقة الاقتراع، فيعود اختيار طريقة الاقتراع حينئذ إلى اختصاص المشرع وحده طبقا للفقرة 10 من المادة 115 من الدستور.

و بما أن نية محرر الدستور تستهدف تحقيق أوسع تمثيل للإرادة الشعبية، علما بأن أية طريقة اقتراع، قد تثير في تفاصيلها تحفظات مبدئية. وبما أن طرق الاقتراع المقررة لا تتطوي على عناصر تمييزية تتنافى مع المبادئ الدستورية التي تتعلق بحقوق المواطنين السياسية. وأن الاقتراع النسبي على القائمة مع أفضلية الأغلبية في دور واحد ليس إلا كيفية لتوزيع المقاعد المطلوب شغلها في المجالس الشعبية، و لا يمس في شيء الاختيار الانتخابي لدى المواطن.

وأن الأفضلية التي منحت للقائمة التي تحصل على الأغلبية البسيطة مانعة لأية مشاركة في توزيع المقاعد المطلوب شغلها المتبقية. وهذه الأفضلية ليست تمييزية بل هي نابعة من الاختيار السيد لدى المشرع، الحريص على التوفيق بين ضرورات التمثيل الشعبي المنصف ومتطلبات التسيير الفعال للشؤون العمومية.

وبناء على كل ما تقدم، يصرح المجلس الدستوري بأن المواد 61، و62، و84 من القانون رقم 89-13 المؤرخ في 5 محرم عام 1410 الموافق 7 غشت سنة 1989 والمتضمن قانون الانتخابات، لا تتعارض مع أي حكم في الدستور¹، فالملاحظ أن المجلس ناقش مسألة النظام الانتخابي المعتمد من قبل المشرع بعد تأكيده على أن الدستور لا يحدد في نصوصه النظام الانتخابي الواجب اتخاذه من قبل المشرع، و أكد على أن اختيار النظام الانتخابي هو من صلاحية المشرع لوحده، و أن الكيفية التي عالج بها المشرع لا تمس المبادئ الدستورية، بل هي نابعة من " الاختيار السيد للمشرع" و من ثم اعتبر أن القانون في ذلك الجانب لا يشكل مخالفة للدستور، و من ثم المجلس اقر عدم صلاحيته

1- قرار المجلس الدستوري الجزائري رقم 1 الصادر بتاريخ 20 سبتمبر 1989، منشور على الموقع الرسمي: www.conseilconstitutionnel.dz

لمراقبة خيارات المشرع التي هو حر في اتخاذها و هو سيد في ذلك و تقتصر رقابته على مدى تطابق القانون مع الدستور.

إذا لا يمكن للمجلس أن يحل محل المشرع في تحديد ملائمة التشريع، فذلك متروك للمشرع و لتقديره و اقتناعه، فالمجلس يتجنب بصرامة التدخل في السياسة التشريعية، و يتوقف دوره في النظر في النظر في مسألة دستورية القوانين، كما المجلس لا يراقب خلفيات التشريع، و ضرورة التشريع من عدمه، لأن المشرع حر في اتخاذ الإجراء المناسب و له أن يترك النص القانوني المقرر أنه غير دستوري كما رأينا آنفا.

لأن تقدير إن كان وضع قانون ضروري من عدمه تدخل ضمن السلطة التقديرية للمشرع و لا رقابة للمجلس عليها، كما أن لا رقابة للقاضي الدستوري على بواعث التشريع الذي ينطوي بشكل عام على اعتبارات سياسية، فلا يمكن للمجلس أن يفتش وراء النصوص القانونية، عن البواعث المشروعة أو غير مشروعة التي تكون قد دفعت الهيئة التشريعية أو بعض من أعضائها إلى سن ذلك القانون¹، و عليه يتحدد دور المجلس الدستوري في الوقوف على مراقبة إن كان القانون يحترم الدستور، و هو نفس الموقف الذي اتخذه المجلس الدستوري الفرنسي في عدة مرات كما بيناه أعلاه، و يمكن القول أن القاضي الدستوري الجزائري متأثر لحد بعيد بأسلوب التفسير الذي ينتهجه القاضي الدستوري الفرنسي.

ثانيا- التوفيق بين الحقوق الأساسية تقنية لتحقيق الحماية الدستورية: قبل الحديث عن التوفيق بين الحقوق الأساسية يجب التأكيد على أن الدساتير في القانون المقارن تضع حدود على المشرع في حد ذاته لما يعالج موضوع له علاقة بالحقوق الأساسية، بإلزامه باحترام بما يسمى "المضمون الأساسي" (Le contenu essentiel) للحقوق الأساسية، فنجد المادة 2.19 من القانون الأساسي الألماني التي تنص على أنه: "إذا أجازا وفقا لهذا القانون الأساسي تقييد أحد الحقوق الأساسية بقانون، أو بناء على قانون، فيجب أن ينطبق هذا

1- عبد العزيز محمد سلمان، ضوابط و قيود الرقابة الدستورية، سعد سمك للطبوعات القانونية، 2011، ص ص. 137- 171 .

القانون بشكل عام، و لا يقتصر على حالة منفردة ، و علاوة على ذلك يجب أن يحدد هذا القانون الحق الأساسي المعني، و المادة الخاصة به في القانون الأساسي، لا يجوز بأي حال من الأحوال المساس بجوهر مضمون الحق الأساسي"¹ ، فالملاحظ هو أن المؤسس الألماني يضع حدود دستورية على سلطة المشرع، الذي و إن كانت له صلاحية تقييد حق من الحقوق الأساسية شرط أن ينص القانون الأساسي² صراحة على تلك الإمكانية، فإن ذلك التقييد لا يمكن أن ينقص من جوهر الحق الأساسي و هو المضمون الأساسي.

إن ذلك النص جاء في سياق تاريخي خاص بألمانيا، و هو أن في حقبة جمهورية فايمار التي أسست بعد الحرب العالمية الأولى جمهورية ديمقراطية اعتمادا على دستور سنة 1919، الذي نصّ على العديد من الحقوق، تلك الحقوق تم إلغائها عن طريق التشريع مع صعود التيار السياسي النازي المتطرف، لذلك السبب حرص المؤسس الألماني على وضع قيود على سلطة البرلمان، و هي عدم إمكانية المساس بالمضمون الأساسي للحقوق و الحريات، تلك الضمانة تخضع بطبيعة الحال لرقابة القاضي الدستوري، و ذلك بتقرير عدم دستورية الأحكام القانونية التي تمس المضمون الأساسي للحقوق الأساسية³.

و في الدستور الإسباني لسنة 1978 و الذي أدخلت عليه تعديلات إلى غاية سنة 2011، نجده كذلك وضع قيودا على سلطة المشرع في مجال التشريع لما يتعلق بتنظيم ممارسة الحقوق الأساسية، تلك الحدود تتجلى في وجوب احترام المضمون الأساسي للحقوق الأساسية، هذا ما نصت عليه المادة 53 منه على أن: " الحقوق و الحريات المنصوص عليها في الفصل الثاني من هذا الباب ملزمة

1 - Art. 29.2, de la Loi fondamentale pour la République fédérale d'Allemagne, Version mise à jour : novembre 2012.

2- يطلق على الدستور الألماني مصطلح " القانون الأساسي" و قد تم بناء ذلك الدستور على مفاهيم نظرية دولة القانون، و قد كان الدافع لبروز نظرية الحقوق الأساسية.

3- Louis FAVOREU, Patrick GAIA, Richard GHEVONTIAN,... , Droit des libertés fondamentales , 7^e édition, ...op.cit, pp.134-135.

لجميع السلطات، و لا يمكن تنظيم هذه الحقوق و الحريات التي تحميها مقتضيات المادة 161 الفقرة 1 إلا عن طريق القانون، الذي يجب أن يحترم في كل الأحوال مضمونها الأساسي¹.

فيستخلص من ذلك النص أن موضوع الحقوق الأساسية لا يمكن أن ينظم إلا بواسطة قانون فهو من صلاحية البرلمان لوحده و لا يمكن تنظيم تلك المواضيع بواسطة التنظيمات²، و لا يمكن أن يكون محل تفويض للسلطة التنفيذية هذا من جهة، و من جهة أخرى فإن المشرع ليس حر في صلاحية التنظيم المخولة له بل مقيد، و ذلك بوجوب احترام المضمون الأساسي للحقوق الأساسية، و لا يمكن بأي حال من الأحوال إفراغ الحق من محتواه بوضع حدود غير معقولة للممارسة و التمتع بالحرية.

و لكن يثور إشكال تحديد موضوع مضمون الحق الأساسي، فذلك الأمر يصعب من الناحية العملية لأنه مفهوم قانوني غير محدد المعالم، بحيث ذلك المضمون يختلف من حق لآخر، و في هذا الشأن يمكن الاستشهاد بقرار صادر عن المحكمة الدستورية الإسبانية بتاريخ 8 افريل 1981 تحت رقم 1981/11 التي اتخذت بشأنه إعطاء تعريف للمضمون الأساسي للحقوق الأساسية اعتمادا على معيارين، الأول يتعلق بالطبيعة القانونية لكل حق أساسي، من خلال تحديد خصائص الحق الأساسي التي تتمثل في تحديد معالم الحق، سعته، مجالات تطبيقه، فهي الخصائص التي يتفق الفقه و القضاة الدستوريين عليها، و من ثم يكون هناك إخلال بالمضمون الأساسي للحق لما يتجاهل المشرع خصائص الحق الأساسي، أما المعيار الثاني هو أن المضمون الأساسي للحقوق الأساسية يجب أن يأخذ بعين الاعتبار " المصالح القانونية محل الحماية على أساس أنها النواة الصلبة للحق

1- Art.53 de la Constitution espagnole.

2- Louis FAVOREU, Patrick GAIA ...Droit des libertés fondamentales, 7^e édition, ...op.cit, pp.134-135.

الأساسي"، و من ثمّ يكون هناك مساس بالحق الأساسي لما يجعل المشرع منه فارغ المحتوى، عندما يمنع ممارسته، أو يجعل ممارسته تكتنفها صعوبة كبيرة¹.

و قد نتصور مساس و تقليص المشرع للمضمون الأساسي لحق لما ينظم المشرع ممارسة حق من الحقوق الأساسية بدون الأخذ بعين الاعتبار بالحقوق الأساسية الأخرى، فإذا رجعنا للمجلس الدستوري الفرنسي نجده يسهر على مراقبة المشرع عند ممارسة لصلاحياته الدستورية التي تنتهي بسن للتشريع، و في موضوع الحقوق الأساسية يمكن للمشرع أن يقيد ممارسة حرية من الحريات بناء على المادة 34 من الدستور الفرنسي، التي تحدد مجالات التشريع التي يشرع فيها البرلمان بحيث تنص على أنه: "يحدد القانون القواعد المتعلقة بما يلي : الحقوق المدنية و الضمانات الأساسية يتمتع بها المواطنون لممارسة الحريات العامة و الحرية و التعددية و استقلالية وسائل الإعلام..."².

إن تلك الصلاحية هي محدودة واقعيًا، فلا يمكن للمشرع أن يقلص و ينقص من ممارسة حق من الحقوق الأساسية بشكل مبالغ فيه، فدوره يتمثل في تكريس الحقوق، و كل مساس بجوهر الحقوق الأساسية³، سيقابله جزاء مخالفة القانون للدستور، و هو ما يتوافق مع ضمان القضاء الدستوري المقارن لما يسمى بالمضمون الأساسي للحقوق الأساسية، و لتجسيد ذلك المبدأ يلجأ المجلس الدستوري الفرنسي إلى مراقبة ممارسة المشرع لصلاحياته، من خلال مراقبة إن كان المشرع قد أحترم التوفيق بين الحقوق الأساسية المختلفة لضمان المضمون الأساسي للحقوق الأساسية، كما هو الشأن بالنسبة لحرية العقيدة التي عالجها المجلس الدستوري الفرنسي في عدة مرات، و لحماية تلك الحرية يقوم المجلس بالتوفيق بين حريتين أساسيتين، و هذا ما نلاحظه من خلال قرار للمجلس صادر بتاريخ 20 جويلية 2000 تحت رقم 434 المتعلق بقانون الصيد، بحيث أعتبر المجلس أن: " حق الصيد هو

1- Louis FAVOREU, Patrick GAIA ...Droit des libertés fondamentales, 7^e édition, ...op.cit, pp.134-135.

2 - Art 34, de La Constitution française du 4 octobre 1958, texte intégral en vigueur.

3- Louis FAVOREU, Patrick GAIA ...Droit des libertés fondamentales , 7^e édition , ...op.cit, p.136.

حق لا يمكن فصله على حق الملكية، ولكن الحق في الصيد هي رخصة إدارية تمنح لشخص طبيعي ترخص له بالصيد بشكل محدد من حيث الزمان و المكان، فإن اعتراض المالكين على الصيد في أراضيهم لمعتقداتهم، لا يلزم هؤلاء المعارضين إعطاء تبريرات حول معتقداتهم في ذلك الشأن¹، فلاحظ جليا أن المجلس قام بالتوفيق بين حقين أساسيين الحق الأول هو حق الصيد الذي هو منبثق من حق الملكية، و الذي هو حق دستوري كما أشار له المجلس في تسببيه لقراره، و حرية العقيدة التي هي كذلك حق دستوري، و قام في الأخير بتغليب حرية العقيدة على حق الصيد.

و في قرار للمجلس الدستوري الفرنسي تحت رقم 2001-446 المتعلق بالمشاركة في عملية التوقيف الإرادي للحمل، فالمجلس أشار إلى أنه: " إذا كان رئيس مصلحة في مؤسسة إستشفائية عمومية لا يمكن له طبقا للقانون الاعتراض على التوقيف الإرادي للحمل إذا توافرت الشروط القانونية، فإنه يحتفظ بحق عدم المشاركة في عملية التوقيف الإرادي للحمل²، بحيث أعتبر المجلس أن ذلك منبثق من " الحرية التي يتمتع بها المرء فيما يخص معتقداته الشخصية"³. ومن ثم عدم مشاركة موظفي السلك الطبي في تلك العملية لا يمكن أن تتجر عنه أي مسألة، وفي هذه الحالة كذلك قام المجلس بالتوفيق بين حرية العقيدة و حرية التوقيف الإرادي للحمل، التي إعتبرها المجلس في قرار له بتاريخ 15 جانفي 1975 أنه حق شخصي للمرأة منبثق من إعلان حقوق الإنسان و المواطن لاسيما المادة 02 منه التي تجعل من الحرية حقا من حقوق الإنسان الغير القابلة للتقادم، و قد عالج المجلس تلك المسألة في إطار الواقع الدستوري العلماني للنظام الفرنسي باستبعاده للإيديولوجية و الخلفيات الدينية التي تحوم على الموضوع⁴، و أعتبر أن التوقيف الإرادي للحمل حسب

1- CC n° 2000-434 DC du 20 juillet 2000, cf. Site: www.conseilconstitutionnel.fr.

2- CC n° 2001-446 DC du 27 juin 2001, cf. site: www.conseilconstitutionnel.fr.

3 - Ibid.

4 - إن علمانية الدولة بفصل الدين على الدولة، أدى ببعض الدول الغربية إلى الاعتراف ببعض الأفعال على أساس أنها من موضوعات " الحريات الشخصية " في حين هي ممنوعة في المعتقدات الدينية، كالتوقيف الإرادي للحمل و هو الإجهاض، زواج المثليين بموجب قانون رقم 2013 - 404 المؤرخ في 17 ماي 2013،...الخ، و تبني تلك للتشريعات في الدول الأفعال يقابله دائما معارضة شديدة لطائفة كبيرة من المجتمع مما يشكل مساس بالنظام العام في بعض الحالات، و قد طعن النواب و الشيوخ في قانون

شروط القانون هو من صميم حرية المرأة في الاحتفاظ بالحمل¹ ، و لكن مهما يكون من الأمر لا يمكن إرغام موظفي السلك الطبي، من أطباء و سلك شبه الطبي في القطاع العمومي من المشاركة في عملية التوقيف الإرادي للحمل لتمسكهم بمعتقداتهم حول الموضوع.

إن قيام المجلس الدستوري الفرنسي بالتوفيق بين حق أساسي و حق آخر للفصل في المنازعة الدستورية يؤدي إلى خلق حدود على الحماية الدستورية للحقوق و الحريات كل ذلك من أجل تحقيق حماية للمضمون الأساسي للحقوق الأساسية، و في حقيقة الأمر أن ذلك التوفيق بين الحقوق و الحريات الأساسية هو من صلاحيات المشرع، فعندما يسن التشريع عليه أن يأخذ بعين الاعتبار بذلك التوفيق و يخضع لرقابة القاضي الدستوري في ذلك، و إن عدم الأخذ بالتوفيق سيؤدي حتما إلى المساس بالحقوق و الحريات الأساسية، و هنا يكمن دور القضاء الدستوري في تحقيق تلك الحماية إذا لم يحققها المشرع في تشريعاته، و ذلك بطبيعة الحال بتقرير جزاء على مخالفة المشرع للتوازن، بالقضاء بعدم دستورية القاعدة القانونية المخالفة، أو عن طريق تقنية التحفظ التي يمارسها المجلس الدستوري.

إن الحقوق الأساسية ليس حقوقا مطلقة لا حدود لها، فمارستها لا يجوز أن تكون من خلال التضحية بغيرها من الحقوق و الحريات، فالحق في حرية التعبير مثلا لا يجوز ممارسته للاعتداء على الحق في الحياة الخاصة، أو الحق في الشرف و الاعتبار، الحق في الملكية و حرية المقابلة لا يمكن أم يمس الحق في البيئة، و الحق في الإضراب لا يمكن أن

زواج المثليين أمام المجلس الدستوري الذي أصدر قرار له تحت رقم 2013 - 669 المؤرخ في 17 ماي 2013 بحيث بنو إخطارهم للمجلس على أساس عدة نقاط دستورية من بينها مخالفة المادة 1 من القانون محل الإخطار للدستور باعتبار أنه يغير تعريف الزواج الذي يكون بين رجلا و امرأة، و ذلك يعد مخالفة لديباجة دستور 1946، رغم ذلك المجلس اعتبر أن: "... الزوجين من مثل الجنس لا يمكن حرمانهم من الحماية القانونية المتعلقة بالزواج، و لا يمكن للمجلس الدستوري أن يحل محل المشرع في تقديره للزواج و حالاته ... و أن المادة 1 لا تخالف المبادئ الدستورية، و من ثم فإن النعي عن القانون أنه يخالف الحرية المحددة في المادة 2 و 4 من الإعلان 1789 هي مستبعدة"، يظهر من ذلك أن القضاء الدستوري في تلك الدول يتجنب إلغاء تلك التشريعات بتقرير مخالفتها للدستور لإخلالها بالنظام العام الذي هو كذلك أحد مقتضيات الدستورية التي يسهر القاضي الدستوري على تجسيدها، زد على ذلك قد يكتنف عمل القاضي الدستوري الاعتبارات السياسية في بعض الحالات الحساسة و التي تثير جدلا في الوسط الاجتماعي، فقد يخضع للضغوط السياسية في بعض الحالات عندما يفصل في المنازعة الدستورية، و لكن كل ذلك لا ينفي أن العلمانية تمنح القاضي الدستوري معالجة المنازعة الدستورية بشكل مجرد على جميع الاعتبارات الدينية.

Voir: CC n° 2013-669 DC du 17 mai 2013, cf. site: www.conseilconstitutionnel.fr.

1- CC n° 74-54 DC du 15 janvier 1975, cf. site: www.conseilconstitutionnel.fr.

يمس مبدأ ذو قيمة دستورية و هو إلزامية سير المرفق العام بانتظام و استمرار، و قد أكد القضاء الدستوري هذا المبدأ بما مؤداه أن الحقوق و الحريات لا يحدها غير ضرورة ضمان الحقوق و الحريات الأخرى، و غيرها من القيم الدستورية و كل ذلك يتطلب تفسير حدود ممارسة الحقوق و الحريات حتى تكون هذه الحدود متناسبة و معقولة بمراعاة الغاية التي تستهدفها وسائل حمايتها¹.

و في هذا الشأن أكد المجلس الدستوري الفرنسي على أن: "باعتبار أنه عندما يتعلق الأمر... بحرية أساسية... فلا يمكن للقانون أن ينظم ممارسة تلك الحرية، إلا من أجل جعلها أكثر فعالية، و بتحقيق التوازن بينها و بين القواعد أو المبادئ ذات القيمة الدستورية"²، فالقاضي الدستوري في مجال الحقوق الأساسية يضع ضوابط على المشرع التي يجب أن يحترمها، حيث أنه لا يمكن للمشرع أن يتدخل في موضوع يمس الحقوق و الحريات الأساسية إلا من أجل تحقيق تقوية تفعيل ممارسة الحرية.

وعليه، فإن مجال تدخل المشرع لتنظيم الحقوق الأساسية محدود و ليس مطلق، و من ثم تحقيق التوازن بين القيم الدستورية المختلفة ضرورة لاحترام الدستور، و نجد المجلس الدستوري الفرنسي يعمل على مراقبة المشرع من حيث مدى و حدود الحقوق الأساسية، و من حيث مدى التقييد من هامش ممارسة حقا من الحقوق الأساسية ليحقق حماية لحق آخر الذي يعد هو كذلك حقا أساسيا، و يعمل على توقيع جزاء عدم الدستورية في حالة وضع المشرع حدود غير معقولة لممارسة الحقوق و الحريات الأساسية.

إنّ " المضمون الأساسي للحقوق الأساسية"، تطرق له المجلس الدستوري الجزائري في قراراته بتجسيد مضمونه دون ذكره صراحة، ففي قرار له صادر بتاريخ 6 مارس 1997 جاء في تسببيه أنه: " اعتبارا أن هذه الأحكام قد وضعت شروطا يكون أثرها تضيق حق

1 - أحمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص. 94.

2- Louis FAVOREU , Loïc PHILIP, Les grandes décisions du Conseil constitutionnel, ... op.cit, p.610.

إنشاء الأحزاب السياسية الذي يعترف به ويضمنه الدستور في الفقرة الأولى من المادة 42، واعتباراً أن الفقرة الثانية من المادة 42 من الدستور قد وضعت القيود التي يتعين الالتزام بها في ممارسة حق إنشاء الأحزاب السياسية والتي لا تمت بأية صلة للشروط المذكورة أعلاه، واعتباراً أن دور القانون هو تطبيق المبدأ الدستوري بالنص على إجراءات وكيفية ممارسته وليس تقليصه أو إفراغه من محتواه بفرض قيود عليه¹.

يتبين جلياً أن المجلس الدستوري الجزائري حدد القيود التي تقع على المشرع عند سنه لقانون ينظم موضوع من مواضيع الحقوق الأساسية، فيجب عليه أن يحترم و يجسد المبادئ الدستورية، من خلال تنظيم ممارسة تلك الحقوق، و إن اقتضى الأمر النص على الإجراءات المتعلقة بممارسة الحقوق و الحريات، و لا يمكن بأي حال من الأحوال تقليص و إفراغ الحقوق الأساسية من محتواها، بواسطة وضع قيود غير موضوعية على ممارستها، و هذا المفهوم يتوافق مع ما ذهب إليه المحكمة الدستورية الإسبانية في قرارها لسنة 1981 المذكور أعلاه لما تطرقت لتعريف المضمون الأساسي للحقوق الأساسية، بالقول أن هناك مضمون أساسي للحقوق الأساسية لا يمكن للمشرع أن ينقص منه، أو يتعداه و إلا كان العمل التشريعي مخالف للحقوق و الحريات المضمونة في الدستور، و هو ما يقع فيه المشرع في الكثير من الحالات بإفراغ الحق الأساسي من محتواه.

المطلب الثاني: استناد المجلس الدستوري على المصلحة العامة لكفالة الحقوق الأساسية

إن فكرة المصلحة العامة تعود للقرن 18 و قد تطرق إليها جون جاك روسو تحت مصطلح الصالح العام في كتابه العقد الاجتماعي الذي اعتبرها أنها تمثل مصالح الأفراد الذين يشكلون الأمة و في نفس الوقت هي تمثل مصالح الجماعة التي تسمو على مصالح الأفراد، و يمكن تعريف المصلحة العامة على أنها: " تمثل مصالح و قيم و أهداف التي

1- رأي رقم 01 ر.أ.ق عضد / م.د المؤرخ في 27 شوال عام 1417 الموافق 6 مارس سنة 1997، يتعلق بمراقبة مطابقة الأمر المتضمن القانون العضوي المتعلق بالأحزاب السياسية للدستور، منشور على الموقع www.conseilconstitutionnel.dz

يشتركون فيها كل أفراد المجتمع، و من ثم تحقق لنا المصلحة العامة الصالح العام لكل أفراد المجتمع"، و في هذا الصدد يستعمل القاضي الدستوري المصلحة العامة من أجل بسط رقابته على المشرع في حالة ما إذا انتهك الحقوق الأساسية، و هو أمر طبيعي في دولة القانون كما يرى الفقيه ماكس وابر (MaxWeber) على أنه: " في أي مجتمع شرعية السلطة تقوم على المنطق، فخضوع المواطنين لقرارات الحكام لا يكون إلا إذا حكموا بأنها هي في صالح الجميع و كذا صالح كل واحد منهم"¹ و هذا القول هو اقرب من المفهوم السياسي عن المفهوم القانوني، فمن الناحية القانونية المصلحة العامة² تعد أساس فرع القانون العام و هي جوهر القانون الإداري، باعتبار أن الإدارة لا يمكن أن تؤدي عمل إلا إذا كان يهدف لتحقيق المصلحة العامة التي تمثل هدف نشاط الإدارة في كل المجالات بدون استثناء.

و يستعمل القاضي الإداري المصلحة العامة كسلاح ذو حدين، فهي تعد سببا لإقرار عدم شرعية العمل الإداري في حالة ما إذا كان نشاط الإدارة له هدف غريب عن المصلحة العامة، أو أنه يهدف لتحقيق مصلحة عامة مغايرة لتلك المحددة في القانون، و يمكن أن تستخدم المصلحة العامة لتقرير شرعية العمل الإداري في بعض الحالات للحد من ممارسة بعض الحقوق و الحريات³، أي عندما تسمح مقتضيات المصلحة العامة وضع تلك الحدود.

إنّ جانب من تفسير القضاء الإداري للمصلحة العامة نقل للقضاء الدستوري على اعتبار أنه إن كانت الإدارة مؤسسة عمومية هدفها تحقيق المصلحة العامة، فإن المشرع هو

1-Guillaume MERLAND ,« L'intérêt général dans la jurisprudence du conseil constitutionnel », p.1, disponible en ligne à l'adresse:http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/PDF/Conseil/merland.pdf.

2 - انتقدت فكرة المصلحة العامة من قبل النظرية الماركسية على أساس أن المصلحة العامة ما هي إلا مصلحة الطبقات الاجتماعية التي استحوذت على السلطة في الدولة، و حتى النظرية الليبرالية الحديثة انتقدت فكرة المصلحة العامة على أساس أنها إن تمثل مصلحة المجتمع فهي تختلف مع مصلحة الأفراد المكونين للمجتمع، و تركز على المخاطر السياسية التي قد تصيب المجتمع المدني و الحريات الفردية من فكرة المصلحة العامة.

Voir :Réflexions sur l'intérêt général - Rapport public 1999, disponible en ligne à l'adresse:<http://www.conseil-etat.fr/Décisions-Avis-Publications/Etudes-Publications/Rapports-Etudes/Réflexions-sur-l'intérêt-général-Rapport-public-1999>.

3- Réflexions sur l'intérêt général - Rapport public 1999, op.cit.

كذلك مؤسسة عمومية مهمتها التشريع و بالتالي لا يمكن أن نتصور هدف العمل التشريعي إلا في ظل تحقيق المصلحة العامة و إلا كان ذلك العمل غير شرعي، و لكن يصطدم القضاء الدستوري بخصوصياته التي تختلف عن القضاء الإداري فالرقابة الدستورية هي رقابة مدى مطابقة العمل التشريعي للدستور في حين بالرجوع للدستور الجزائري أو الفرنسي لا نجد نصا صريح يجعل من المصلحة العامة كمبدأ دستوري، و لكن نجد المجلس الدستوري الفرنسي جعل من المصلحة العامة كمرجعية ثابتة في الرقابة الدستورية من خلال اجتهاداته العديدة في مجال حمايته للحقوق الأساسية، ، فعلى المشرع أن يبرر أن الهدف من التشريع هو تحقيق المصلحة العامة، و عليه، سنبين ذلك المشرع مقيد بالمصلحة العامة وفق اجتهاد المجلس الدستوري (الفرع الأول)، و كذا ضوابط حماية المجلس الدستوري للمصلحة العامة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: المشرع مقيد بالمصلحة العامة وفق اجتهاد المجلس الدستوري

إن الرقابة الدستورية في حقيقة الأمر ما هي إلا آلية لتجسيد النظام الديمقراطي، بتحقيق حماية لإرادة السلطة التأسيسية، و التي اعترفت للأفراد بمجموعة من الحقوق الأساسية التي يجب أن تتمتع بها كل الأشخاص القانونية، و عليه يقع على المشرع الالتزام بوجوب ترجمة تلك الحقوق بواسطة التشريعات المختلفة، فيسهر على عدم الإنقاص من مضمونها و تجنب أي تدابير قد تفرغ الحق من محتواه، فيجب أن يكون الهدف من وضع التشريع هو تحقيق مصلحة الجماعة التي تسموا على مصالح الضيقة للأفراد، و نقصد بها المصلحة العامة، فيكون المشرع أمام وضعية صعبة و هي تحقيق نوع من التوازن بين الحقوق الأساسية و المصلحة العامة.

و في هذا الإطار يكمن دور القاضي الدستوري في مراقبة الحدود التي يضعها المشرع على ممارسة الحقوق و الحريات تلك الحدود يجب أن تكون مشروعة و مبنية فقط على اعتبارات المصلحة العامة، و إلا كان العمل التشريعي معيب لمخالفته المبادئ

الدستورية، إذا يقع على المشرع إلزام بتبرير بأنه يهدف من خلال التشريع تحقيق المصلحة العامة (أولا) ، كما أن المشرع ملزم بتحقيق المصلحة العامة كافية من خلال سن التشريع تحفظ الحقوق الأساسية (ثانيا).

أولاً- المشرع ملزم بتبرير الهدف من القانون هو تحقيق المصلحة العامة: إن المصلحة العامة هي وسيلة لحماية الحقوق الأساسية، و نجد في هذا الشأن المجلس الدستوري الفرنسي يبطل العمل التشريعي، إذا لم تتوافر فيه التدابير الكافية لحماية و كفالة الحقوق الأساسية من خلال البحث في إن كان التشريع يهدف لتحقيق المصلحة العامة، التي ترتبط ارتباط وثيق بموضوع الحقوق الأساسية، و في هذا الشأن يرى "جون إريك سكوتل" أمين العام للمجلس الدستوري الفرنسي بأن: " حتى و إن كانت المصلحة العامة غير مجسدة في النصوص صراحة، نجدها كمادة غير غريبة على الحقوق و الحريات الكلاسيكية، و ذلك يرجع بالأساس إلى ثلاثة أسباب رئيسية، السبب الأول أن المجلس الدستوري في عدة قرارات صادرة عنه يبني المصلحة العامة على أساس الاعتبارات المتمثلة في الصحة، الأمن، النظام العام، تلك العناصر تعد ضمانات تقليدية لحقوق و الحريات بامتياز¹، و السبب الثاني أن المصلحة العامة تثار عادة من قبل المجلس الدستوري عندما يكون التفكير في

1 - و هذا يرجع للمقاربة التي تقع بين مفهوم المصلحة العامة و النظام العام، و ربما قد تؤدي إلى الخلط في المفاهيم - مصلحة عامة ، نظام عام لصعوبة تحديدها فقهيًا بوضع تعريف جامع و مانع لها ، فالنظام العام نجده يقوم على أساس مقومات تقليدية يمكن تحديدها في : الأمن العام و نقصد به استتباب الأمن و النظام في المدن و القرى، بما يحقق الاطمئنان لدى الجمهور على أنفسهم، و أعراضهم، و أموالهم من كل خطر، السكينة العامة، و يقصد بها توفير الهدوء و الطمأنينة في الطرق، و الشوارع، و الأماكن العمومية، و منع كل ما من شأنه أن يخلق راحة الأفراد، الصحة العامة، و هي اتخاذ السلطة العامة كل التدابير التي من شأنها تحقيق الوقاية من الأمراض و الأوبئة، و قد لا يتحقق ذلك إلا بالربط الوثيق بين الصحة و العوامل الاقتصادية و الاجتماعية و الثقافية و البيئية، لأنه لا يمكن مكافحة ذلك و تحسين الصحة بدون وضع هذه العوامل المختلفة في الاعتبار، و قد ظهرت مقومات حديثة للنظام العام نجمها في النظام العام الخلقي و يتعلق الأمر بالآداب العامة التي تعد من المكونات المعنوية للنظام العام، النظام العام الجمالي الذي له علاقة بجمال المحيط من خلال التناسق و الفن المعماري و احترام الاعتبارات البيئية في العمران، و النظام العام الاقتصادي، و ذلك بتدخل الدولة في القطاعات الاقتصادية من أجل تحقيق التوازنات الاقتصادية كاستثناء على الحرية الاقتصادية...أنظر في هذا الشأن: حلالمختارية، الحماية القضائية المستعجلة للحريات الأساسية دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في العلوم تخصص قانون عام ، جامعة تلمسان ، السنة الجامعية 2016-2017 ، ص ص. 74-91.

حقوق أجيال المستقبل، و السبب الثالث هو أن المصلحة العامة تثار و بشكل غير مباشر لما نكون بصدد بعض الحقوق و الحريات تتعلق بجماعة من الأشخاص"¹.

فلا يمكن الحديث عن حماية الحقوق الأساسية إذا لم يرسم المشرع عند سنه لتشريع من التشريعات المنظمة لحقوق و حريات الأفراد هدفا واضحا لا لبس فيه، و هو تحقيق المصلحة العامة من وراء التشريع.

و بمجرد إثبات المشرع من خلال أهداف القانون هو تحقيق المصلحة العامة، نجد المجلس الدستوري الفرنسي يعتبر القانون غير مخالف للدستور بل معزز للحقوق الأساسية، و هو ما عبر عنه في عدة قرارات له تتعلق بالحق في السكن الذي جعله هدف ذو قيمة دستورية في قرار له حامل رقم 90 - 274، بحيث اعتبر المجلس أن " منح الإمكانية لكل شخص من الحصول على سكن لائق ، هو هدف ذو قيمة دستورية "²، و عليه أعتبر: "الارتقاء بحق الأشخاص الذين يمثلون الطبقة الهشة في المجتمع للحصول على سكن ... يحقق متطلبات ذات مصلحة وطنية "³، و في قرار له بتاريخ 19 جانفي 1995 تحت رقم 94 - 359 إعتبر المجلس أن: "الحق في السكن هو هدف ذو قيمة دستورية"⁴ هو مستمد من نصوص المواد 10 و 11 من ديباجة دستور 1946 ، التي هي مستوحاة من مبدأ الكرامة الإنسانية المنصوص عليها في المادة 01 من نفس الديباجة، و من ثم فالحق في السكن هو عبارة عن هدف ذو قيمة دستورية و ليس قاعدة دستورية في حد ذاتها، فهو مرتبط بالأساس بمقتضيات المصلحة العامة، فكل قانون يساهم في تحقيق ذلك الهدف، و هو تمكين الفرد من الحصول على سكن لائق يحفظ له كرامته الإنسانية، و نكون أمام تحقيق المشرع لهدف ذو قيمة دستورية آلا و هو تحقيق المصلحة العامة، و بالعكس كل

1- NIVERT Nirmal, Intérêt général et droits fondamentaux, thèse de doctorat en droit, Université de La Réunion, soutenue le 1^{er} décembre 2012, pp.214-215.

2- CC n° 90-274 DC du 29 mai 1990, cf. site: www.conseilconstitutionnel.fr.

3 - Ibid.

4- CC n° 94-359 DC du 19 janvier 1995, cf. site: www.conseilconstitutionnel.fr.

قانون يقلص من إمكانية الحصول على السكن بوضع تدابير غير موضوعية يعد مساس بحق السكن و من ثم يصبح القانون معيب لمخالفته الدستور .

و في هذا الشأن يرى الفقيه الفرنسي فيدال " أن المصلحة العامة لا يمكن تعريفها و ذلك لتغيريها من حيث الزمان و المكان، و من حيث الآراء المتعلقة بها، فمضمونها جد متغير " ، و من ثم فالمصلحة العامة هي جد مفيدة في عمل القاضي الدستوري باعتبار أن مضمونها غير محدد مسبقا و صعب التحكم فيه و إعطائه مدلول ثابت نافي للجهالة، و عليه، فالمصلحة العامة تمنح القاضي الدستوري هامش كبير من التفسير، عكس لما يكون أمام تفسير النصوص الدستورية فهو يكون أمام قواعد ثابتة ذات مدلول ثابت، فالمصلحة العامة ترتبط بجميع الحقوق الأساسية، كالحق في التعليم، الحق في العمل، الحق في السكن، الحق في الأمن، حرية التنقل...الخ¹.

و يصعب تحديد مفهوم المصلحة العامة لاقترب مفهومها مع عدة مصطلحات مماثلة: المنفعة العامة، الصالح العام، المصلحة الوطنية، الخير العام، و قد يختلط ببعض المفاهيم كالنظام العام و هناك جانب من الفقه يرى بأنه "يمكن اعتبار النظام العام في مفهومه مماثلا لمفهوم المصلحة العامة " و لكن مجلس الدولة الفرنسي في فصلا بين المفهومين بالقول بأن: " في الحقيقة مفهوم النظام العام لا يتضمن لدى القاضي الإداري أي مقارنة مع مفهوم المصلحة العامة"²، و في حقيقة الأمر لا يمكن إنكار أن هناك تقارب و تقاطع بين المفهومين، ولكن الشيء الأكيد هو أن النظام العام يعد عنصر من عناصر المصلحة العامة فهذه الأخير مفهومها أوسع على مفهوم النظام العام.

و قد استند المجلس الدستوري الفرنسي لأول مرة في المنازعات الدستورية على المصلحة العامة لحماية الحقوق الأساسية في قرار له بتاريخ 29 ديسمبر 1984 تحت رقم

1- Guillaume MERLAND, op.cit, p.2.

2-Nirmal NIVERT, op.cit , p. 216.

84- 184 بمناسبة إخطار المجلس الدستوري حول دستورية أحكام قانون المالية التي تمنح امتيازات جبائية للمؤسسات المانحة لهبات " لمؤسسات أو جمعيات تهدف لتحقيق مصلحة عامة الناشطة في المجال الثقافي"، و بسبب أن المصلحة العامة تعد أحد العناصر التي ينبني عليها تعريف الحقوق الأساسية، أعتبر المجلس أنه: " باعتبار أن مبدأ المساواة لا يشكل عائقا، بأن يقوم المشرع بتقرير امتيازات جبائية، تهدف للتشجيع على إقامة و تنمية قطاعات ناشطة في مجال المصلحة العامة، لاسيما كما هو محدد بموجب المادة 79، المتعلقة بالمؤسسات، و جمعيات المصلحة العامة الناشطة في المجال الثقافي " ¹.

و قد جعل المجلس الدستوري من المصلحة العامة كهدف ذو قيمة دستورية ملزم على المشرع أن يحققه من وراء العملية التشريعية، و إلا كان القانون مخالفا للدستور، و هذا ما نستشفه من خلال القرار الشهير للمجلس الدستوري المؤرخ في 23 أوت 1985 الذي جسد القطيعة مع التقاليد الفرنسية و بالضبط بالفلسفة التي كانت مهيمنة على الفكر السياسي و كذا جانبا من الفكر القانوني الفرنسيين اللذان كان يعتبران أن: " القانون هو التعبير عن الإرادة العامة"، فقرر المجلس بأن: " القانون يعبر عن الإرادة العامة إلا في إطار احترام الدستور" ²، و عليه فالمجلس ربط القانون بالدستور، و أن المصلحة العامة التي يقرها المشرع من خلال سنه للقانون لا تكون معبرة عن الإرادة العامة إلا في إطار احترامها للدستور، و بالتالي فالمصلحة العامة مرجعيتها الأساسية هي الدستور.

و من ثم فتحديد المصلحة العامة بصفة نهائية لا ترجع للمشرع بل ترجع للدستور ³، باعتباره الوثيقة الأساسية التي تعلو السلطة التشريعية و التنفيذية، و عليه إن خروج العمل التشريعي أو التنفيذي على تفسير المصلحة العامة من الوجهة الدستورية هو خروج على الشرعية الدستورية.

1- CC 84- 184 DC, du 29 décembre 1984, cf. site: www.conseilconstitutionnel.fr.

2- CC 85- 197 DC du 23 août 1985, cf. Site: www.conseilconstitutionnel.fr.

3-Nimal NIVERT , op.cit, p. 165.

و ليس من السهل على القاضي الدستوري مراقبة أهداف التشريع التي يجب أن تحقق لنا المصلحة العامة، و على ذلك الأساس نجد المجلس الدستوري الفرنسي لتحديد أهداف التشريع لا يقتصر على مراقبة القانون في حد ذاته، بل تشمل رقابته على الأعمال التحضيرية التي يقوم بها البرلمان في العملية التشريعية، و في هذا الشأن نجد المجلس الدستوري الفرنسي استخلص أهداف التشريع من العمليات التحضيرية البرلمانية لوضع القانون، و قد لا يستعمل المجلس صراحة مصطلح " المصلحة العامة "، و لكن ذلك يستخلص من خلال المفهوم العام لتسبيب المجلس حول نقطة من نقاط الرقابة.

و هو ما نلمسه من خلال قرار بتاريخ 29 ديسمبر 2005 تحت رقم 530-2005 الذي جاء فيه " يبدو من الإجراءات البرلمانية لضمان تنمية المؤسسات، و المحافظة على مناصب الشغل، المشرع سمح بتعزيز الاستقرار المالي للشركات"¹، و في حالة عدم تبرير المشرع تقييد ممارسة حقا أو حرية من أجل تحقيق مصلحة عامة، فإن المجلس الدستوري يقرر عدم دستورية العمل التشريعي، و هو ما نلمسه من خلال قرار للمجلس 20 جويلية 2000 المتعلق بقانون الصيد، و قد أعتبر المجلس: " حق الصيد على أنه حقا منبثق من حق الملكية"²، و قد منع ذلك التشريع الصيد بواسطة الرمي (La chasse à tir) كل يوم أربعاء من الساعة السادسة صباحا إلى الساعة السادسة صباحا من يوم الخميس، لان يوم الأربعاء يصادف يوم عطلة مدرسية، و من ثم يكثر تنزه الأطفال و من يتكفل بهم في المناطق الغابية و الريفية التي يمارس فيها الصيد، و لذلك المشرع لضمان الحماية للأطفال المتنزهين و من يتكفل بهم من أخطار الصيد، و إمكانية تعرضهم لإصابات قد تسبب لهم جروحا و حتى الوفاة ، منع المشرع الصيد يوم الأربعاء"³.

1- CC 2005- 530 DC du 29 décembre 2005, cf. Site: www.conseilconstitutionnel.fr.

2- CC 2000- 434 DC du 20 juillet 2000, cf. site: www.conseilconstitutionnel.fr.

3 - Ibid.

كما خول المشرع في نفس القانون للسلطة الإدارية اختيار يوما آخر لمنع الصيد لمدة 24 ساعة من الساعة السادسة صباحا إلى الساعة السادسة صباحا من اليوم الموالي، بحسب خصوصيات المحلية في كل مقاطعة بعد استشارة المجلس المحلي للصيد، فقد اعتبر المجلس أن ذلك البند مخالف للدستور، " باعتبار أن المشرع لم يبرر من خلال منح صلاحية للسلطة الإدارية اختيار يوم آخر من أيام الأسبوع لمنع الصيد أنه يهدف من وراء ذلك تحقيق مصلحة عامة، و لم يثبت ذلك من خلال المناقشات البرلمانية التي دارت حول القانون، و ذلك عكس منع الصيد يوم الأربعاء، فتحقيق المصلحة العامة ثابت و هو حماية الأطفال المتنزهين، و من ثم اعتبر المجلس أن ذلك البند يمس بحق الصيد المنبثق من حق الملكية، و هو مساس بالحرية مما يعد مخالفا للدستور"¹.

ثانيا - المشرع ملزم بتحقيق المصلحة العامة كافية من خلال سن التشريع لحفظ الحقوق الأساسية: إن رقابة المجلس الدستوري على مدى تحقيق المشرع عند سنه للقانون للمصلحة العامة، تلزم القاضي الدستوري بالتعمق في مقتضيات القانون، فكي يتجنب المشرع إمكانية إلغاء التشريع لعدم تحقيق المصلحة العامة، يجب عليه عند سنه لتشريع معين أن يرسم بدقة الغرض منه، و ذلك بأن تكون المصلحة العامة هي التي تؤطر و ترافق القاعدة القانونية، فهذه الأخير تستخلص من القانون في حد ذاته، و من خلال كذلك العمليات التحضيرية التي يقوم بها البرلمان لسن القانون و هي أعمال تسبق المصادقة على القانون، و من ثم تشمل رقابة المجلس و تمتد في البحث على التقارير المختلفة المتعلقة بالجان البرلمانية المختلفة المكلفة بدراسة القانون قبل عرضه على غرفة البرلمان المعنية.

و لكن المهمة ليست سهلة بالنسبة للقضاء الدستوري للكشف إن كان الهدف من وراء وضع القانون هو تحقيق المصلحة العامة أو غير ذلك لأن المفهوم يصطدم بجانبين

1- Commentaire de la décision n° 2000-434 DC du 20 juillet 2000, Loi relative à la chasse , Les Cahiers du Conseil constitutionnel, Cahier n°9, disponible en ligne à l'adresse: http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/2000434DCccc_434dc.pdf.

الأول نظري، و الثاني تطبيقي، فالنظري هو أن مفهوم المصلحة العامة غير ثابت فهو متغير بتغير الزمان و المكان، و من خلال مضمون التشريعات يمكن اعتبار مصلحة عامة في تشريع معين لا يمكن اعتبارها كذلك بالنسبة لتشريع آخر، أما التطبيقي فإنه بالرجوع للدايات نجدها لم تعالج موضوع المصلحة العامة، أو تم معالجتها بصفة خاصة و ليست بصفة عامة بمحاولة تحديد تعريفها في الدستور، فنجد الدستور الجزائري في تعديله لسنة 2016 جاء خالي من مصطلح المصلحة العامة، و نجد فقط إشارات لذلك المفهوم تفيد أن المؤسس جسد المصلحة العامة في بعض المحطات من الدستور، و هو ما نستشفه من ديباجة الدستور: "إن الشعب الجزائري...يعتزم أن يبني بهذا الدستور مؤسسات، أساسها مشاركة كل جزائري و جزائرية في تسيير الشؤون العمومية، و القدرة على تحقيق العدالة الاجتماعية، و المساواة، و ضمان الحرية لكل فرد".

إذا تجسّد هذه المفاهيم بتسيير الشؤون العمومية من قبل المواطنين، تحقيق العدالة الاجتماعية، تحقيق مبدأ المساواة، ضمان حرية الأفراد كلها تصب في دائرة المصلحة العامة، و تنص المادة 23 التي تنص على أنّ " لا يمكن أن تكون الوظائف و العهدة في مؤسسات الدولة مصدرا للثراء، و لا وسيلة لخدمة المصالح الخاصة "، فالمقصود من هذا النص أن عمل مؤسسات الجمهورية يجب أن يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة، و بالتالي لا يمكن لأي شخص يتولى منصب معين في الإدارة أو يتولى عهدة في مؤسسة منتخبة طبقا للدستور و القانون، أن يستعمل مركزه لتحقيق مصالح شخصية ذاتية، و المقصود بالعهدات، عهدة رئيس الجمهورية و البرلمان و المجالس المحلية المنتخبة، و أي مؤسسة عمومية ذات صبغة إدارية يتم تعيين المشرفين عليها بواسطة الانتخاب.

و من ثمّ كل عمل تمارسه المؤسسات الدستورية يجب أن يحقق المصلحة العامة، و ذلك سواء كان صادرا على السلطة التنفيذية أو التشريعية أو القضائية أو على أي هيئة عمومية، و تنص المادة 40 على أنه: " تضمن الدولة عدم انتهاك حرمة الإنسان " و المادة

41 على أن " يعاقب القانون على المخالفات المرتكبة ضد الحقوق و الحريات و على كل ما يمس سلامة الإنسان البدنية و المعنوية "، و المادة 46 على أن: " لا يجوز انتهاك حرمة حياة المواطن الخاصة، و حرمة شرفه يحميها القانون"، و المادة 59 " لا يحتجز أحد و لا يوقف أو يحتجز، إلا ضمن الشروط المحددة بالقانون، و طبقا للإشكال التي نص عليها"، هذه النصوص على سبيل المثال و ليس الحصر، هي نصوصا دستورية مجسدة للحقوق الأساسية، فترجمة تلك النصوص في الواقع هو في نهاية المطاف لتحقيق المصلحة العامة، تلك المهمة تقع كلها على عاتق المشرع و تخضع لرقابة القاضي الدستوري.

و يبقى دائما مضمون المصلحة العامة غامضا من الناحية العملية، و من ثم يقع على كاهل القاضي الدستوري تفسير و تقدير تحقيق المصلحة العامة، من خلال النصوص القانونية التي تحال عليه لمراقبة دستوريته، و عليه يمكن للمجلس الدستوري الجزائري أن يستند على تلك النصوص لفرض المصلحة العامة كشرط أساسي لشرعية أعمال السلطة التشريعية و التنفيذية، طالما أن له مهمة مراقبة دستورية المعاهدات و القوانين و التنظيمات، و لكن لقلة نشاط المجلس في مجال الرقابة الدستورية نجده لحد الآن لم يتطرق لذلك المفهوم في آرائه و في قراراته، و بدخول نص المادة 188 من الدستور حيز التطبيق سيجد المجلس نفسه لا محالة أمام استعمال المصلحة العامة كمعيار لحماية و كفالة الحقوق الأساسية.

و بإجراء مقارنة مع الدستور الفرنسي لسنة 1958 نجده لم يعرف صراحة المصلحة العامة و نفس الأمر نلمسه بالنسبة للوثائق ذات القيمة الدستورية، المتمثلة في إعلان حقوق الإنسان و المواطن لسنة 1789، ديباجة دستور 1946، و ميثاق البيئة لسنة 2004، و لكن نجد هناك إشارات لذلك المفهوم و يمكن أن نستشف المصلحة من خلال تفسيرنا للنصوص النازمة للحقوق الأساسية في عدة حالات، ففي إعلان حقوق الإنسان و المواطن هناك إشارات تدل على إقرار المصلحة العامة كإطار دستوري يحكم نشاط السلطة، و ذلك من خلال المادة 12 منه التي تنص على أنه: " ضمان حقوق الإنسان و المواطن

يتطلب قوة عامة و قد أنشئت هذه القوة لصالح الجميع و ليس لمصلحة أولئك الذين عهدت إليهم"، و من ثم نجد أصحاب الثورة وضعوا حدود على المصالح المكلفة بتحقيق الأمن و التي تتمتع بعنصر القوة و الإكراه، فإن هدفها لا يكون سوى لتحقيق المصلحة العامة من أجل ضمان حقوق الإنسان و المواطن، و هو مفهوم جديد لعلاقة الحاكم بالمحكوم، بعدما كان استخدام القوة و الإكراه لفرض السلطة لا تحده أي حدود باعتبار أن السلطة مطلقة، فإن فلسفة حقوق الإنسان جاءت لتضع القوة العمومية لخدمة و ضمان حقوق الإنسان و المواطن بواسطة تحقيق المصلحة العامة.

و نجد كذلك أن إعلان 1789 يشير للمصلحة العامة تحت مصطلح الضرورة العامة لما كرس حق الملكية الخاصة في إطار المذهب الليبرالي، الذي كان سائدا لوحده آنذاك كحق طبيعي غير قابل للتقادم مثله مثل الحرية الأمن و مقاومة الطغيان، و لكن ذلك الحق حدده بمقتضيات الضرورة العامة، و هي تتطابق مع مفهوم المصلحة العامة، فنجد المادة الأخيرة من الإعلان، و هي المادة 17 تنص على أن " الملكية حق مقدس لا ينتهك و لا يجوز أن يحرم منه أحد إلا إذا استعدت الضرورة العامة ذلك بوضوح و تأكدت قانونا بشرط أداء تعويض عادل و مسبق"، فإن الملكية لا يمكن تحديدها بأي حدود إلا تلك التي تتعلق بالمصلحة العامة شرط أداء تعويض عادل و منصف للشخص الذي تنزع له ملكيته، و من ثم فالسلطة لا يمكن أن تلجأ لهذا الإجراء الاستثنائي إلا إذا بررت أنها تهدف من نزع الملكية تحقيق مصلحة عامة، فالمرجع لما ينظم مسألة نزع الملكية يجب أن يضع قيود على الإدارة يجب أن تحترمها، تلك القيود تتعلق من جهة بالجانب الشكلي، و التي يجب أن تضيف على إجراءات نزع الملكية وصف الشرعية القانونية، و من جهة ثانية بالجانب الموضوعي، و في هذه الحالة يجب على القانون الذي يضعه المشرع أن يلزم الإدارة بتبرير الهدف من خلال عملية نزع الملكية و هو تحقيق المصلحة العامة، و هي المسائل التي تخضع بطبيعة الحال لرقابة القاضي الدستوري.

و قد نستشف من ميثاق البيئة لسنة 2004 الفرنسي أنه يشير هو الآخر إلى المصلحة العامة، و ذلك بجعله من صميم مواضيع المصلحة العامة للأمة، المحافظة على البيئة و اتخاذ التدابير العمومية التي تهدف لتجسيد المحافظة على الموارد الطبيعية و التنوع البيولوجي، كضرورة حتمية لا يمكن بأي حال من الأحوال تجاهلها من أجل تحقيق تنمية مستدامة، و يلزم الميثاق كل شخص المشاركة في حفظ و تحسين البيئة و أن تنتهج الدولة سياسة تعليمية و تثقيفية في مجال المحافظة على بيئة سليمة لضمان حياة جيل الحاضر و أجيال المستقبل، كل ذلك يصب في مجال تحقيق المصلحة العامة، هذا ما نصت عليه ديباجة ميثاق البيئة لسنة 2004 على أن: " أن الحفاظ على البيئة يجب أن يكون هدفا منشودا كما هو الحال بالنسبة للمصالح الأساسية الأخرى للأمة"، و المقصود بـ " المصالح الأخرى للأمة " هو المصلحة العامة.

إذا وجوب تحقيق المشرع للمصلحة العامة من وراء التشريع يستشف من روح الدستور و تفسيره، و يشترط القضاء الدستوري أن يحقق التشريع المصلحة العامة بشكل كافي و هو ما نستشفه من قرار للمجلس الدستوري الفرنسي رقم 2005 - 530 المؤرخ في 29 ديسمبر 2005 المتعلق بقانون المالية لسنة 2006، الذي من خلاله المجلس قام بمراقبة أحكام قانونية تعمل على تسقيف بعض المزايا الجبائية، و أعتبر المجلس تلك الأحكام جد معقدة، و إن كان يجوز أن تكون أحكاما قانونية معقدة، فإنه يشترط في تلك الأحكام أن تكون تهدف لتحقيق مصلحة عامة كافية¹.

و في نفس السياق لا يتردد المجلس الدستوري الفرنسي على اعتبار النص القانوني المعروض عليه مخالفا للدستور بمجرد معاينة أن الهدف منه لا علاقة له بتحقيق المصلحة العامة، و هو ما نلمسه من خلال قرار له تحت رقم 91-302 مؤرخ في 30 ديسمبر 1991 بمناسبة مراقبة قانون المالية لسنة 1992، بمناسبة مراقبة المجلس لحكما قانوني

1- CC 2005- 530 DC du 29 décembre 2005, cf. site : www.conseil-constitutionnel.fr.

يهدف إلى التفرقة بين عقود الهبة التي تسجل أمام الموثق، و عقود الهبة العرفية من أجل محاربة التهرب الضريبي، و أعتبر المجلس أنه و على عكس نوايا المشرع، فإن التفرقة يجب أن تكون في مجال الأموال التي يتم التصريح بها محل الهبة، و الأموال الغير المصرح بها، و ليس بين العقود العرفية و العقود الرسمية، و أعتبر المجلس في هذا المجال أن " التفرقة المقررة في القانون غير مبررة لاعتبارات المصلحة العامة التي لها علاقة بالموضوع...¹ " ،

إن المجلس الدستوري الفرنسي في هذه الحالة وقف ضد المساس بحرية التعاقد بوضع تدابير غير متناسبة تحد من تلك الحرية، و التي تنعكس بالسلب على حرية وسرعة التعاملات، و هو عكس ما نجده في التشريع الجزائري الذي يضع عدة عراقيل وشكليات في التصرفات المختلفة، و هو الأمر الذي ينعكس سلبا على سرعة التعاملات المدنية و التجارية و على الحياة الاقتصادية ككل، كاشتراط الرسمية في كل التعاملات المتعلقة بالعقارات دون استثناء، و اشتراط الرسمية في عقد الإيجار التجاري... الخ، و هي التشريعات التي لم تحال على المجلس الدستوري لحد الساعة، و إذا أخذنا على سبيل المثال و ليس الحصر، إلزام المشرع بأن يكون عقد الإيجار التجاري بشكل رسمي تحت طائلة البطلان بالبحث إن كان ذلك النص يحقق المصلحة العامة ، نجد أن المشرع قد يبرر ذلك بوجود فرض رسوم و ضرائب على عقود الإيجارات التجارية، في حين أن الرسمية في حد ذاتها لا صلة بفرض الرسوم الجبائية، و ذلك لأن لها من الوسائل القانونية التي تمكنها من مراقبة الإيجارات التجارية و من ثم فرض الرسوم و الضرائب اللازمة على مؤجري المحلات التجارية، كالعودة لمركز السجلات التجارية و من ثم معرفة الوضعية القانونية للمحل التجاري هل هو مستأجر أو غير ذلك، و من ثم يمكن لها فرض الضرائب اللازمة على المؤجر، و من ثم لا يمكن

1- CC 91- 302 DC du 30 décembre 1991 ,cf. site : www.conseil-constitutionnel.fr.

إخضاع النشاط التجاري لمعايير غير موضوعية ينعكس على حق ممارسة التجارة الذي يعد هو الآخر حقا من الحقوق الأساسية.

الفرع الثاني: ضوابط حماية المجلس الدستوري للمصلحة العامة

إن لعنصر المصلحة العامة دور فعال في حماية الحقوق الأساسية، التي قد يستعملها المجلس الدستوري في الحد من سلطة البرلمان في حالة ما إذا انتهك الحقوق الأساسية المضمنة بموجب الدستور، و لكن في حقيقة الأمر نجد القاضي الدستوري يستند على المبدأ بحذر¹، و ذلك لأن مفهوم المصلحة العامة غير محدد فهو فضفاض و لا يمكن التحكم فيه، و من ثمّ التعمق في المبدأ سيوصل في النهاية القاضي الدستوري إلى بناء قضائه على الاعتبارات السياسية التي تحد بشكل صارم صلاحيات القاضي الدستوري، و هو الأمر الذي نلمسه من خلال موقف المجلس الدستوري الفرنسي الذي حاول تجنب الانتقادات الموجهة لمجلس الدولة الفرنسي الذي يعاب عليه أنه حل محل الإدارة تحت غطاء مراقبة عمل الإدارة من ناحية مدى تحقيقها للمصلحة العامة، و لمعرفة حدود حماية المجلس الدستوري للمصلحة العامة، يجب معرفة نطاق رقابة المجلس الدستوري حول احترام المشرع للمصلحة العامة الدستورية (أولا)، و كذا رقابة مبدأ التناسب في مجال المصلحة العامة (ثانيا).

أولا- نطاق رقابة المجلس الدستوري حول احترام المشرع للمصلحة العامة الدستورية: إن تقرير المجلس الدستوري الفرنسي بأن على المشرع أن يبرر من خلال التشريع تحقيق المصلحة العامة، يترتب عنه وضع شرط موضوعي و هو وجوب تحقق المصلحة العامة

1 - Guillaume MERLAND, « L'intérêt général, instrument efficace de protection des droits fondamentaux? », Cahiers du Conseil Constitutionnel n° 16 (Prix de thèse 2003), juin 2004, disponible en ligne à l'adresse :

<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-16/l-interet-general-instrument-efficace-de-protection-des-droits-fondamentaux.51983.html>.

من خلال التشريع، و هذه المسألة تخضع لرقابة المجلس الدستوري، و في حقيقة الأمر القاضي الدستوري الفرنسي يمارس رقابة محدودة تقتصر على معرفة النية التي تكتنف العمل التشريعي، فرقابة المجلس لا تهدف إلى إفشال إرادة المشرع، أو معارضة طموحاته، أو دوافع التشريع، و لكن دور المجلس تكمن في ضمان بأن يكون القانون متناسق قدر الإمكان مع ما تتطلبه المصلحة العامة¹.

و في هذا الصدد يذهب مجلس الدولة الفرنسي على التأكيد بأن المصلحة العامة هي جوهر عمله و هو ما نستشفه من خلال تقرير مجلس الدولة سنة 1999 في حول المصلحة العامة على أن " يرجع للقاضي الدفاع على فكرة المصلحة العامة، و التي تتجاوز عملية التركيب بين المصالح الفردية أو التحكيم بين المصالح العمومية، فحقيقة لا يمكن للقاضي أن يحل محل المشرع الذي يتمتع بشرعية كافية لرسم معالم مبادئ المصلحة العامة، و لكن بمجرد مراقبة القاضي الإداري شرعية الأعمال الإدارية من ناحية المصلحة العامة، فإنه يحق له بل هو ملزم بتبيين محتوى و حدود المصلحة العامة "، و رغم أن مجلس الدولة اعتبر أن المصلحة أساس لرقابته على مبدأ شرعية أعمال الإدارة، فإنه من جهة أخرى من خلال نفس التقرير يؤكد على أن: " حتى و إن كانت تلك المهمة - أي رقابة تحقق المصلحة العامة - منوطة بالقاضي الإداري، فإن الدور التوجيهي و الرئيسي في رقابة تحقق المصلحة العامة هي من مهام المجلس الدستوري، و الذي تأخذ حيزا كبيرا من اجتهاداته².

فنلاحظ أن الدور الذي يلعبه القاضي الإداري في الاعتماد على المصلحة العامة كمرجعية للرقابة على شرعية الأعمال الإدارية هو على غاية من الأهمية، نلمسها من خلال اجتهاداته الغزيرة في هذا المجال، فيعتمد على المصلحة للحد من ممارسة بعض المبادئ السامية في النظام القانوني، و التي تمكنه من الحد من ممارسة بعض الحريات الفردية، كحق الملكية، حرية المقاول، و كذا يحد من التمتع ببعض المبادئ الأساسية و التي نجد

1- Élisabeth ZOLLER, Introduction au droit public, Dalloz ,Paris, 2006,pp. 189-190.

2- Réflexions sur l'intérêt général - Rapport public 1999, op.cit.

منبعها الحقوق الأساسية المضمونة في الدستور، كمبدأ المساواة و الأمن القانوني، فمواجهة تلك المبادئ بمبدأ المصلحة العامة لا يؤدي بالضرورة إلى نتائج ثابتة، بل ينتج لنا بناء قانوني متميز يشكل كأساس لجميع فروع القانون العام¹، و لكن ذلك البناء لا يكتمل إلا بعمل القاضي الدستوري، الذي هو لوحده يتمتع بالاختصاص في تقدير تحقق المصلحة العامة لدى المشرع، و هي مهمة تتجاوز لحد بعيد مهمة القاضي الإداري.

فدور القاضي الإداري مقتصر على استعمال المصلحة العامة كحدود على ممارسة الحريات العامة و ليس الحقوق الأساسية، على ضوء رقابته للإدارة، أي رقابة شرعية القرارات التنظيمية و الفردية التي تجد أساسها في التشريع، أما القاضي الدستوري في هذه المعادلة هو الذي يراقب تحقق المصلحة العامة من عدمها بناء على تفسير الدستور، و هو يحد في بعض الحالات من ممارسة الحقوق الأساسية بناء على المصلحة العامة التي تجد منبعها في إرادة السلطة التأسيسية.

و لكن ذلك ليس كقاعدة عامة كما شاهدناه من خلال اجتهادات المجلس الدستوري الفرنسي في هذا المجال، بل معالجته لتلك المسألة تخضع لاعتبارات موضوعية خاصة بكل تشريع على حدا.

إن القاضي الدستوري لما يفاضل و يوازن بين الحقوق الأساسية و المصلحة العامة، فهو بمثابة إجراء مفاضلة بين حرية الفرد و حرية الجميع، ولا يقتصر ذلك على النظام القانوني الوطني بل كذلك الخارجي أي الدولي و الإقليمي، فالكل نجدهم يستندون على تعزيز الحرية، و كذا مفهوم المصلحة العامة على اعتبار أنها مبدأ على غاية من الأهمية لإضفاء الشرعية على أعمال السلطات العمومية، و نجد كل المؤسسات العمومية، الوطنية و الدولية تعمل على توجيه أعمالها نحو تحقيق المصلحة العامة² و بالتالي فالفكرة لا

1- Réflexions sur l'intérêt général - Rapport public 1999, op.cit.

2- Nirmal NIVERT , op.cit, p. 48.

ينحصر نطاق تطبيقها على القانون الداخلي بل يتعداه للقانون الدولي، و على المستوى الوطني نجد القاضي الدستوري يلعب الدور المحوري في الموازنة بين الحقوق الأساسية و المصلحة العامة.

و تكمن العلاقة بين الحقوق الأساسية و المصلحة العامة في إقامة التوازن بين مقتضيات مصلحة الجماعات، و مصالح الأفراد لتحقيق الحرية، و من ثم تلك العلاقة لا يمكن النظر إليها إلا من تلك الواجهة و هو من صميم عمل القاضي الدستوري في دولة القانون، التي تجعل من المصلحة العامة مصلحة جماعية لكل عناصر المجتمع، في هذه الدائرة السياسية لا نعتد بمصلحة الإنسان التي تتميز بالأنانية و مصادرها الاجتماعية التمييزية، و لكن نعتد بمصلحة المواطن المتجردة عن علاقاته و إنتماءاته، و ذلك عن طريق مساهمته بواسطة الانتخاب في تكوين الإرادة العامة، فهي وساطة سياسية تؤدي بالمجتمع إلى الإتحاد، من أجل تأسيس حد أدنى من التوافق حول المصالح الاجتماعية¹.

و في نفس السياق يرى جاك شوفاليي (Jacques Chevallier) بأن: " الديمقراطية القائمة على نظرية التمثيل، والتي تتولد عليها ممارسة السلطة بواسطة المؤسسات المنتخبة هي حجر الأساس للمصلحة العامة، بحيث تعمل على جعل الحكام محميين، فإن كانوا يمارسون السلطة فليس ذلك لتحقيق مصالحهم الشخصية، بل من أجل تحقيق مصلحة الجماعة، فالحكام هم وكلاء تكمن مهمتهم في ترجمة إرادة المؤسسات التي ينتسبون إليها، تلك الإرادة لوحدها هي التي تشكل مصدر السلطة، وهي التي تكون لنا في النهاية أساس لشرعية المؤسسات، التي يجب أن تتلائم في دولة القانون بالشرعية الديمقراطية²، و على

1 Jacques CHEVALLIER, Réflexions sur l'idéologie de l'intérêt général, Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général, volume 1, CURAPP, Paris, 1978, p. 16.

2- إن فكرة المصلحة العامة لا تستند عليها فقط الدولة الديمقراطية، بل كذلك الدولة الديكتاتورية التي كذلك تزعم بأن الهدف من أعمالها في تسيير الشؤون العامة هو تحقيق مصلحة الجماعة، و لكن تختلف معايير التطبيقية للمصلحة العامة بين نظاما ديمقراطي و نظاما ديكتاتوري، ففي الأول تلك المصلحة العامة نجد أساسها المعياري في الدستور الذي يسمو على جميع المؤسسات ذلك الدستور يجب أن يقوم على مبدئين أساسيين و هما تكريس الحقوق الأساسية و مبدأ الفصل بين السلطات و كذا تقرير مبدأ الرقابة على دستورية القوانين من قبل مؤسسة تتمتع بالاستقلالية تسهر على حماية الدستور و من ثم على بسط رقابتها على السلطات العمومية و بالأخص

ذلك الأساس تكمل المؤسسة بنائها لإيديولوجية المصلحة العامة¹، التي تتجسد من خلال العمل التشريعي و التنفيذ، الذي لا يمكن أن نتصوره في ظل نظرية دولة القانون إلا في دائرة المصلحة العامة الخاضعة لرقابة القاضي الدستوري.

إن القاضي الدستوري يجيز للمشرع الحد من ممارسة حق من الحقوق الأساسية شرط أن يثبت بأن هناك مصلحة عامة قوية قائمة، و من ثم على المشرع أن يأخذ في الحسبان معيارين، الأول ذو طبيعة سياسية يجب على أن يثبت من خلال التشريع أن المصلحة العامة تسمو على المصالح الفردية أو الفئوية، و المعيار الثاني هو ذو طبيعة قانونية فيجب أن يثبت بأن المصلحة العامة يمكن لها أن تحد من ممارسة حقا أو حرية فردية²، و بالنتيجة فتحدد نطاق ممارسة الحقوق الأساسية هو من الناحية العملية محدود بالمصلحة العامة.

و في هذا السياق عنيّ المجلس الدستوري الفرنسي لاعتداد بالمصلحة العامة في عدة قرارات صادرة عنه، لتقييد على سبيل المثال حرية التعاقد، و بسماحة برجعية النصوص غير الجنائية، و يسمح بان تكون المصلحة المالية مبررا لرجعية قانون بتصحيح بعض الأعمال الإدارية، و أعتبر من المصلحة العامة تفادي الخصومات التي تؤدي إلى أخطار تهديد التوازن المالي للنظام المصرفي الذي سينعكس حتما على الوضعية الاقتصادية العامة للدولة³.

التشريعية و كذا التنفيذية من ناحية مدى تجسيد أعمالها للمصلحة العامة المقررة في الدستور و معالجة المصلحة العامة في دولة القانون يخضع لمبدأ التناسب ، تلك البناء المعياري لا نجده في الدولة الديكتاتورية .

1- Jacques CHEVALLIER, op.cit, pp. 23-24.

2- François SAINT BONNET, L'intérêt général dans l'ancien droit constitutionnel, publié in extenso et dans sa version définitive, aux Editions Dalloz, dans la collection des Cahiers Constitutionnels de Paris I, pp.14-15, disponible en ligne à l'adresse:

http://www.conseilconstitutionnel.fr/conseilconstitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/saintbonnet.pdf.

3- أحمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص. 108.

ويمكن الاستشهاد بتسبيب المجلس لقرار صادر عته بتاريخ 19 نوفمبر 1997 على أنه: " و من ناحية أخرى، إذا كان يحق للمشرع، و يحق له لوحده، أن يثبت صحة العمل الإداري بهدف تحقيق المصلحة العامة، تحت تحفظ بأن يحترم قرارات المحاكم التي لها قوة شيء المقضي فيه في حالة وجودها، ومبدأ عدم رجعية العقوبات والجزاءات في حالة قيامها؛ و يجب على أن لا يتعارض العمل الإداري المصادق عليه مع أي قاعدة أو مبدأ ذي قيمة دستورية، وأن يكون الغرض من المصلحة العامة التي يشملها التصديق هو في حد ذاته ذو قيمة دستورية؛ وفي هذه الحالة، يكون للمشرع، تحت رقابة المجلس الدستوري، التوفيق بين مختلف المتطلبات الدستورية المعنية فيما بينها، وأنه على ضوء هذه المبادئ يجب تقييم مدى الامتثال للأحكام القانونية المعروضة على المجلس الدستوري للدستور"¹، الملاحظ من القرار أن المجلس قرر القيمة الدستورية للمصلحة العامة، و القول بذلك أن تلك المصلحة هي قاعدة دستورية تشكل مرجعية للمجلس الدستوري في عملية الرقابة الدستورية، و يبقى تكييف المصلحة العامة يخضع للسلطة التقديرية للمجلس الدستوري بحسب طبيعة كل قانون يعرض عليه.

و يحث المجلس الدستوري الفرنسي على ضرورة إحداث المشرع عند سنه للتشريع توازن بين الحقوق الأساسية التي تعد أحد المتطلبات الدستورية التي يسهر المجلس الدستوري على حمايتها، و مقتضيات المصلحة العامة، و بالنتيجة فتحدد نطاق ممارسة الحقوق الأساسية هو من الناحية العملية محدود بالمصلحة العامة.

ثانيا -المصلحة العامة ملازمة لمبدأ التناسب: إن انسياق القاضي الدستوري نحو المصلحة العامة لتقدير الشرعية الدستورية للقانون، قد تؤدي به إلى التقليل من ممارسة بعض الحقوق و الحريات بإفراغها من محتواها، و هنا القاضي الدستوري كي يحقق التوازن بين الحقوق الأساسية والمصلحة العامة، و عدم الخروج على الإطار الموضوعي الذي يحكم

1- CC, n° 97-390 DC du 19 novembre 1997, cf. site:www.conseilconstitutionnel.fr.

الحقوق الأساسية، فإنه يعتمد على مبدأ التناسب، ذلك المبدأ يرجع أصله للقانون الألماني، الذي يهدف على أن تكون أعمال السلطات العمومية بشكل لائق ومحترم للحقوق الأساسية، و يجد أساسه الدستوري في المادة 19 و 20 من القانون الأساسي الألماني لسنة 1949 اللتان تضمنان الحماية الدستورية للحقوق الأساسية، ودولة القانون¹.

و في هذا الإطار لا يمكن في دولة القانون للمشرع أن يحد من ممارسة حريات المواطنين إلا في الحالات اللازمة الرامية لتحقيق الحماية للمصلحة العامة²، و من ثم يجب عليه ضمان الحقوق الأساسية، بالموازنة ما بين تدخل المشرع بواسطة أعماله باسم المصلحة العامة، و المحافظة على حقوق و حريات المواطنين.

ذلك التوازن يحققه مبدأ التناسب ضمانا لوحدة النظام القانوني في حمايته للحقوق و الحريات و للمصلحة العامة³، رقابة التناسب تبدو أداة مثالية لتمكين القاضي من إجراء التوازن بين المصالح الخاصة و العامة⁴، و من ثم فإن مبدأ التناسب ملازم للمصلحة العامة التي هي في حركية و تطور مستمر تتساير مع ظهور قيم اجتماعية جديدة لا تكون موجودة في الماضي، تفرض نفسها على المشرع كي يتدخل لتكرسها و ضمانها عن التشريع، و يمكن إعطاء أمثلة على ذلك فمصلحة الطفل كانت غير معروفة بشكل مطلق في القوانين القديم ، في حين اليوم تأخذ هامش جد واسع في أحكام القانون المدني و الجنائي، و حقوق المرأة كذلك كانت مغيبة في أهداف أعمال السلطات العمومية⁵ في حين اليوم نجد حقوقها

1- Jean – Marc Sauvé , « Le principe proportionnalité , protecteur des libertés », intervention de Jean – Marc Sauvé à l' Institut Portalis , Aix- en – Provence , Vendredi 17 mars 2017,p. 2 , disponible en ligne à l'adresse:<http://www.conseil-etat.fr/Actualites/Discours-Interventions/Le-principe-de-proportionnalite-protecteur-des-libertes>.

2- كما هو الشأن في حالة الطوارئ التي تخول للمشرع اتخاذ تدابير غير اعتيادية تقلص من جوهر و مضمون الحقوق الأساسية، كالحق في التنقل، حرية الإقامة، حرية الرأي و التعبير، حرية الاتصال، الحق في الخصوصية،... الخ، من أجل تحقيق المصلحة العامة و هي مواجهة الظرف الطارئ الذي قد يهدد المؤسسات الدستورية، و لكن تلك التدابير يجب أن تأخذ بعين الاعتبار بمبدأ التناسب، أي تكون متناسبة مع ما يجب اتخاذه لمواجهة الظرف الطارئ أو الاستثنائي ، كحالة الحرب، الإرهاب، الكوارث الطبيعية.

3- Jean – Marc Sauvé, « Le principe proportionnalité, protecteur des libertés »..., op.cit , p.2.

4 – مايا محمد نزار ابودان، الرقابة القضائية على التناسب في القرار الإداري دراسة مقارنة بين فرنسا و مصر و لبنان ، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس لبنان، 2011، ص.10. (تهميش).

5- NoëlleLENOIR, « L'intérêt général, norme constitutionnelle ? », Actes de ce colloque publiés, aux Editions Dalloz, dans la collection des Cahiers constitutionnels de Paris I, p.3, disponible en ligne à

السياسية و الاجتماعية مكرسة في الدستور كنص الدستور الجزائري في المادة 35 على أن: " تعمل الدولة على ترقية الحقوق السياسية للمرأة بتوسيع حظوظ تمثيلها في المجالس المنتخبة..."، أو ما نصت عليه المادة 36: " تعمل الدولة على ترقية التناصف بين الرجال و النساء في سوق العمل "، تلك النصوص الدستورية تلزم المشرع كسلطة عمومية على تحمل مسؤوليتها بوضع التشريعات اللازمة لتعزيز حقوق المرأة و هو ما نلمسه من خلال قانون الانتخابات مثلا ، و يقع العبء على المشرع في وضع الأحكام التشريعية التي من شأنها أن تعزز دخول المرأة لعالم الشغل في قانون العمل تطبيقا للنص الدستوري، كما أنه نلاحظ أن حماية البيئة و التنمية المستدامة أصبحتا جزء من النظام الدستوري، وهما من أساسيين للسلطات العمومية، و هو ما نلمسه من دسترة هذه الحقوق الجديدة في ظل دستور 2016 الجزائري، و في فرنسا بصور ميثاق البيئة لسنة 2004.

إذا بظهور القيم الجديدة الاجتماعية التي يتم ترجمتها في الحقوق الأساسية يؤدي إلى ظهور مصالح عامة جديدة، و يدخل مبدأ التناسب كمعيار لتحقيق التوازن بين ممارسة الحقوق الأساسية لتحقيق المصلحة العامة، باعتبار أن وضع حدود على حق من الحقوق الأساسية هو من أجل ضمان حق أساسيا آخر له قيمة دستورية كذلك، و إن كان المجلس الدستوري الفرنسي يعترف بأنه: " للمشرع طبقا للمادة 34 من الدستور تحديد القواعد بشأن الضمانات الأساسية المخولة للمواطنين من أجل ممارسة الحريات العامة " ¹، فعلى المشرع أن يحقق من خلال التشريع الموازنة بين الحقوق الأساسية في حالة دخولها في تنازع و ذلك بتحديد حقا من الحقوق من أجل حماية حقا دستوريا آخر، و يجب أن يأخذ بعين الاعتبار

l'adresse: http://www.conseilconstitutionnel.fr/conseilconstitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/lenoir.pdf.

1 - CC 2003-467DC, du 13mars 2003, cf. site: www.conseilcontitutionnel.fr.

في ذلك مبدأ التناسب في المعالجة لتلك الموازنة، و يرجع للمجلس الدستوري مراقبة المشرع إن حقق تلك الموازنة¹.

إن إجراء المصالحة بين الحقوق الأساسية بواسطة مبدأ التناسب يمثل أحد الآليات الرقابية التي يمارسها القضاء الدستوري في المنازعات الدستورية لحماية الحقوق الأساسية، و هو ما نلمسه من خلال اجتهادات المجلس الدستوري الفرنسي، فحق الإضراب المنصوص عليه في المادة 6 من ديباجة دستور 1946 التي تنص على أن: " يمارس حق الإضراب في إطار القوانين التي تنظمه"، فإن ذلك الحق غير مطلق بل محدود.

و عليه فالمجلس الدستوري لضمان المصلحة و بواسطة مبدأ التناسب قام بتحديد ممارسة حق الإضراب و ذلك بالموازنة بين ممارسة حق الإضراب الذي هو حق أساسي، و حقوق أساسية أخرى، فأكد المجلس على أن: " على المشرع القيام بالموازنة اللازمة بين الدفاع على المصالح العمالية التي يشكل الإضراب أحد أدواتها من جهة، و من جهة أخرى المحافظة على المصلحة العامة التي يمكن أن تنتهك بممارسة حق الإضراب"، و اعتبر المجلس أنه " للمشرع صلاحية تحديد ممارسة حق الإضراب و ذلك من أجل ضمان سير المرافق العامة باستمرار، و الذي هو مبدأ ذو قيمة دستورية مثله مثل حق الإضراب"²، إذا القاعدة التي توجب إقامة التوازن بين الحق و المصلحة العامة المستمدة من النظام العام، هي مبدأ التناسب، بالموازنة بين الحق في الإضراب و حماية اعتبارات المصلحة العامة³.

فالمجلس الدستوري من خلال الموازنة التي يجريها بين الحقوق و الحريات، فهو يبتدع اجتهادات لمبادئ غير مكتوبة من قيمة دستورية، و ذلك بالموازنة بين المصالح الخاصة

1- Questionnaire, La proportionnalité dans la jurisprudence constitutionnelle, 5^e Conférence des Chefs d'Institutions de l'Association des Cours constitutionnelles ayant en partage l'usage du français (A.C.C.P.U.F.), Libreville, 8-13 juillet 2008, p. 4, disponible en ligne à l'adresse: http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseilconstitutionnel/root/bank_mm/Bilan_2008/confV_accpuf_libreville_juillet2008.pdf.

2- CC n° 79-105 DC du 25 juillet 1979, cf. Site: www.conseilconstitutionnel.fr.

3 - أحمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص. 93.

حتى و إن كانت من طبيعة جماعية، و المصلحة العامة، و في حالة ما إذا كانت المصالح الخاصة و حتى الجماعية تدخل في صراع مع المصالح العمومية، يرجع للمجلس الدستوري إيجاد حلول لذلك بواسطة إجراء التوازن اللازم و المعقول بين تلك المصالح التي قد تكون لهم خلفيات متناقضة¹ و ذلك بتطبيق مبدأ التناسب، و من ثم يلعب ذلك المبدأ دور جوهري في تأطير المصلحة العامة في دولة القانون.

كما ذلك التوازن بين الحقوق و الحريات من ناحية و بين المصلحة العامة من ناحية أخرى، في إطار مبدأ التناسب نلمسه من مراقبة المجلس الدستوري الفرنسي للمشرع فيما يخص الحدود التي يضعها عند ممارسة بعض الحقوق الفردية كحق الذهاب و الإياب، على اعتبار كما جاء في تسبيب المجلس لقراره المؤرخ في 20 جانفي 1980 على أن: " إن تطبيق الأحكام القانونية المتعلقة بتوقيف الأشخاص يبقى محدود، باعتبار التوقيف لا يتعدى ستة ساعات، و للمعني في كل وقت الحق في المطالبة بإعلام وكيل الجمهورية الذي له أن يأمر بإخلاء سبيل الموقوف للتحقق في هويته، كما يجب أن يمكن الشخص الذي يطلب منه إثبات هويته أن يختار أي وسيلة ملائمة لإثباتها، بدون نقله لمركز الشرطة إلا في حالة الضرورة، و ذلك بتمكين المعني بالبحث أن يتصل بعائلته، أو أي شخص يمكن أن يثبت هويته، كما أن ستة ساعات تحدد من وقت ضبط المعني، فتلك المدة هي محددة فقط بالوقت اللازم للتأكد من الهوية، و تلك الإجراءات هي محدودة و موجهة للأشخاص الذين تعذر أو يرفضون إثبات هويتهم، تقتضيها المصلحة العامة التي هي كذلك لها قيمة دستورية، و لتكريسها يستوجب التحقق من هوية الأشخاص"².

إذا فالملاحظ جليا من خلال تسبيب المجلس لقراره هو أنه اعتمد على مبدأ التناسب للحد من أحد الحقوق الأساسية، التي تشكل جوهر الحقوق الشخصية ألا و هي

1 - Frédéric COLIN, L'essentiel de la jurisprudence constitutionnelle , L'extenso édition, Paris, 2009, p.60.

2 - CC n° 80-127 DC du 20 Janvier 1980, cf. site: www.conseilconstitutionnel.fr.

حرية التنقل، بحيث أجاز الحد من ممارسة تلك الحرية من أجل حماية حقوق و حريات أخرى، تعد هي كذلك حقوقاً من قيمة دستورية من جهة، و من جهة ثانية من أجل تحقيق المصلحة العامة التي هي كذلك مبدأ ذو قيمة دستورية.

و لكن تلك الحدود التي وضعها المشرع هي متناسبة مع ممارسة حرية التنقل و لا تفرغ أو تنقص من موضوع تلك الحرية، طالما أن الهدف من التحقق في هوية الأشخاص التي تقوم به الضبطية القضائية هو من أجل تحقيق المصلحة العامة، و تلك الصلاحية محدودة هي الأخرى بالنسبة لموظفي الشرطة، فالقاعدة القانونية ترسم معالم التناسب الذي يتم التعبير عنه لتطبيق القاعدة القانونية، من خلال الشروط التي تضعها القاعدة القانونية، فلا يمكن لمصالح الشرطة ضبط الأشخاص لأكثر من ستة ساعات، و يجب تمكين الأشخاص المضبوطين على الفور من الاتصال بأقاربهم، أو أي شخص لإثبات هويتهم، و تخضع تلك الإجراءات للرقابة القضائية بواسطة وكيل الجمهورية كما تم الإشارة له أعلاه، و من ثم يظهر لنا جليا الموازنة بين الحقوق و الحريات المختلفة من ناحية، و المصلحة العامة من ناحية أخرى في إطار مبدأ التناسب.

و نجد المجلس الدستوري الفرنسي قضى بعدم دستورية القانون الذي لا يحقق التناسب من خلال قرار له بتاريخ في 1 ديسمبر 2017 تحت رقم 2017 - 677 الفاصل في مسألة أولية دستورية مثارة من قبل رابطة حقوق الإنسان، و المحالة عليه من مجلس الدولة، و الذي أكد فيه على أن: " الدستور لا يمنع لجوء المشرع لتنظيم حالة الطوارئ، و لكن يقع عليه ضمان التوازن بين المساس بالنظام العام من جهة، و ضمان احترام الحقوق و الحريات المعترف بها لكل شخص يقيم على تراب الجمهورية، من بين هذه الحقوق و الحريات هي حرية الذهاب و الإياب..."¹، وتبين للمجلس أنه: " بموجب المادة 8 - 1 من القانون 3 أفريل 1955، في المناطق من الإقليم التي تقرر فيها إجراء حالة الطوارئ يجيز

1 - CC n° 2017-667 QPC du 27 octobre 2017, cf.site: www.conseilconstitutionnel.fr.

للوالي (Le préfet) بقرار مسبب أمر الشرطة القضائية بمباشرة مراقبة هوية الأشخاص، و تفتيش الأشخاص بمجرد الاشتباه فيهم، و تفتيش الأمتعة، و كذا تفتيش المركبات التي يتم توقيفها، أو المركونة في الطريق العمومي، أو في الأماكن العمومية¹.

و قد عاين المجلس بأن: "ذلك الحكم التشريعي الذي يجيز اللجوء لتلك التدابير، في الأماكن التي يحددها قرار الوالي، تجاه كل شخص، مهما تكون تصرفاته و بدون رضاه، ينجر على تطبيقها بصفة عامة و تقديرية مخالفة لحرية الذهاب و الإياب، والحق في احترام الحياة الخاصة، لأن المشرع سمح للإدارة اتخاذ تلك التدابير في كل الأماكن التي تشملها حالة الطوارئ، بدون أن تكون حالة الضرورة قائمة و مبررة بظروف خاصة تمس بالنظام العام في الأماكن العمومية، و من ثمّ فالمشرع لم يضمن التوافق و التوازن بين الأهداف ذات القيمة الدستورية المتمثلة في النظام العام، و حرية الذهاب و الإياب، الحق في احترام الحياة الخاصة، و بدون مناقشة الأوجه الأخرى، فإن الأحكام المطعون فيها هي مخالفة للدستور"².

و في حقيقة الأمر المجلس الدستوري لاحظ عدم وجود تناسب في الإجراءات التي تضمنها الحكم التشريعي، مما يجعل تطبيقه يمس بجوهر الحقوق الأساسية الشخصية من حرية ذهاب و إياب و حرية الحياة الخاصة، و ذلك أن التدابير التي قررها المشرع في الحكم التشريعي لا تتناسب مع مواجهة حالة الطوارئ، ولاحظ المجلس أنها - أي التدابير - غير مبررة و ليست ضرورية لحماية النظام العام الذي يشكل أحد العناصر الجوهرية للمصلحة العامة.

1- CC n° 2017-667 QPC du 27 octobre 2017, cf.site: www.conseilconstitutionnel.fr.

2- CC n° 2017-667 QPC du 27 octobre 2017, cf.site: www.conseilconstitutionnel.fr.

المبحث الثاني: التحول في الطبيعة القانونية للمجلس الدستوري من السياسية إلى القضائية دافع نحو تجسيد حماية فعالة للحقوق الأساسية

إن التحول في الطبيعة القانونية للمجلس الدستوري يجرنا للحديث بالدرجة الأولى على المجلس الدستوري الفرنسي الذي أستطاع أن يفرض نفسه في النظام المؤسساتي الفرنسي كقاضي المنازعات الدستورية، و بالدرجة الأولى حامي للحقوق و الحريات الدستورية¹، التي يمكن تعريفها على أنها " مجموعة الحقوق و الضمانات في النظام الدستوري المعترف بها للأفراد في علاقاتهم مع سلطات الدولة "²، بناءً أولاً على اجتهاداته في المنازعات الدستورية التي دفعت بالتحول منذ قراره الشهير لسنة 1971 المتعلق بالجمعيات، و ثانياً بناءً على التعديلات الدستورية التي عززت دور المجلس في الحياة القانونية، و هي تعديل سنة 1974 الذي فتح الباب للبرلمانيين الحق في إخطار المجلس الدستوري ثم تعديل 1991 بخصوص توسيع حق الإخطار المتعلق بالمعاهدات.

فالتعديلين خلق حركية في عمل المجلس الدستوري من خلال تزايد عدد الإخطارات المحالة على المجلس الدستوري بواسطة المعارضة في البرلمان، و التي تستند في جل طعونها على مخالفة الحقوق الأساسية المضمنة في الكتلة الدستورية، و قد تعزز دور المجلس في حماية الحقوق الأساسية أخيراً بتعديل سنة 2008 الذي يتيح للمتقاضين الحق الدفع بعدم دستورية الأحكام التشريعية أثناء النظر في منازعاتهم القضائية أمام المحاكم المختلفة.

1- بالرجوع لدستور 2016 الجزائري قد تتداخل صلاحية المجلس الدستوري مع صلاحية رئيس الجمهورية في مجال حماية الدستور، لنص الدستور على أن رئيس الجمهورية حامي الدستور (المادة 84)، و هي نفس الصلاحية المنوطة بالمجلس الدستوري الذي يسهر على احترام الدستور (المادة 182)، لكن هناك فرق بين المهمتين فحماية الدستور من قبل رئيس الجمهورية لها طابع سياسي، أما حماية المجلس الدستوري للدستور لها طابع قانوني، و هو نفس الأمر الذي نجده في الدستور الفرنسي بين رئيس الجمهورية و المجلس الدستوري الفرنسي.

2-Anne – Charlène BEZZINA ,op.cit, p.607.

تلك المنازعات يفصل فيها المجلس الدستوري كقاضي يراقب تطابق العمل التشريعي مع الدستور، فهو قاضي المنازعات الدستورية، و بمقارنة ذلك بتطور المجلس الدستوري الجزائري فإن إرادة المؤسس في تفعيل دور المجلس لم تتجسد إلا في ظل التعديل الدستوري لسنة 2016 بالتأكيد على استقلالية المؤسسة، و بتوسيع الإخطار و من ثم لا يمكن الحكم على فعالية تلك التعديلات على الحماية الدستورية للحقوق الأساسية إلا في المستقبل، و لكن هذا لا ينفي أن المجلس في العديد من المرات كانت له مواقف جريئة في مجال كفالة الحقوق الأساسية.

و عليه سنحاول من خلال هذا المبحث إعطاء لمحة عن المعالجة الحقوق الأساسية في المنازعات الدستورية من قبل المجلس الدستوري، و سنتطرق لحماية الدستوري للحقوق الكلاسيكية (المطلب الأول)، حماية المجلس الدستوري للحقوق الاقتصادية و الاجتماعية و الجديدة (المطلب الثاني)، و لمعالجة ذلك سنركز الدراسة على اجتهادات القضاء الدستوري الفرنسي، و كذا الجزائري إن وجد لقلّة آراء و قرارات هذا الأخير، باقتصار رقابته الدستورية على الرقابة الوجوبية المتعلقة بالقوانين العضوية و الأنظمة الداخلية لغرفتي البرلمان ، في انتظار تفعيل التعديل الدستوري الجزائري لسنة 2016 في الواقع.

المطلب الأول: حماية المجلس الدستوري للحقوق الأساسية الكلاسيكية عملية مستمرة

يصعب التمييز بين الحق و الحرية و قد يتداخل المفهومين مع بعضهما البعض، و لكن يمكن القول أن إعلان 1789 الفرنسي حاول التمييز بين المفهومين، على أساس أن الحرية هي إمكانية القيام بعمل شرط لا يؤدي الآخرين، أما الحق يسمح لصاحبه أن يطلب من الآخرين، أي من بقية الأفراد أو من السلطات العمومية، أما الحرية فهي لا تسمح للفرد أن يطلب من الغير سوى الامتناع، و لذلك فإن الحرية هي بالضرورة حق و لكن الحق ليس

بالضرورة حرية¹، و هنا يجب التأكيد أن مفهوم الحقوق الأساسية يشمل الحقوق و الحريات معا باعتبارها ذات قيمة دستورية، فالحقوق الأساسية الكلاسيكية نقصد بها حقوق الجيل الأول و هي الحقوق المدنية و السياسية و التي يمكن تقسيمها كما قسمها الفقيه كوليار² (Colliard) إلى حقوق شخصية، و حقوق فكرية، و الملاحظ من خلال اجتهادات المجلس الدستوري الفرنسي في مجال الحقوق الكلاسيكية، أن هناك عمل مستمر للمجلس للارتقاء بتلك الحقوق و ذلك بتكييفها مع التطورات الاجتماعية و الاقتصادية و الثقافية، و هو ما سنعالجه في فرعين، الحركية في اجتهاد المجلس الدستوري من ناحية حمايته للحقوق الشخصية (الفرع الأول)، و كذا الحركية في اجتهاد المجلس الدستوري من ناحية حمايته للحقوق الفكرية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الحركية في اجتهاد المجلس الدستوري من ناحية حمايته للحقوق الأساسية الشخصية

إن النظام القانوني يعمل على حماية الإنسان من الاعتداءات التي ترد من أخيه الإنسان فتلك الحماية هي احد أولويات الدولة³، و من ثم كان من الضروري وضع قوانين و أنظمة وفق ما تراه مناسبا لحماية هذا الإنسان ككائن مستقل، و في حقيقة الأمر أن المذهب الفردي واضع حقوق الجيل الأول هو الذي أبرز و أعلن هذه الحقوق في إعلانات و موثيق

1- زهير شكر، النظرية العامة للقضاء الدستوري، الجزء الأول،...المرجع السابق، ص. 507.
2- يقسم الفقيه الفرنسي جون كلود كوليار الحقوق و الحريات في كتابه الحريات العامة، إلى ثلاثة أصناف حريات أساسية أو حريات فردية، الحريات الفكرية أو الحريات الثقافية، و الحريات الاقتصادية و الاجتماعية، فالصنفين الأول و الثاني هما حقوق و حريات الجيل الأول، أما الصنف الثالث هما حقوق و حريات الجيل الثاني، و يمكن لنا إضافة لما به الفقيه كوليار أن نضيف حقوق الجيل الثالث و هي الحقوق الجديدة كالحق في البيئة، و الحق في التنمية المستدامة... الخ Claude Albert COLLIARD, Liberté ... public, Dalloz, Paris, 1982.

3- تنص المادة 41 من الدستور الجزائري المعدل سنة 2016 على أن: " يعاقب القانون على المخالفات المرتكبة ضد الحقوق و الحريات، و على كل ما يمس سلامة الإنسان البدنية و المعنوية"، فهذا النص يقرر متابعة و معاقبة الاعتداءات على الحقوق و الحريات بشكل عام، تلك الاعتداءات قد نتصورها واردة من أشخاص القانون الخاص، طبيعي، معنوي، أو أشخاص القانون العام، و هو المفهوم الذي يساير نظرة الفقه لدولة القانون، التي هي نقيض الدولة الاستبدادية التي نجد فيها القواعد المتعلقة بالحقوق الأساسية تطبق فقط على أشخاص القانون الخاص، في حين في دولة القانون القواعد المتعلقة بالحقوق الأساسية تطبق على أشخاص القانون الخاص و العام على حد سواء.

الحقوق و في الدساتير، و هو ما نلمسه من خلال إعلان حقوق الإنسان و المواطن لسنة 1789 الذي يغلب عليه الطابع الفردي، في المقاربة بين الإنسان و موضوع الحقوق و الحريات، و لا يشير إطلاقاً للجماعة، كالجمعيات أو التجمعات أو حتى للأسرة، فالحقوق الفردية هي عبارة عن حقوق و حريات مقررة للفرد يتمتع على الدولة التدخل فيها، و لا يكون لها موقفا إيجابي نحوها هذه الفلسفة التي طغت على حقوق و الحريات الفردية في نهاية القرن 18 و بداية القرن 19 .

و يذهب جانب من الفقه في هذا الإطار للقول " بأنه لا يمكن القول بوجود حريات و حقوق للإنسان قابلة للوجود من دون الاعتراف للإنسان كشخص مستقل و صاحب حق "،¹ و في نفس السياق يذهب جانبا آخر من الفقه الآخر للقول أن " الحرية الشخصية أصل الحريات الإنسانية لأنها تتعلق بنفس الإنسان، و بصميم كرامته، فذلك كله و ما يتعلق به أساس حياة الإنسان و مصدر قيمته كإنسان أو كفرد و سبب تقدمه نحو المثل العليا الإنسانية "،² و عليه سنحاول من خلال هذا الفرع لإبراز موقف اجتهاد المجلس الدستوري الفرنسي و الجزائري في مجال حمايته للحقوق الشخصية من خلال تحليلنا لبعض الاجتهادات الدستورية لمختلف الحقوق الأساسية الشخصية و هو ما سنتناوله من خلال الحق في الأمان ضرورة حتمية لتحقيق اطمئنان الفرد (أولا) ، حرية الذهاب و الإياب أساس للحرية الشخصية(ثانيا)، الحق في احترام الحياة الخاصة شرط أساسي لكفالة الحقوق الشخصية (ثالثا).

أولا- الحق في الأمان ضرورة حتمية لتحقيق اطمئنان الفرد: يشكل حق في الأمان أحد العناصر الأساسية للحرية الشخصية، و نقصد به عدم جواز توقيف، أو حبس شخص بصفة تعسفية، إلا إذا خضعت تلك الإجراءات لرقابة قضائية، و في هذا الإطار يعرف الفقيه جون ريفيرو (Jean Riviro) الحق في الأمان على أنه " يتجسد في اليقين الذي يعيشه الفرد بأن

1- أمين عاطف صليبا، المرجع السابق، ص.308.

2- المرجع نفسه، ص.310.

لا يكون عرضة من قبل السلطة لأي تدابير تعسفية تسلبه حريته المادية مثل التوقيف و الاحتجاز"¹، و يرى في هذا الصدد الفقيه دومينيك توربان (Dominique Turpin)، إنه: "لمن متطلبات الأمن العمومي يمكن حرمان شخص من حريته، و لكن فيما يخص حقه في الأمان الشخصي يمنع المساس بحريته بشكل تعسفي، و هو مصطلح لا يتوافق إطلاقاً مع العدالة، و من ثمّ من الضروري أن يكون تدخل سريع للسلطة القضائية سواء تعلق بتفتيش المنازل، أو احتجاز الأجانب مؤقتاً لإبعادهم"²، بمعنى أن كل مساس بالأمان يجب أن يخضع مباشرة و بدون تمهل لرقابة السلطة القضائية، و الملاحظ أن الفقيه دومينيك توربان وسّع من مفهوم الحق في الأمان لحق آخر و هو حرمة المنزل، و ذلك الحق له صبغة إنسانية تتجاوز صفة المواطن، إذ يتمتع الأجنبي بنفس الحق كالمواطن بذلك الحق، فلا يمكن احتجاز أجنبي في وضعية غير قانونية على إقليم الدولة إلا بإتباع قواعد شرعية، بأن يكون ذلك الإجراء تحت إشراف العدالة، و يذهب الأستاذان قي كاركاسون (Guy Carcassonne)، و مارك قيوم (Marc Guillaume)، إلى إعطاء مفهوم واسعاً لحق الأمان، بالقول أن: " إخضاع الشخص للتوقيف، يتجاوز التوقيف بمفهوم العقوبة، فهو يشمل الحرمان من حق الذهاب و الإياب المفروض على شخص بدون موافقته، و كذا الحبس الاحتياطي الذي يقرره القضاة الجالسين (Magistrats du siège)، بالإضافة إلى كل صيغ الاحتجاز للأجانب في أماكن مغلقة في انتظار الطرد أو الإبعاد، فليس التوقيف الأشخاص من قبل من القوة العمومية محظور، و لكن الشيء الذي يحظر هو الطابع التعسفي أو الكيفي للتوقيف أو الحبس أو الاحتجاز"³، و يرجع تقرير حق الأمان في المنظومة الفرنسية

1- أمين عاطف صليبا، المرجع السابق، ص.311.

2- Dominique TURPIN, op.cit,p. 296.

3-Guy CARCASSONNE, Marc GUILLAUME , op.cit, p .328.

إلى إعلان 1789 و كرسته المادة 66 من الدستور الفرنسي ، كما أن الدستور كرس هذا الحق في المواد 59 إلى 61 من الدستور¹.

و يركز المجلس الدستوري في جل قراراته المتعلقة بالحرية الشخصية التي يشكل حق الأمان جزء منها على أن مسألة مراقبة التوقيف و حبس و احتجاز الأشخاص، يجب أن تكون تحت إشراف و رقابة السلطة القضائية، و ذلك لتجسيد مبدأ الفصل بين السلطات باعتبار أن القوة العمومية هي تابعة للسلطة التنفيذية، و السلطة القضائية هي مستقلة على السلطة التنفيذية، و من ثم تكون هي صاحبة الاختصاص الأصيل في مراقبة توقيف الأشخاص في إطار التحريات الجزائية و الجنائية، فالرقابة القضائية هي بمثابة صمام الأمان لتضمين حق الأمان فالسلطة القضائية عندما تأمر بإطلاق صراح المعتقل، فهي تقوم بإعمال مبدأ الفصل بين السلطات بتوقيف السلطة التنفيذية في حدود صلاحياتها، و هذا هو مبدأ السلطة توقف السلطة ، الذي نتجنب معه التعسف في استعمال السلطة و نحفظ في الأخير الحرية.

إنّ ضمان مبدأ الفصل بين السلطات له مفهوما واسع فيكون له وجه خارجي، و وجه داخلي أي داخل السلطة في حد ذاتها، و يتخذ طوال الإجراءات الجزائية بالأخذ بعين الاعتبار بمبادئ هي الأخرى ذات قيمة دستورية كقرينة البراءة، المحاكمة العادلة، الحق في الدفاع...الخ، كلها تصب في بوتقة واحدة و هي ضمان الحرية الشخصية، و قد أبرز القاضي الدستوري الفرنسي ذلك من خلال قراره المؤرخ في 2 فيفري 1995 تحت رقم 95-

1 - لم يستعمل الدستور الجزائري مصطلح " حق في الأمن أو حق الأمان " بصريح العبارة كما هو الشأن بالنسبة لإعلان 1789 الفرنسي، فيكون المؤسس الجزائري تأثر بالصياغة التي جاءت بها المادة 66 من الدستور الفرنسي، و هذا ما نلمسه من خلال المادة 59 من الدستور الجزائري، " لا يتابع أحد و لا يوقف أو يحتجز، إلا ضمن الشروط المحددة بالقانون، و طبقا للأشكال التي نص عليها...يعاقب القانون على أعمال و أفعال الاعتقال التعسفي"، و المادة 60 تنص على أن: " يخضع التوقيف للنظر في مجال التحريات الجزائية للرقابة القضائية..."، و قد قررت مسؤولية الدولة في حالة حبس أو توقيف أو احتجاز شخص خطأ بجبر الضرر اللاحق بهذا الأخير، كما نصت عليه المادة 61 من الدستور: " يترتب على الخطأ القضائي تعويض من الدولة "، إن ضمان حق الأمان في الإجراءات و التحريات الجزائية و الجنائية و كذا التعويض عن الخطأ القضائي هو مكرس في قانون الإجراءات الجزائية و قانون العقوبات تطبيقا لتلك القواعد الدستورية (الأساسية).

360 الذي جاء فيه بأن: " باعتبار أنه طبقا للمادة 9 من إعلان حقوق الإنسان و المواطن لسنة 1789، التي تؤكد على أن كل إنسان بريء حتى تثبت إدانته، و طبقا للمادة 66 من الدستور، التي تنص على أن السلطة القضائية حامية للحقوق الفردية، و وفقا لمبدأ احترام حق الدفاع الذي يشكل أحد المبادئ الأساسية المعترف بها في قوانين الجمهورية، و المكرسة بموجب ديباجة دستور 27 أكتوبر 1946 والتي تحيل عليها ديباجة دستور 1958، فإنه يتعين في المواد الجزائية أن تخضع لقواعد إجرائية مشروعة، و عادلة تضمن التوازن بين حقوق الأطراف في مواد الجرح و الجنايات، و من ثم فإن الفصل بين السلطات المكلفة بالدعوى الجزائية، و السلطات المكلفة بالحكم يشكل دعامة لحماية الحرية الفردية ¹.

و يواصل المجلس في نفس السياق بعدما بين المرجعيات الدستورية التي تركز عليها الحريات الشخصية أو الفردية، ناقش مسألة الأوامر القضائية في المجال الجزائي حيث جاء في تسميته بأنه: " باعتبار أن بعض التدابير التي قد تكون محل أمر جزائي يمكن أن تشكل مساس بالحريات الفردية، إلا في حالة ما إذا تم النطق بها من قبل المحكمة. فما دام تلك الأوامر الجزائية تتضمن عقوبات جزائية في منطوقها و تنفيذها، فحتى و إن كانت تلك الإجراءات برضى المعني بالمتابعة، لا يمكن أن نعتبرها بأنها تدخل في إطار قمع جرائم القانون العام، طالما من يشرف على الفصل في تلك الأوامر الجزائية هو المكلف بالدعوى العمومية، و عليه يستوجب أن يكون الفصل في الدعوى الجزائية من قبل قاضي حكم و ذلك بناء على الاعتبارات الدستورية المذكورة أعلاه ².

و قد شاب حق الأمان لبسا في الصياغة الدستورية، فذلك الحق محدد بالقانون و هي الصياغة التي جاء بها إعلان 1789 و المادة 66 من الدستور الفرنسي، بربط حق الأمان بما يحدده القانون، فكل ما يخرج على تحديد القانون فهو جائز و بالتالي فالاعتقال و التوقيف يكون مشروع، و قد رفع المجلس الدستوري الفرنسي اللبس على حق الأمان، و ذلك

1- CC n° 95-360 DC du 2 février 1995 , cf. Site: www.conseilconstitutionnel.fr.

2 -Ibid.

بإعطاء مفهوما واسعا له، فهو يركز على البحث في مسألة: " إن كان الحرمان من الحرية يوصف بالتعسف أم لا؟" و تجنب إعطاء تعريف لحق الأمان، و قد وضع حدود على الإجراءات التي تتخذ من قبل السلطة التشريعية و التي قد تنعكس على حق الأمان، فالاعتقال أو حجز الأشخاص لا يكون إلا في حالة الضرورة، و لا يجوز أن يتجاوز زمن غير معقول، و يجب أن تضمن الإجراءات من بدايتها للشخص حق الدفاع، و يجب أن يتدخل و بدون تمهل لمراقبة إجراءات التوقيف قاضي حكم، هذا ما قرره المجلس في قرار له بتاريخ 9 جانفي 1980 تحت رقم 79-109¹.

و بخصوص اعتقال الأجانب أعتبر المجلس في قرار له بتاريخ 25 فيفري 1992 تحت رقم 92-307 بأن: " منح المشرع للإدارة سلطة حجز الأشخاص في مراكز عبور، بدون منح حق التحفظ على ذلك الإجراء لصالح السلطة القضائية في آجال معقولة، يجعل من المادة 35 الفرع الرابع منها، و المضافة للأمر المؤرخ في 2 نوفمبر 1945 بالمادة 8-1 من القانون المحال، هي مخالفة للدستور"² أي حتى و إن كانت تخضع إجراءات الحجز لرقابة قاضي فلا يجوز أن تتجاوز مدة زمنية غير معقولة.

و قد يتداخل حق في الأمان بحرية الذهاب و الإياب، فاعتقال شخصا من قبل الشرطة بشكل تعسفي يمس بحرية الذهاب و الإياب و من ثم بحريته الشخصية، و في هذا الشأن يمكن الاستشهاد بقرار المجلس الدستوري المؤرخ في 12 جانفي 1977 المتعلق بقانون تفتيش السيارات الذي يعتبر فيه " أن توسيع سلطة ضباط الشرطة القضائية، و أعوانهم لتفتيش السيارات المركونة في الأماكن العمومية بدون تحديد لسلطتهم فإن ذلك يشكل مساس بالمبادئ الأساسية التي تقوم عليها حماية الحرية الشخصية..."³، و يرى الفقيه دومنيك روسو في نفس السياق " أن الحرية الفردية ليست مفهوما كلاسيكيا يقتصر على

1- CC n° 79-109 DC du 9 janvier 1980 , cf. site: www.conseilconstitutionnel.fr.

2-CC n° 92-307 DC du 25 février 1992, cf. site: www.conseilconstitutionnel.fr.

3 - CC n° 76-75 DC du 12 janvier 1977, cf. site: www.conseilconstitutionnel.fr.

الحيلولة دون توقيف إنسان أو احتجازه بأساليب لا يجيزها القانون، بل تشمل حرية التنقل و ما يتفرع عنها، كما تم تقريره منذ قرار المجلس بتاريخ 12 جويلية 1979¹، أي أنّ الحرية الفردية لها مفهوما واسع، و هو ما سار عليه المجلس في قراره المؤرخ في 20 جانفي 1980 الذي تطرقنا له سابقا، و الذي من أجل حماية النظام العام أجاز توقيف الأشخاص لمدة ست ساعات في مراكز الشرطة للذين يتعذر أو يرفضون إثبات هويتهم، وأعتبر المجلس أن ذلك لا يشكل مساسا مفرطا بحرية الذهاب و الإياب، أي أن المجلس اعتبر أن تلك الإجراءات بالتبعية لا تشكل مساسا مفرطا بالحق في الأمان، طالما أن الشخص محل الرقابة على هويته يحتجز في حدود ستة ساعات لدواعي الأمن العام الذي هو كذلك من طبيعة دستورية.

و في نفس السياق في إطار الترابط الموجود بين الحق في الأمان و حرية الذهاب و الإياب، في قرار مؤرخ في 9 جوان 2011 تحت رقم 140/139 المتعلق بمسألة أولية دستورية (QPC)، فإن المساس بحق الأمان قد يتعلق حتى بوضع المريض بدون رضاه في مصحة استشفائية للأمراض العقلية، كما جاء في تسبيبه على إن " وضع شخص مصاب بخلل عقلي بدون رضاه في مصحة مختصة في الأمراض العقلية يجب أن يحترم المبادئ المنبثقة من المادة 66 من الدستور، و التي تقتضي بأن الحرية الفردية لا يمكن أن تلحقها تدابير صارمة غير لازمة، و عليه فالمشرع ملزم بضمان التوفيق، من جهة بين، حماية صحة الأشخاص المصابين بأمراض عقلية، و الوقاية من المساس بالأمن العام اللازم للمحافظة على الحقوق و المبادئ ذات القيمة الدستورية ، و من جهة أخرى ،بممارسة الحريات الدستورية المضمونة من بينها حرية الذهاب و الإياب و احترام الحياة الخاصة..."².

1-Dominique ROUSSEAU , Droit du contentieux constitutionnel,...op.cit , p. 410.

2- CC n° 2011-135/140 QPC du 11 Juin 2011, cf.site: www.conseilconstitutionnel.fr.

فأي وضع يتعلق بحرمان أو تقليص من حرية الأشخاص ينظمه المشرع في أي مجال من المجالات، و يحال على المجلس فإن هذا الأخير يسهر على مراقبة مدى احترام المشرع لمقتضيات المادة 66 من الدستور و المادة 2 و 9 من إعلان 1789 ، تلك المرجعيات الدستورية يستند عليها المجلس لحماية الحرية الفردية بواسطة تركيزه على مدى توافر الضمانة المعطاة للفرد، من خلال وجوب تدخل السلطة القضائية التي تسهر على حراسة الحرية الفردية، و تلك المبادئ كررها المجلس في عدة قرارات صادرة عنه.

أما المجلس الدستوري الجزائري يسعى إلى حدا ما للوقوف على كل لبس في الأحكام التشريعية و التي قد تؤدي إلى تأويل النصوص، مما ينعكس سلبا على حماية الحقوق الأساسية و بالضبط الحق في الأمان، هذا ما أثاره المجلس بموجب الرأي المؤرخ في 11 أوت 2016 المتعلق بالقانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات، و بخصوص المادة 5 منه التي تنص على أن: " لا يسجل في القائمة الانتخابية كل من تم الحجز و الحجز عليهم"، و أعتبر المجلس أنه: " واعتبارا أنّ الحجز كما تناولته هذه المادة قد لا يكون إلا على العقارات والمنقولات، مما قد يضيف غموضا على المعنى الوارد في هذه المادة، و اعتبار أن المشرع استخدم كلمة (حجز) مجردة من طابعها القضائي، وبذلك يكون قد أغفل النص على إجراء قضائي جوهري من شأنه إضفاء طابع الشرعية القانونية على الحجز الذي دونه يعد اعتداء على الحريات الفردية"¹، أي يمكن تأويل كلمة "حجز" بجواز الاعتقال التعسفي الذي يشكل اعتداء على الحرية الشخصية، في حين كان على المشرع أن يستخدم عبارة " الحجز القضائي " و هي حالة يوضع فيها الشخص في المؤسسة الاستشفائية للأمراض العقلية، بناء على حكم أو أمر قضائي طبقا لقانون العقوبات الجزائري.

1- رأي رقم 02/ر.ق.ع.م. د/ 16 مؤرخ في 11 أوت 2016، يتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات، للدستور منشور على الموقع www.conseilconstitutionnel.dz

ثانيا - حرية الذهاب و الإياب أساس للحرية الشخصية: تعتبر حرية الذهاب و الإياب حرية ملازمة لكل مجتمع ديمقراطي، فهي لصيقة بالإنسان، لأنها تخول للفرد التنقل داخل و خارج الوطن، التجول، السفر، اختيار الإقامة ومكان الإقامة بحرية، و تعد هذه الحرية ذات أهمية بالغة لجانبها التقني لوجوب تحقيق التوافق بينها، و بين حريات أخرى فحرية التظاهر تخول لمن يريد التظاهر ممارسة حرية التعبير و حرية الذهاب و الإياب، و لكن في هذه الحالة تحد من ممارسة حرية الذهاب و الإياب بالنسبة للأشخاص الذين لا يتظاهرون، و مهما يكون من أمر فإن تصادم الكثير من الحقوق الأساسية، لا يبرر المساس ببعض جوانب حرية الذهاب و الإياب¹.

و أعتبر المجلس حرية الذهاب و الإياب بأنها حرية أساسية، و هذا منذ صدور القرار المؤرخ 12 جويلية 1979، ثم تم ربط حرية الذهاب و الإياب بالحرية الفردية أو الشخصية بموجب قرار صادر عن المجلس بتاريخ 9 جوان 1980، و بموجب قرار صادر بتاريخ 16 جوان 1999 فصلا المجلس بين حرية الذهاب و الإياب و الحرية الفردية²، فاعتبر بموجبه المجلس أن مسألة موضوع سحب النقاط من رخصة السياقة من قبل أعوان الأمن العمومي لا يشكل في حد ذاته مساس بالحرية الفردية للاستناد على تدابير المادة 66 من الدستور، مما لا يشكل مساس بحرية الذهاب و الإياب³.

و قد أكد المجلس على أن هناك "طرقا للطعن القضائي على سحب رخصة السياقة من بينها الطعن أمام القضاء الإداري"⁴، و لكن ذلك الموقف غير ثابت فهو يكيف من طرف القاضي الدستوري بحسب الحالة المعروضة عليه في المنازعة الدستورية، و هو ما

1 -Xavier PHILIPPE , « La liberté d' aller et de venir » , in Libertés et droits fondamentaux, 21^e édition , Dalloz, Paris,2015, pp. 424-425.

2- Patrick WACHSMANN , op.cit , p. 395 , et voir :Annabelle PENA , « Allez et venir (Liberté d') » , in Dictionnaire des droits fondamentaux, sous la direction de Dominique CHAGNOLLAUD, et Guillaume DRAGO, Dalloz, Paris, 2010, p.3.

3 - CC n° 99-411 DC du 16 Juin 1999, cf. site:www.conseilconstitutionnel.fr.

4 -Ibid.

نلاحظه في إطار التوفيق بين القيم الدستورية المختلفة لكفالة الحقوق الأساسية على رأسها حرية الذهاب و الإياب، فأعتبر في قرار له بتاريخ 1 ديسمبر 2017 "حرية الذهاب و الإياب هي إحدى عناصر الحقوق الفردية أو الشخصية"¹، و قد أكد المجلس على أنه: "و إن كان للمشرع صلاحية تنظيم حالة الطوارئ، فيتحتّم عليه التوفيق بين منع انتهاكات النظام العام من جهة، و من جهة أخرى المحافظة على حقوق وحرّيات لجميع المقيمين على أراضي الجمهورية وتشمل هذه الحقوق والحرّيات حرية الذهاب و الإياب..."²، و أعتبر أن " تخويل المشرع اتخاذ تدابير تتعلق بإجراء التفتيش، و زيارة الأماكن في إطار الإجراءات القضائية ضد كل شخص مهما يكون تصرفه و بدون رضاه، فإن اتخاذ تلك التدابير بشكل عام و بدون حدود يخالف حرية الذهاب و الإياب و الحق في احترام الحياة الخاصة"³، و قد خلقت المسألة الأولية الدستورية المستحدثة بموجب التعديل الدستوري لسنة 2008 حركية مستمرة في مجال حماية الحقوق الأساسية الشخصية بصفة عامة و بحرية الذهاب و الإياب بصفة خاصة، إذ يحرص المجلس لحماية تلك الحقوق بمراقبة مدى تحقيق المشرع للتوافق بين متطلبات النظام العام من جهة و المستلزمات الأساسية للتمتع بحرية التنقل⁴.

أما المجلس الدستوري الجزائري فنجدّه هو الآخر تطرق لحرية الذهاب و الإياب، رغم قلة اجتهاداته، و ذلك بمناسبة مراقبة مطابقة الأمر المتضمن القانون العضوي المتعلق بالأحزاب السياسية للدستور، الذي اشترط إقامة منتظمة للأعضاء المؤسسين للحزب السياسي على التراب الوطني، إذ أعتبر المجلس " أن ذلك الشرط هو بمثابة تضيق لحق إنشاء الأحزاب السياسية الذي يعترف به و يضمنه الدستور في الفقرة الأولى من المادة 42"⁵، و إن استند المجلس على المادة 42 المتعلقة بحق إنشاء الأحزاب السياسية، فإن

1- CC n° 2017-667 QPC du 1 Décembre 2017, cf.sit site : www.conseilconstitutionnel.fr.

2- Ibid.

3 - Ibid.

4- CC n° 2016-606/607 QPC du 24 janvier 2017, cf.sit site : www.conseilconstitutionnel.fr.

5- رأي رقم 01 ر.أ.ق عضد / م.د المؤرخ في 6 مارس سنة 1997، يتعلق بمراقبة مطابقة الأمر المتضمن القانون العضوي المتعلق بالأحزاب السياسية للدستور، منشور على الموقع www.conseilconstitutionnel.dz.

فرض الإقامة على التراب الوطني للأعضاء المؤسسين للحزب السياسي هو مساس بحرية الذهاب و الإياب، التي كانت تنص عليها المادة 44 من دستور سنة 1996، لأن اختيار الإقامة بحرية تعد أحد العناصر التي لا يمكن فصلها على حرية التنقل، و يلاحظ من رأي المجلس أنه وضع مبدأ على غاية من الأهمية لحماية الحقوق الأساسية، و ذلك بإقرار ضرورة احترام القانون لمضمون و أهداف الحقوق الأساسية بالقول أن " واعتباراً أن دور القانون هو تطبيق المبدأ الدستوري بالنص على إجراءات وكيفيات ممارسته وليس تقليصه أو إفراغه من محتواه بفرض قيود عليه".

و عليه لا يمكن للمشرع أن يستعمل تدابير غير متناسبة مع مضمون الحق الأساسي، و التي قد تؤدي إلى إما بتقليص الحرية المضمونة في الدستور بشكل غير متناسب، أو قد تحرم المرء من ممارستها و التمتع بها.

و بقى المجلس في أرائه الصادرة سنة 2012 متمسك بموقفه تجاه عدم جواز فرض الإقامة على التراب الوطني بالنسبة لمؤسسي الحزب السياسي¹ ، و كذا لمدير المسؤول على نشرية دورية² لمخالفة ذلك للمادة 44³ من دستور 1996، و الملاحظ أن المجلس في الرأيين الصادرين عليه سنة 2012 أستند على النص الدستوري المكرس لحرية الذهاب و الإياب كمرجعية في الرقابة الدستورية، و لكن المجلس لم يتطرق من خلال اجتهاداته الأخرى لمسألة التنقل في حد ذاتها، لعدم ورود أي إخطار يتضمن ذلك الموضوع، كما هو الشأن للمجلس الدستوري الفرنسي الذي له كم هائل من القرارات في مسألة حرية الذهاب و الإياب في مجال التحريات الجزائية لضبط جرائم القانون العام.

1- رأي رقم 01/ ر. م. د / 12 المؤرخ في 8 جانفي 2012 يتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المتعلق بالأحزاب السياسية ، للدستور، منشور على الموقع www.conseilconstitutionnel.dz.

2- المرجع نفسه.

3- نفس مضمون المادة 55 من التعديل الدستوري لسنة 2016.

و في الملاحظ أنّ المجلس الدستوري الجزائري تناقض مع موقفه الثابت حول عدم جواز اشتراط الإقامة على التراب الوطني لمخالفتها المادة 44 من دستور 1996، و ذلك في رأي المجلس المتعلق بمراقبة دستورية مشروع التعديل الدستوري لسنة 2016، الذي اشترط على المترشح لرئاسة الجمهورية " إثبات إقامة دائمة بالجزائر دون سواها لمدة عشر سنوات على الأقل قبل إيداع الترشيح"، و أعتبر المجلس أن ذلك " لا يمس حقوق الإنسان و المواطن و حريتهما "، و خالف اجتهاداته الثابتة الصادرة منذ رأي المجلس المؤرخ في 6 مارس 1997، و من ثم يكون المجلس قد خالف الحجة المطلقة لأرائه و قراراته¹، خاصة و أنه لم يقدم التبريرات اللازمة للقول أنّ ذلك الشرط يتوافق مع الدستور، فاعتبره لا يمس الحقوق الأساسية دون تبين الأسباب، مما قد يشكل ذلك خرقا لحرية اختيار الإقامة المضمونة دستوريا.

ثالثا - الحق في احترام الحياة الخاصة شرط أساسي لكفالة الحقوق الشخصية: إن الحق في احترام الحياة الخاصة² يعد ضرورة لحماية دائرة ملازمة لشخصية الإنسان لا يمكن للغير أن يتجاوزها، فالحياة الخاصة تمنع أي شكل من التدخل من قبل السلطة العامة، و في هذا الشأن يرى الفقيه جون ريفيرو (Jean Rivero) " بأنه: " يمكن لنا التمييز الحياة الخاصة (Vie privée) باعتبارها نقيض للحياة العامة (Vie publique)، و ذلك بالاستناد على المصطلحات القانونية المستعملة في ذلك الشأن (القانون العام ، المؤسسات العامة ...)...

1. و يرى الأستاذ شريف كايس حول شرط الإقامة 10 سنوات ، مفاده الارتباط الوثيق بالواقع الوطني المعاش، فلا يمكن أن نتولى منصب رئيس الجمهورية و نحن نقيم خارج الوطن بعيدين عن الواقع الاجتماعي و الاقتصادي، و قد لاحظنا خلال الانتخابات الرئاسية الأخيرة تقديم ترشح من طرف جزائري يقيم في فرنسا بصفة أساسية... لقاء صحفي منشور بجريدة الجزائر بتاريخ 18 جانفي 2016، و منشور على موقع اليومية <http://www.eldjazaironline.net>.

2- إن حرمة الحياة الخاصة لصيقة بحياة الإنسان، و تبدأ بالحق في الاسم، الحق في الصورة، الحق في الحياة الخاصة العائلية، الحق في الحياة الخاصة في الأماكن العمومية، الحق في الكرامة الإنسانية، سرية المراسلات، و تطور و تعقد مدلول هذا الحق مع تطور وسائل الاتصال عبر شبكة الانترنت، و ذلك لإمكانية المساس بحرمة الحياة الخاصة بجميع جوانبها، عن طريق تكنولوجيا الانترنت، كنشر في تلك الشبكة لمعلومات شخصية خاصة بشخص معين، أو المساس بسرية الرسائل الالكترونية، و المساس بالمعلومات ذات الطبيعة الشخصية ... in , , Voir: Agahte LEPAGE, « Les droits de la personnalité confrontés à internet », in ... Libertés et droit fondamentaux, sous la direction de Rémy CABRILLAC , 20^e édition , Dalloz, Paris, 2014, p.299.

و هي المجالات التي تتدخل فيها السلطة، عكس المجالات التي تحكم علاقات الأفراد، و لكن الحياة الخاصة لا يمكن تعريفها فقط من ناحية عدم تدخل السلطة العمومية في العلاقات التي تحكم الأفراد، فالحدود التي تفصل بين الحياة الخاصة، و الحياة العامة هي أمرا آخر، على اعتبار أن الحياة الخاصة هي دائرة لا يمكن لأي جهة مهما كانت التدخل فيها، و ذلك بالاعتراف لكل شخص مجالا للنشاط خاص به، تخول للمرء التحكم فيه بما له من صلاحية منع الغير التدخل فيه¹.

الملاحظ من حيث النصوص، أن الكتلة الدستورية في فرنسا لم تخصص نصا صريحا بالحياة الخاصة كما هو الشأن للدستور الجزائري طبقا للمادة 46 من الدستور²، و يكون بذلك المؤسس الجزائري قد ساير عدة دساتير في القانون المقارن التي نصت على حماية الحياة الخاصة في دساتيرها، كالقانون الأساسي الألماني، و الدستور الإسباني، والبرتغالي، ويقتصر النظام القانوني الفرنسي بالنص الصريح على الحياة الخاصة وفقا للمعاهدات و الالتزامات الدولية، كما هو الحال طبقا للمادة 8 من العهد الأوروبي لحقوق الإنسان و المادة 9 من إعلان الحقوق الأساسية للاتحاد الأوروبي³، والتشريع كما هو الحال بالنسبة للمادة 9 الفقرة 1 من القانون المدني الفرنسي في الباب المتعلق بالحقوق المدنية⁴، و قد طالبت لجنة فيدال (Videl) سنة 1993 المكلفة بوضع مشروع تعديل الدستور بإدراج في

1 - Jean Rivero explique qu'«on ne saurait caractériser la vie privée par opposition à la vie publique en donnant à ce dernier mot le sens qu'il a habituellement dans la langue juridique (droit public, entreprise publique etc.) où il marque l'intervention du pouvoir par rapport au domaine des relations entre particuliers. La vie privée ne se définit pas seulement comme celle dont l'autorité publique est exclue: la ligne de partage entre la vie privée et la vie publique est autre. (...) La vie privée est une sphère de chaque existence dans laquelle nul ne peut s'immiscer sans y être convié. La liberté de la vie privée est la reconnaissance, au profit de chacun, d'une zone d'activité qui lui est propre et qu'il est maître d'interdire à autrui.»... Bernard BEIGNIER, « Vie privée et vie publique », disponible en ligne à l'adresse : <http://www.philosophie-droit.asso.fr/APDpourweb/19.pdf>.

2 - تنص المادة 46 من الدستور الجزائري لسنة 2016 على أنه: " لا يجوز انتهاك حرمة حياة المواطن الخاصة، و حرمة شرفه، يحميها القانون".

3- MAZEAUD Vincent, « La constitutionnalisation du droit au respect de la vie privée », les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel, n° 48, 2015/3, pp. 7-8.

4- Article 9 alinéa 1 du code civil Français: « Chacun a droit au respect de sa vie privée... ».

المادة 66 من الدستور الفرنسي نص خاص بالحياة الخاصة التالي بيانه " يتمتع كل شخص بحرمة حياته الخاصة ، و كرامته الشخصية " ولكن لم يتم اعتماد النص¹.

و لقد خضع تفسير الإطار الدستوري للحياة الخاصة بواسطة اجتهادات المجلس الدستوري في مجال حماية الحقوق الشخصية، التي تستمد حمايتها الدستورية من نص المادة 66 من الدستور، و يمكن اعتبار أن المجلس الدستوري الفرنسي أعترف بشكل واضح لا يشوبه اللبس بالقيمة الدستورية للحياة الخاصة بموجب قرار له بتاريخ 18 جانفي 1995 فيما يخص الحراسة بواسطة الفيديو (l'installation de systèmes de vidéo surveillance)²، فجاء في تسبيب القرار: " إن الوقاية من المساس بالنظام العام، بما فيها المساس بأمن الأشخاص و ممتلكاتهم، و البحث على مرتكبي الجرائم، كل ذلك هو من صلاحيات المشرع، الذي عليه أن يحقق التوافق بين الأهداف ذات القيمة الدستورية المضمونة من بينها الحرية الشخصية، حرية الذهاب و الإياب، حرمة المسكن، و الحق في التعبير الجماعي و الفردي عن الآراء، فإن تجاهل حرمة الحياة الخاصة يمكن أن يشكل اعتداء على الحرية الشخصية"³، و في قرار المجلس بتاريخ 9 نوفمبر 1999 وضع سندا دستوريا آخر لحرمة الحياة الخاصة و هو ما جاء في تسبيبه: " باعتبار أن المادة 2 من إعلان حقوق الإنسان و المواطن لسنة 1789 تنص بأنه: "يكون الهدف من كل تجمع سياسي الحفاظ على حقوق الإنسان الطبيعية غير قابلة للنقادم، و هذه الحقوق هي الحرية و الملكية و الأمن و مقاومة الظلم"، فالحرية المقررة بموجب هذا النص تشمل حرمة الحياة

1-Bernard BEIGNIER, « La protection de la vie privée », in Libertés et droit fondamentaux, sous la direction de Rémy CABRILLAC, 21e édition, Dalloz, Paris, 2015, p. 221.

2 -Ibid.

3 - CC n° 94-352 DC du 18 janvier 1995, cf.sit: www.conseilconstitutionnel.fr.

الخاصة¹، و كرس المجلس الدستوري الفرنسي حرمة الحياة الخاصة في عدة قرارات بعد دخول المسألة الأولية الدستورية حيز النفاذ بعد سنة 2010².

يمكن لنا الاستشهاد بقرار المجلس المؤرخ في 27 أكتوبر 2017 الذي أعتبر فيه المجلس بأن: " الحرية المنصوص عليها في المادة 2 من إعلان حقوق الإنسان و المواطن تشمل حرية الحياة الخاصة، و من ثم فإن جمع و حفظ المحادثات، و كذا الإطلاع و نشر المعلومات الشخصية، يجب أن تكون مبررة بمقتضيات تحقيق المصلحة العامة، بشكل يتم تطبيقها يتسم بالملائمة و التناسب مع الأهداف التي يترجى المشرع الوصول لها³."

الشيء الملاحظ من اجتهادات المجلس الدستوري المتعلقة بالحياة الخاصة، هو أنّ هذا الحق كان المجلس يستمدّه من الحرية الشخصية المقررة بموجب المادة 66 من الدستور الفرنسي، و لكن المجلس أصبح يستند في اجتهاداته الأخيرة على المادة 2 من إعلان حقوق الإنسان و المواطن هذا من جهة، و من جهة أخرى حرمة الحياة الخاصة هي غير مطلقة فهي تخضع للتوفيق بين حرمة الحياة الخاصة و مقتضيات النظام العام بالأساس، و أما المجلس الدستوري الجزائري، فإنه لم يتصدى لهذا الحق الأساسي.

الفرع الثاني: الحركية في اجتهاد المجلس الدستوري من ناحية حمايته للحقوق الفكرية

لا يمكن ممارسة و التمتع بالحقوق الأساسية بدون ضمان الحقوق الفكرية في الدولة، فهي تتعلق بروح الإنسان، فهي حقوق شخصية للفرد يشعر في نطاق دائرتها، أنه حرا في تفكيره تجاه الغير الذي لا يمكن له التدخل و توجيه كيفية التفكير و اتخاذ الرأي من قبل الفرد، و تجاه كذلك السلطات العامة، التي لا يمكن لها أن تنتهك حرمة تلك الدائرة، و على

1- CC n° 99-419 DC du 9 novembre 1999, cf.sit: www.conseilconstitutionnel.fr.

2 - Voir les décisions: CC n° 2012-227 QPC du 30 Mars 2012, CC n° 2012-248 QPC du 16 Mai 2012, CC n° 2017-646/647 QPC du 21 juillet 2017, et CC n° 2016-567/568 QPC du 23 septembre 2016, cf.sit: www.conseilconstitutionnel.fr.

3- CC n° 2017-670 QPC du 27 octobre 2017, cf.sit: www.conseilconstitutionnel.fr.

ذلك فالحریات الفكرية هي على درجة بالغة في دولة القانون، و في كل نظاما ديمقراطي و قد تكون حريات فكرية فردية، أو حريات فكرية جماعية، و قد شكلت محور أساسيا لاجتهادات القضاء الدستوري، و هو ما سنعالجه من خلال حرية الرأي و التعبير و التظاهر (أولا)، و حرية تكوين الجمعيات و الأحزاب السياسية (ثانيا)، و حرية الاتصال و استقلالية أساتذة التعليم العالي و حرية التعليم (ثالثا).

أولا- حرية الرأي و التعبير التظاهر أساس الديمقراطية: يسعى القضاء الدستوري دائما إلى التوفيق بين ممارسة الحقوق و الحريات فيما بينهم من جهة، و بين تلك الحقوق و الحريات و المبادئ ذات القيمة الدستورية من جهة أخرى، و هو ما نلمسه من خلال معالجتنا لحرية الرأي و التعبير و العقيدة شرط لديمقراطية حديثة، و حرية التظاهر.

أ-حرية الرأي و التعبير و العقيدة شرط لديمقراطية حديثة: تعتبر حرية الرأي و التعبير أساس قيام النظام الديمقراطي، فهي منبع الحريات الفكرية من حرية معتقد، حرية التجمع، تكوين الجمعيات، و الصحافة و الاتصال...الخ، و من ثم تشكل مهمة حمايتها أهمية بالغة من قبل القاضي الدستوري، باعتبار أن هذه الحرية بمعناها الواسع تعطي الإنسان إمكانية التفكير و الاعتقاد كما يريد، و التعبير عن ذلك بالوسيلة التي يراها مناسبة (الكلام، الكتابة، المسرح)، عبر الموجات المرئية و المسموعة ¹.

ففي قرار المجلس المؤرخ في 15 جانفي 1975 المتعلق بالتوقيف الإرادي للحمل حفظا لحرية الرأي التي ترتبط و تشتق من حرية الضمير، فإن المجلس و إن أجاز التوقيف الإرادي للحمل وفقا لشروط التي حددها قانون الصحة العامة، و ذلك باعتبارها حرية شخصية تتمتع بها المرأة، فإنه من جهة أخرى اعتبر أنه لحفظ حرية الأطباء و المرضى و الطاقم الطبي العامل في مصلحة طب النساء، فإنه يجوز لهم رفض المشاركة

1- أمين عاطف صليبا، المرجع السابق، ص.329.

في عملية التوقيف الإرادي للحمل دون أن يترتب على ذلك أي عقوبات مهنية، و من ثم تحفظ حرية الرأي و الضمير.

و قد أستند المجلس في ذلك على مقتضيات المادة 10 من إعلان 1789¹، و الفقرة 5 من ديباجة دستور 1946، و على اعتبار حرية الضمير² أحد المبادئ الأساسية التي تقوم عليها قوانين الجمهورية³، و قد اخذ القاضي الدستوري الفرنسي بالمقاربة الفقهية القائلة بأن حرية الضمير هي حرية اختيار رأيا مهما كان نوعه حول موضوع من المواضيع، و هو ما جسده من خلال قرار المؤرخ في 15 جويلية 1976، بحيث أبطل قانونا يجيز " تدوين المعتقدات الدينية أو الفلسفية أو السياسية لطالب الوظيفة، و التي يمكن أن يسأل عنها أمام لجنة التوظيف، لأنها تخالف مبدأ حرية الرأي و التعبير"⁴، و من جهة أخرى تكريسا لحرية الرأي و التعبير تماشيا مع التطورات التكنولوجية في ميدان المواصلات عن طريق الانترنت، إعتبر المجلس في قرار له بتاريخ 10 جوان 2009 أن تلك الوسائل التكنولوجية: " هي على غاية من الأهمية من ناحية مساهمتها في الحياة الديمقراطية، و التعبير عن الأفكار و الآراء، ذلك الحق مقرر بموجب المادة 11 من إعلان 1789⁵، و من

1- تنص المادة 10 من إعلان حقوق الإنسان و المواطن لسنة 1789 على أن: " لا يجوز إزعاج أحد بسبب آرائه حتى و إن كانت دينية شريطة ألا يخل الإعلان عنها بالنظام العام المحدد في القانون"، و الفقرة 5 من ديباجة دستور 1946: " على كل شخص واجب العمل و له الحق في الحصول على عمل، و لا يجوز أن يضار أحد في عمله أو وظيفته بسبب أصوله أو آرائه أو معتقداته ".

2 - و لقد دأب الفقه على إعطاء ثلاث مقاربات لحرية الضمير، الأولى مستمدة من القانون الوضعي على أنها تشكل عنصرا من عناصر حرية المعتقد، التي تخول للشخص الإيمان بمعتقد، أو عدم الإيمان بأي معتقد، و المقاربة الثانية لحرية الضمير على أن لها مفهوما واسعا فهي تعني الانتماء للآراء المختلفة مهما كانت، و هي بذلك تشمل حرية الاعتقاد الديني، و حرية تبني الآراء الفلسفية، السياسية، و الاجتماعية، و أما المقاربة الثالثة هي أن حرية الضمير لها طبيعة مستقلة عن حرية الرأي، و حرية المعتقد... Voir:

Louis FAVOREU, Loïc PHILIP , Les grande décision du conseil constitutionnel..., op.cit, p.350.
3- CC n° 75-54 DC du 15 janvier 1975, cf. site: www.conseilconstitutionnel.fr, et voir également Louis FAVOREU, Loïc PHILIP , Les grande décision du conseil constitutionnel..., ibid. , pp. 299-326.

4- CC n° 76-67DC du 15 Juillet 1975, cf. site: www.conseilconstitutionnel.fr.

5- المادة 11 من إعلان 1789 تنص على أنه: " حرية التعبير عن الأفكار و الآراء هي واحدة من أغلى حقوق الإنسان بها يستطيع كل مواطن التحدث و الكتابة و النشر بحرية، ما لم يقع التعسف في استعمال هذه الحرية وفقا للحالات التي يحددها القانون ".

ثمّ من الضروري أن يتمتع الأفراد بحرية الولوج لخدمات التواصل المفتوحة للجمهور في شبكة الانترنت¹.

فحرية الرأي و التعبير تمثل معيارا للمجتمع الديمقراطي و هي ترتبط بكل الحقوق الأساسية، فالاستعمال و التمتع بحق من الحقوق الأساسية مرهون بالتمتع بحرية الرأي و التعبير، فهي شرط للحكم على المجتمع أنه حر ، فكل انحراف نحو نظاما تسلطي أول حرية تنتهك فيه هي حرية الرأي و التعبير، و العكس من ذلك فإن الكفاح من أجل الحرية يمر حتما بحرية الرأي و التعبير²، و قد يوضع القاضي الدستوري الفرنسي حدود على حرية التعبير، و لكن تبقى حدودا موضوعية لا تفرغ الحرية من محتواها، فهي حدود يضعها القاضي الدستوري بالقدر اللازم لحماية حقوقا أساسية أخرى أو لمقتضيات من طبيعة دستورية كالمصلحة العامة و النظام العام، ففيما يخص اللغة الواجبة الاستعمال في المرفق العمومي، و عليه فحرية التعبير يجب أن تتوافق مع المادة 2 من الدستور الفرنسي التي تنص على أن: " لغة الجمهورية هي الفرنسية"، و من ثم، فإن استعمال اللغة الفرنسية هو ملزم على كل شخص معنوي خاضع للقانون العام ، و كذا على الأشخاص الخاضعة للقانون الخاص في إطار أداء مهام المرفق العام³.

و في نفس السياق تعد حرية المعتقد أحد الحريات الأساسية المرتبطة بحرية الرأي و التعبير و الضمير، و هي حرية شخصية ترتبط بالإنسان فضماماتها يتأتى من وجوب احترام مبدأ المساواة أو حرية المواطنين، و قد نص عليها صراحة إعلان 1789 في المادة 10 و المادة 42 من الدستور الجزائري، و في هذا الصدد لا يمكن للمشرع بأي حال من الأحوال أن يتدخل في تلك الحرية التي تربط بخصوصية الإنسان، و لكن يجوز الحد

1 -Patrick WACHSMANN , « La liberté d' expression » , , in Libertés et droits fondamentaux, sous la direction de Rémy CABRILLAC, 21^e édition , Dalloz, Paris, 2015, p.496.

2-Ibid., p. 425.

3- François LUCHAIRE , Le Conseil Constitutionnel , tome 4 , 2^e édition , Economica , Paris, 2006, p.22, et voir également: CC n° 99-412 DC du 15 juin 1999, cf. site: www.conseilconstitutionnel.fr.

من ممارستها إذا برر المشرع وجود سببا قائما و واضحا يتعلق بالنظام العام، و هو ما نلمسه من خلال قرار القاضي الدستوري الفرنسي المؤرخ في 7 أكتوبر 2010، والذي عالج فيه دستورية النص القانوني الذي "يمنع على أي شخص أن يرتدي لباس في الأماكن العمومية من أجل إخفاء وجهه"، و قد برر المشرع ذلك بأسباب تتعلق بالأمن العام، فجاء في قرار المجلس بأن: "المشرع صادق على أحكام قانونية، محققا التوازن بين حماية النظام العام من جهة، و ضمان الحقوق الدستورية المضمونة من جهة ثانية، تلك الموازنة لا يشوبها عدم التناسب، و من ثم منع إخفاء الوجه في الأماكن العمومية لا يشكل خرقا جسيما للمادة 10 من إعلان 1789 ، و التي تحدد ممارسة الحرية الدينية في أماكن العبادة المتاحة للجمهور..."¹.

و قد استطاعت البلاد الديمقراطية تحقيق حماية فعالة لحرية المعتقد، من خلال تبني مبدأ علمانية الدولة الذي بواسطته تجعل من حرية المعتقد حرية شخصية تتعلق بوجود الإنسان فهو حر في اختياراته العقائدية سواء أختار عقيدة أو لم يختار، فحرية العقيدة دائرة لا يمكن لا للسلطة و لا للغير التدخل فيها، كما حققت العلمانية المساواة² بين أفراد

1- CC n° 2010-613 DC du 7 octobre 2010, cf. site: www.conseilconstitutionnel.fr.

2- إن مبدأ المساواة يحكم جميع الحقوق الأساسية، و لا يمكن معالجة موضوع الحقوق الأساسية و التمتع بها و ضمانها إلا في ظل مبدأ المساواة، و كان المبدأ أساس الثورة الفرنسية و هدفها و شعارها، و كما وصفها الفقيه موريس هوريو (Maurice Hauriou) على أنها " القوة المحركة للثورة"، وقد تم تجسيده في إعلان 1789 و في ديباجة دستور 1946، و نص عليه دستور 1958 في عدة نصوص في حين أن نفس الدستور لم يعالج للحقوق الأساسية، و جسده جميع الدساتير الحديثة، و نص عليه المؤسس الجزائري في عدة نصوص نذكر منها المادة 32 " المساواة أمام القانون... "، و المادة 34 ضمان المؤسسات مساواة المواطنين و المواطنين في الحقوق و الواجبات..."، و المادة 36 " المساواة بين الرجال و النساء في سوق الشغل..."، و يشكل المبدأ أحد المرجعيات التي يستعملها القاضي الدستوري في عملية الرقابة الدستورية ، فاستعماله المجلس الدستوري لأول مرة في قرار له في سنة 1973 و منذ ذلك القرار أصبح كثير الاستعمال و تم اعتباره حق أساسي، كما أنه يستعمل في كل اجتهادات القضاء الدستوري الأوروبي كالمانيا، و النمسا، و بلجيكا، و إيطاليا، وأستعمله المجلس الدستوري الجزائري منذ سنة 1989 في عدة آراء = قرارات، فهو مبدأ جدهام لمكانته في كل الحقوق الأساسية بدون استثناء، فالمساواة تمثل من جهة حقا أساسيا، و من جهة أخرى شرطا لممارسة الحقوق الأساسية الأخرى. وهناك عدة تطبيقات لمبدأ المساواة على جميع فروع القانون التي تحال على المجلس الدستوري الفرنسي، و يبدو أن رقابة المجلس الدستوري الفرنسي للمساواة تتأرجح بين درجتين من الشدة على الأقل. فمن جهة، توجد رقابة صارمة لا تنطبق إلا عندما يتم فحص التمييز الذي يحظره الدستور تحديداً، أو التمييز الذي يترتب عليه التشكيك و مساس بممارسة الحقوق الأساسية، من ناحية أخرى، فإن المجلس الدستوري يمارس سيطرة طبيعية في جميع الحالات الأخرى، أي بوجود اختلافات في المعاملة بين حالات القانون أو الحقيقة المتماثلة، وفي الحالة الأخيرة، تكون الرقابة التي تُمارس شبيهة بمراقبة التناسب الذي يقتصر على التحقق من كفاية

المجتمع، بمنع حقيقي و ملموس لكل تمييز بين الأفراد أساسه ديني، و هي ضمانة على غاية من الأهمية في أي ديمقراطية حديثة تمنع أي استعمال سياسي للدين.

ب- حرية التظاهر مظهر للديمقراطية المباشرة: إن حرية التظاهر هي مشتقة من حرية و التعبير، و تخول للأفراد ممارسة حقهم في التعبير الجماعي عن آرائهم و أفكارهم، و المطالبة بحقوقهم بطريقة سلمية، و من ثم لا يمكن تحديده إلا بشكل جد ضيق في دولة القانون¹، و لم تنص الكتلة الدستورية في فرنسا صراحة على هذه الحرية، و إن كان هناك مشروعاً لدسترة هذه الحرية سنة 1946، و لكن ذلك المشروع لم يعتمد، و لم يتطرق المجلس الدستوري الفرنسي لحرية التظاهر إلى غاية قرار له بتاريخ 18 جانفي 1995 و لكن بشكل محتشم كما وصفه (Olivier Le Bot)، بحيث أكد المجلس على أن حرية التظاهر هي: "حرية التعبير الجماعية للأراء و الأفكار"، فالمجلس أعترف بحرية التظاهر بواسطة تعريفها².

الوسائل المستخدمة والغايات المتبعة، و في هذه الحالة يجيز التمييز في بعض الحالات الخاصة وفقاً لمبدأ التناسب كتقرير نظام الكوطة بالنسبة لتمثيل المرأة في المجالس المنتخبة، أو التمييز الذي قرره المجلس الدستوري لبعض المقاطعات لخصوصيتها.

Voir: Ferdinand Mélin-SOUCRAMANIEN, « Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Quelles perspectives pour la question prioritaire de constitutionnalité ? », Les Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel, n °29, 2010/3, p. 89, et p.96.

1. لقد انتقدت منظمة العفو الدولية في تقرير لها سنة 2016، السلطات الفرنسية حول انتهاكها لحرية التظاهر في إطار حالة الطوارئ المقررة منذ شهر نوفمبر من سنة 2015، لمجابهة الهجمات الإرهابية التي شهدتها الإقليم الفرنسي سنة 2015، و لذلك استعملت الإدارة تلك الذريعة لمنع التظاهر السلمي، و عابنت المنظمة الحقوقية أنه تم منع 155 متظاهراً، و كما خول قانون الطوارئ للإدارة تحديد الإقامة للأشخاص لحفظ النظام العام من أجل مجابهة خطر الإرهاب، و قد استعمل هذا التدبير ضد 639 لمنعهم من التظاهر، و لم تثبت السلطات لتبرير ذلك المنع أنه لصد خطر الإرهاب، بل تم منع دون سبب جدي، و تم حرمانهم من حقهم المتمثل في التعبير عن آرائهم بشكل سلمي، كما انتقدت السلطات الفرنسية على استعمالها القوة المفرطة ضد المتظاهرين السلميين، و انتهاكات الحقوق الأساسية التي تشوب تلك المظاهرات السلمية، كمصادرة أجهزة التصوير المستعملة من قبل المتظاهرين، و حتى من قبل الصحافة مما يشكل انتهاكاً لحق الإعلام و إيصال المعلومات، و كذا محاصرة المتظاهرين من قبل الشرطة بتعنيفهم و منعهم من التحرك لمدة ساعات، لمنعهم إما من التظاهر أو إما للالتحاق بمظاهرة، مما يشكل خرقاً لحرية التظاهر و اعتداء على السلامة الجسدية للأشخاص... أنظر:

« France : le droit de manifester menacé », disponible en ligne à l'adresse :

<https://www.amnesty.fr/liberte-d-expression/actualites/droit-de-manifester-en-france>.

2- Olivier LE BOT, « La liberté de manifestation en France: un droit fondamental sur la sellette? », in La liberté de manifester et ses limites: perspectives de droit comparé, publications extraites de colloque, Faculté de droit et de sciences politiques d'Aix-en-Provence, 18 et 19 mars 2016, p.33.

الشيء الملاحظ في النظام الفرنسي أن النظام القانوني الذي يحكم حرية التظاهر أخضعها لرقابة ضيقة بالنظر لحريات أخرى، و ذلك لخطورة هذه الحرية في بعض الأحيان و التي قد تخرج عن نطاقها المرسوم لها في الدستور و القانون، فقد ينتج عن مظاهر أحداث عنف، و يسقط جرحى أو حتى تعرض أشخاص للموت، و قد يعتدي على الأملاك العامة و الخاصة، فإذا أخذنا على سبيل المثال حرية الجمعيات فالانحراف في ممارسة تلك الحرية كممارسة أعمال تشكل خرق للنظام العام يؤدي في نهاية المطاف كحلا جذري إلى صدور حكم قضائي بحل الجمعية، و الانحراف في ممارسة حرية التعبير كالقذف، و السب، و قد يشكل ذلك الانحراف مظهر خطير يتمثل في التحريض على القتل و العنف، فتلك الحالات مهما بلغت درجة خطورتها فإنها لا تشكل خطرا داهم و حال¹.

و لذلك خطورة ممارسة حرية التظاهر تستلزم بأن تخضع إلى رقابة ضيقة و هو ما نلمسه من خلال تفسير المادة 49 من الدستور الجزائري بتأكيد المؤسس على حرية التظاهر السلمي يجب أن تمارس في إطار القانون الذي يحدد كيفيات ممارستها، و ذلك للتماس الموجود بين ممارسة هذه الحرية و النظام العام، رغم كل ذلك فإن المشرع لا يمكنه إفراغ هذه الحرية من محتواها، و جعلها تخضع لسلطة الإدارة من حيث التقدير.

و نلاحظ أن القاضي الدستوري الفرنسي استطاع لحد ما إلى تحقيق التوازن بين حرية التظاهر ومقتضيات النظام العام²، و ذلك ليس فقط في الحالات العادية بل حتى في

1- Olivier LE BOT, op.cit, p.35.

2 يظهر ذلك من خلال: أولا، أن التظاهر يخضع لنظام تبليغ السلطة الإدارية بالتظاهر (Déclaration)، و ليس نظام الترخيص (Autorisation)، و في هذا الشأن أكد مجلس الدولة الفرنسي بقرار بتاريخ 4 فيفري 1934 أن اشتراط قرار إداري يرخّص مسبقا للتظاهر هو غير مشروع، ثانيا، هناك بعض المظاهرات معفية حتى من التصريح في حد ذاته، و ثالثا، أنه في الواقع لا يتم التصريح المسبق بالمظاهرات حتى و إن كان القانون يعاقب على ذلك الفعل، فإنه لا يتم تحريك المتابعات، و يمكن للإدارة أن تمنع المظاهرة لأسباب تتعلق بالنظام العام، و ذلك القرار قابل للطعن أمام القاضي الاستعجالي الإداري للحريات، الذي يراقب إن كانت تشكل خطر يهدد النظام العام، و يستند القاضي الإداري على جملة من المعايير لتقرير الخطر، الأول الظرف الزمني المتعلق بالاضطرابات التي قد تلحق النظام العام، المسلك التي تأخذ المظاهرة أو المكان، خاصة و إن كان ذلك يشكل عائقا لتأمين المظاهرة بواسطة قوات

الحالات الغير العادية كحالة الطوارئ، فقد نصت المادة 5 فقرة 3 من القانون المؤرخ في 3 أفريل 1955 المتعلق بحالة الطوارئ على أن " للوالي (Le préfet) سلطة منع الإقامة في جزء أو كل إقليم المحافظة على كل شخص يسعى لعرقلة أعمال السلطات العمومية"، و لقد استند صاحب الدفع و رابطة حقوق الإنسان المتدخلة في النزاع على أن النص مخالف للحريات الشخصية، من بينها حرية التعبير الجماعي للأراء و الأفكار المنبثق من حرية التظاهر¹ ، على اعتبار (عرقلة أعمال السلطات العمومية) لا تشكل بالضرورة تهديدا للنظام العام، و ذلك النص لم يتضمن الضمانات اللازمة طالما أنه لم يحدد مدة المنع من الإقامة، و لم يستثني سكن المعني بالمنع من الإقامة،... و أعتبر المجلس أن ذلك النص مخالف للدستور على اعتبار أن: " المشرع لم يحقق من خلال النص التوازن اللازم ببين الأهداف ذات القيمة الدستورية للمحافظة النظام العام من جهة، و حرية الذهاب و الإياب، و الحق في حياة عائلية عادية".

و عليه، فإنه يتبين حتى في حالة الطوارئ لا يمكن للمشرع أن يحد من الحرية إلا لتحقيق النظام العام، و لكن ليس بدون حدود فيجب أن يبرر ذلك في صلب الأحكام التشريعية، و كل خلل في التوازن بين الحرية و النظام العام يؤدي حتما بالقاضي الدستوري بتقرير عدم دستورية الحكم التشريعي.

الشرطة، ثالثا مراقبة إن كان هناك تحريض من قبل المنظمين على القيام بأعمال شغب، رابعا السوابق، بمعنى الظروف التي ميزت المظاهرات السابقة المنظمة من قبل نفس الأشخاص الطبيعية أو المعنوية...

Voir:Olivier LE-BOT ,op.cit,pp.35-37.

1- إن أسباب المسألة الأولية الدستورية المثارة، تتعلق بالمظاهرات المناهضة لقانون العمل في شهر جوان 2016، والتي جعلت من محافظ الشرطة يصدر عدة قرارات ضد الناشطين لمنعهم من الوصول للمظاهرات، و ذلك بمنعهم من الإقامة في الإقليم طبقا للمادة 5 فقرة 3 من قانون 1955 المنظم لحالة الطوارئ، جل تلك القرارات تم إلغاؤها من قبل المحكمة الإدارية لباريس، و اعتبرها القاضي الإداري أنها: " مساسا خطير و غير شرعي لحرية الذهاب و الإياب و حرية التظاهر ". أنظر الرابط الالكتروني:

<http://www.lefigaro.fr/actualite-france/2017/06/09/01016-20170609ARTFIG00106-interdiction-de-sejour-le-conseil-constitutionnel-censure-l-etat-d-urgence.php>.

ثانيا - حرية الجمعيات و الأحزاب السياسية أساس التمثيل الديمقراطي: حرية الجمعيات و الأحزاب السياسية، هي حريات أساسية للتمتع بالحقوق المدنية و السياسية و شرط لقيام النظام الديمقراطي و دولة القانون، و هي حريتين ملازمتين لحرية الرأي و التعبير، و سنتناول حرية الجمعيات، و الحريات السياسية.

أ - حرية الجمعيات: إن الجمعيات وفق النظام القانوني الفرنسي و وفق النظام القانوني الألماني تقوم على ثلاثة عناصر، الأول، أنها تتعلق بتجمع عدة أشخاص بصفة دائمة، و ثانيا هي منظمة في شكل إتحاد (corporation)، و ثالثا يكون غرضها تحقيق هدف غير ربحي و ذلك من أجل تمييزها عن الشركات التجارية، و يجيز في هذه النقطة النظام الفرنسي للجمعيات أن تنشط لتحقيق أرباح مادام تلك الأرباح لا تقسم على أعضائها¹، فالجمعيات تشكل روح المجتمع المدني و هي ملازمة لحرية الرأي و التعبير، ويمكن أن نجزم بأن الحكم على مدى تقدم و ترسخ النظام الديمقراطي في المجتمع يقاس على الدور الذي تلعبه الجمعيات في الحياة و النسيج الاجتماعي، كما أن رفاهية المجتمع الاقتصادية و الاجتماعية مرهونة بوجود حركة جموعية قوية تشارك في تسيير الشؤون العمومية.

و الثابت أن الاجتهاد الذي حول المجلس الدستوري الفرنسي من حكم بين السلطات إلى قاضي للحقوق الأساسية هو القرار الصادر بتاريخ 16 جويلية 1971²، المتعلق بالجمعيات منح القيمة الدستورية لديباجة دستور 1958، من أجل حماية حرية تشكيل الجمعيات، فأعتبر أن هذه الحرية هي منبثقة من المبادئ الأساسية المعترف بها في قوانين الجمهورية، التي جاءت بها ديباجة دستور 1946 التي كرستها ديباجة دستور 1958، فالمبدأ المعترف به في قوانين الجمهورية أصبح ذو قيمة دستورية بعدما أعترف و لأول مرة

1 - Anne RORHEL , « Le droit comparé de l' association dans les pays européens », in L' Association , Septièmes Journées René Savatier , Poitiers 8 et 9 juin 2001 , PUF, Paris, 2002, pp. 45-48.

2- CC n° 71-44 DC du 16 juillet 1971, cf. site: www.conseilconstitutionnel.fr.

في المنظومة القانونية الفرنسية بالقيمة القانونية لديباجة الدستور، و بذلك وضع حد للجدل الفقهي الذي ثار حول الجدل القيمة القانونية للديباجة.

و فيما يخص حرية تكوين الجمعيات فإن المشرع لم يخضع تشكيلها لنظام الترخيص المسبق منذ قانون سنة 1901 المتعلق بالجمعيات، مثلها مثل النظام الذي يحكم حرية التظاهر، و أصبح ذلك راسخا في النظام القانوني للجمهورية.

على ذلك الأساس اعتبر المجلس أن اشتراط المشرع الترخيص المسبق لتشكيل بعض أنواع الجمعيات هو مخالف للدستور، يخضع تشكيل الجمعيات إلى إعلام الإدارة بإنشاء الجمعية، فذلك الاجتهاد هو الذي خلق نظرية الكتلة الدستورية التي أصبحت اليوم تشكل مرجعية المجلس الدستوري في مراقبة دستورية القوانين، و خولت للمجلس عدم الاقتصار على النصوص الدستورية فقط كمرجعية للرقابة الدستورية، بل شكل قواعد إسناد ذات قيمة دستورية شكلت في النهاية بما يسميه الفقه الدستوري الفرنسي الكتلة الدستورية، و عليه فالرقابة الإدارية على الجمعيات وفق النظام القانوني الفرنسي هي رقابة لاحقة و لا يمكن أن تكون سابقة.

و لكن أجاز المجلس الدستوري للمشرع إخضاع بعض أنواع الجمعيات لنظام قانوني خاص، كما جسده المجلس بموجب قرار بتاريخ 20 جويلية 2000¹ فيما يخص فيدراليات الصيد، فألزم تلك الجمعيات بإخضاعها لرقابة الدولة بالنظر لأدائها بعض صلاحيات المرفق العام، كحماية الحياة البرية، و قمع الصيد الغير المشروع، و للمداخل المعتمدة التي تجنيها تلك الجمعيات، و الإيرادات التي تقع على عاتقها الناتجة عن نشاطها، و لم يتطرق المجلس الدستوري الجزائري لهذا النوع من الحريات.

1 - CC n° 2000-434 DC du 20 juillet 2000, cf. Site: www.conseilconstitutionnel.fr, et voir : Commentaire de la décision n° 2000-434 DC du 20 juillet 2000 Loi relative à la chasse, Les Cahiers du Conseil constitutionnel Cahier n°9, cf. Site: www.conseilconstitutionnel.fr.

2- الحريات السياسية: إن الحريات السياسية هي أحد تفرعات حرية الرأي و التعبير، و على عكس جل الحقوق الأساسية التي اكتسبت القيمة الدستورية من خلال فكرة الكتلة الدستورية التي نشأة على خضم قرار المجلس الدستوري الفرنسي لسنة 1971، فإن الحريات السياسية تجد مصدرها مباشرة من دستور 1958 الفرنسي بموجب المادة 4 منه التي جسدت مبدأ التعددية في الآراء و الأفكار¹، و هي مرجعية المجلس الدستوري لحماية حرية إنشاء الأحزاب السياسية، و هو ما جسده في عدة قرارات صادرة عنه، فنجد في قرار صادر بتاريخ 11 جانفي 1990 اعتبر المجلس بأن " يجوز للدولة أن تقدم إعانات للجماعات و الأحزاب شريطة أن تلك الإعانات لا تؤدي إلى خلق علاقة تبعية الحزب السياسي للدولة، و لا تؤدي إلى الإنقاص من التعبير الديمقراطي لمختلف أوجه الآراء و الأفكار"، و يستكمل المجلس بناء على ذلك التفسير: " الحكم القانوني الذي يحرم الحزب المتحصل على 05 بالمائة أو أقل من إعانات الدولة هو مخالف للمادة 4 من الدستور، باعتبار أن ذلك سيؤدي إلى تقييد حرية التعبير للجماعات و الأحزاب التي تشكل توجه جديد للتعبير عن الآراء و الأفكار"².

و من ثم الملاحظ أن مسألة تأسيس الأحزاب السياسية ما هو إلى تجسيد لحرية الرأي و التعبير في ظل نظاما تعددي و هو شرط لا بد منه في المجتمعات الديمقراطية، و لا يتردد القاضي الدستوري الفرنسي على تقرير جزاء عدم الدستورية كلما كان هناك مساس بجوهر حرية تعدد الآراء و الأفكار، و ذلك ما نلمسه من خلال قرار المجلس الدستوري متعلق بمسألة أولية دستورية أحيلت على المجلس من مجلس الدولة، بناء على دفع حزب سياسي بعدم دستورية نص قانوني يحدد الزمن المخصص للحملة الانتخابية للتشريعات في

1- تنص المادة 4 من دستور 1958 الفرنسي على انه: " تساهم الأحزاب و المجموعات السياسية في التعبير عن الاقتراح ، و هي تتكون و تمارس نشاطها بكل حرية و يتعين عليها احترام مبادئ السيادة الوطنية و الديمقراطية، كما تشارك في تطبيق المبدأ الوارد في الفقرة الثانية من المادة الأولى وفق الشروط التي يحددها القانون. يكفل القانون التعددية في التعبير عن الآراء و المشاركة العادلة للأحزاب و المجموعات السياسية في الحياة الديمقراطية "

2- CC n° 89-271 DC du 11 janvier 1990 , cf. Site: www.conseilconstitutionnel.fr.

الوسائل السمعية البصرية، حيث حددتها بثلاث ساعات في الدور الأول و ساعة و نصف في الدور الثاني بالنسبة للجماعات و الأحزاب الممثلة في الجمعية الوطنية، و حددتها بسبعة دقائق في الدور الأول و خمسة دقائق في الدور الثاني بالنسبة للأحزاب و الجماعات التي فقدت تمثيلها أو التي لم تمثل بعد في الجمعية الوطنية.

إن ذلك التمييز في المعاملة اعتبره المجلس الدستوري مخالفا للدستور، و أكد على: " للمشرع تحديد القواعد التي تنظم كفاءات وصول الأحزاب و الجماعات الغير الممثلة في الجمعية الوطنية لوسائل السمعية البصرية العمومية لضمان المشاركة المتوازنة في الحياة الديمقراطية للأمة، و كذا ضمان التعددية للأفكار و الآراء"، و لكن المجلس اعتبر التمييز في الزمن بين الأحزاب و الجماعات و الأحزاب الممثلة و الغير الممثلة هو غير جائز: " لعدم تناسب تلك التدبير مع مسألة التمثيل، بالنظر إلى الزمن الممنوح للأحزاب و الجماعات الممثلة في الجمعية الوطنية"¹، فيظهر أن المجلس يقضي بعدم الدستورية إذا عاين إنقاص أو تقليص من موضوع تعدد الآراء و الأفكار الذي هو ملازم للنظام الديمقراطي.

و أما المجلس الدستوري الجزائري تصدى للحريات السياسية منذ استحداث القوانين العضوية بموجب دستور 1996، وإخضاعها للرقابة الوجوبية، فأصبحت القوانين العضوية المتعلقة بالأحزاب السياسية و الانتخابات تطرح بصفة آلية على المجلس لمراقبة مطابقتها مع الدستور، و هي رقابة صارمة بالنظر مع رقابة المعاهدات و القوانين و التنظيمات، ففي رأي له بتاريخ 6 مارس 1997 و الذي حرص فيه المجلس على أن لا يخرج المشرع في الأمر المتضمن القانون العضوي المتعلق بالأحزاب السياسية، على ما ذهبت إليه إرادة المؤسس الذي حدد شروط تأسيس الأحزاب السياسية بموجب المادة 42.

1 -CC n° 2017-651 QPC du 31 mai 2017, cf.site: www.conseilconstitutionnel.fr.

و لا يمكن وضع قيود جديدة على حرية إنشاء الأحزاب السياسية خارج الحدود التي وضعها الدستور، و اعتبر المجلس اشتراط المادة 3 من الأمر و المتعلقة بعدم استعمال الحزب السياسي للمكونات الأساسية للهوية الوطنية بأبعادها الثلاث و هي الإسلام، و العروبة، و الأمازيغية لأغراض سياسية، و اشتراط أن يكون أعضاء الحزب المؤسسين حاصلين على الجنسية الجزائرية أصلية منذ 10 سنوات على الأقل، و اشتراط إقامة الأعضاء المؤسسين على التراب الوطني، اعتبرها غير دستورية على أساس: " هذه الأحكام قد وضعت شروطا يكون أثرها تضيق حق إنشاء الأحزاب السياسية الذي يعترف به، و يضمنه الدستور في الفقرة الأولى من المادة 42، باعتبار الفقرة 2 من المادة 42 من الدستور قد وضعت القيود التي يتعين الالتزام بها في ممارسة حق إنشاء الأحزاب السياسية، و التي لا تمت بأية صلة للشروط المذكورة"¹.

بناء على ذلك التسبيب وضع المجلس اجتهادا دستوريا على غاية من الأهمية و هو: " دور القانون هو تطبيق المبدأ الدستوري بالنص على إجراءات و كفاءات ممارسته و ليس تقليصه أو إفراغه من محتواه بفرض قيود عليه"، إن أهمية هذا المبدأ تظهر من خلال تحديد المجلس للقيود التي تقع على المشرع في مجال الحقوق و الحريات، فهامش معالجة المشرع للحقوق الأساسية هو محدود و ليس مطلق دون حدود، و يكمن دوره في وضع التدابير اللازمة للممارسة الحق أو الحرية، و ليس وضع قيودا غير موضوعية تفرع الحقوق الأساسية من محتواها، ذلك الاجتهاد من المفروض يفعل بشكل كبير في إطار المسألة الأولية الدستورية المستحدثة بموجب دستور 2016 ، و يواصل المجلس في نفس الرأي على التأكيد: " أن تدخل المشرع خاصة في مجال الحقوق و الحريات الفردية و الجماعية، يجب أن يهدف إلى ضمان ممارسة فعالية للحق و الحرية المعترف بهما

1 - رأي رقم 01 ر.أ.ق عضد / م.د المؤرخ في 6 مارس سنة 1997، يتعلق بمراقبة مطابقة الأمر المتضمن القانون العضوي المتعلق بالأحزاب السياسية للدستور. منشور على الموقع www.conseilconstitutionnel.dz

دستوريا"¹، و من ثمّ المجلس وضع المبدأ الدستوري الذي يحكم الحقوق الأساسية، ألا و هو سموها على إرادة المشرع، و بالتبعية على إرادة السلطة التنفيذية.

و قد سائر المجلس نفس النهج عند مراقبته للقانون العضوي المتعلق بالأحزاب السياسية لسنة 2012، فيما يخص موضوع استحداث المشرع شروطا غير تلك الشروط المحددة في المادة 42 من الدستور، فاعتبر أن المادة 08 من القانون العضوي غير مطابقة للدستور لما أضاف كلمة " فئوي " للأسس المحددة حصرا في المادة 42 من الدستور التي تمنع تأسيس الحزب على أساس: " ديني، لغوي، عرقي، جنسي، مهني، جهوي " هذا من جهة، و من جهة ثانية المجلس اعتبر أن المشرع أدرج المادة 8 من القانون العضوي أحكاما من الدستور بنقله حرفيا لنص الفقرتين 3 و 4 من المادة 42 باستثناء كلمة " فئوي "²، و اعتبر أن ذلك يعد تجاوزا للمشرع لصلاحياته، لأنه مطالب عند ممارسته للتشريع أن يحترم المجال المحدد في الدستور للنص المعروض عليه، فلا يدرج ضمنه أحكاما تعود دستوريا لمجالات نصوصا أخرى³، و لكن الملاحظ من رأيي المجلس الخاصة بمراقبة مطابقة دستورية القانون العضوي المتعلق بالأحزاب السياسية و خاصة رأيه لسنة 1997 المذكور أعلاه، و إن وقّق لحد ما بوضع المبادئ الدستورية

1- رأي رقم 01 ر.أ.ق عضد / م.د المؤرخ في 6 مارس سنة 1997، يتعلق بمراقبة مطابقة الأمر المتضمن القانون العضوي المتعلق بالأحزاب السياسية للدستور. منشور على الموقع www.conseilconstitutionnel.dz

2- رأي رقم 01 ر / م.د / 12 المؤرخ في 8 جانفي 2012، يتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المتعلق بالأحزاب السياسية للدستور، منشور على الموقع www.conseilconstitutionnel.dz.

3- إن المجلس الدستوري الجزائري في إطار الرقابة الوجدانية على القوانين العضوية و الأنظمة الداخلية لغرفتي البرلمان، و الرقابة الجوازية، للمعاهدات و القوانين و التنظيمات يسهر على مراقبة مدى احترام مبدأ الفصل بين السلطات، و مدى احترام المشرع للتوزيع الذي حدده المؤسس للتمييز بين القواعد القانونية المختلفة من حيث إجراءاتها و موضوعاتها، فالمؤسس وفقا للدستور " تعديل سنة 2016 " حدد مواضيع التشريع لكل من السلطة التشريعية و التنفيذية، فالبرلمان حدّد له مواضيع القانون طبقا للمادة 140، و مواضيع القوانين العضوية طبقا للمادة 141، كما منح كل غرفة من غرفتي البرلمان صلاحية وضع نظامهما الداخلي طبقا للمادة 132 فقرة 2، و منح السلطة التنفيذية عن طريق رئيس الجمهورية سلطة التنظيمية في المجالات غير المخصصة للقانون، و للوزير الأول السلطة التنظيمية في مجال تطبيق القانون طبقا للمادة 143، أي بمعنى التشريع بواسطة المراسيم الرئاسية و المراسيم التنفيذية، كل موضوع من المواضيع المذكورة يختلف عن الآخر شكلا و موضوعا، و من ثمّ كل تجاوز للمشرع لذلك التوزيع يعد مخالفا للدستور، و هو ما كرّسه في عدة آراء و قرارات للمجلس، كالرأي رقم 07 / ر.ق. ع / م.د / 98 المؤرخ في 24 ماي 1998 الذي جاء فيه " اعتبارا أنّ المشرع حين أقرّ أن الموافقة على النظام الداخلي لمحكمة التنازع تتم بموجب مرسوم رئاسي يكون قد أخلّ بالمبدأ الدستوري المتعلق بالفصل بين السلطات القاضي بأنّ كلّ سلطة ملزمة بإدراج أعمالها ضمن الحدود التي رسمها لها الدستور. " و في رأي رقم 09/ر.ن.د/م.د/ 99 المؤرخ في 22 نوفمبر 1999 (اعتبر المجلس أنّ: " و اعتبارا أنه إذا كانت نيّة مجلس الأمة إيجاد مرجعية لإجراءات تطبيقية هي من النظام الداخلي فإن الاستناد إلى الأحكام المرجعية المعنية في الدستور و القانون العضوي، المذكور أعلاه، يعدّ في حد ذاته كافيا، لأنه في حالة العكس يكون قد نقل مواد من مجال القانون العضوي، المذكور أعلاه، إلى النظام الداخلي، و بالتالي يكون قد أخل بتوزيع الاختصاصات كما حددته المادة 115 من الدستور في فقرتها الأولى و الثالثة. "

التي تحكم الحقوق الأساسية، و القيود التي تقع على المشرّع في هذا المجال، فإن المجلس لم يذهب لحد مناقشة الإجراءات التي فرضها المشرّع لتأسيس الأحزاب السياسية التي هي جدّ معقدة، و تخضع لسلطة وزارة الداخلية في كل حيثيّاتها، كما حدّدها القانون بمرحلة التصريح بالحزب السياسي، ثم مرحلة اعتماد الحزب السياسي، مما قد يفرغ الحرية من محتواها كما ذهب إليه المجلس.

و هو ما سينعكس على ممارسة الحرية، كون أن وزارة الداخلية قد تمثل حزبا منافسا، و من ثمّ فمن المفروض إبعاد الإدارة على عملية تأسيس الأحزاب السياسية، و إسناد مهمة الإشراف على تلك العملية لهيئة مستقلة، و يمكن أن تكون في نظامنا الدستوري للهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات المستحدثة بموجب دستور 2016 الجزائري، باعتبارها تسهر على نزاهة و شفافية الانتخابات الرئاسية و التشريعية و المحلية و الاستفتاءات، الشيء الذي يجعل منه تعديل القانون العضوي في هذا الجانب أمرا ضروري.

كما أن المجلس لما يبسط رقابته على القانون العضوي المتعلق بالانتخابات يسهر على حماية حق في الانتخاب و حرية الترشح و الشفافية كل ذلك يعد ملازما النظام الديمقراطي، و من مظاهر الشفافية في النظام الديمقراطي ضرورة معرفة الرأي العام للأملاك المنقولة و العقارية للمترشح لرئاسة الدولة عند الترشح لإمكانية محاسبته على أملاكه¹، سواء في عهده أو عند نهاية عهده نظريا، و لذلك ألزم المجلس المشرع بأن يضيف مسألة العلنية في التصريح بالممتلكات عن طريق النشر في صحيفتين وطنيتين، هذا ما جاء في تسبيبه " واعتبارا أنّ المجلس الدستوري، تكريسا للحكم الدستوري القاضي بعلانية التصريح بالممتلكات، يشترط أثناء ممارسة صلاحياته من المترشحين للانتخابات

1- طبقا للمادة 177 من الدستور، يمكن أن تقرر مسؤولية رئيس الجمهورية وفق الدستور الجزائري في حالة الخيانة العظمى، إذ تختص محكمة تسمى بمحكمة عليا للدولة لمحاكمة رئيس الجمهورية حول الخيانة العظمى، و يتم تحديد تشكيلة المحكمة و تنظيمها و سيرها و الإجراءات المطبقة فيها بواسطة قانون عضوي، ذلك القانون لم يصدر لحد الساعة، مما يمكن القول أنه لا توجد الإرادة السياسية لتفعيل هذه المادة.

الرئاسية التصريح بممتلكاتهم العقارية والمنقولة داخل الوطن وخارجه، من خلال نشرها في صحيفتين من الصحف الوطنية"¹.

ثالثا - حرية الاتصال و حرية التعليم: إذا كانت حرية الرأي و التعبير هي حرية لصيقة بالإنسان و لا يمكن بأي حال من الأحوال الإنقاص منها إلا في حدودا جد ضيقة تتعلق بالنظام العام، فإن تلك الحرية لا تكتمل إلا بحرية أخرى و هي حرية الاتصال أي الاتصال بالغير و التفاعل معهم، و التي تشكل حرية أساتذة التعليم العالي و حرية التعليم احد تفرعاتها.

أ - حرية الاتصال: الحديث على حرية الرأي و التعبير لا يعبر عن معناه الكامل إلا بحرية الاتصال، التي تخول للقرء إيصال المعلومات و أفكاره التي يتصورها في وجدانه لغيره من بني البشر، و ذلك بتبادل الآراء مهم و التفاعل معهم، و تجد هذه الحرية مصدرها في النظام الفرنسي في المادة 11 من إعلان 1789 التي اعتبرتتها من "أعلى حقوق الإنسان"، فالتعبير الحر عن الأفكار و الآراء يتلازم مع حرية الكتابة و النشر، بناء على ذلك أعتبر المجلس في قراره المتعلق بمؤسسات الصحافة الصادر بتاريخ 10 و 11 أكتوبر 1984 على حرية الاتصال: " حرية أساسية جد ثمينة، و بالخصوص أنها ضمانة أساسية لاحترام الحقوق الأخرى و السيادة الوطنية "².

و لذلك المجلس الدستوري الفرنسي لضمان هذه الحرية أكد على عدة حريات تشكل عناصر ترتبط بحرية الاتصال، و هي " حرية القراءة " (La liberté des lecteurs)، " حرية اختيارات القراء "(Le libre choix des lecteurs).

1 - رأي رقم 02/ر.ق.ع.م. د/ 16 مؤرخ في 11 أوت 2016، يتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات، للدستور، منشور على الموقع www.conseilconstitutionnel.dz.

2- CC n°84-181 DC, du 10-11 octobre 1984, cf. Site www.conseilconstitutionnel.fr.

و في هذا الشأن يؤكد المجلس على أن: " القراء هم المعنيين الأساسيين للحرية المقررة بموجب المادة 11 من إعلان 1789 ¹، و على ذلك الأساس فالمجلس أعتبر أن المشرع أصاب: " لما ألزم بأن يكون مسؤولي مؤسسات الصحافة معروفين لدى الرأي العام، و كذا وجوب معرفة الرأي العام آليات تمويل الصحف، و التبادلات المالية التي يكون موضوعها الصحف المختلفة، و المصالح التي تترتب على تلك التبادلات "، فهذه الشفافية تمنح القارئ " حرية الاختيار بشكل حرا فعليا، و يكون له أن يتخذ رأي واضح حول وسائل الإعلام التي تعرضها الصحافة المكتوبة ²، و في نفس السياق كي تأخذ حرية الاتصال معناها الكامل يستوجب ضمان مبدأ التعددية في وسائل الإعلام، و أعتبر أن المشرع لما جسد مبدأ التعددية و الشفافية هو من أجل ممارسة حرية الاتصال بشكل واسع و كبير من قبل الأفراد ³.

و جاء في حيثيات القرار رقم 84-181: " باعتبار أن تعددية الصحف الإخبارية السياسية و العامة التي جاء الباب الثاني من القانون، هو في حد ذاته هدف ذو قيمة دستورية، فحرية إيصال الأفكار و الآراء المضمونة بموجب المادة 11 من إعلان حقوق الإنسان و المواطن لسنة 1789 لا يكون له أي مفعول، إذا كانت الصحف المنشورة الموجهة للجمهور ليست بعدد كافي، و ليست متنوعة من حيث الاتجاهات المختلفة... ⁴، و هو بذلك جسد حرية الصحافة كحرية دستورية ⁵ تقوم على حرية اختيار القراء بواسطة ضمان مبدأ التعددية الذي يعزز بواسطة مبدأ الشفافية، و قد أختار المجلس لحماية حرية الصحافة الاستناد على الأهداف ذات القيمة الدستورية، و لم يعتمد على المبادئ المنبثقة من قوانين الجمهورية، التي تشكل مرجعية أخرى للمجلس في عملية الرقابة باعتبار أن حرية الصحافة جاءت بموجب 29 جويلية 1881، و ذلك من أجل

1- Louis FAVOREU, Loïc PHILIP, Les grandes décisions du Conseil..., op.cit, p. 606.

2-Louis FAVOREU, Loïc PHILIP, op.cit, p. 606.

3 -Ibid, p. 607.

4 -CC n°84-181 DC, du 10-11 octobre 1984, cf. site: www.conseilconstitutionnel.fr.

5- Frédéric COLIN, L'essentiel de la jurisprudence..., op.cit, p. 88.

توسيع نطاق الحماية لحرية الصحافة، و الذي لا يقتصر على مؤسسات الصحافة المكتوبة في حد ذاتها، بل يشمل كذلك من تتوجه لهم هذه الصحافة و هم القراء، و يمكن القول أن حرية الاتصال كي يتمتع بها الفرد و الجماعات تتطلب تفاعل عدة حقوق و حريات ذات قيمة دستورية، كحرية الرأي و التعبير، حرية القراء، حرية اختيارات القراء، مبدأ التعددية و الشفافية، و عدم خضوعها للترخيص المسبق.

إذا يتبين جليا أن المجلس الدستوري منح حرية الاتصال التي تشكل حرية الصحافة أحد عناصرها الرئيسية مكانة خاصة قد تسمو على حقوق و حريات أخرى، خاصة إذا دخلت معها في تنازع من خلال الموازنة التي يجريها القاضي الدستوري بين الحقوق و الحريات الأساسية، و هذا نستشفه من خلال القرار رقم 84-181 الذي أجاز من خلاله المجلس وضع حدود على حرية المقابلة، و حق الملكية، لحماية حرية الاتصال و التعدد و الاختيار بين الصحف، والتي يجب في دولة ديمقراطية أن تكون متعددة تشمل عدد غير محدود من الآراء و الأفكار¹.

و لكن يجيز المجلس أن يحد من حرية الصحافة من أجل حفظ النظام العام، و يضع ضوابط على المشرع يجب أن يحترمها²، بالقول: " المساس بممارسة حرية الصحافة يجب بالضرورة أن يكون متكيف مع الوضعية التي ينظمها المشرع و متناسب مع الأهداف المنشودة " ، هذا ما نلمسه من خلال الدفع بعدم دستورية المادة 35 فقرة 5 من قانون الصحافة لسنة 1881 التي تنص على أنه: " ممكن إثبات حقيقة الوقائع التمهيرية دائما، ما عدا تلك الوقائع التي يعود تاريخها إلى أكثر من عشر سنوات"، و في هذا الصدد اعتبر المجلس في قرار له مؤرخ في 20 ماي 2011 أن: " الهدف من وضع المشرع ذلك النص هو من أجل تحقيق مصلحة عامة تتمثل في تحقيق السلم

1- Dominique ROUSSEAU, Droit du contentieux constitutionnel ..., op.cit, p. 418.

2-Bertrand de LAMY, « La Constitution et la liberté de la presse », Les Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel, n° 36, 2012/3, pp. 24-27.

الاجتماعي"، و لكن المجلس أعتبر الصيغة التي جاء بها المشرع المتضمنة حظر إثبات وقائع تشهيرية تتجاوز العشر سنوات هي صيغة عامة، و " تنطبق دون تمييز على جميع البيانات أو الكتابات الناتجة عن الدراسات التاريخية، أو العلمية، فضلا عن الافتراضات التي تشير إلى أحداث فإن الاستدعاء أو التعليق هو جزء من مناقشة عامة ذات أهمية عامة، في حين أن هذا الحظر، بحكم طبيعته العامة والمطلقة، يجعل منه تعديا على حرية التعبير لا يتناسب مع الهدف المنشود، ومن ثم فإنها تتجاهل المادة 11 من إعلان 1789¹.

و لا يتهاون المجلس عن تقرير جزاء عدم الدستورية على كل حكم قانوني يمس بشكل غير متناسب حرية الاتصال التي أصبح موضوعها يطرح بشكل كبير مع آلية المسألة الأولية الدستورية، و مع تطور تكنولوجية الاتصال عن طريق الإنترنت، و ظهور مستجدات حديثة تتعلق بممارسة و التمتع بهذه الحرية، هذا ما نلمسه من خلال قرار للمجلس بتاريخ 15 ديسمبر 2017 الذي اعتبر النص القانوني الذي يجرم فعل تصفح المواقع عبر الانترنت المتعلقة بالجماعات الإرهابية، هو مخالف للدستور، فاعتبر المجلس أنه: " من مهام المشرع أن يضع قواعد للتوفيق بين من جهة السعي إلى تحقيق الهدف المتمثل في مكافحة التحريض للإرهاب على خدمات الاتصالات العامة عبر الإنترنت، التي تشكل هدفا من قيمة دستورية لصون النظام العام ومنع الانتهاكات، ومن جهة ثانية ممارسة الحق في حرية الاتصال وحرية الكلام والكتابة والطباعة، ومع ذلك، فإن حرية التعبير والاتصال تتسم بأهمية أكبر نظرا لأن ممارستها هي شرط من شروط الديمقراطية وضمانة لاحترام الحقوق والحريات الأخرى". و أعبر المجلس أن: " مجرد الإطلاع على المواقع التي تشيد بالأعمال الإرهابية، لا يشكل في حد ذاته لوحده وجود إرادة لارتكاب تلك الأفعال الإرهابية، فالقانون يقرر عقوبة دون وجود بواعث عند

1 - CC n° 2011-131 QPC du 20 mai 2011, cf. site: www.conseilconstitutionnel.fr.

الشخص الذي يطلع على تلك المواقع لارتكابه أعمال إرهابية (Sans que soit retenue l'intention terroriste de l'auteur de la consultation comme élément constitutif de l'infraction)¹، بناء على كل ذلك اعتبر المجلس أن الحكم التشريعي مخالف لحرية الاتصال و بالتالي هو غير دستوري، و الملاحظ أن الحماية الدستورية لحرية الاتصال عملية مستمرة يسهر عليها القاضي الدستوري الفرنسي مسائرا في ذلك التطورات التكنولوجية الحاصلة في ذلك الميدان.

و قد صدر عن المجلس الدستوري الجزائري رأي مؤرخ في 8 جانفي 2012 بمناسبة مراقبته مطابقة القانون العضوي المتعلق بالإعلام للدستور، و لكنه لم يناقش مسألة حرية الإتصال في حد ذاتها²، لتمكن المشرع لحد ما من الموازنة بين حرية الاتصال من جهة، و من جهة أخرى مع متطلبات الحقوق و الحريات الأخرى، و المبادئ ذات القيمة الدستورية المتمثلة في المصلحة العامة و النظام العام، و من ثمّ يتبين أن حرية الصحافة لا تتحقق إلا بضمان التعددية كما رأيناه، تلك التعددية في التواصل تتولد عليها هي الأخرى أساسية حرية أساتذة التعليم العالي و حرية التعليم.

ب - حرية التعليم : إن التعليم له وجهين فهو حق و حرية في نفس الوقت، فهو حق للمواطن في مواجهة الدولة عليها أن توفره، فكل دول العالم اليوم تركز بما يسمى بديمقراطية التعليم عن طريق مجانية التعليم و بتوفير كل الوسائل المادية و البشرية لضمان التعليم، في كل مكان على إقليم الدولة، بشكل متساوي بين جميع المواطنين و دون أي تمييز مهما كان موضوعه، و يكون إجباري في السن بين ست سنوات وستة عشر سنة من حياة الإنسان، فنجد الدستور الجزائري قد كرس هذا الحق بموجب المادة 65 منه.

1- CC n° 2017-682 QPC du 15 décembre 2017 , cf. [sitewww.conseilconstitutionnel.fr](http://www.conseilconstitutionnel.fr)

2 - رأي رقم 02/ر.م.د. 12 / المؤرخ في 08 جانفي 2012 ، يتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المتعلق بالإعلام، للدستور، منشور على الموقع www.conseilconstitutionnel.dz

كما أن ديمقراطية التعليم تفرض كذلك حرية التعليم و ذلك عن طريق ضمان "عنصر التعددية" في التعليم و هو نفس العنصر الذي لاحظناه أنه مرتبط بحرية الاتصال، و هذا ما جسده المجلس الدستوري الفرنسي في قرار له بتاريخ 23 نوفمبر 1977 الذي جاء فيه: " باعتبار أن ديباجة دستور 1946 تنص على: - أن يكون التنظيم للتعليم العام المجاني و العلماني على جميع المستويات واجبا على الدولة-، ذلك لا ينفي أن يكون هناك تعليم يشرف عليه القطاع الخاص، و لا ينفي أن يتلقى هذا النوع من التعليم مساعدات من قبل الدولة وفق الشروط التي يحددها القانون..."¹، ذلك المنظور للتعليم منبثق من مبدأ التعددية الذي يمثل أساس للديمقراطية، و التعددية هي ملازمة لحرية التعبير عن الأفكار و الآراء المنصوص عليها في المادة 11 من إعلان 1789، التي استخلص منها القاضي الدستوري الفرنسي مبدأ استقلالية أساتذة التعليم العالي على أنه: " لا يمكن تقييد حرية إيصال الأفكار و الآراء للأستاذ المضمونة بموجب المادة 11 من إعلان 1789..."².

و لقد كان المجلس واضحا في تسببيه للقرار المؤرخ في 20 جانفي 1984، لما أصرَّ على ضمان استقلالية الأساتذة الجامعيين، على أن: " من خلال طبيعة وظيفة الأساتذة و الأساتذة الباحثين، تلك الطبيعة تتطلب لتحقيق مصلحة المصالح الجامعية في خد ذاتها، بان تضمن للأستاذ حرية التعبير و استقلالية الأساتذة في القواعد القانونية التي تحكمهم"³، و يرى الفقيه فيدال (Vedel) في هذا الشأن أن: " لقد عاينا أن قياس حرية الأشخاص تكون بالنظر للحرية التي تتمتع بها الجامعة "، و من ثمَّ يتبين أنَّ حرية التعبير عن الأفكار و الآراء هي أساس لحرية الاتصال، و هي كذلك أساس دستوري لحرية الأساتذة الجامعيين.

1- CC n°77-87 DC, du 23 novembre 1977, cf. site: www.conseilconstitutionnel.fr.

2- CC n°84-165 DC, du 20 janvier 1984, cf. site : www.conseilconstitutionnel.fr.

3- Lois FAVOREU ,Loïc PHILIP , Les grandes décisions du conseil... ,op.cit, pp.586- 587.

و قد تطرق المؤسس الجزائري لحق التعليم من خلال نص 68 من الدستور الذي نستخلص منها ثلاثة مبادئ دستورية ترتبط بضمان حق التعليم دستوريا، و هي مبدأ مجانية التعليم، مبدأ إجبارية التعليم الأساسي، مبدأ المساواة في التعليم، و أما استقلالية أساتذة التعليم العالي تم دسترتها صراحة سنة 2016 بموجب المادة 44 فقرة 3 على أن: " الحريات الأكاديمية و حرية البحث العلمي مضمومة..." و هو ما اعتبره المجلس الدستوري الجزائري متوافق مع روح الدستور و المبادئ الدستورية بموجب رأيه المؤرخ في 28 جانفي 2016: " دسترة الحريات الأكاديمية و حرية البحث العلمي تهدف إلى منح ضمانات دستورية للأكاديميين والباحثين، وتوفير الظروف الكفيلة بترقية البحث العلمي وتأمين نتائجه...و أن حرية الابتكار الفكري والفني والعلمي مضمونة دستوريا، ومن شأنها تحفيز المبادرة وتراكم الأفكار خدمة للتنمية المستدامة"¹، فإن دسترة الحرية الأكاديمية هو ضمانة لحرية الأساتذة الجامعيين، و حرية البحوث العلمية بوجه عام.

المطلب الثاني: حماية المجلس الدستوري للحقوق الاقتصادية و الاجتماعية و الجديدة عملية مستمرة

إن التمتع بالحقوق المدنية و السياسية و هي حقوق الجيل الأول في دولة ديمقراطية، لا يتحقق إلا بالحقوق الاقتصادية و الاجتماعية و هي حقوق الجيل الثاني، و لا يكتمل بناء الحقوق الأساسية إلا بحقوق الجيل الثالث² المتعلقة من بينها حق البيئة، و إن تفاعل أجيال الحقوق هو الذي تولدت عليه فكرة حقوق الإنسان التي أخذت مفهوم دولي، و على المستوى الوطني تبلورت من هذه الأخيرة فكرة الحريات العامة التي تطورت لمفهومها الحديث في ظل نظرية دولة القانون و هي فكرة الحقوق الأساسية، و من ثم سنتطرق لموقف القضاء الدستوري حول حماية حق الملكية و حق المساواة يخضع للتوازن

1 - الرأي رقم 01/16 ر.ت د/م د المؤرخ في 28 جانفي 2016، يتعلق بمشروع القانون المتضمن التعديل الدستوري منشور على الموقع www.conseilconstitutionnel.dz

2- إن حقوق الجيل الثالث تتعلق بحقوق التضامن التي أصبحت مطلب لدول العالم الثالث في النصف الثاني من القرن العشرين و تضم عدة حقوق كالحق في التنمية، الحق في السلام، الحق في بيئة سليمة، حق الشعوب في تقرير مصيرها.

مع الأسس الدستورية (الفرع الأول)، والحقوق الاجتماعية حماية اجتماعية (الفرع الثاني)، حقوق البيئة محور جديد في الحماية الدستورية (الفرع الثالث).

الفرع الأول: حماية حق الملكية و حرية المقاوله يخضع للتوازن مع الأسس الدستورية

يعد حق الملكية و حرية المقاوله المشتق من حق الملكية حقان أساسيان ذو أهمية بالغة في نظر القاضي الدستوري، فلا يجوز تقييدهما دون ما تقتضيها ضرورة لمصلحة مشروعة، و من ثم سنتطرق لحق الملكية مقيد بالمصلحة العامة (أولا)، حرية المقاوله مقيد بالمصلحة العامة (ثانيا).

أولا - حق الملكية مقيد بالمصلحة العامة: إن حق الملكية في المنظومة الفرنسية يجد مصدره في المادة 2 و 17¹ من إعلان حقوق الإنسان و المواطن لسنة 1789، و لم يتصدى له القاضي الدستوري الفرنسي إلا بعدما منح هذا الأخير القيمة الدستورية لإعلان 1789 من خلال اجتهاده الشهير لسنة 1971، ذلك فتح الباب أمام المجلس للاعتماد على الإعلان كمرجعية في الرقابة الدستورية، و نجد القاضي الدستوري الفرنسي بخصوص حق الملكية يتكيف بحسب طبيعة المساس بحق الملكية.

فإن كان المساس بالملكية قد يؤدي للحرمان منها، فالقاضي الدستوري يتأكد إن كان المشرع قد برر توافر عنصر الضرورة العامة مع تعويض مسبق عادل و منصف طبقا للمادة 17 من إعلان 1789، أما في حالة ما كان المساس بحق الملكية لا يؤدي للحرمان من الملكية الخاصة، ففي هذه الحالة القاضي الدستوري الفرنسي يفحص مسألة

1 - تنص المادة 2 من إعلان حقوق الإنسان و المواطن لسنة 1789: " يكون الهدف من كل تمتع سياسي الحفاظ على حقوق الإنسان الطبيعية غير القابلة للتقادم و هذه الحقوق هي الحرية الملكية و الأمن و مقاومة الظلم، و المادة 17: " الملكية حق مقدس لا ينتهك و لا يجوز أن يحرم منه أحد، إلا إذا استدعت الضرورة العامة ذلك بوضوح و تأكدت قانونا بشرط أداء تعويض عادل و منصف".

المساس بشروط التمتع بحق الملكية إن كانت مبررة بمقتضيات المصلحة العامة¹، فحق الملكية و إن كان حقا مضمون بمقتضى الدستور فإنه لا يمكن أن يكون حقا مطلقا.

و لقد عالج المجلس حق الملكية من خلال قرار المؤرخ في 16 جانفي 1982 المتعلق بقانون التأمين الذي اتخذته الحكومة لتأمين بعض المؤسسات، و يتعلق الأمر بتأمين خمسة مجمعات صناعية الكبرى الفرنسية، تسعة و ثلاثون بنك، و مؤسستين مالييتين، و أنتهج المجلس رقابة محدودة على الضرورة العامة التي تبرر الحرمان من الملكية، و من ناحية أخرى فإنه يمارس رقابة كاملة على الطابع العادل و المسبق للتعويض، و هو ما نلمسه من خلال قراره لسنة 1982 الذي بموجبه أكد على أن رقابته محدودة، و ذلك بأن " يعود للمشرع تحديد ما إذا كانت هناك مصلحة عامة أم لا، و هو صاحب الصلاحية في وضع الشروط اللازمة للتأكيد القانوني على المصلحة العامة "، و قد سار في نفس الصيغة التي جاء بها في قانون التوقيف الإرادي للحمل لسنة 1975 على: " المجلس ليس له سلطة تقدير عامة و قرار مماثل لما يقرره البرلمان"، فلا يمكن أن تحل إرادته محل الإرادة العامة²، فمهمته تمكن بمراقبة توافق النص التشريعي مع الدستور، و ليس الحلول محل المشرع في تقدير التشريع الملائم.

و لكن ذلك لا يمنع الحرمان من هذا الحق من قبل السلطات العمومية في إطار القانون، شرط أن تتوافر ضرورة عامة تتطلب اللجوء لنزع الملكية، فقرار سنة 1982 بمقتضاه تمّ دسترة حق الملكية بدون منح هذا الحق صفة الإطلاق من جهة³ و شرط أن يقابله تعويض عادل و منصف و مسبق، هذا لا يعني أن المشرع يستطيع إلغاء حق الملكية و حل محله نظام الملكية المشتركة، و لكن اعترف القاضي الدستوري للمشرع

1 - Jean-François de Montgolfier, « Le Conseil constitutionnel et la propriété privée des personnes privées », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°31, 2011/2, p.42.

2 - Jean-François de Montgolfier, op.cit, p.44.

3- Frédéric COLIN, op.cit, p .71 .

انه صاحب السيادة في الاختيار بين سياسة اقتصادية ليبرالية أو سياسة اقتصادية تدخلية، و هو ما وضعه في تقريره الفقيه فيدال (Vedel) الذي كان عضوا مقرا بصفته أحد أعضاء المجلس آنذاك¹، و تجدر الملاحظة أن الاعتراف بالقيمة الدستورية لحق الملكية كانت محل جدل فقهي، فكان يرى جانب من الفقه لويك فليب، و ميلنج كايسر (Loïc Philip, Mélanges Kayser): " حق الملكية ليست له قيمة دستورية و إن كان مجسد في إعلان 1789، على اعتبار أنه لا يرتبط بحقوق الإنسان أو السيادة الوطنية"، و فيما يخص لوشير و روبيرت (Luchaire et Robert) أكد أن: " حق الملكية لم يبقى ذلك الحق المقدس الذي لا يمكن خرقه، بالنظر للخروقات التي طالت هذا الحق منذ سنة 1789، و حتى و إن نعترف بطبيعته الدستورية، فإن مضمونه طالته عدة تغيرات دستورية مترتبة عن المبادئ الأساسية لنظام الملكية"²، و على أنه: " من الصعب في سنة 1981 نعتبر أن حق الملكية هو جزء من حقوق الإنسان"³.

و في هذه النقطة بالذات فإن المجلس في قراره لسنة 1982 المتعلق بالتأميم أعتبر أن حق الملكية حقيقة طالته تغييرات بمرور الزمن بتوسع نطاق تطبيقه، و لكن ذلك لم يغير ذلك في مضمونه، و قد اعترف المجلس في قرار له بتاريخ 7 و 8 جانفي 1991 بتوسع نطاق تطبيق حق الملكية لمجالات جديدة " فأصبح يشمل العلامات الصناعية و التجارية و الخاصة بالخدمات، فيخول ذلك للمالك أن يحميها في إطار القانون و الالتزامات الدولية التي صادقة عليها فرنسا"⁴، و يرى الفقيه فافوروا (Favoreu) أن: " حق الملكية هو حقيقة حرية أساسية دستورية مضمونة، و يبقى الإشكال في تحديد طبيعته الحقيقية من خلال علاقاته مع الحريات الأخرى، و كذا في تحديد تعريفه"⁵، إن تلك المهمة عكف القاضي الدستوري الفرنسي على تحديدها من خلال

1 - Jean-François de MONTGOLFIER, op.cit, p.44.

2- Lois FAVOREU, Loïc PHILIP, Les grandes décisions du Conseil..., op.cit, p.481.

3 - Louis FAVOREU, La Constitution et son juge, ...op.cit, p. 971.

4 - CC n°90-283 DC, du 8 janvier 1991, cf. site : www.conseilconstitutionnel.fr.

5- Louis FAVOREU, La Constitution et son juge... op.cit, p. 971.

اجتهاداته، و ذلك بالأخذ بعين الاعتبار بالتطور الذي شهده مفهوم الملكية، الذي جعل من المجلس يتكيف بحسب خصوصيات مفهوم الملكية الحديث.

و نجد في هذا الشأن أن المجلس الدستوري الفرنسي، أكد على ثلاث مبادئ بمناسبة تصديه للمسألة الأولية الدستورية التي يتضمن موضوعها الحرمان من حق الملكية، الأول هو أن الحرمان من الملكية لا يقوم إلا إذا كان انتقالها بدون رضا المالك¹، و الثاني أن تطبيق المادة 17 من إعلان 1789 لا يحمي فقط المالك من الحرمان من ملكيته لصالح الجماعات العامة، بل يحمي كذلك المالك من الحرمان من ملكيته عندما يكون لصالح الأشخاص الخاصة، و هو ما قرره المجلس في قراره المؤرخ في 12 نوفمبر 2010 الذي اعتبر أن: "المادة 661 من القانون المدني الفرنسي متوافقة مع الدستور تلك المادة تلزم صاحب العقار أن يؤدي تعويض بنصف قيمة الحائط المشترك و نصف قيمة الأرض المبني عليها لصالح جاره المنشئ للحائط، و اعتبر المجلس أن تلك المادة لا تدخل في إطار مجال تطبيق المادة 17 من إعلان 1789"²، وثالثا، لا تنطبق المادة 17 على أحكام المصادرة، وفيما يتعلق بالعقوبات، فتلك المسألة يتم تقييم مراقبة مدى تطابقها مع الدستور في ضوء مبدأ ضرورة العقاب طبقا للمادة 8 من إعلان 1789³، و هو ما أقره بموجب قراره المؤرخ في 28 نوفمبر 2010 الفاصل في مسألة أولية دستورية⁴.

و أما المجلس الدستوري الجزائري فقد عالج حق الملكية بمناسبة رقابته على مشروع التعديل الدستوري، الذي طال النص المتعلق بنزع الملكية للمنفعة العامة بحذف المشرع كلمة " قبلي" و التأكيد على تعويض عادل و المنصف في حالة نزع الملكية في إطار القانون، بحيث جاء في تسبيبه بأن: "واعتبارا أن المؤسس الدستوري حرص على

1 - Jean-François de MONTGOLFIER, op.cit, p.45.

2 - CC n° 2010-60 QPC du 12 novembre 2010, cf.site: www.conseilconstitutionnel.fr.

3 Jean-François de MONTGOLFIER, op.cit, p.45.

4- CC n° 2010-66 QPC 26 novembre. 2010, cf. site: www.conseilconstitutionnel.fr

ضمان تعويض عادل ومنصف في حالة نزع الملكية في إطار القانون باعتبار أن التعويض قد يكون سابقا أو لاحقا¹ مما يوفر ضمانا للمواطن في الحصول على حق من حقوقه الأساسية²، فما دام أن التعويض العادل و المنصف هو حقا من الحقوق الأساسية يقابل الملكية، فإن حق الملكية هو كذلك حقا أساسي وفق منظور القاضي الدستوري الجزائري، و يتبين أن المجلس تبني صراحة نظرية الحقوق الأساسية من خلال التسبيب المذكور أعلاه، و هو يوحى إلى تأثر مجلسنا بالقضاء الدستوري في القانون المقارن الذي يعتمد كمرجعية لحماية حقوق الأفراد و الجماعات على " الحقوق الأساسية"، كما رأيناه في عدة محطات من خلال اجتهاد القاضي الدستوري الفرنسي، خاصة بعد دسترة هذا المفهوم في الدساتير أولها الدستور الألماني، و كذا الإسباني، الفنلندي و غيره³.

ثانيا – حرية المقابلة مقيد بالمصلحة العامة: حرية المقابلة في الفقه و القضاء الدستوريين الفرنسيين، هي حرية مشتقة من حق الملكية، و نجد القاضي الدستوري الفرنسي أسس حرية المقابلة استنادا على نص المادة 4 من إعلان 1789 على أن: " المادة 4 من إعلان 1789 تنص على أنه: تكمن الحرية في القدرة على فعل كل ما لا يضر بالغير، فلا يمكن ضمان الحرية في حالة وضع حدود كيفية و تعسفية للمساس بحرية المقابلة..."⁴.

1- يختلف ذلك مع ما ذهب إليه المجلس الدستوري الفرنسي في قراره لسنة 1982 على أساس المادة 17 من إعلان 1789، على أن التعويض يجب أن يكون مسبقا لمنزوع ملكيته عند عملية التبادل بحلول الدولة محل المالك، و يشكل في هذه الحالة التعويض المسبق دعم و ضمانة لحق الملكية، و نعتبر موقف المجلس تراجع على مبدأ دستوري هام، فمن غير المعقول يحرم الفرد من ملكيته و ينتظر تعويض لاحق.

2- الرأي رقم 01/16 ر.ت.د.م د المؤرخ في 28 جانفي 2016، يتعلق بمشروع القانون المتضمن التعديل الدستوري منشور على الموقع www.conseilconstitutionnel.dz.

3- Interview d'Henri Oberdorff, Professeur émérite à l'université Grenoble-Alpes, « Les libertés fondamentales : théorie générale », Lextenso ajoutée le 8 août 2016, disponible en ligne à l'adresse: <https://www.youtube.com/watch?v=rFpjANFjrql>.

4- Guillaume DRAGO, « Droit de propriété et liberté d'entreprendre dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel: une relecture », CRDF, n° 9 : Conseil Constitutionnel et droits fondamentaux, Paris, 2011, p. 35.

و لا يعتبر المجلس الدستوري الفرنسي أنّ حرية المقالولة هي حرية مطلقة، بل يمكن وضع حدود تشريعية عليها، و لكن تلك الحدود يجب أن تكون متناسبة مع الهدف المنشود و مع ضمان حقوقا و حريات أساسية أخرى هي من قيمة دستورية، هذا ما نلمسه من خلال تسبيب قرار المجلس المؤرخ في 16 جويلية 2009: " يجوز للمشرع أن يضع حدودا على حرية المقالولة المنبثقة من المادة 4 من إعلان 1789، تلك الحدود تتعلق بمتطلبات دستورية أو مبررة بمقتضيات المصلحة العامة، شرط أن لا يكون الإنقاص من حرية المقالولة يؤدي على انتهاك غير متناسب بالنظر للأهداف المتوخاة"¹.

و بدخول إجراءات الرقابة الدستورية اللاحقة المتعلقة بآلية المسألة الدستورية الأولية حيز التطبيق منذ سنة 2010، نلاحظ أن القاضي الدستوري الفرنسي لم يخرج على اجتهاده في مجال الحماية الدستورية لحق الملكية و حرية المقالولة التي كرسها من خلال عدة قرارات في إطار الرقابة الدستورية السابقة، فقد أكد في إطار الرقابة اللاحقة في قرار مؤرخ في 12 نوفمبر 2010: " حق الملكية المضمون بموجب المادة 2 و 17 من إعلان 1789 يمكن أن يعد أحد الحقوق و الحريات المضمونة بموجب الدستور يمكن إثارته في إطار المسألة الأولية الدستورية"²، و في قرار مؤرخ في 17 جانفي 2017: " وفقا للمادة 34 من الدستور: يحدد القانون المبادئ الأساسية... للالتزامات المدنية والتجارية، فيجوز للمشرع أن يقيد حرية المقالولة المستمدة من المادة 4 من إعلان حقوق الإنسان والمواطن لعام 1789، ما دام تلك القيود تتعلق بالمتطلبات الدستورية، أو التي تكون مبررة بمقتضيات المصلحة العامة وذلك شريطة ألا يؤدي ذلك إلى انتهاكات غير متناسبة فيما يتعلق بالهدف المتوخى"³، و هو نفس التسبيب الذي اعتمده المجلس في قرار آخر مؤرخ في 23 مارس 2016⁴، و اعتبر المجلس في قراره المؤرخ في 17

1- CC n° 2009-584 DC du 16 juillet 2009, cf. site: www.conseilconstitutionnel.fr.

2- CC n°2010-60 QPC du 12 novembre 2010, cf. site: www.conseilconstitutionnel.fr.

3- CC n° 2016-605 QPC du 17 janvier 2017, cf. site: www.conseilconstitutionnel.fr.

4-CC n° 2015-529 QPC du 23 mars 2016, cf. site: www.conseilconstitutionnel.fr.

جانفي 2017، أن " إلزام المشرع موزعي مواد البناء، باسترداد نفايات مواد البناء المباعة للمهنيين لا تمس بحرية المقاوله، طالما أن تقييد ممارسة نشاط بيع مواد البناء و ربطه بعملية استرداد النفايات لا تغير من طبيعة النشاط الرئيسي و هو بيع مواد البناء"¹.

أما بالنسبة للجزائر فإن حرية المقاوله تم دسترتها بموجب المادة 43 من الدستور التي نصت على حرية الاستثمار و التجارة و كذا تشجيع الدولة ازدهار المؤسسات لدعم الاقتصاد الوطني و الازدهار، و لم يشير المجلس لحرية المقاوله بل تقييد بالصيغة التي جاء بها الدستور، و اعتبر أن التعديل لا يتعارض مع حقوق الإنسان و المواطن، كما جاء من خلال تسببيه على أن: " اعتبارا أن المادة المذكورة أعلاه موضوع التعديل، ترمي إلى إناطة الدولة بمهمة تحسين مناخ الأعمال، وضبط السوق، وحماية حقوق المستهلك ومنع الاحتكار والمنافسة غير النزيهة، واعتبارا أن دسترة هذه المهام غايتها توفير الشروط اللازمة لممارسة الأعمال، وتحقيق تنمية الاقتصاد الوطني، وضمان الحكامة الاقتصادية، وتأطيرها بضمانات كفيلة بتحقيق هذه الغاية"²، و إن اعتبر المجلس أن دسترة حرية الاستثمار بالموازنة مع اعتبارات أخرى هي كذلك ذات قيمة دستورية، و المتمثلة في منع الاحتكار و المنافسة غير النزيهة هي مبادئ تتوافق مع الحقوق الأساسية، فإننا لا يمكن أن نحكم على موقفه حول حماية حرية المقاوله بشكل عام و موازنتها مع الاعتبارات الدستورية الأخرى إلا في المستقبل.

الفرع الثاني: الحقوق الاجتماعية حماية دستورية مستمرة

لقد كانت الحقوق المدنية و السياسية السباقة في الظهور تزامنا مع الحركة الدستورية، سميت من قبل الفقه بحقوق الجيل الأول، و لكن التمتع بتلك الحقوق لا يتحقق إلا

1- CC n° 2016-605 QPC du 17 janvier 2017 , cf. site: www.conseilconstitutionnel.fr.

2- رأي رقم 01/16 ر.ت.د/م د المؤرخ في 28 جانفي 2016، يتعلق بمشروع القانون المتضمن التعديل الدستوري، منشور على الموقع www.conseilconstitutionnel.dz.

بالحقوق الاجتماعية و هي حقوق الجيل الثاني، و قد كرسها النظام الفرنسي في ديباجة دستور 1946، تلك الديباجة منحها المجلس القيمة الدستورية بموجب قراره لسنة 1971، و أما النظام الجزائري فإن الحقوق الاجتماعية تضمنها الدستور، و عليه سنوضح بعض مواقف المجلس الدستوري الفرنسي و الجزائري للحقوق الاجتماعية على النحو المبين أدناه.

أولا - الحقوق العمالية ضرورة في الحوار الاجتماعي: إن العمل هو أساس رفاهية و ازدهار كل مجتمع و هو أولية الأوليات لكل سياسات الدول في العالم، و لقد كرس المجلس الدستوري الفرنسي حق العمل و استند في ذلك على ديباجة دستور 1946، و التي اعتبرها الفقيهان جون ريفيرو و جورج فيدال (Jean Rivero et Georges Vedel) على أنها تمثل: " نظام للعمال حقيقي " (un véritable « statut du travailleur »)¹، و عبر المجلس الدستوري الفرنسي على ذلك من خلال القرار الصادر عنه بتاريخ 28 ماي 1983 الذي جاء في تسبيبه: " على المشرع أن يفرض القواعد الآيلة إلى تأمين حق كل إنسان بالحصول على العمل، و التي تمكن أكبر عدد من المواطنين من الحصول على وظائف "، لذا نلاحظ أن المجلس يحث المشرع على وضع القواعد القانونية التي تهدف إلى توفير العمل للعدد الأكبر من المواطنين، و نجد أن القاضي الدستوري بقي متمسك بنفس الأسباب لحماية حق العمل اليوم.

فهو يستعمل نفس الصياغة التي جاء بها في قرار سنة 1983 المذكور، كما هو ثابت من القرار 12 جانفي 2002²، و القرار المؤرخ في 20 أكتوبر 2017 في الحيثية رقم 5: " أن المادة 35 من الدستور تخول للمشرع وضع المبادئ الأساسية لحق

1- Olivier DUTHEILLET de LAMOTHE, « Les normes constitutionnelles en matière sociale », Les Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel, n° 29, 2010/3, p.195.

2 -Ibid.

العمل... يضمن المشرع تجسيد حق العمل، مع المصالحة بينه و بين الحريات الدستورية المضمونة، لاسيما حرية المقاوله التي تنبثق من المادة 4 من إعلان 1789".

و على ذلك الأساس أعتبر المجلس في قراره المذكور أنه فيما عاذا الأجر، أن الحكم التشريعي الذي يجيز لرب العمل تغيير شروط عقد العمل و التي قد تنتهي بتسريح العامل¹ على أنها لا تتعارض مع الدستور، على اعتبار أنه خول للعامل الطعن في التسريح أمام قاضي الذي له صلاحية تقدير مدى احترام شروط التسريح طبقا للقانون، و أكد المجلس على أن المشرع لم يخل بالتوازن بشكل واضح بين المتطلبات الدستورية المستمدة من حق الحصول على عمل من جهة، و حرية المقاوله من جهة ثانية، و لكن المجلس قدم تحفظ بضرورة تحديد المشرع الأجل القانوني لرب العمل كي يقرر تسريح العامل².

الملاحظ و إن كان القاضي الدستوري الفرنسي متمسك بنفس المبادئ العامة لحماية حق العمل اليوم، فإن غلب الطابع الليبرالي في علاقة العمل بتقوية مركز أرباب العمل في عقد العمل على العمال، بناء على إعلاء حرية المقاوله على حق العمل³، و

1- Commentaire Décision n°2017-665 QPC du 20 octobre 2017 Confédération générale du travail - Force ouvrière (Licenciement en cas de refus d'application d'un accord en vue de la préservation ou du développement de l'emploi), cf. site: www.conseilconstitutionnel.fr.

2-CC n° 2017-665 QPC du 20 octobre 2017, cf. site: www.conseilconstitutionnel.fr.

3- لقد أثار تعديل قانون العمل الفرنسي بقانون صادر بتاريخ 9 أوت 2016، جدلا سياسيا و اجتماعيا واسعاً، من خلال مظاهرات مناهضة لذلك القانون قبل و بعد سن القانون، و قد كان القانون محل إخطار على المجلس الدستوري من قبل النواب و الشيوخ فصدر بشأنه قرار بتاريخ 4 أوت 2016 يقضي بدستورية جل أحكامه، و في سنة 2017 سارت الحكومة الجديدة المشكلة بعد رئاسيات سنة 2017 في نهج تغيير أحكام قانون العمل بإدخال إصلاحات أعمق في قانون العمل بجعله أكثر مرونة، و لتجنب الجدل السياسي على مستوى البرلمان حول أحكام قانون العمل، استعملت الحكومة طلب الترخيص من البرلمان لتعديل قانون العمل باعتباره يدخل في صلاحية البرلمان بواسطة المراسيم خلال مدة محددة، و لكن ذلك الترخيص يكون بواسطة قانون مصادق عليه من البرلمان بجيزه إعمالا بنص المادة 38 من الدستور، و هي أحد مظاهر تقوية السلطة التنفيذية على السلطة التشريعية، و قد تم الطعن في القانون المجيز للترخيص من قبل نواب حزبيين يساريين و صدر قرار على المجلس الدستوري بتاريخ 7 سبتمبر 2017 قضى برفض الطعن، و قد صدرت مراسيم معدلة لقانون العمل دخلت حيز النفاذ من تاريخ 1 جانفي 2018 تخدم بكثير مصلحة أرباب العمل في علاقة العمل على حساب مصالح العمال، كتسهيل عزل العامل عن العمل من قبل رب العمل، للمزيد من التفاصيل راجع:

CC n° 2016-736 DC du 4 août 2016, et Déc. n° 2017-751 DC du 7 septembre 2017, cf. site: www.conseilconstitutionnel.fr, et Marianne REY, « Réforme du code du travail: 9 mauvaises nouvelles (et une bonne) pour le salarié », publié le 22/09/2017 à 13:38, mis à jour le 26/09/2017 à 09:21 disponible en ligne à l'adresse: <https://lentreprise.lexpress.fr>.

لكن تم تضمين ذلك بفتح الباب للعامل الحق في الطعن القضائي، و يعد ذلك حسب رأيينا تراجع على عناصر أساسية يحكمها الحق في العمل.

إن الاعتراف بحق العمل يقابله كذلك الحق في الراحة و هو حقا أساسي للعامل، و قد تصدى له المجلس بموجب قرار له بتاريخ 29 جويلية 2005 ذلك الحق هو مبرر من ناحيتين الأولى اجتماعية، و هو الحق في الصحة، التي تتطلب أن يتمتع العامل بالراحة بشكل وجوبي بما فيها الراحة التعويضية الإلزامية (repos obligatoire compensateur)، و الثانية اقتصادية تتمثل في إعادة قوة العمل للعامل (reconstitution de la force de travail)¹.

كما أن المجلس يحمي مبدأ مشاركة العمال في التحديد الجماعي لقواعد العمل في المؤسسات، عملا الفقرة الثامنة من ديباجة دستور 1946 لكن في نفس الوقت يضع له حدود، كما جاء في قراره الصادر في 19 أكتوبر 2017: "أن حق التمثيل في المجالس العمالية المؤهلة للتحديد الجماعي لظروف العمل ليس عام، بل يقتصر على العمال الدائمين و المندمجين بشكل وثيق في المؤسسة"².

إن حق العمل أشتق منه القاضي الدستوري الفرنسي حقوقا أخرى تتمثل في حق الإضراب، و الحق النقابي، و حرية الانضمام الحر للنقابة التي هي مجسدة في ديباجة دستور 1946 ، فحق الإضراب أعترف بقيمته الدستورية في عدة قرارات صادرة عنه ولا يمكن للمشرع إلغاء ذلك الحق سواء في القطاع العمومي الاقتصادي أو الوظيف العمومي أو القطاع الخاص³، و لكن دائما يؤكد على أنه حقا غير مطلق، بحيث يخضع للتوفيق بين المصالح المهنية و اعتبارات أخرى هي كذلك من قيمة دستورية⁴، و هي المحافظة

1- Pascal LOKIEC, Droit du travail, les relations individuelles de travail, PUF, Paris, 2011, p.395.

2- CC n° 2017-661 QPC du 13 octobre 2017, cf. site: www.conseilconstitutionnel.fr.

3- Lois FAVOREU, Loïc PHILIP, Les grandes décisions du conseil..., op.cit, p .372.

4-Ibid. , pp. 373 - 382.

على النظام العام، استمرارية المرفق العام، المحافظة على الصحة العامة و الأمن، المساواة و المسؤولية المدنية¹.

ففي قرار المجلس لسنة 1979²، وضع قيد على حق الإضراب لبعض الفئات في الوظيف العمومي (كعناصر الشرطة و الجيش...) على اعتبار " استمرارية سير المرافق العامة... مثله مثل حق الإضراب هو من طبيعة مبدأ ذو قيمة دستورية"³، و يجب التأكيد على أن القاضي الدستوري الفرنسي يلزم بأن يكون كل تقييد لممارسة حق الإضراب مبررا من قبل المشرع في الأحكام التشريعية، و إلا كنا أما انتهاك لحق الإضراب.

كما أنه تولد حق ذو أهمية بالغة عن حق العمل ناتج عن نضال العمال في القرن التاسع عشر في خضم الثورة الصناعية، و هو الحق النقابي الذي يسمح بتشكيل النقابات للدفاع على مصالح و حقوق العمال، و تقرير اللجوء للإضراب عمليا يكون بواسطة النقابات، فالحق النقابي، التي تخول للعمال بواسطة ممثليهم الدفاع على حقوقهم و مصالحهم المهنية و الاجتماعية، و قد أعترف المجلس في قرار له سنة 1996: " المنظمات النقابية لها حق طبيعي يتجلى في ضمان عن طريق التفاوض الجماعي الدفاع على حقوق و مصالح العمال"⁴، كما أن المنازعات الدستورية أنصبت كذلك على مسألة حماية الممثلين النقابيين و في هذا المجال صدر عن المجلس قرار بتاريخ 1988 يعتبر تلك " الحماية تعد أحد المتطلبات الدستورية"⁵، كما أن المجلس في عدة قرارات صادرة عنه جسد مبدأ حرية الإضراب أو الامتناع عن الإضراب في مكان العمل، و حرية الانتماء للنقابة أو الامتناع على الانتماء لأي نقابة.

1 - Jeun claud JAVILLIER , Droit du travail , LGDJ , 7^e édition ,Paris, 1999 , p.722-721.

2 - CC n° 79-105 DC du 25 juillet 1979, cf. site: www.conseilconstitutionnel.fr.

3-Ibid.

4 - Laurence GAY, « Droit de grève et liberté syndicale dans la jurisprudence constitutionnelle : des libertés « particulières? », Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel, n° 45, 2014 /4, p.45.

5 - Ibid, p.46.

أما في نظامنا الجزائري الملاحظ أنه لم يسبق و أن تطرق المجلس الدستوري الجزائري للحقوق العمالية لعدم إخطاره بقانون متعلق بذلك الموضوع، و لكن هذا لا ينفي أن المؤسس الجزائري جعل من الحقوق حقوقا أساسية بالنص عليها في الدستور بداية من حق العمل وفق المادة 69 ، الحق النقابي المادة 70، الحق في الإضراب المادة 71 من الدستور.

ثانيا - حق السكن تحقيق لكرامة الفرد: يعد حق السكن أحد الحقوق الاجتماعية للأفراد في مواجهة الدولة، و هو حق ظهر و تطور مع تطور دولة العناية (État-providence)، و من ثم فتأمين العيش الكريم للإنسان لا يتحقق إلا بتوفير سكن اللائق، و لا يمكن التمتع بالحقوق الأساسية الأخرى دون هذا الحق، و في هذا الصدد يعمل المجلس الدستوري الفرنسي على حماية هذا الحق الأساسي لأهميته الاجتماعية البالغة، و هذا ما جسده من خلال عدة قرارات واعترف بالقيمة الدستورية لحق السكن في قرار له سنة 1995: " منح الإمكانية لكل شخص للحصول على سكن لائق يشكل هدف ذو قيمة دستورية"¹.

و لحماية ذلك الحق يلجئ القاضي الدستوري الفرنسي إلى المصالحة بينه و بين حقوق أساسية أخرى كحق الملكية، و هو ما عبر عليه من خلال تسببيه للقرار المؤرخ في 29 جويلية 1998 على أن: " يجب على المشرع أن يجسد الهدف الدستوري الذي يخول لكل شخص الحصول على سكن لائق، و لتحقيق هذا الهدف يجوز للمشرع أن يضع قيود على حق الملكية التي يراها ضرورية شرط لا يشكل خطورة تنعكس على تغيير معنى ونطاق حق الملكية و حماية الحرية الشخصية"، و في قرار صادر عنه بتاريخ 7 ديسمبر 2000: " منح الإمكانية لكل شخص بأن يحصل على سكن لائق يعد أحد الأهداف الدستورية"، و تبني المجلس التعريف القانوني للسكن اللائق بناء على

1- CC n° 94-359 DC du 19 janvier 1995, cf.site: www.conseilconstitutionnel.fr.

تحديد مواصفات هذا السكن من الناحية القانونية على أنه: " لا يترك مجالا لظهور مخاطر تهدد الأمن العام أو قد تنتهك الصحة العامة، و يحتوي على عناصر تجعله متطابق مع الاستعمال السكني " ¹.

يجب التتويه أنه لا يوجد نص صريح في المنظومة الفرنسية يقرر حق السكن كحق دستوري، و لذلك استمد القاضي الدستوري مصدر حق السكن اللائق من مبدأ " الكرامة الإنسانية" (Le principe de dignité de la personne humaine) الذي يجد مصدره في الفقرة الأولى من ديباجة دستور 1946، و هو ما كرسه المجلس في قرار له بتاريخ 29 جويلية 1998، و يعتمد القاضي الدستوري الفرنسي على سند آخر للتأكيد على القيمة الدستورية لحق السكن اللائق و ذلك بناء على الفقرة 10 و 11 من ديباجة دستور 1946²، و التي هي الأخرى في الوقع مرتبطة بالكرامة الإنسانية، هذا ما كرسه المجلس في قرار له بتاريخ 12 أوت 2004³ و من بعد ذلك في عدة قرارات صادرة عنه، و نجد في احد قراراته الحديثة استند على الفقرتين 10 و 11 و كذا مبدأ الكرامة الإنسانية في آن واحد لإعطاء حق السكن اللائق القيمة الدستورية، هذا ما نلاحظه من خلال القرار الصادر بتاريخ 5 أكتوبر 2016 الذي أقر من خلاله المجلس بأن التزام إسكان الأشخاص الذين مستهم عملية تهيئة تكون على عائق الهيئة العمومية التي باشرت عملية التهيئة ⁴.

و على عكس النظام الفرنسي، فإن حق السكن تم دسترته صراحة في دستور 2016 الجزائري بموجب المادة 67 التي تنص على أن: " تشجع الدولة على انجاز

1 - François LUCHAIRE, Le Conseil Constitutionnel, tome 4 , ...op.cit, p. 31.

2 تنص الفقرة 10 من ديباجة دستور 1946 الفرنسي على أن " تضمن الأمة للجميع و لاسيما الطفل و الأم و العمال المسنين حماية الصحة و الأمن المعيشي و الراحة و أوقات الفراغ، و يكون لكل إنسان غير قادر على العمل بسبب سنه أو حالته البدنية أو العقلية أو وضعه الاقتصادي الحق في الحصول على الوسائل الملائمة للوجود في المجتمع ". أما الفقرة 11 " تعلن الأمة التضامن و المساواة لكل الفرنسيين أمام الأعباء الناجمة عن الكوارث القومية ".

3-Arlette HEYMANN-DOAT et Gwénaële CAIVES, Libertés publiques et droit de l'homme..., p.215.

4 - CC n° 2016-581 QPC du 5 octobre 2016, cf.site: www.conseilconstitutionnel.fr.

المساكن . تعمل الدولة على تسهيل حصول الفئات المحرومة على سكن "، و قد عالج المجلس الدستوري هذا النص بمناسبة رقابته على مشروع التعديل الدستوري.

ثالثا-الحق في الحماية الصحية: إن الحق في الحماية الصحة هو حق اجتماعي يقع على الدولة ضمانه لكل الأفراد على إقليمها، و من ثم الدولة ملزمة بوضع سياسة ناجعة لحفظ الصحة العمومية و الوقاية من الأمراض و الأوبئة، على اعتبار أنه لا يمكن ضمان جل الحقوق الأساسية بدون تمتع الإنسان بالصحة الجيدة، و بالتالي فالحق في الصحة يرتبط بجميع الحقوق الأساسية و المبادئ ذات القيمة الدستورية، فلا يمكن عزل حرية التعبير عن حق الصحة و لا يمكن عزل حرية المقابلة عن حق الصحة و لا يمكن عزل حق التعليم عن حق الصحة...الخ ، فهو حقا اجتماعي لا بد منه و لا يمكن للدولة أن تتحلل عليه.

و يتفرع عن هذا الحق عدة حقوق يجب أن يضمنها المشرع في القوانين المنضمة للصحة العمومية و هي حقوقا فردية و جماعية يمكن الاستشهاد بها كما جاء بها المشرع الفرنسي في قانون " الديمقراطية الصحية " الصادر بتاريخ 4 مارس 2002، و الذي كرس عدة مبادئ تتعلق بحقوق شخصية و هي مبدأ المساواة في تلقي العلاج، الحق في التكفل بألم المريض، الحق في تلقي العلاج الأكثر تناسبا، الحق في احترام الحياة الخاصة، الحق للقصر في حالة خضوعهم للعلاج أن يكتفون المرض الذي أصابهم على أوليائهم...الخ.

إن الحق في الحماية الصحية تم تجسيده في المنظومة الفرنسية بموجب الفقرة 11 من ديباجة دستور 1946، و قد أقر المجلس الدستوري الفرنسي بالقيمة الدستورية للحق في الحماية الصحية بموجب قراره المتعلق بالتوقيف الإرادي للحمل الصادر بتاريخ 15 جانفي 1975 الذي تطرق فيه لحق الصحة و لو بصفة عرضية باعتباره لم يعتبر

الجنين أنه طفلا بمفهوم الفقرة 11 من دستور 1946¹، تلك الفقرة تقرر للطفل " الحماية الصحية " ².

و يمكن الاستشهاد بقرار صادر عن المجلس الدستوري سنة 1991 المتعلق بالقانون مكافحة التدخين و استهلاك الخمر، الذي جعل من حق الصحة أسمى من حقوق أخرى، فوضع حدود على حرية المقابلة المنبثقة من حق الملكية بمنع الإشهار على التبغ لحماية الحق في الصحة، فأعتبر أن حق الملكية المقرر بموجب إعلان 1789: " تطور ليشمل ميادين جديدة كالحق في ملكية العلامة الصناعية المتعلقة بالتجارة، أو الخدمات باستعمالها و حمايتها في إطار القانون، و تطور في ميدان الالتزامات الدولية المصادق عليها من قبل الدولة الفرنسية " ³.

و لكن ذلك الحق ليس مطلقا كما ذهب إليه القاضي الدستوري الفرنسي: " فهو محدد بمقتضيات المصلحة العامة بما فيها تلك التي جاءت بها الفقرة 11 من ديباجة دستور 1946 ألا و هي حماية الصحة، خاصة أن القانون سمح باستعمال الإشهار داخل متاجر التبغ و ليس خارجها" ⁴، بناء على ذلك اعتبر القاضي الدستوري الفرنسي: " منع الإشهار لمواد التبغ لا يقلص من حق الملكية، و لكن ذلك المنع هو مبرر بمبدأ ذو قيمة دستورية و هو حماية الصحة العمومية" ⁵، إذا يتبين أن المنازعة الدستورية تتعلق بالأساس بتنازع حقا أساسيا مع حقا آخر أساسيا كذلك، و هنا يلعب القاضي الدستوري دور الموفق بين الحقوق الأساسية، و ذلك بوضع حدود على ممارسة حقا من الحقوق الأساسية كما لاحظناه في القرار المذكور بالنسبة لحق الملكية، لحماية حقا أساسيا آخر هو كذلك من قيمة دستورية و هو "حماية الحق في الصحة".

1- Lois FAVOREU, Loïc PHILIP, Les grandes décisions du Conseil..., op.cit, pp320.- 321.

2- تبقى مسألة اعتبار الجنين له صفة الإنسان أم لا محل خلاف و جدل حتى في المجتمعات الغربية في حد ذاته.

3 - CC n° 90-283 DC du 8 janvier 1991, cf.site: www.conseilconstitutionnel.fr.

4- Ibid.

5- Ibid.

و لقد سن المشرع الفرنسي قانونا يتعلق بتطوير نظام الصحة سنة 2015، و شمل القانون منع الإشهار لمواد التبغ حتى داخل المحلات المخصصة لبيع التبغ، ذلك القانون تم عرضه على المجلس الدستوري بناء على إخطار من قبل النواب، و قد كانت بين البنود التي كانت محل الإخطار منع المشرع إشهار مواد التبغ داخل المتاجر الخاصة ببيع التبغ طبقا للشطر الثاني من الفقرة الأولى من المادة 23 (Le 2° du paragraphe article 23 (Ide l' article 23 المعدلة للمادة (3 - L.3511) من قانون الصحة العمومية، و قد استند النواب على أن ذلك النص يحد من حرية المقابلة لأصحاب أكشاك التبغ (Buralistes)¹، و لكن القاضي الدستوري الفرنسي غلب حق حماية الصحة العمومية على حرية المقابلة المثار من قبل النواب.

فجاء في تسببيه للقرار الصادر بتاريخ 21 جانفي 2016 على أن: " باعتبار أن الأحكام المتنازع عليها من المادة 23، المشرع يهدف تجنيب الأشخاص الذين لا يستهلكون منتجات التبغ تعريضهم لإعلانات اشهارية لصالح تلك المنتجات، مما قد تعرضهم على استهلاك مواد التبغ، و من ثم فالمشرع حقق هدفا دستوري و هو حماية الصحة، فهذه الأحكام لا تمنع إنتاج، و لا توزيع، و لا بيع مادة التبغ أو مواد التبغ، و مادام أن أكشاك بيع التبغ لهم صلاحية بيع تلك المادة مع مواد أخرى، و من بين زبائنهم أشخاص من غير مستهلكي مواد التبغ، فإن الإشهار للتبغ و مواد التبغ في أماكن بيعها لا تشكل مساسا غير متناسب مع حرية المقابلة"²، مع العلم أن المجلس حريص على حماية حق المقابلة بربطه بضرورة عدم المساس بمبدأ التناسب فجاء في تسببيه للقرار الصادر عنه في إطار المسألة الأولية الدستورية على أن: " يجوز للمشرع وضع قيود

1- Commentaire Décision n°2015-727 DC du 21 janvier 2016, Loi relative à la modernisation de notre système de santé, publiée sur le site : www.conseil-constitutionnel.fr.

2- CC n°2015-727 DC du 21 janvier 2016, cf. site:www.conseilconstitutionnel.fr.

على حرية المقابلة التي تنبثق من المادة 4 من إعلان حقوق الإنسان و المواطن، و لكن تلك القيود يجب أن تكون لها علاقة بمتطلبات دستورية، أو مبررة بمقتضيات النظام العام، و لا يترتب على تلك القيود المساس الغير متناسب مع الأهداف التي يرسمها المشرع"¹، و في نفس القرار أستعمل القاضي الدستوري الفرنسي نفس الأسباب، لاعتبار أن إلزام المشرع أن تكون علب السجائر حيادية دون إعطائها مظهرا خاص بحسب العلامة، (qu'en imposant une neutralité et une uniformisation des unités de conditionnement)، هو بهدف حماية الصحة العمومية و بالتالي يجوز وضع حدودا على حرية المقابلة و التقليل من حق ملكية العلامة التجارية.

أما بالنسبة للمجلس الدستوري الجزائري فإنه لم يتطرق لحق الصحة و ذلك لعدم إخطاره من أي سلطة من سلطات الإخطار بقواعد قانونية تتعلق بالصحة.

الفرع الثالث: حقوق البيئة و التنمية المستدامة محور جديد في الحماية الدستورية

تعد حقوق البيئة و التنمية المستدامة حقوق الجيل الثالث و هي حقوقا ضرورية لعصرنا، و جاءت بعد التكريس الدستوري للحقوق السياسية و المدنية و الحقوق الاجتماعية و الاقتصادية و الثقافية، و يعد موضوع حماية البيئة و ضرورة حمايتها أمرا حديثا، فلم تكن تهتم الدول بالبيئة، فكان جل اهتمامها حول تحقيق التنمية الاقتصادية مع إهمال ما يترتب عن ذلك من أضرار بيئية.

أولاً- حماية البيئة ضرورة أساسية: إنّ تطور المجتمع الدولي خاصة بعد الحرب العالمية الثانية عقدت عدة معاهدات و اتفاقيات دولية تخص حماية البيئة و حمايتها من التلوث، خاصة وأن الخطر البيئي ليس له حدود، و من ثمّ انتقل الاهتمام بحق البيئة للتشريعات الوطنية، التي أصبحت تضع القواعد الهادفة لحماية الإنسان في العيش في بيئة سليمة، و مع تزايد اهتمام الرأي العام بموضوع البيئة و ما يترتب عليها من مشاكل

1- CC n° 2014-394 QPC du 7 mai 2014 ,cf. site: [www.conseilconstitutionnel .fr](http://www.conseilconstitutionnel.fr).

حقيقية تهدد وجود الإنسان في حد ذاته، كتلوث البحار بالبترول، التغير المناخي، الاحتباس الحراري، تسيير النفايات، مخاطر الإشعاع النووي، تلوث المياه و استعمال المبيدات... الخ¹، تلك المخاطر أصبحت موضوع الساعة على المستوى الوطني لتعلقها بوجود الأجيال في الحاضر و المستقبل.

فأصبح من الضروري الارتقاء بالبيئة في الهرم القانوني، لتوضع كحقوق أساسية يجب أن تتمتع بها الجماعة الوطنية و الفرد في آن واحد، و قد تم التكريس الدستوري في فرنسا لحق البيئة بموجب ميثاق البيئة لسنة 2004²، الذي تم دمجها في ديباجة الدستور سنة 2005، و من ثم أصبح مرجعية للقاضي الدستوري في عملية الرقابة الدستورية، أما في الجزائر فإن دسترة حق البيئة لم تأتي إلا مؤخرا سنة 2016 بموجب المادة 68 من الدستور.

و بمجرد دخول ميثاق البيئة لسنة 2004 حيز النفاذ بعدما تمت المصادقة عليها من قبل البرلمان المجتمع بغرفتيه بتاريخ 28 فيفري 2005 الصادرة بالجريدة الرسمية بتاريخ 01 مارس 2005، بموجب قانون دستوري، منحها المجلس الدستوري و كذلك مجلس الدولة الفرنسيين القيمة الدستورية بتأكيدهما معا على نفس القاعدة و هي: " الأحكام المختلفة من ميثاق البيئة، مثلها مثل مجموع الحقوق و الالتزامات التي تضمنها الميثاق هي من قيمة دستورية، و ملزمة على جميع السلطات العمومية و السلطات الإدارية في مجالات اختصاصاتها لتلك السلطات "³.

1 - Michel PRIEUR , « Charte de l' environnement droit dur ou gadget politique ? » , Revue française d'études constitutionnelles et politique , n° 127, 2008 , p.51.

2 - تنص ديباجة ميثاق البيئة على أن: "...حيث مستقبل و بقاء الإنسانية لا يمكن فصله على وسطها الطبيعي حيث البيئة تمثل التراث المشترك للإنسانية..." و تنص المادة 01 منه: " كل شخص له الحق في العيش في بيئة متوازنة تحترم الصحة "، و المادة 02 منه: " كل شخص ملزم بالمشاركة في حماية و تحسين البيئة "

3- Yann AGUILA , « Les acteurs face à la constitutionnalisation du droit de l'environnement » , Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel, n° 43, 2014 , p.44, Voir aussi: CC 2008-564 DC du 19 juin 2008, cf. site: www.conseilconstitutionnel.fr.

و قد تضمن ميثاق البيئة حقوقا لصالح الأفراد من بينها الحق لكل شخص أن يعيش داخل بيئة صحية متوازنة و كريمة، الحق في الحصول على المعلومات المتعلقة للبيئة، و الحق في المشاركة في وضع القرارات التي تؤثر على البيئة، كما وضع الميثاق التزامات على الأفراد و الجماعات في مجال حماية البيئة، من بينها على كل شخص واجب المشاركة و حفظ و تحسين البيئة، و كذا الامتناع على إلحاق أي ضرر يصيب سلامة البيئة، و جبر الضرر في حالة حدوث الضرر¹.

ثانيا - الأسس الدستورية للحق في البيئة موضوع للمنازعات الدستورية: إن الحقوق المنصبة من الحق في البيئة جسدها المجلس الدستوري الفرنسي من خلال اجتهاداته العديدة سنة 2005² إلى يومنا هذا، إما بتقرير عدم دستورية النصوص التشريعية كليا أو جزئيا بواسطة تقنية التحفظات التي يستعملها المجلس في عملية الرقابة ، تلك المنازعات أسست قانونا دستوري بيئي، و تثار مسألة مخالفة النصوص القانونية لميثاق البيئة في إطار الرقابة السابقة التي تحركها السلطات العمومية طبقا للمادة 61 من الدستور الفرنسي، و إما في إطار الرقابة اللاحقة التي يثيرها الأفراد بناء على إجراءات المسألة الأولية الدستورية طبقا للمادة 61 - 1 من الدستور الفرنسي.

و يلاحظ جانب من الفقه الفرنسي بأن المجلس الدستوري الفرنسي يتعامل بحذر مع حماية ميثاق البيئة، رغم قيمته الدستورية المجسدة في الدستور في ذاته، كما نلاحظه

1- la Charte de l'environnement, loi constitutionnelle n° 2005 - 205 du 1er mars 2005, cf. site: www.conseilconstitutionnel.fr.

2- تم طرح مسألة حماية البيئة على المجلس الدستوري الفرنسي منذ سنة 1970 فيما يخص حماية مجال الدومين العام البحري، ذلك المجال له علاقة بحماية البيئة، و طرحت كذلك نفس المسألة سنة 1985، و قد عالجه المجلس من زاوية أن حماية البيئة هي عنصر من عناصر المصلحة العامة التي تمثل حماية التوازن البيولوجي، و حماية المناظر الطبيعية... الخ

Voir: Vadim JEANNE, La protection de l'environnement, composante de l'intérêt général, Mémoire réalisé dans le cadre du Master 2 , Université Paris Sud Faculté Jean Monnet -Droit, Économie, Gestion , Année universitaire 2014-2015, pp.15-16.

من خلال قرار المجلس بتاريخ 28 أبريل 2005، فتم إخطار المجلس من قبل أعضاء الجمعية الوطنية و مجلس الشيوخ الذين طعنوا في تدني الشروط الواجب توافرها في البحارين لتوظيفهم في الملاحة البحرية كما يلزمه قانون العمل، و اعتبروا أن ذلك سينعكس سلبا على الأمن في الملاحة البحرية، مشيرين إلى أن الحوادث التي وقعت في البحار و سببت كوارث إيكولوجية سببها هو عدم فهم و التنفيذ الأمثل للأوامر، أو أخطاء تقنية في أوامر الملاحة خاصة في الحالات المستعجلة، و من ثم فإن تدني شروط التوظيف في الملاحة البحرية سيكون له أثر على الأمن البيئي، باعتبار أن المشرع في هذه الحالة يكون مخالف للمادة 6 من ميثاق البيئة التي تنص على أنه: " يجب أن تشجع السياسات العامة التنمية المستدامة، و تحقيقا لهذه الغاية فإنها توفق بين حماية و تحسين البيئة، و بين التنمية الاقتصادية و الرقي الاجتماعي"¹.

و رغم أن دفع أصحاب الإخطار جاء مؤسس من الناحية الدستورية، فإن المجلس أعتبر أن تلك الأحكام القانونية لا تخالف المادة 6 من ميثاق البيئة²، كما أن تلك المادة تمنح المشرع تفسير واسع في التقدير من ناحية التوفيق بين حماية البيئة و بين التنمية الاقتصادية و الرقي الاجتماعي، فإن المشرع في الواقع يكون له سلطة تقديرية جد واسعة لتحقيق ذلك التوفيق، و لا يخشى احتمال تقرير عدم دستورية نصوصه التشريعية من ذلك الجانب.

كما يرى جانبا آخر من الفقه أن المسألة الأولية الدستورية المستحدثة في التعديل الدستوري لسنة 2008، و إن نجحت في مجال قانون العقوبات، و القانون الضريبي...الخ، فإنه يلاحظ أنها لم تسجل نفس النجاح في المنازعات الدستورية البيئية، و ذلك يعود حسب رأيهم لعدة أسباب من بينها أن قانون البيئة في مواده 110 فقرة 1، و 110 فقرة 2 من قانون البيئة جاءتا أكثر تدقيقا، فيما يخص المبدأين التي تقوم عليهما

1- Saisine par 60 député – 2005-514 DC, cf. site: www.conseilconstitutionnel.fr.

2 - CC n° 2005-514 DC du 28 avril 2005, cf. site: www.conseilconstitutionnel.fr.

الحق في البيئة سليمة، و هما مبدأ الوقاية (Le Principe de prévention)، و مبدأ الاحتراز (Le Principe de précaution)، و السبب الثاني هو أن المتقاضي يصعب عليه استخلاص حقوقا تتعلق بمصلحته الشخصية من خلال ميثاق البيئة، و أما الثالث أن القاضي الإداري يلعب دور كبير في تطبيق أحكام ميثاق البيئة من حيث موضوعها، فصدرت على مجلس الدولة الفرنسي المئات من القرارات في ذلك الشأن، في إطار رقابته على القرارات الإدارية التنظيمية أو القرارات الإدارية الفردية¹.

هذا لا ينفي أن هناك عدة قرارات للمجلس الدستوري الفرنسي سواء في ظل الرقابة السابقة أو الرقابة اللاحقة كرست المبادئ الدستوري في مجال حماية البيئة و التنمية المستدامة، تبرز اليوم بظهور منازعات دستورية بيئية، و يمكن الاستشهاد بقرار المجلس بتاريخ 14 أكتوبر 2011 بناء على مسألة أولية دستورية أثيرة في نزاع قضائي أحيلت على المجلس الدستوري، و استند على المادة 7 من ميثاق البيئة الذي ينتج عنه حقين أساسيين، الأول و هو حق لكل شخص الحصول على المعلومات المتعلقة بالبيئة و هي في حوزة السلطات العامة، و الثاني الحق في المشاركة في وضع القرارات العامة التي تؤثر على البيئة، و أكد القاضي الدستوري الفرنسي: "المشرع حدد المنشآت التي قد تمس بالبيئة بموجب المادة (1-511 L) من قانون البيئة و هي المصانع، ورشات المخازن، الورشات بوجه عام... الخ، و لكن فيما يخص المراسيم المحددة لكيفية تنظيم تلك المنشآت التي نظمها المشرع في المادة (2-511 L) من قانون البيئة، لا يمكن للمشرع أن يتجاهل مبدأ مشاركة الجمهور عند وضع تلك المراسيم"، و من ثم يكون المشرع خالف المادة 07 من ميثاق البيئة².

1 - Christian HUGLO, « La QPC quelle utilisation en droit de l'environnement ? », Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel, n° 43, 2014, p.63-62.

2 - CC n° 2011-183/184 QPC du 4 octobre 2011, cf. site: www.conseilconstitutionnel.fr.

كما القاضي الدستوري الفرنسي و إن كان قد اعترف بالقيمة الدستورية لميثاق البيئة، فإنه فسر ذلك الميثاق بشكل ضيق في مجال شروط المسألة الأولية الدستورية، التي تشترط لقبولها أن يكون الدفع حول مخالفة النص التشريعي للحقوق و الحريات المضمنة في الدستور، فأعتبر المجلس في قرار له بتاريخ 7 ماي 2014: " الميثاق لا يقرر حقا أو حرية يضمنها الدستور"¹، إن ذلك التفسير يمكن رده للميثاق في حد ذاته الذي جاء واسعا في مفهومه، فهو عبارة عن مبادئ عامة لا يمكن ضبطها رغم أنها يشكل جانب منها حقوقا أساسية، و ما دام أن المجلس متمسك باجتهاده الثابت إلا هو انه لا يملك سلطة تقديرية مماثلة للمشرع ، فإنه لا يمكن له تقرير بعض الحالات ظاهريا تشكل خرقا للميثاق، فهو لا يبسط رقابته لما يتعلق الأمر بالسلطة التقديرية للمشرع كما لاحظناه من خلال قراره المتعلق بمسألة توظيف ملاحين الملاحية البحرية التي جاءت في إطار الرقابة السابقة و ليست اللاحقة.

و نجد في إطار الرقابة اللاحقة استخلاص المجلس من المادة 1 و 2 من ميثاق البيئة التزاما غير منصوص عليه بشكل صريح في ميثاق البيئة و هو: " واجب الحذر البيئي " (le devoir de vigilance)، الذي يلزم كل الأفراد و ليس فقط السلطات العمومية

1-SUR LES GRIEFS TIRÉS DE LA MÉCONNAISSANCE DE LA CHARTE DE L'ENVIRONNEMENT : 4. Considérant, en premier lieu, que les dix articles de la Charte de l'environnement sont précédés de sept alinéas qui disposent :
« Que les ressources et les équilibres naturels ont conditionné l'émergence de l'humanité ;
« Que l'avenir et l'existence même de l'humanité sont indissociables de son milieu naturel ;
« Que l'environnement est le patrimoine commun des êtres humains ;
« Que l'homme exerce une influence croissante sur les conditions de la vie et sur sa propre évolution ;
« Que la diversité biologique, l'épanouissement de la personne et le progrès des sociétés humaines sont affectés par certains modes de consommation ou de production et par l'exploitation excessive des ressources naturelles ;
« Que la préservation de l'environnement doit être recherchée au même titre que les autres intérêts fondamentaux de la Nation ;
« Qu'afin d'assurer un développement durable, les choix destinés à répondre aux besoins du présent ne doivent pas compromettre la capacité des générations futures et des autres peuples à satisfaire leurs propres besoins » ; 5. Considérant que, si ces alinéas ont valeur constitutionnelle, aucun d'eux n'institue un droit ou une liberté que la Constitution garantit; qu'ils ne peuvent être invoqués à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité sur le fondement de l'article 61-1 de la Constitution...voir: CC n° 2014-394 QPC du 7 mai 2014, cf.sit: www.conseilconstitutionnel.fr.

و السلطات الإدارية في مجالات صلاحياتها بتحلي بواجب الحذر البيئي، و هذا ما جسده المجلس بموجب قرار صادر عنه بتاريخ 8 أفريل 2011 ، بحيث أكد من خلاله صلاحية المشرع في تحديد القواعد التي تحكم التعويض التي يلزم بها المسؤول عن التلوث بناء على مبدأ " واجب الحذر البيئي"¹، تجسيدا لمبدأ "الملوث المسدد" (Principe pollueur-payeur) المجسد بموجب المادة 4 من ميثاق البيئة الصادر عام 2005.

يتبين مما سبق أن القاضي الدستوري الفرنسي وضع قيود على تطبيقات ميثاق البيئة في إطار الرقابة اللاحقة في إطار إجراءات المسألة الأولية الدستورية باستبعاد بعض أحكام الميثاق من التطبيق، يعود لارتباطها بشروط دستورية تتعلق بطبيعة تلك الرقابة في حد ذاتها التي هي رقابة محددة، تلك القيود على تطبيقات الميثاق لا نجدها في الرقابة السابقة، إلا فيما يتعلق بالحدود العامة التي يعمل بها المجلس الدستوري الفرنسي و استقر عليها في اجتهاداته كعدم حله محل المشرع في التقدير.

و يمكن لنا الاستشهاد في هذا المجال بقرار المجلس المؤرخ في 8 أوت 2016 الذي بموجبه طعنوا الشيوخ في حكما قانوني يكرس مبدأ عدم الرجوع على المكتسبات في مجال حماية البيئة، و أن تدخل التشريع و التنظيم في ذلك المجال، لا يكون إلا من أجل الارتقاء نحو حماية أفضل للبيئة تزامنا مع التطور التكنولوجي و التقني بذلك الوقت، و اعتبروا أعضاء مجلس الشيوخ أن ذلك النص القانوني مخالف لحرية التشريع المضمونة بموجب المادة 2 من إعلان 1789، و السيادة الوطنية طبقا للمادة 3 من الدستور...الخ، و اعتبر المجلس: "أن ذلك النص متوافق مع الدستور باعتباره يهدف لتطوير المستمر لحماية البيئة، و التي لا تحول على أن يقوم المشرع بإلغاء أو تعديل

1- La Charte de l'environnement de 2004, Juin 2014, disponible à l'adresse:
<http://www.conseilconstitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/a-la-une/juin-2014-la-charte-de-l-environnement-de-2004.141685.html>.

أحكام قانونية اتخذها لتكريس مبدأ الاحتراز المكرس هو الآخر في المادة 5 من ميثاق البيئة¹.

أما المجلس الدستوري الجزائري تطرق لحق البيئة من خلال رقابته على مشروع التعديل الدستوري لسنة 2016 الذي تم استحداثه لأول مرة في الدستور طبقا للمادة 68، و الذي ركز على ثلاث مبادئ أولا حق تمتع المواطن بالبيئة السليمة، ثانيا التزام الدولة بالمحافظة على البيئة أي باتخاذها السياسات الناجعة لتحقيق ذلك الغرض، ثالثا إلزام المشرع على إصدار القوانين اللازمة التي تحدد التزامات الأشخاص الطبيعية و المعنوية للمحافظة على البيئة.

و الملاحظ أن المؤسس ربط حق البيئة بالمواطن، في حين أن حق حماية البيئة هو حق إنساني لا يفرق بين المواطن و الأجنبي، فهو حق للبشرية جمعاء يشكل جزء من الكرامة الإنسانية الذي هو أحد الحقوق الأساسية التي تتمتع بحماية جد متشددة، و قد اعتبر المجلس الدستوري الجزائري بمناسبة رقابته لمشروع التعديل الدستوري لسنة 2016، أن حق البيئة هو حق من حقوق الإنسان للجيل الثالث يهدف لحماية الثروات الطبيعية و حماية البيئة كشرط أساسي للتنمية المستدامة، و من ثمّ يتبين أن حق البيئة كحق دستوري هو جد حديث في النظام الجزائري، و لا يمكن لنا الحكم على مداه في نظامنا القانوني إلا في المستقبل في إطار توسيع عملية الإخطار التي جاء بها التعديل الدستوري لسنة 2016.

1- CC n° 2016-737 DC du 4 août 2016 cf.sit: www.conseilconstitutionnel.fr.

خلاصة الفصل الثاني من الباب الثاني:

يتبين لنا أن مسألة حماية الحقوق الأساسية مرتبط بعدة عوامل، أولها يتعلق بالجانب الإجرائي للمنازعات الدستورية التي تتقل النزاع للقاضي الدستوري، و الجانب الآخر يتعلق بتقنيات و الآليات التي يستعملها القاضي الدستوري لحماية الحقوق الأساسية فالشيء الظاهر أن ارتباط مفهوم الحقوق في ظل دولة القانون بمعيار الأساسية، هو غير مطلق بل يخضع في بعض الحالات إلى معايير هي الأخرى من قيمة دستورية، تستوجب على القاضي الدستوري أن يحميها في النظام القانوني، و ذلك لمسناه من خلال عملية الموازنة و التوفيق بين الحقوق الأساسية المختلفة التي يقوم بها القاضي الدستوري، أو الموازنة بين الحقوق الأساسية و المصلحة العامة التي تعد هي كذلك من قيمة دستورية.

إن تلك التقنيات التي يستعملها المجلس الدستوري الفرنسي ترجمها من خلال قراراته المختلفة الفاصلة في المنازعات الدستورية للحقوق الأساسية، سواء تلك المتعلقة بالرقابة التي تحركها السلطات العمومية، أو تلك المتعلقة بالفصل في المسألة الأولية الدستورية، و لاحظنا أن هناك نوع من تنمية مستمرة للحقوق الأساسية من قبل المجلس الدستوري الفرنسي، و هو الشيء الذي لم نلمسه بالنسبة للمجلس الدستوري الجزائري لضعف حصيلته، و ذلك منذ نشأته لحد الساعة و لتغلب الاعتبارات السياسية على نشاطه، و قد يخرج المجلس الدستوري الجزائري من ركوده بدخول إجراء الدفع بعدم الدستورية حيز التنفيذ.

خلاصة الباب الثاني:

نستخلص من الباب الثاني، أنّ القاضي الدستوري يلعب الدور المحوري في ضمان الحقوق الأساسية من خلال المنازعات الدستورية المعروضة عليه، و لكن هذا القاضي لا يمكن أن يؤدي دوره كاملا في دولة القانون، إلا بتحقيق استقلالية المؤسسة المكلفة بالسهر على احترام الدستور على السلطات السياسية، و إلا سنكون أمام انحراف على قواعد الحقوق الأساسية المعيارية، و ذلك سينعكس سلبا على تحقيق دولة القانون، هذا ما لمسناه من خلال دراسة مسألة استقلالية المجلس الدستوري الفرنسي و الجزائري، و عليه فإن موضوع الطبيعة القانونية للمجلس الدستوري لا يمكن تحديدها بمجرد الاختصار على كيفية تعيين الهيئة، بل يتطلب منا دراسة و تحليل أعمال المجلس من خلال مدى خضوع تلك الأعمال للاعتبارات القانونية أو السياسية.

كما لاحظنا أن المجلس الدستوري الفرنسي قد حقق استقلاليته من خلال فرض نفسه كمؤسسة مستقلة قائمة بحد ذاتها في النظام المؤسساتي الفرنسي، و تعزز ذلك أكثر من خلال تحوله لحامي الحقوق الأساسية بداية بالرقابة المجردة، و خاصة بعد تبني الرقابة المحددة بواسطة إجراء المسألة الأولية الدستورية، الذي قرر لحماية الحقوق الأساسية، و لكن ذلك التحول لم نلمسه بالنسبة للمجلس الدستوري الجزائري لحد الآن.

و من خلال عملية جمع و تحليل اجتهادات المجلس الدستوري الفرنسي في مجال الحقوق الأساسية على ضوء المنازعات الدستورية، لاحظنا أن له قرارات جد غزيرة، و ثرية بالمبادئ الدستورية و القانونية بناء على التقنيات التي يستعملها المجلس لتحقيق حماية الحقوق و الحريات، كما عاينا أن المجلس الدستوري الفرنسي في قراراته تمكن من تحقيق مسح شامل لكل أجيال الحقوق بتفرعاتها، و هو مالم نلمسه كذلك بالنسبة للمجلس الدستوري الجزائري لقلة آرائه و قراراته، زيادة على عدم تمكنه من تحقيق استقلاليته، و

يمكن لنا انتظار ما سيكون في المستقبل القريب بدخول إجراء الدفع بعدم الدستورية حيز النفاذ في شهر مارس 2019.

و لكن و مع كل ما قيل، فإنّ نموذج المنازعات الدستورية للحقوق الأساسية وفقا للنظام الفرنسي و الذي تأثر به المؤسس الجزائري، القائم حاليا بالأساس على آلية المسألة الأولية الدستورية، المسماة في النظام الدستوري الجزائري الدفع بعدم الدستورية، يبقى ذلك النموذج محدود و محصور بشكل لا يحقق الحماية الكاملة للحقوق الأساسية في النظام القانوني، لاقتصار تلك الإجراءات على النصوص التشريعية دون القواعد الأخرى في الهرم القانوني، مما لا يحقق المفهوم الكامل لدولة القانون.

الخاتمة:

إن الحقوق الأساسية و إن كانت ذات طبيعة دستورية، فإنها بقيت في الواقع خارج مجال التطبيق عكس فروع القانون الأخرى، و كان ينظر لها على أنها بدون أهمية، و لكن بتضافر جهود الفقه الدستوري استطاع في الأخير إثبات أن الحقوق الأساسية بما فيها قواعد القانون الدستوري الأخرى، هي قواعد أساسية لا تقتصر فقط على تنظيم النشاط السياسي بل أنها تنظم كل الحياة الاجتماعية و الاقتصادية المحكومة بالقانون، و بفضل نظرية دولة القانون التي أسست المنازعات الدستورية خرجت الحقوق الأساسية من دائرة القيم الأدبية و الفلسفية، إلى دائرة الواقع بجعلها قواعد أساسية تحكم نشاط كل السلطات العمومية.

إن القاضي الدستوري في القانون المقارن، هو صاحب الفضل في نقل موضوع دسترة الحقوق و الحريات الأساسية، على ضوء المنازعات الدستورية بتحويلها لواقع قانوني، عن طريق عملية مستمرة تتمثل في دسترة جميع فروع القانون، و هو الذي يمكننا اليوم القول بأنه: استطاع أن يؤسس قانون دستوري جنائي، قانون دستوري مدني، قانون دستوري إداري، قانون دستوري اجتماعي... الخ، أي دسترة جميع فروع القانون، كما لمسناه من النموذج الفرنسي، و استطاع أن يخلق حقوقا أساسية جديدة يستلهمها من روح الدستور و القيم الدستورية المختلفة، تلك الحقوق تصبح قيد على المشرع الذي عليه أن يحترمها.

و يمكن القول في ختام هذه الدراسة أنّ قائمة الحقوق الأساسية تبقى دائما مفتوحة و تفسر بالمستجدات التي تطل التطور السياسي و الاجتماعي و الاقتصادي و الثقافي، و انعكاس ذلك التطور على العملية التشريعية، و من ثمّ فالظاهر أن هناك تحول في قراءة الدستور الذي كان يقتصر على القواعد التي تحكم عمل المؤسسات و السلطة بشكل عام، و بتطور القضاء الدستوري أصبح الدستور بالدرجة الأولى هو منظم لعلاقة

السلطات العمومية مع الأفراد، من خلال التحول من دستور السلطة، إلى دستور الحقوق، و لكن يجب التأكيد أن القاضي الدستوري في دولة القانون ليس المسؤول الوحيد على حماية الحقوق الأساسية، بل هناك عدة عناصر تتفاعل مع بعضها البعض من خلال عمل و وظائف المؤسسات الدستورية الديمقراطية لتحقيق تلك الحماية، نذكر منها كحتمية وجود قضاء مستقل و تكريس حقيقي لمبدأ الفصل بين السلطات، و وجود مؤسسات منتخبة ممثلة للشعب و إرادته، وفقا للمعايير الديمقراطية و مقتضيات دولة القانون، و وجود مجتمع مدني قوي و مهيكّل بواسطة الجمعيات و الأحزاب السياسية، يمكن له أن يؤثر في القرار السياسي من خلال حرصه على حماية حقوقه الأساسية في مواجهة السلطة، و لكن دور القاضي الدستوري في تلك المعادلة على غاية من الأهمية بخصوص مسألة حماية الحقوق الأساسية، لأنه هو القاضي المكلف بحماية القاعدة الأساسية في الدولة، لأن دولة القانون تفرض عليه معالجته مسألة الحقوق الأساسية على ضوء المنازعات الدستورية وفقا للاعتبارات القانونية المجردة، و التي على أساسها يتمكن من حماية القاعدة الأساسية.

كما أن الملاحظ بأن الرقابة الدستورية في الجزائر و إن تأثرت بالتجربة الفرنسية، فهي لم تخرج عن النموذج الأوربي الكلسيني للرقابة الدستورية القائمة على مركزية الرقابة، بواسطة هيئة واحدة يحددها الدستور، إذ تكتسي قراراتها الحجية المطلقة كما هو الشأن لقرارات المجلس الدستوري سواء في الجزائر أو فرنسا، بالزاميتها على جميع السلطات العمومية و القضائية، و مع استحداث آلية المسألة الأولية الدستورية لحماية الحقوق و حريات الأفراد، فإن القاضي الدستوري أثره يمتد حتما لموقف القضاء العادي و الإداري حول موضوع الحقوق الأساسية هذا من جهة، و من جهة ثانية تلك الإجراءات حولت منازعات الحقوق الأساسية إلى واقع ملموس و حقيقة في المنازعات العادية و

الإدارية، باعتبار الدفع يثار بعدم دستورية الحكم التشريعي لمساسه بالحقوق و الحريات المضمنة بالدستور أمام الجهات القضائية.

ونلمس بأن المؤسس الجزائري عالج غالبية الحقوق الأساسية في الباب المتعلق بالحقوق و الحريات، و على العموم تضمن الدستور بعد تعديل سنة 2016 الأجيال الثلاثة للحقوق الأساسية أي الحقوق المدنية و السياسية، الحقوق الاقتصادية و الاجتماعية، حق البيئة و التنمية، و إن كانت هناك حقوق أساسية تكتنفها بعض الثغرات لخلوها من بعض الضمانات الأساسية الضرورية، فيلاحظ على العموم أن المؤسس أصاب لحد ما في معالجته الحقوق الأساسية في الدستور، و لكن الإشكال مطروح في التشريعات المجسدة و المنظمة للحقوق الأساسية المختلفة، التي نجدها لا تعبر إطلاقا على إرادة المؤسس و على روح الدستور، مما يتطلب دعم مكانة المجلس الدستوري بين المؤسسات الدستورية باعتباره المؤسسة المكلفة بالسهر على احترام الدستور.

كما أن الحكم على الهيئة المكلفة بالرقابة الدستورية، سواء سميت بالمحكمة الدستورية أو المجلس الدستوري بأنه من طبيعة سياسية أو قضائية، لا يقاس بالدرجة الأولى على كيفية تشكيلها فقط، بل بتحليل و تقدير أعمالها و مناقشتها هو الذي يقرر لنا الفصل في طبيعة الرقابة الدستورية، فإن كانت تلك القرارات يغلب عليها الطابع السياسي تصبح المؤسسة المكلفة بالرقابة تابعة للسلطات السياسية، تلعب دورا سياسيا محضا لا يوحى بأي صلة بمفهوم دولة القانون، فهي تخضع للأغلبية الحاكمة و تتغير مواقفها بحسب تغير الاتجاه السياسي الحاكم في الدولة، و يصبح القانون غير مجرد بل يخضع لاعتبارات الطبقة السياسية الحاكمة مما يشكل خطر حقيقي على الحقوق الأساسية، و من ثم لا يمكن للمؤسسة المكلفة بالرقابة الدستورية أن تؤدي دورها بصفة مجردة، كما لمسناه من خلال تحليل بعض آراء، و قرارات المجلس الدستوري الجزائري، و إذا كانت تلك الهيئة بعيدة عن الاعتبارات السياسية من خلال أعمالها أي أحكامها و قراراتها، ففي

هذه الحالة ستؤدي دورها كاملا في حماية الحقوق الأساسية، و ذلك بصفة مجردة بالخضوع للاعتبارات القانونية التي تجعل من عملها مجسدا لمبدأ سمو الدستور، كما لمسناه لحد ما من خلال اجتهادات المجلس الدستوري الفرنسي.

إن مبدأ استقلالية المجلس الدستوري يكتسي أهمية بالغة، لأنه ركيزة مبدأ سمو الدستور و دولة القانون، و نظريا لم يبق ذلك المبدأ يهم الفاعلين السياسيين في سلطات عامة من أغلبية و معارضة، بل يهم الرأي العام ككل مع التعديلات الجديدة في مجال الرقابة الدستورية، باستحداث آلية المسألة الأولية الدستورية التي تتيح للمتقاضي الدفع بمخالفة الأحكام التشريعية للحقوق و الحريات المضمنة دستوريا، و عليه لم يبق المجلس الدستوري بعيدا عن الرأي العام بل أصبح مؤسسة قريبة من المواطن و للمتقاضي بشكل عام بعدما كانت مؤسسة تربطها علاقة بالسلطات العامة.

و الملاحظ أنّ المجلس الدستوري الجزائري في حوالي ثلاثين سنة من الوجود لم يؤدي دور ملموس في مجال حماية الحقوق الأساسية، إلا في بعض الحالات النادرة التي تتعلق أغلبها بمواضيع القوانين العضوية التي تخضع للرقابة الوجوبية، و لم يعالج غالبية الحقوق و الحريات الأساسية المضمنة في الدستور، و ذلك يرجع بالأساس لانحصار الحق في الإخطار في رئيس الجمهورية و رئيسي غرفتي البرلمان إلى غاية تعديل الدستوري لسنة 2016، و بعد التعديل تم توسيع الإخطار للبرلمانيين و الوزير الأول، ولأفراد بواسطة الهيئات القضائية عن طريق إجراء المسألة الأولية الدستورية، و لكن ذلك الإجراء لم يفعل في انتظار دخوله حيز النفاذ سنة 2019، و إننا نرى أنه في نظامنا مازالت لم تترسخ الثقافة الدستورية بإيمان المجتمع المدني، الطبقة السياسية، و المؤسسات الدستورية بقدسية الأحكام الدستورية بشكل عام، و الحقوق الأساسية المضمنة بموجب الدستور بشكل خاص، و هو في حد ذاته يشكل عائق نحو تحقيق العدالة الدستورية في بلادنا، لأن في النهاية المؤسسات الدستورية هي صورة للمجتمع ككل، مما يتطلب

تضافر جهود كل الفاعلين في المجتمع المدني و الطبقة السياسية لغرس الثقافة الدستورية في المواطن، عن طريق التوعية و التحسيس المستمر، ذلك سيساهم لا محالة في دعم دور القاضي الدستوري الحامي للحقوق الأساسية، لأن ذلك الدور لا يمكن معالجته بمعزل عن مجتمع ديمقراطي حريص على حماية أسمى القواعد في النظام القانوني و هي الحقوق الأساسية تكريسا لدولة القانون.

و على العكس من ذلك فعينا أن المجلس الدستوري الفرنسي تحول اليوم إلى محكمة دستورية مهمتها الأولى هي حماية الحقوق الأساسية، بعدما كان في بداية نشأته مؤسسة يكمن دورها في التحكيم بين السلطات، وتبين ذلك التحول جليا من خلال تحليلنا لاجتهاداته العديدة و الثرية التي حاولنا جمعها في مجال الحقوق الأساسية البعيدة عن الاعتبار السياسية في التفسير، و قد لاحظنا كيفية تعامل المجلس مع كفالة و حماية الحقوق الأساسية، و ذلك عن طرق تقنية التوفيق بين الحق محل الحماية، و الحقوق الأساسية الأخرى و المبادئ ذات القيمة الدستورية، على أساس أن الحقوق الأساسية ليست مطلقة بل يحكمها مبدأ التناسب مع القيم الدستورية، و بذلك يتجنب الخوض في الاعتبار السياسية التي تنعكس على عمله القانوني برفضه الحلول محل المشرع في تقدير ملائمة التشريع.

الاقتراحات:

إننا لا نتصور الارتقاء بمكانة الحقوق الأساسية إلا بوجود قاضي في الدولة يسهر على حمايتها بشكل فعال، ولذلك يجب تعزيز دور المجلس الدستوري الجزائري كمؤسسة مكلفة بالفصل في المنازعات الدستورية عامة، وفي المنازعات المتعلقة بالحقوق الأساسية خاصة، و يتبين ذلك من خلال الاقتراحات التي تهدف إلى تعزيز دولة القانون في بلادنا وهي كالآتي:

1- تعزيز استقلالية المجلس الدستوري الجزائري، بإعادة النظر في طريقة تعيين رئيس المجلس الدستوري و نائب الرئيس، اللذان يعينان بموجب التعديل الدستوري لسنة 2016 من قبل رئيس الجمهورية، مما يبسط تأثير هذا الأخير على المجلس، من خلال الصوت الترجيحي الذي يتمتع به رئيس المجلس الدستوري في اتخاذ الرأي أو القرار في حالة تعادل الأصوات، و ما له من صلاحيات في عملية ضبط أعمال المجلس بشكل عام، و من ثمّ يتعين جعل مهمة تعيين رئيس المجلس الدستوري و نائبه من قبل أعضاء المجلس في حد ذاتهم و ذلك عن طريق الانتخاب، كل ذلك من أجل زرع ثقافة دولة المؤسسات في بلادنا، و إضفاء عنصر التجريد على أعمال المجلس الدستوري الجزائري الذي يفقده لحد الساعة.

2- إعادة النظر في مكانة "الحقوق و الحريات" في الدستور الجزائري، و ذلك بضرورة الاعتماد على عنوان "الحقوق الأساسية" للباب الأول الفصل الرابع من الدستور، بدلا من عنوان "الحقوق و الحريات"، و ذلك للارتقاء نحو المفهوم الصحيح لدولة القانون، خاصة و أن المؤسس الجزائري جعل من الحقوق الأساسية قيد على سلطة التعديل الدستوري، و من ثمّ فهي تسمو على غيرها من القواعد الدستورية، كما يجب توسيع نطاق التمتع بالحقوق الأساسية على جميع الأشخاص القانونية، فهي لا تخص فقط الأشخاص الطبيعية، بل يمتد نطاقها للأشخاص القانونية المعنوية ما لم تتعارض مع طبيعتها، ذلك من شأنه أن يحقق لنا في الأخير التحول من فكرة الحقوق و الحريات، إلى فكرة الحقوق الأساسية النواة الصلبة في الدستور.

3- التجسيد الفعلي للحقوق الأساسية لا يكون إلا بتطوير آليات الحماية، فإن كان المؤسس خطى خطوة إيجابية فيما يخص استحداث المسألة الأولية الدستورية تحت تسمية "الدفع بعدم الدستورية"، التي تخول للفرد الطعن في دستورية

الأحكام التشريعية لحماية حقوقه الأساسية المضمونة في الدستور، فهي آلية محدودة لاقتصار موضوعها على الطعن في القانون الصادر عن البرلمان فقط، دون القواعد الأخرى في النظام القانوني، فذلك يبقى غير كافي في دولة القانون التي تقتضي كذلك إخضاع السلطة التنفيذية للدستور، و لذلك يجب توسيع نطاق المنازعات الدستورية لتشمل جميع القواعد المعيارية في النظام القانوني، فيجب تحويل للمتقاضي كذلك الدفع بعدم دستورية المراسيم الرئاسية و التنفيذية بنفس إجراءات الدفع بعدم دستورية الأحكام التشريعية، والطعن بعدم دستورية الأعمال الإدارية من قرارات إدارية تنظيمية، و فردية و غيرها بعد استنفاد طرق الطعن القضائي، و كذا إخضاع السلطة القضائية للدستور باستحداث آلية للطعن لصالح المتقاضي في الأحكام القضائية النهائية الحائزة لقوة الشيء المقضي فيه في حالة إذا ما كانت مخالفة للحقوق الأساسية.

4- نشر عرائض الإخطار الخاصة بالسلطات العمومية و الموجهة للمجلس الدستوري في إطار الرقابة السابقة على دستورية القوانين، و نشر العرائض المتضمنة ملاحظات و موقف السلطات العامة حول المسائل الأولية الدستورية المثارة من قبل المتقاضين أمام الهيئات القضائية، في إطار الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين لإضفاء الشفافية على المنازعات الدستورية، التي تمكن من إثراء نقاش الرأي العام حول تطبيقات الدستور.

5- تمكين المحاكم التابعة للقضاء العادي أو الإداري على كافة درجاتها حق الإخطار الذاتي للمجلس الدستوري، في حالة ما إذا خلصت محكمة الموضوع إلى أن القانون الذي ستطبقه في النزاع القضائي مخالف للدستور، لأن مخالفة القاعدة القانونية للدستور تعد من صميم النظام العام التي يجوز للقاضي إثارتها من تلقاء نفسه لحفظ مبدأ سمو الدستور، الذي يعلو كل السلطات

العمومية، و يبقى الفصل للمجلس الدستوري في دستورية الحكم التشريعي كقضاء مركزي للرقابة الدستورية.

6- ضرورة إعادة التوازن داخل السلطة التنفيذية أي بين رئيس الجمهورية و الوزير الأول بتجسيد مبدأ ثنائية السلطة التنفيذية هذا من جهة، و من جهة ثانية بين السلطة التنفيذية و البرلمان من أجل تجسيد حقيقي لمبدأ الفصل بين السلطات، المغيب تماما منذ تعديل 2008 بهيمنة مؤسسة الرئاسة على كل السلطات عمليا، لإعادة النظر في التوازن الداخلي و الخارجي بين السلطات من شأنه أن يخدم الحقوق الأساسية، قياسا على المبدأ الدستوري القاضي بأن المجتمع الذي لا يعرف مبدأ الفصل بين السلطات و لا يحمي الحقوق و الحريات هو مجتمع بدون دستور.

قائمة المراجع

أولا : المراجع باللغة العربية

1 - الكتب

- 1- أبو المجد اشرف عبد الفتاح، التنظيم الدستوري للحقوق و الحريات الاقتصادية دراسة تطبيقية على النظام الدستوري (التعديلات الأخيرة و أفاق التنمية)، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2009.
- 2- أبو يوسف حسام فرحات، الحماية الدستورية للحق في المساواة (دراسة مقارنة) بين النظام المصري و النظام الدستوري الأمريكي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004.
- 3- أبودان مايا محمد نزار، الرقابة القضائية على التناسب في القرار الإداري دراسة مقارنة بين فرنسا و مصر و لبنان، شركة المؤسسة الحديثة للكتاب طرابلس لبنان، 2011.
- 4- أتركين محمد ، الدستور و الدستورية، من دساتير فصل السلط إلى دساتير صك الحقوق، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، 2007.
- 5- بن حمودة ليلي، الديمقراطية و دولة القانون، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2014.
- 6- بوالشعير سعيد ، المجلس الدستوري في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2012.
- 7- بوالشعير سعيد، القانون الدستوري و النظم السياسية المقارنة ، الطبعة العاشرة، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2013.
- 8- بوالشعير سعيد، النظام السياسي الجزائري دراسة تحليلية لطبيعة نظام الحكم في ضوء دستور 1996، السلطة التشريعية و المراقبة، الجزء الرابع، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2013.
- 9- جمال الدين سامي ، القانون الدستوري و الشرعية الدستورية على ضوء قضاء المحكمة الدستورية العليا ، الطبعة الثانية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005.

- 10- حاشي يوسف، في النظرية الدستورية، ابن الناديم للنشر و التوزيع، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009.
- 11- الحلو ماجد راغب، القانون الدستوري، درا المطبوعات الجامعية الإسكندرية، 1997.
- 12- خضر خضر، مدخل إلى الحريات العامة و حقوق الإنسان، الطبعة الثانية، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 2004.
- 13- دوفرجيه موريس ترجمة جورج سعد، المؤسسات السياسية و القانون الدستوري الأنظمة السياسية الكبرى، المؤسسات للدراسات الجامعية و النشر و التوزيع، لبنان، 1992.
- 14- سالمان عبد العزيز محمد، ضوابط و قيود الرقابة الدستورية، سعد سمك للمطبوعات القانونية، 2011.
- 15- سرور أحمد فتحي، الحماية الدستورية للحقوق و الحريات، طبعة الثانية، دار الشروق، القاهرة، 2000.
- 16- سعد عبدو، مقلد علي، إسماعيل عصام نعمة، النظم الانتخابية، دراسة حول العلاقة بين النظام السياسي و النظم الانتخابي، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2005.
- 17- السيد محمد صلاح عبد البديع، الدور السياسي للقاضي الدستوري، دراسة تحليلية نقدية لبعض الأحكام الدستورية ذات الصبغة السياسية، دار النهضة العربية القاهرة، 2010.
- 18- الشرقاوي سعاد، النظم السياسية في العالم المعاصر تحديات و تحولات، دار النهضة العربية القاهرة، 2002.
- 19- شكر زهير، النظرية العامة للقضاء الدستوري، الجزء الأول، دار بلال، بيروت، 2014.
- 20- شكر زهير، النظرية العامة للقضاء الدستوري، الجزء الثاني، دار بلال، بيروت، 2014.
- 21- عبد أحمد عصام سعيد، الرقابة على دستورية القوانين دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب، ، طرابلس، لبنان، 2013.
- 22- العطار فؤاد، النظم السياسية و القانون الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1964.
- 23- فودة محمد عطية محمد ، الحماية الدستورية لحقوق الإنسان دراسة مقارنة ، دار الجامعية الجديدة، الإسكندرية، 2011.
- 24- فوزي محمد صلاح الدين ، القانون الدستوري المصري، النظرية العامة للقانون الدستوري، شرح أحكام الدستور المصري الصادر سنة 2012، دار النهضة العربية، القاهرة، 2013.

- 25- لباد ناصر ، الوجيز في القانون الإداري، الطبعة الرابعة، دار المجدد للنشر و التوزيع، 2010.
- 26- ليلة محمد كامل ، القانون الدستوري، دار الفكر العربي، القاهرة، 1963.
- 27- مشري عبد القادر، الأحزاب السياسية في الديمقراطيات الغربية، دار الخلدونية، الجزائر، 2010.
- 28- نخلة مورييس، الحريات، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ، 1999.
- 29- نعمام أحمد الخطيب، الوسيط في النظم السياسية و القانون الدستوري، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، 2006.
- 30- نويجي محمد فوزي، التفسير المنشئ للقاضي الدستوري دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008.
- 31- نويجي محمد فوزي، فكرة تدرج القواعد الدستورية (دراسة تحليلية نقدية) ، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007.

2 - أطروحات الدكتوراه

- 1- لحال مختارية ، الحماية القضائية المستعجلة للحريات الأساسية دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في العلوم تخصص قانون عام، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، كلية الحقوق و العلوم السياسية، السنة الجامعية 2016-2017.
- 2- سكاكني باية ، دور القاضي الإداري في حماية الحقوق و الحريات الأساسية، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، التخصص القانون، جامعة مولود معمري تيزي وزو، كلية الحقوق و العلوم السياسية، تاريخ المناقشة 02 نوفمبر 2011.
- 3- صليبا عاطف أمين، دور القضاء الدستوري في إرساء دولة القانون (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه في القانون العام، الجامعة اللبنانية، كلية الحقوق، تمت مناقشتها بتاريخ 2 فيفري 2002، المؤسسة الحديثة للكتاب طرابلس، لبنان.
- 4- علي معزوز، حقوق الإنسان بين العالمية و الخصوصية، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم ، تخصص قانون، جامعة مولود معمري تيزي وزو، كلية الحقوق و العلوم السياسية، تاريخ المناقشة 01 ديسمبر 2016.
- 5- فطة نباي ، دور المجلس الدستوري في حماية الحقوق و الحريات مجال محدود و حول محدود، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم ، تخصص القانون، جامعة مولود معمري تيزي وزو، كلية الحقوق و العلوم السياسية، تاريخ المناقشة 14 جويلية 2010.

6- كيرواني ظاوية، التنظيم الدولي للعمل في مواجهة عمل الأطفال، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، التخصص القانون، جامعة مولود معمري تيزي وزو، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، تاريخ المناقشة سنة 2013.

3 – المقالات و المداخلات:

- 1- بلعور مصطفى ، « طبيعة العلاقة بين السلطتين التنفيذية و التشريعية: دراسة في الدستور الجزائري»، دفاتر السياسة و القانون، العدد 5 ، جوان 2011، ص ص.182-189.
- 2- بن مالك بشير ، «إشكالية ترشح رئيس الجمهورية القائم للانتخاب الرئاسي لسنة 2014»، مجلة المجلس الدستوري ، مجلة نصف سنوية متخصصة، العدد 6، 2016، ص ص.99-120.
- 3- بوسلطان محمد ، «إجراء الدفع بعدم الدستورية : آفاق جزائرية جديدة »، مجلة المجلس الدستوري، مجلة نصف سنوية متخصصة، العدد 8، 2017، ص ص.13-20.
- 4- بوسماحة نصر الدين، «الرقابة على دستورية المعاهدات: " اتفاقية روما نموذجا" »، مجلة المجلس الدستوري، مجلة المجلس الدستوري، مجلة نصف سنوية متخصصة، العدد 3، 2014، ص ص.31-44.
- 5- بوسماحة نصر الدين، قاسي فوزية، «الرقابة على دستورية القوانين في الهندسة الدستورية الجزائرية»، مجلة المجلس الدستوري، مجلة نصف سنوية متخصصة، العدد 9، 2017، ص ص.11-31.
- 6- بولعراس سناء ، « سلطات القاضي الإداري في دعوى حماية الحريات الأساسية (الظروف العادية و الظروف الاستثنائية)» ، الملتقى الدولي الثالث، دور القضاء الإداري في حماية الحريات الأساسية، أيام 28 و 29 أبريل 2010، المركز الجامعي بالوادي.
- 7- رحمانى محمد مختار ، « النظام القضائي الأمريكي (الحدود الفاصلة بين اختصاص القضاء الفيدرالي و القضاء في الولايات) » ، مجلة المحكمة العليا، عدد 2، 2008، ص ص. 119-146.
- 8- شربال عبد القادر، « السهر على احترام الدستور: بين النظري و التطبيقي»، إدارة مجلة المدرسة الوطنية للإدارة ، عدد 43، 2012-1، ص ص.7-20.
- 9- عباس عمار ، «انفتاح القضاء الدستوري على المتقاضين و مساهمته في تنقية النظام القانوني من القوانين الماسة بالحقوق و الحريات في الدساتير المغاربية، الجزائر، تونس و المغرب نموذجا » ، مجلة المجلس الدستوري، مجلة نصف سنوية متخصصة، العدد 7، 2016، ص ص. 9-49.

- 10- عليان بوزيان، «آلية الدفع بعدم الدستورية و أثرها في تفعيل العدالة الدستورية»، مجلة المجلس الدستوري، مجلة نصف سنوية متخصصة، العدد 2، 2013، ص ص.65-120.
- 11- عمار عباس، «دور المجلس الدستوري الجزائري في ضمان مبدأ سمو الدستور» ، مجلة المجلس الدستوري، مجلة نصف سنوية متخصصة، العدد 1، 2013، ص ص.59-91.
- 12- فطة نباي، «المجلس الدستوري و تدرج القواعد القانونية»، إدارة مجلة المدرسة الوطنية للإدارة ، عدد 43، 2012-1، ص ص.21-48.
- 13- كسال سامية، «مبدأ حرية التجارة و الصناعة أساس قانوني للمنافسة الحرة»، مداخلة أقيمت في الملتقى الوطني حول " حرية المنافسة في القانون الجزائري يومي 03 و 04 أفريل 2013 " المنظم من قبل كلية الحقوق لجامعة مولود معمري بتيزي وزو.
- 14- مسعودي يوسف، «الحماية الدستورية لحرية الاستثمار و المنافسة في دساتير الدول المغاربية»، مجلة المجلس الدستوري، مجلة نصف سنوية متخصصة، العدد 9، 2017، ص ص.33-57.
- 15- النعيمي عبد الوهاب ، «الحماية القانونية للبيئة البرية في ظل أحكام القانون الدولي»، مجلة دراسات دستورية، مجلة دورية علمية محكمة نصف سنوية تصدرها المحكمة الدستورية البحرينية، المجلد الثاني، العدد 04، جانفي 2015، ص ص.123-148.

4 - المنشورات:

- 1- الحق في الصحة، منشور الموقع الرسمي لمنظمة الصحة العالمية على الربط: <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs323/ar/>

5- النصوص القانونية

الدساتير:

- 1 - دستور الجزائر لسنة 1963، صادر في 10 سبتمبر 1963، جريدة رسمية، عدد 64.
- 2 - دستور الجزائر لسنة 1976، صادر بموجب أمر رقم 76-97 مؤرخ في 22 نوفمبر 1976، جريدة رسمية عدد 94، مؤرخة في 24 نوفمبر 1976،
- 3- دستور الجزائر لسنة 1989، صادر بموجب مرسوم رئاسي رقم 89-18 مؤرخ في 28 فيفري 1989، جريدة رسمية عدد 9، مؤرخة في 1 مارس 1989.

- 4 - دستور الجزائر لسنة 1996، صادر بموجب مرسوم رئاسي رقم 96-438 مؤرخ في 7 ديسمبر 1996، جريدة رسمية عدد 76، مؤرخة في 8 ديسمبر 1996، المعدل و المتمم سنة 2002.
- 5- التعديل الدستوري الجزائري لسنة 2008، صادر بموجب قانون رقم 08.19 مؤرخ في 15 نوفمبر 2008، جريدة رسمية عدد 63، مؤرخة في 16 نوفمبر 2008.
- 6 - التعديل الدستوري الجزائري لسنة 2016، صادر بموجب قانون رقم 16-01 مؤرخ في 6 مارس 2016، جريدة رسمية عدد 14، مؤرخة في 7 مارس 2016.

الدساتير الأجنبية:

- 1- دستور البرتغال الصادر عام 1976 شاملا لتعديلاته لغاية عام 2005، المنشور على الرابط https://www.constituteproject.org/constitution/Portugal_2005.pdf?lang=ar التالي
- 2- الدستور التونسي الصادر بتاريخ 26 جانفي 2014، المنشور على الرابط https://majles.marsad.tn/uploads/documents/TnConstit_final_1.pdf التالي:

القوانين:

- 1- قانون عضوي رقم 12-04، المؤرخ في 12 جانفي 2012، يتعلق بالأحزاب السياسية، جريدة رسمية عدد 2، مؤرخة في 15 جانفي 2012.
- 2- قانون رقم 88-25 مؤرخ في 12 جويلية 1988 يتعلق بتوجيه الاستثمارات الاقتصادية الخاصة الوطنية جريدة رسمية عدد 29، مؤرخة في 13 جويلية 1988، (ملغى).
- 3- قانون رقم 90-02 المتعلق بالوقاية من النزاعات الجماعية في العمل و تسويتها و ممارسة حق الإضراب ، جريدة رسمية عدد 6، مؤرخة في 7 فيفري 1990.
- 4- مرسوم تشريعي 93 - 12 المؤرخ في 05 أكتوبر 1993، يتعلق بتطوير الاستثمار، جريدة رسمية عدد 64، مؤرخة في 10 أكتوبر 1993، (ملغى).
- 5- قانون رقم 08 - 03 المؤرخ في 23 جانفي 2008 يتضمن القانون التوجيهي للتربية الوطنية، جريدة رسمية عدد 4، مؤرخة في 27 جانفي 2008.
- 6- قانون 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، جريدة رسمية عدد 21، مؤرخة في 23 أفريل 2008.

7- قانون رقم 12-06 المؤرخ في 12 جانفي 2012، المتعلق بالجمعيات، الجريدة الرسمية عدد 2، مؤرخة في 15 جانفي 2012.

الأنظمة:

1- النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري المؤرخ في 6 أفريل 2016، الجريدة الرسمية عدد 29، مؤرخة في 11 ماي 2016 المعدل و المتمم.

القوانين الأجنبية:

1- أمر رقم 58-1067 المؤرخ في 07 نوفمبر 1958 يتضمن القانون العضوي المتعلق بالمجلس الدستوري المعدل و المتمم، المنشور على الموقع: www.conseilconstitutionnel.fr

6 - آراء و قرارات المجلس الدستوري الجزائري:

1- قرار رقم 1-ق.ق - مد، المؤرخ في 20 أوت 1989 يتعلق بقانون الانتخابات، منشور على الموقع: www.conseilconstitutionnel.dz.

2- قرار المجلس الدستوري الجزائري رقم 1 الصادر بتاريخ 20 سبتمبر 1989، منشور على الموقع: www.conseilconstitutionnel.dz

3- قرار رقم 4 ق.ق. م د، المؤرخ في 28 أكتوبر 1991 يتعلق بالفقرة الثانية من المادة 54 من القانون رقم 91-17 المؤرخ في 15 أكتوبر سنة 1991 الذي يعدل القانون رقم 89-13 المؤرخ في 7 غشت 1991، و المتضمن قانون الانتخابات، منشور على الموقع: www.conseilconstitutionnel.dz.

4- رأي رقم 01 ر.أ.ق عضد / م.د. المؤرخ في 6 مارس سنة 1997، يتعلق بمراقبة مطابقة الأمر المتضمن القانون العضوي المتعلق بالأحزاب السياسية للدستور، منشور على الموقع: www.conseilconstitutionnel.dz.

5- رأي رقم 10 / ر.ن.د.م / د.م 2000 مؤرخ في 13 ماي 2000، يتعلق بمراقبة مطابقة النظام الداخلي للمجلس الشعبي الوطني للدستور، منشور على الموقع: www.conseilconstitutionnel.dz.

6- رأي رقم 08/01 ر. ت د / م د المؤرخ 7 نوفمبر سنة 2008، يتعلق بمشروع القانون المتضمن التعديل الدستوري. منشور على الموقع: www.conseilconstitutionnel.dz.

7- رأي رقم 01/ ر. م. د / 12 المؤرخ في 8 جانفي 2012 يتعلق بمراقبة مطابقة القانون

العضوي المتعلق بالأحزاب السياسية، للدستور، منشور على

الموقع: www.conseilconstitutionnel.dz

8- رأي رقم 02/ ر. م. د / 12 المؤرخ في 8 جانفي 2012 يتعلق بمراقبة مطابقة القانون

العضوي المتعلق بالإعلام، للدستور، منشور على

الموقع: www.conseilconstitutionnel.dz

9- الرأي رقم 01/16 ر. ت. د/م د المؤرخ في 28 جانفي 2016، يتعلق بمشروع القانون

المتضمن التعديل الدستوري منشور على الموقع: www.conseilconstitutionnel.dz

10- رأي رقم 02/ ر. ق. ع. م. د / 16 مؤرخ في 11 أوت 2016، يتعلق بمراقبة مطابقة

القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات للدستور، منشور على

الموقع: www.conseilconstitutionnel.dz

ثانيا: المراجع باللغة الفرنسية

1 – الكتب (Ouvrages)

- 1- ARDAN Philippe, MATHIEU Bertrand, Institutions politiques et droit constitutionnel, 20^e édition, L.G.D.J, Paris, 2009.
- 2- AUTEXIER Christian, Introduction au droit public allemand, PUF, 1997, disponible en ligne à l'adresse: <http://www.revuegeneraledudroit.eu/blog/2015/03/30/chapitre-5-les-droits->
- 3- BARBÉ Vanessa, MILLET François – Xavier, Droit des libertés fondamentales ,Lextenso édition, Paris, 2011.
- 4- BURDEAU Georges, Droit constitutionnel et institutions politiques , 18^e édition , L.G. D.J , Paris , 1977.
- 5- CAEN –Antoine Lyon, Pascal LOKEIC, Droits fondamentaux et droit social, Dalloz, Paris, 2005.
- 6- CAPITANT David, Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne, L.G.D.J, Paris, 2001.

- 7- CARCASSONNE Guy, DUHAMEL Olivier, QPC la question prioritaire de constitutionnalité, 2^e édition avec Aurélie DUFFY, Dalloz, Paris, 2015.
- 8- CARCASSONNE Guy, GUILLAUME Marc, La Constitution, 13^e édition, édition du Seuil, Paris, 2016
- 9- CARTIER Emanuel, La QPC, Le procès et ses juges, l'impact sur le procès et l'architecture juridictionnelle, Dalloz, Paris, 2013
- 10- CHAGNOLLAUD Dominique, DRAGO Guillaume, Dictionnaire des droits fondamentaux, Dalloz , Paris , 2010.
- 11- CHEVALLIER Jacques, L'Etat de droit, 5^e édition, Montchrestien, Paris, 2010.
- 12- CHEVALLIER Jacques, Réflexions sur l'idéologie de l'intérêt général, Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général, volume 1, CURAPP, Paris , 1978.
- 13- COHENDET Marie Anne, Droit constitutionnel, 4^e édition, L'extenso édition, Paris, 2008.
- 14- COLIN Frédéric, L'essentiel de la jurisprudence constitutionnelle, L'extenso édition, Paris, 2009.
- 15- COLLIARD Claude Albert, Liberté publique, Dalloz, Paris, 1982.
- 16- DEBBASCH Charles, BOURDON Jacques, PONTIER Jean Maris, RICCI Jean Claude, Droit constitutionnel et institutions politiques, 4^e édition, Economica, Paris.
- 17- DENIZEAU Charlotte, Droit des libertés fondamentales, 5^e édition, Vuibert, Paris, 2016-2017.
- 18- DRAGO Guillaume, Contentieux constitutionnel Français, 3e édition, P.U.F , Paris , 2011.
- 19- DUBOUIS louis , PEISER Gustave, Droit public, 18^e édition , Dalloz, Paris , 2007.
- 20- FAVOREU Louis, GAIA Patrick , GHEVONTIAN Richard , SOUCRAMANIEN Ferdinand Mélin-, PENA Annabelle, PFERSMANN Otto , PINI Joseph, ROUX André, SCOFFONI Guy , TREMEAU Jérôme, Droit des libertés fondamentales , 7^e édition, Dalloz , Paris, 2016
- 21- FAVOREU Louis, GAIA Patrick , GHEVONTIAN Richard , SOUCRAMANIEN Ferdinand Mélin-, PENA Annabelle, PFERSMANN Otto , PINI Joseph, ROUX André, SCOFFONI Guy ,

- TREMEAU Jérôme, Droit des libertés fondamentales , 6^e édition, Dalloz , Paris, 2012
- 22- FAVOREU Louis, La constitution et son juge , Economica, Paris, 2014.
 - 23- FROMONT Michel, Justice constitutionnelle comparée, Dalloz, Paris, 2013.
 - 24- GOESEL-LE BIHAN Valérie, Contentieux constitutionnel, ellipses, Paris, 2011.
 - 25- GUILLIEN Raymond et VINCENT Jean, Lexique des termes juridiques, 13^e édition, Dalloz, Paris, 2001
 - 26- HAMON Francis, WIENER Céline, La justice constitutionnelle en France et à l'étranger, L.G.D.J, l'extenso édition, Paris, 2011.
 - 27- HERRERA Carlos- Miguel, La philosophie du droit de Hanz Kelsen: une introduction, Presses Université Laval, 2004.
 - 28- HEYMANN-DOAT Arlette et CALVÈS Gwénaële, Libertés publiques et droit de l'homme, 8^e édition, L.G.D.J, Paris, 2005.
 - 29- KALSEN Hanz, La Théorie pure du Droit, traduction de Charles EISENMANN, 2e édition, Paris, Dalloz, Paris, 1962.
 - 30- LOKIEC Pascal, Droit du travail, les relations individuelles de travail, PUF, Paris, 2011.
 - 31- Louis FAVOREU, Loïc PHILIP, Les grandes décisions du Conseil constitutionnel, 12^e édition, Dalloz, Paris, 2003.
 - 32- LUCHAIRE François, Le conseil constitutionnel, tome 1, 2^e édition, ECONOMICA, Paris, 1997.
 - 33- MAGNON Xavier, Xavier BIOY, MASTOR Wanda, MOUTON Stéphane, Le réflexe constitutionnel. Questions sur la question prioritaire de constitutionnalité, BRYLANTE, Bibliothèque nationale, Paris , 2012.
 - 34- MARX Karl, Le capital, 1867, Garnier Flammarion, Paris, 1969.
 - 35- MATHIEU Bertrand, Question prioritaire de constitutionnalité La jurisprudence (mars 2010 novembre 2010) , Lexis Nexis, Paris, 2010.
 - 36- MATHIEU Bertrand, VERPEAUX Michel, Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux, L.G.D.J, Paris, 2002.
 - 37- MOUTON Stéphane, Quel avenir pour le contrôle à priori, publié sur Le réflexe constitutionnel. Question sur la question prioritaire de constitutionnalité, bibliothèque nationale Paris, Bruytlant, Paris, 2012.

- 38- OBERDORFF Henri, Droit de l'homme et libertés fondamentales, 2^e édition, L.G.D.J, Paris, 2010.
- 39- OUABRI Farid, Étude du droit objectif et des droits subjectifs à la lumière de la législation algérienne, OPU, Alger, 2017.
- 40- PACTET Pierre, Institutions politiques Droit constitutionnel ,18^eédition, Dalloz, Paris, 1999.
- 41- PAUVERT Bertrand, Droit constitutionnel, Sudyrama, disponible en ligne à l'adresse: <https://books.google.dz>.
- 42- PELET Alain, MIRON Alina, Les grand décision de la jurisprudence française de droit international public, Dalloz, Paris, 2015.
- 43- ROUSSEAU Dominique, Droit du contentieux constitutionnel, 7^e édition, Montchrestien, Paris, 2006.
- 44- ROUSSEAU Dominique, La question prioritaire de constitutionnalité, 2^e édition, L'extenso édition, Paris, 2012.
- 45- ROUSSEAU Jean Jacques, Du Contrat Social, Edition TALANRIKIT, Bejaïa, 2002.
- 46- SCOFFONI Guy, TREMEAU Jérôme, Droit des libertés fondamentales, 6^e édition, Dalloz, Paris, 2012.
- 47- SIEYE Emmanuel Joseph, Qu'est- ce que le Tiers - Etat ?, Édition du BOUCHER, Paris, 2002.
- 48- SY Mohamed Mounirou, La protection constitutionnelle des Droits fondamentaux en Afrique : l'exemple du Sénégal, , Edition l' Harmattan, Paris, 2007.
- 49- TURPIN Dominique, Libertés publiques et droits fondamentaux, édition du Seuil, Paris, 2004.
- 50- WACHSMANN Patrick, Libertés publiques, 4^e édition, Dalloz, Paris, 2002.
- 51- ZOLLER Élisabeth, Introduction au droit public, Paris, Dalloz, 2006.

2- مذكرات و أطروحات: (Mémoires et Thèses)

- 1- BÉDARRIDES Édouard, Réviser la constitution : une histoire constitutionnelle française, Thèse pour le doctorat en droit, Université de Bourgogne, soutenue le 5 décembre 2014.
- 2- BENHESSA Ghislain, La question de la souveraineté chez Georg Jellinek. Université Robert Schuman, Mémoire réalisé dans le cadre du Master 2 , 2008, disponible en ligne à

l'adresse: https://www.memoireonline.com/07/09/2336/m_La-question-de-la-souverainete-chez-Georg-Jellinek6.

- 3- BEZZINA Anne – Charlène, Les questions et les moyens soulevés d'office par le conseil constitutionnel, Thèse pour le doctorat en droit, Université Paris 1 Panthéon- Sorbonne, soutenue le jeudi 29 novembre 2012, Dalloz, Paris, 2014.
- 4- COUDERT Céline, Réflexions sur le concept de fondamentalité en droit public français, Thèse pour le doctorat en droit, Faculté de droit et de science politique de Clermont-Ferrand, soutenue à Bayonne, le 23 juin 2011.
- 5- GÖZLER Kemal, Le pouvoir de révision constitutionnelle, Thèse de doctorat en droit, soutenue le 06 novembre 1995, Presses universitaires du Septentrion.
- 6- HAULBERT Marine, Les techniques juridictionnelles du contrôle de constitutionnalité à posteriori, Mémoire réalisé dans le cadre du Master 2, Université Montpellier 1, Année universitaire 2012/ 2013
- 7- JEANNE Vadim, La protection de l'environnement, composante de l'intérêt général, Mémoire réalisé dans le cadre du Master 2 , Université Paris Sud Faculté Jean Monnet -Droit, Économie, Gestion , Année universitaire 2014-2015.
- 8- NADEAU Martin, Sur les traces d'un principe de sécurité juridique, Mémoire pour la maîtrise générale en droit, Université de Sherbrooke, Juillet 2009.
- 9- NIVERT Nirmal, Intérêt général et droits fondamentaux, thèse de doctorat en droit, Université de La Réunion, soutenue le 1^{er} décembre 2012.
- 10- PANAGOPOULOS Antonis, Modèle Américain ou modèle Européen de justice constitutionnelle ? étude comparative à travers le cas hellénique, thèse pour le doctorat en droit, Institut Louis FAVORAU, Groupe d'études et de recherches comparées sur la justice constitutionnelle, soutenue le 28 Janvier 2011.
- 11- REMEDEM Arnaud, La protection des droits fondamentaux par la Cour de justice de l'Union européenne, Thèse pour le doctorat en droit, Université d'Auvergne Clermont 1 – École de Droit, soutenue le 5 décembre 2013.

- 12- VALEMBOIS Anne-Laure, La constitutionnalisation de l' 'exigence de sécurité juridique en droit français, Thèse pour le doctorat en droit, Université de Panthéon-Assas (Paris II), L.G.D.J, Paris, 2005.

3- مقالات و بحوث (Articles de revues et travaux de recherches)

- 1- AUER Andreas, « Les droits fondamentaux et leur protection », Pouvoirs, n° 43, 1987, pp.87-102
- 2- AUTEXIER Christian, Introduction au droit public allemand, PUF, 1997, disponible en ligne à l'adresse: <http://www.revuegeneraledudroit.eu/blog/2015/03/30/chapitre-5-les-droits->.
- 3- BEIGNIER Bernard, « La protection de la vie privée », in Libertés et droits fondamentaux, sous la direction de Rémy CABRILLAC, 21^e édition, Dalloz, Paris, 2015, pp.215-245.
- 4- BEIGNIER Bernard, « Vie privée et vie publique », disponible en ligne à l'adresse : <http://www.philosophie-droit.asso.fr/APDpourweb/19.pdf>.
- 5- Bertrand de LAMY, « La Constitution et la liberté de la presse », Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel, n° 36, 2012/3, pp. 19-29.
- 6- BLACHÈRE Philippe, « Droits fondamentaux (classification) », in Dictionnaire des droits fondamentaux, sous la direction de Dominique CHAGNOLLAUD, et Guillaume DRAGO, Dalloz, Paris, 2010, pp.275-286.
- 7- BLACHÈRE Philippe, « les sources constitutionnelles des libertés et droits fondamentaux », in Le grand oral, Protection des libertés et droits fondamentaux, L'extenso édition, Paris, 2012.
- 8- BLANC Didier, « La justiciabilité des limites au pouvoir constituant sous la cinquième république, Propositions pour un contrôle du pouvoir de révision détenu par le Congrès », p.2, disponible en ligne à l'adresse: <http://www.droitconstitutionnel.org/congresParis/comC3/BlancTXT.pdf>
- 9- BONNARD Laurent, « La pensée constitutionnelle de Charles Eisenmann », Revue de droit politique, disponible en ligne à l'adresse: <http://www.juspoliticum.com/>

- 10- BORDES Elodie, « Radioscopie jurisprudentielle du principe de sécurité juridique, Analyse des évolutions possibles à la lumière de la QPC », VIII^e congrès national de l A.F.D.C, Nancy 16, 17 et 18 juin 2011
- 11- BOTHE Michel, « Le droit à l'environnement dans la constitution Allemande », Revue juridique d'environnement, 2005, pp.35-39.
- 12- BRUNET Pierre, « Les idées constitutionnelles de Raymond Carré de Malberg (1861-1935) » : Le constitutionnalisme au XX^e siècle, Sous la dir.de José GamasTorruco, Diego Valadés, (Mexique), et François Julien- Laferrière, Eric Millard, et alii(France), p.23, disponible en ligne à l'adresse: <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00662018>.
- 13- CANIVET Guy, « Les fondements constitutionnels du droit de la propriété en France », disponible en ligne à l'adresse :<http://www.cnfr-notaire.org/Article.List4.f.asp?id=595>.
- 14- CAPITANI Amandine, « La Charte de l'environnement, un leurre constitutionnel ? », Revue française de droit constitutionnel, P.U.F, 2005/3 n° 63, pp. 493-516.
- 15- CARLASSARE Lorenza, « Le contrôle par "voie incidente" - Le contrôle abstrait », in « La protection des droits fondamentaux par la Cour Constitutionnelle », Brioni, Croatie, 23 – 25 septembre 1995, Collection Sciences et techniques de la démocratie n°15, Edition du Conseil de l'Europe, pp.133-151.
- 16- CLAMOUR Guylain, « La concurrence dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel », p.1, disponible en ligne à l'adresse :<http://www.droitconstitutionnel.org/congresmtp/textes2/CLAMOUR.pdf>
- 17- COMMARET Dominique, « L'application de la Constitution par la Cour de cassation : la jurisprudence de la chambre criminelle », Cahier du Conseil constitutionnel n° 22, (Dossier : Le réalisme en droit constitutionnel) - juin 2007 , disponible en ligne à l'adresse:<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-22/l-application-de-la-constitution-par-la-cour-de-cassation-la-jurisprudence-de-la-chambre-criminelle.50736.html>
- 18- COTTE Olivier, « Les questions prioritaires de constitutionnalité vues du tribunal administratif de Lyon », intervention, disponible en ligne à

- l'adresse:http://www.conseiletat.fr/tacaa_lyo/content/download/6602/19936/version/1/file/les-qpc-vues-du-ta-de-lyon-intervention-2.pdf
- 19- COUCHEPIN Pascal, « Je crois à l'action politique », Entretiens avec Jean Romain , in L'éducation et la démocratie, édition L'Âge d'Homme, Lausanne, 2002, pp. 113 -119, disponible en ligne à l'adresse : <http://www.sauv.net/couchepin.php>.
 - 20- Daniel Sabbagh, «Plessy contre Lochner : libéralisme et racisme dans la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis à l'ère ségrégationniste» , Droit et Cultures, n° 49, 2005 /1, pp.67-79
 - 21- DE BELLESCIZE Ramu, « Contre l'indépendance du Conseil constitutionnel », Article de presse, Le Monde.fr, édition du 12.07.2013, disponible à l'adresse: http://www.lemonde.fr/idees/article/2013/07/12/contre-l-independance-du-conseil-constitutionnel_3446806_3232.html.
 - 22- DE MONTGOLFIER Jean-François, « Le Conseil constitutionnel et la propriété privée des personnes privées », Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel, n°31,2011/2, pp.35-49.
 - 23- DE VILLIER Michel, « Principe fondamentaux reconnues par les lois de la République », in Dictionnaire des droits fondamentaux, sous la direction de Dominique CHAGNOLLAUD et Guillaume DRAGO, Dalloz, Paris, p. 611-616.
 - 24- DEBRÉ Jean-Louis, «Contrôle de conditionnalité: entre tradition et modernité», Discours de Jean-Louis DEBRÉ - Colloque « Séparation des Pouvoirs et justice constitutionnelle », 6 mai 2014, disponible en ligne à l'adresse:<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/publications/contributions-et-discours/2014/controle-de-constitutionnalite-entre-tradition-et-modernite.141543.html>
 - 25- DELCAMP Alain, « Le Conseil constitutionnel et le Parlement », Revue française de droit constitutionnel, 2004/1, n° 57, PUF, pp.37-83.
 - 26- DRAGO Guillaume, « Droit de propriété et liberté d'entreprendre dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel: une relecture », CRDF, n° 9, 2011, pp.31-39.
 - 27- DROIN Nathalie, « Retour sur la loi constitutionnelle de 1884 : contribution à une histoire de la limitation du pouvoir constituant dérivé », Revue française de droit constitutionnel, n° 80, 2009/4, pp. 725-747.

- 28- DUBOUT Édouard, « Les règles ou principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France » : une supra-constitutionnalité ?, *Revue française de droit constitutionnel*, PUF, n° 83, 2010/3, pp.451-482.
- 29- DUFFOURC David, «Droits fondamentaux et supra constitutionnalité en France», *Atelier 3: Constitution et pouvoir constituant*, sous la responsabilité de Lucien JAUME, et Jean - Pierre MACHELON, Nancy Université, p.668, disponible en ligne à l'adresse: <http://www.droitconstitutionnel.org/congresParis/comC3/DuffourcTXT.pdf>.
- 30- DUTHEILLET de LAMOTHE Olivier, «Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionalité», Texte publié dans les *Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, Dalloz, Paris 2007.
- 31- DUTHEILLET DE LAMOTHE Olivier, « La sécurité juridique : le point de vue du juge constitutionnel », exposé fait le 20/09/2005, disponible en ligne à l'adresse: http://www.conseilconstitutionnel.fr/conseilconstitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/securitejuridique.pdf.
- 32- DUTHEILLET DE LAMOTHE Olivier,« Les normes constitutionnelles en matière sociale », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 29,2010/3, pp.193-203.
- 33- DUVAUX Paul , « Le principe de sécurité juridique et de confiance légitime appliqué à la réforme du LMP », publié le 23/11/2008, disponible en ligne à l'adresse:<http://avocats.fr/space/paul.duvaux/content/Le-Principe-de-sécurité-juridique-et-de-confiance-Légitime-apliqué-à-la-réforme-du-lmpE850BFC6-C0D9-4078-AD4F-7FD5DCECDFBB>.
- 34- Emmanuel BREEN, « Des droits de l'homme aux droits fondamentaux », *Revue par E. BREEN* le 24 avril 2017, publiée sur le site : <http://libredroit.editme.com>.
- 35- Emmanuel TAWIL, « L'organe de justice constitutionnelle – aspects statutaires », VI^{ème} Congrès de l'association française des constitutionnalistes, atelier 5, ou en est le juge constitutionnel ? , Montpellier juin 2005, p.p. 1-2, cf. Site: www.droitconstitutionnel.org.
- 36- ETOA Samuel, «La terminologie des droits fondamentaux dans la jurisprudence du conseil constitutionnel », *Revue des droits de l'homme*, CRDF, n° 9, 2011, pp. 23 –29.

- 37- FAURE Bertrand, «Hiérarchie des normes », in Dictionnaire des droits fondamentaux, sous la direction de Dominique CHAGNOLLAUD, et Guillaume DRAGO, Dalloz, Paris, 2010, pp. 478-490.
- 38- FAVOREU Louis, « Souveraineté et supra constitutionnalité », Revue française d'études constitutionnelles et politiques, n° 67, novembre 1993, pp. 71 – 77.
- 39- Feldman Jean-Philippe, « Le constitutionnalisme selon Benjamin Constant », Revue française de droit constitutionnel, 2008/4, n° 76, pp.675-702.
- 40- FORMONT Michel, « Le principe de sécurité juridique », A.J.D.J, numéro spécial annuel juin 1996, pp.178-188
- 41- FRAISSEIX Patrick, « Santé », in Dictionnaire des droits fondamentaux, sous la direction de Dominique CHAGNOLLAUD et Guillaume DRAGO, Dalloz, Paris, pp.665-672
- 42- FROMONT Michel, « Présentation de la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne », Cahiers du Conseil constitutionnel, n° 15, 2004, disponible en ligne à l'adresse:<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/pdf/conseil-constitutionnel-51993.pdf>.
- 43- GALLO Franco, « Le modèle italien de justice constitutionnelle », Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel, n° 42, 2014/1, pp.89-106.
- 44- GAY Laurence, « Droit de grève et liberté syndicale dans la jurisprudence constitutionnelle : des libertés « particulières? », Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel, n° 45, 2014 /4, pp.35-49.
- 45- GENEVOIS Bruno, « Les limites d'ordre juridique à l'intervention du pouvoir constituant », ancien Secrétaire général du Conseil constitutionnel lors des rencontres franco-italiennes de Florence des 24 et 25 septembre 1998, disponible sur le lien: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/pdf/conseil-constitutionnel-136340.pdf>.
- 46- GICQUEL Jean-Éric, « La dimension constitutionnelle des libertés et droits fondamentaux », in R. Cabrillac (dir.), Libertés et Droits fondamentaux, CRFPA Grand oral, 19^e édition, Dalloz, 2013.
- 47- Gille LEBRETON, « Association », in Dictionnaire des droits fondamentaux, sous la direction de Dominique CHAGNOLLAUD, et Guillaume DRAGO, Dalloz, Paris, 2010, pp.26-35.

- 48- GOGUEL François, « Objet et portée de la protection des droits fondamentaux, Conseil Constitutionnel français », *Revue internationale du droit comparé*, Volume 33, n°2, 1981, pp. 433 -447.
- 49- GREWE Constance, « Le contrôle de constitutionnalité de la loi en Allemagne : quelques comparaisons avec le système français », *revue Pouvoir* n°137, 2011-2, pp.143 –154.
- 50- Gründler Tatiana, « La doctrine des libertés fondamentales à la recherche des droits sociaux », *Revue des droits de l’homme, CRDF*, n°1, 2012/1, pp.103-116.
- 51- HUGLO Christian, « La QPC quelle utilisation en droit de l’environnement ? », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 43, 2014/2, pp.57-71.
- 52- JEAN Pascal, « L’immunité juridictionnelle des lois de révision constitutionnelle », *LPA* n° 218, (31 octobre 2003), p. 4 s.
- 53- KELSEN Hans, « Qu’est-ce que la théorie pure du droit ? », *Revue Droit et société*, n° 22, 1992, pp.551-568.
- 54- LAFFAILLE Franck, « La notion de constitution au sens matériel chez Constantino Mortati, La « zone grise » du droit constitutionnel », *Jus Politicum Revue de droit politique*, n° 7, 2012, disponible en ligne à l’adresse: <http://juspoliticum.com/article/La-notion-de-constitution-au-sens-materiel-chez-Costantino-Mortati-458.html>.
- 55- LAMPRON Louis- Philippe, BROUILLET Eugénie, « Le principe de non hiérarchie entre droits et libertés fondamentaux: l’inaccessible étoile ? », *Revue générale de droit*, vol 41, n°1, 2011, pp.92-141
- 56- LASCOMBE Michel, « Principes (ou objectifs) de valeur constitutionnelle », in *Dictionnaire du Droit Constitutionnel*, disponible en ligne à l’adresse:<http://michel-lascombe.pagesperso-orange.fr>.
- 57- LE BOT Olivier, « La liberté de manifestation en France: un droit fondamental sur la sellette? », in *La liberté de manifester et ses limites: perspectives de droit comparé, publications extraites de colloques*, Faculté de droit et de science politique d’Aix-en-Provence, 18 et 19 mars 2016, pp.32-42.
- 58- LEBRETON Gilles, « Association », in *Dictionnaire des droits fondamentaux*, sous la direction de Dominique CHAGNOLLAUD et Guillaume DRAGO, Dalloz, Paris, pp.26-35.

- 59- LENOIR Noëlle, « L'intérêt général, norme constitutionnelle ? », Editions Dalloz, collection des Cahiers constitutionnels de Paris I, p.3, disponible en ligne à l'adresse:http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseilconstitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/lenoir.pdf.
- 60- LEPAGE Agathe, « Les droits de la personnalité confrontés à internet », in Libertés et droit fondamentaux, sous la direction de Rémy CABRILLAC ,20^eédition, Dalloz, Paris, 2014, pp.299-328.
- 61- Les traités internationaux et la constitution, disponible sur le site :<http://www.vie-publique.fr>.
- 62- LIEBER Sophie-Justine, BOTTEGHI Damien et DAUMAS Vincent, « La question prioritaire de constitutionnalité vue du Conseil d'État », Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel 1, n°29,2010/3, pp.101-120.
- 63- LUCHAIRE François, « Le Conseil constitutionnel et la protection des droits et des libertés du citoyen », in Mélanges offerts à Marcel Waline, L.G.D.J, Paris, 1974, pp.572 et s.
- 64- LUCHAIRE François, « Procédures et techniques de protection des droits fondamentaux conseil constitutionnel Français », Revue international de droit comparé, Vol.33, n°2, Avril-juin 1981, pp.285-334.
- 65- LUCHAIRE François, « La sécurité juridique en droit constitutionnel français », Paris le 1^{er} septembre 2001, disponible en ligne à l'adresse: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/secjur.pdf>
- 66- MADIOT Yves, «L'influence de la déclaration des droits de l'homme et de citoyen de 1789 sur le droit international des droits de l'homme », Revue québécoise de droit international, vol n° 6, 1989-1990, pp.1-11.
- 67- MAGNON Xavier, « Quelques maux encore à propos des lois de révision constitutionnelle : limites, contrôle, efficacité, caractère opératoire et existence. En hommage au doyen Louis Favoreu », Revue française de droit constitutionnel, n° 59, 2004/3, p p. 595-617.
- 68- MAZEAUD Vincent, « La constitutionnalisation du droit au respect de la vie privée », les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel, n° 48, 2015/3, pp. 5 –20.
- 69- MERLAND Guillaume , « L'intérêt général dans la jurisprudence du conseil constitutionnel », disponible en ligne à

l'adresse:http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/merland.pdf.

- 70- MERLAND Guillaume, « L'intérêt général, instrument efficace de protection des droits fondamentaux? », Cahiers du Conseil constitutionnel n° 16 (Prix de thèse 2003), juin 2004, disponible en ligne à l'adresse : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-16/l-interet-general-instrument-efficace-de-protection-des-droits-fondamentaux.51983.html>
- 71- MESTRE Jean-Louis , « Les contrôles judiciaires à posteriori de constitutionnalité à partir de la Révolution», Cahiers du Conseil constitutionnel n° 28, (Dossier : L'histoire du contrôle de constitutionnalité) - juillet 2010, disponible en ligne à l'adresse:<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-28/les-controles-judiciaires-a-posteriori-de-constitutionnalite-a-partir-de-la-revolution.52719.html>.
- 72- MOLFESSIS Nicolas, «La résistance immédiate de la Cour de cassation à la QPC», Revu Pouvoirs, n°137, 2011/2, pp.83-99.
- 73- NGOTO Betty, « La protection des droits fondamentaux selon la loi fondamentale allemande», publiés le 4 Avril 2014 sur les blogs pédagogiques de l'Université Paris Nanterre, cf. site : www.blogs.u-paris10.fr.
- 74- OF WORTH MATRAVERS Lord PHILIPS, La constitution du ROYAUME - UNIE , Colloque du cinquantenaire du conseil constitutionnel 3 novembre2008, disponible en ligne à l'adresse <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-hors-serie-2009/la-constitution-du-royaume-uni.138659.html>
- 75- OFUJI Noriko, « Tradition constitutionnelle et supra-constitutionnalité : y a-t-il une limite à la révision constitutionnelle ? L'exemple de la Constitution japonaise », Revue française de droit constitutionnel, P U F, n° 59, 2004/3, pp.619-631.
- 76- PENA Annabelle, « Aller et venir (Liberté d') », in Dictionnaire des droits fondamentaux, sous la direction de Dominique CHAGNOLLAUD, et Guillaume DRAGO, Dalloz, Paris, 2010, pp.1-12.

- 77- PHILIPPE Xavier, « La liberté d'aller et de venir », in Libertés et droits fondamentaux, sous la direction de Rémy CABRILLAC, 21^e édition, Dalloz, Paris, pp.391-432.
- 78- PINI Joseph, La Cour constitutionnelle autrichienne et les rapports entre juge constitutionnel et pouvoir constituant, Cahiers du Conseil constitutionnel n° 7 (Dossier : Autriche), décembre 1999, disponible en ligne sur le site: www.conseil-constitutionnel.fr.
- 79- PIZZORUSSO Alessandro, « Présentation de la Cour constitutionnelle italienne », Cahiers du Conseil constitutionnel n° 6 (Dossier : Italie) - janvier 1999, disponible à l'adresse: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-6/presentation-de-la-cour-constitutionnelle-des-italienne.52761.html>.
- 80- PRIEUR Michel, « Charte de l'environnement droit dure ou gadget politique ? », Revue française d'étude constitutionnel et politique, n° 127, 2008, pp.49-65.
- 81- Rainer ARNOLD, La protection des droits fondamentaux dans la loi fondamentale : Jurisprudence récente de la Cour Constitutionnelle fédérale Allemande, Revue internationale de droit comparé, Vol. 55, n°3, 2003, pp.679-693.
- 82- REDOR Marie – Joëlle, « Garantie juridictionnelle et droits fondamentaux », Revue C.R.D.F, n°1, 2002, pp. 92-101.
- 83- REY Marianne , « Réforme du code du travail: 9 mauvaises nouvelles (et une bonne) pour le salarié », publié le 22/09/2017 à 13:38, mis à jour le 26/09/2017 à 09:21 disponible en ligne à l'adresse: <https://lentreprise.lexpress.fr>.
- 84- RIALS Stéphane, « Une doctrine constitutionnelle française ? », Revue Française d'études constitutionnelles et politiques, n°50, 1989, pp.81-95.
- 85- ROBLOT-TROIZIER Agnès, « La QPC , Le conseil d'état et la Cour de Cassation » , Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel, n° 40 , 2013/3, pp.49-61.
- 86- RORHEL Anne, « Le droit comparé de l'association dans les pays européens », in L'Association, Septièmes Journées René Savatier, Poitiers 8 et 9 juin 2001, PUF, 2002, pp.41-56.
- 87- SAINT BONNET François, « L'intérêt général dans l'ancien droit constitutionnel » Dalloz, collection des Cahiers constitutionnels de

- Paris I, Dalloz, disponible en ligne à l'adresse:http://www.conseilconstitutionnel.fr/conseilconstitutionnel/ro ot/bank_mm/pdf/Conseil/saintbonnet.pdf.
- 88- SAMUEL Xavier, « Les réserves d'interprétation émises par le Conseil Constitutionnel », 2007, cf.site: <http://www.conseil-constitutionnel.fr>.
- 89- Sauvé Jean – Marc , « Le principe de proportionnalité , protecteur des libertés », intervention de Jean – Marc Sauvé à l' Institut Portalis , Aix-en – Provence , Vendredi 17 mars 2017,p 2 , disponible en ligne à l'adresse:[http:// www. conseil-etat.fr/ Actualités/Discours- Interventions/Le-principe-de- proportionnalité- protecteur-des-libertés](http://www.conseil-etat.fr/Actualités/Discours-Interventions/Le-principe-de-proportionnalité-protecteur-des-libertés).
- 90- Sauvé Jean –Marc, « L'examen de la constitutionnalité de la loi par le conseil d' tat », Journée d'études organisée au conseil d' état par le centre de recherche en droit constitutionnel de l'université de Paris 1, Panthéon- Sorbonne , Vendredi 1^{er} avril 2011, disponible en ligne à l'adresse:[http://www.conseil-etat.fr/Actualites/Discours- Interventions/L-examen-de-la- constitutionnalité-de-la-loi-par-le- Conseil-d-Etat](http://www.conseil-etat.fr/Actualites/Discours-Interventions/L-examen-de-la-constitutionnalité-de-la-loi-par-le-Conseil-d-Etat)
- 91- SCHNEBEL Vincent , « Le juge administratif, un nouveau juge de la constitutionnalité des lois ? », disponible en ligne à l'adresse : <https://chevaliersdesgrandsarrets.com/2011/11/14/le-juge-administratif-un-nouveau-juge-de-la-constitutionnalite-des-lois/> .
- 92- SERVERIN Simon, « La légitimité de la Constitution dans la doctrine constitutionnelle japonaise », Revue Droit et culture n 58/ 2009-2 , point n 46 , pp.179-198.
- 93- SEUROT Laurent, L'exception d'inconstitutionnalité des lois et la doctrine du Conseil d' tat , VIII^e Congrès Français de droit constitutionnel – Nancy – Atelier 9: Aspects historiques, 16,17 et 18 juin 2011, publiée sur le site : <http://www.droitconstitutionnel.org> .
- 94- Simon, « De la confrontation entre droits fondamentaux : stricte égalité ou nécessaire hiérarchie ? », 4 Janvier 2018, disponible en ligne à l'adresse: <https://www.superprof.fr/ressources/droit/droit-constitutionnel/libertes-fondamentales/supra-constitutionnel.html>.
- 95- Simon, « Le régime juridique des principaux droits fondamentaux», 26 septembre 2017, disponible en ligne à l'adresse: <https://www.superprof.fr/ressources/droit/droit-constitutionnel/libertes-fondamentales/environnement-des-droits-fonda.html>.

- 96- SOUCRAMANIEN Ferdinand Mélin, « Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Quelles perspectives pour la question prioritaire de constitutionnalité ? », Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel, n °29,2010/3, pp. 89-100.
- 97- SPECCHIA Marina Calamo, « Les limites à la révision de la Constitution en France et perspectives comparées », VII Congrès Français de Droit Constitutionnel, 50^e anniversaire de la Constitution du 4 octobre 1958, Atelier n° 3 – Constitution et pouvoir constituant, p.4, disponible en ligne à l'adresse:<http://www.droitconstitutionnel.org/congres/Paris/comC3/CalamoTXT.pdf>.
- 98- THOMAS Didier, « Le droit à la sûreté », in Libertés et droits fondamentaux, sous la direction de Rémy CABRILLAC, 20^eédition, Dalloz, Paris, 2014, pp.424-455.
- 99- VEDEL Georges, « Souveraineté et supra constitutionnalité », Revue Française d'études constitutionnelles et politiques, la Souveraineté, n° 67, 1993, pp 79-96.
- 100- VIALA Alexandre, « Limitation du pouvoir constituant, la version du constitutionnaliste », Civatis Europa, n°2, 2014/1, pp.81-91.
- 101- VIALA Alexandre, « Droits fondamentaux (notion) », in Dictionnaire des droits fondamentaux, Sous la direction de: Dominique CHGNOLLAUD, Guillaume DRAGO, Dalloz, 2010, pp.303-319.
- 102- WACHSMANN Patrick, « La liberté d'expression », in Libertés et droits fondamentaux, sous la direction de Rémy CABRILLAC, 21 édition, Dalloz, Paris, 2015, pp.493-535.
- 103- Werner Alain, « Le conseil constitutionnel et l'appropriation du pouvoir constituant », Revue Française d'études constitutionnelles et politiques, n° 67, 1993, pp. 117-136.
- 104- ZOLLER Elisabeth, «Présentation de la Cour suprême des Etats-Unis », Cahiers du Conseil constitutionnel n° 5 (Dossier : États-Unis) - novembre 1998 , cf. <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-5/presentation-de-la-cour-supreme-des-etats-unis.52825.html>

4 - منشورات (Publications)

- 1- 12 questions- réponses sur la question prioritaire de constitutionnalité, disponible en ligne à l'adresse :<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-question-prioritaire->

de-constitutionnalite/decouvrir-la-qpc/12-questions-pour-commencer.47107.html.

- 2- France le droit de manifester menacé, disponible en ligne à l'adresse :<https://www.amnesty.fr/liberte-d-expression/actualites/droit-de-manifester-en-france>.
- 3- Constitution du Royaume – Unis, disponible en ligne à l'adresse: http://fr.wikipedia.org/wiki/Constitution_du_Royaume-Uni.
- 4- Définition des droits fondamentaux, Question écrite n° 18050 de M. Hubert Haenel (Haut-Rhin - RPR) publiée dans le JO Sénat du 22/07/1999
- 5- État-providence, disponible en ligne à l'adresse: <http://fr.wikipedia.org/wiki/état-providence>.
- 6- Examen des conditions de recevabilité et de transmission des QPC, disponible en ligne à l'adresse:https://www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_tude_annuelle_36/rapport_2013_6615/livre_4_jurisprudence_cour_6619/examen_questions_prioritaires_constitutionnalite_6685/recevabilite_transmission_29360.html.
- 7- Juger l'administration, disponible en ligne à l'adresse: <http://www.conseil-etat.fr/Conseil-d-Etat/Missions/Juger-l-administration>.
- 8- –La question prioritaire de constitutionnalité devant la juridiction administrative ,publier sur le site du conseil d'état le 17 novembre 2014, disponible en ligne à l'adresse:<http://www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Etudes-Publications/Dossiers-thematiques/La-question-prioritaire-de-constitutionnalite-devant-la-juridiction-administrative>
- 9- La théorie de la peine justifiée, ,disponible en ligne à l'adresse: <https://www.doc-du-juriste.com/droit-prive-et-contrat/droit-penal/dissertation/theorie-peine-justifiee-450674.html>
- 10- Les droits économiques, sociaux, culturels et environnementaux : instruments de lutte pour la dignité humaine et la justice sociale, Groupe de travail sur les droits fondamentaux CEDIDELP-IPAM, Paris, mars 2005, disponible en ligne à l'adresse:http://www.rinoceros.org/IMG/pdf/CEDIDELP-IPAM_-_DESCE_pdf_.pdf.
- 11- Les effets dans le temps des décisions QPC du Conseil constitutionnel, juillet- Août 2010, disponible en ligne à l'adresse:<http://www.conseil->

constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/a-la-une/juillet-aout-2010-les-effets-dans-le-temps-des-decisions-qpc-du-conseil-constitutionnel.48618.html

- 12- Loi écran en droit Français, disponible en ligne à l'adresse : *https://fr.wikipedia.org/wiki/Loi-%C3%A9cran_en_droit_fran%C3%A7ais*.
- 13- Napoléon III, disponible en ligne à l'adresse: *http://fr.wikipedia.org/wiki/Napoleon_III*
- 14- Nicolas Sarkozy et Jean Louis Debré une grande inimitié, Le Monde, édition 5.7.2013, disponible à l'adresse: *<http://www.lemonde.fr/politique/article/2013/07/05/nicolas-sarkozy-et-jean-louis-debre-une-longue-inimitie>*
- 15- Présentation de la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne, cf. site *www.conseilconstitutionnel.fr*.
- 16- Qu'est-ce que la sécurité juridique ?, disponible en ligne à l'adresse: *<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/dossiers/qualite-normes-securite-juridique/securite-juridique>*.
- 17- Quelle la place d'une constitution dans la hiérarchie des norme juridique ?, disponible sur le site : *<http://www.vie-publique.fr>*.
- 18- Quelle la place d'une constitution dans la hiérarchie des norme juridique ?, cf. site : *<http://www.vie-publique.fr>*
- 19- Questionnaire, La proportionnalité dans la jurisprudence constitutionnelle, 5^{ème} Conférence des Chefs d'institution de l'Association des Cours constitutionnelles ayant en partage l'usage du français (A.C.C.P.U.F.), Libreville, 8-13 juillet 2008, p. 4, disponible en ligne à l'adresse: *http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseilconstitutionnel/root/bank_mm/Bilan_2008/confV_accpuf_libreville_juillet2008.pdf*.
- 20- Réflexions sur l'intérêt général - Rapport public 1999, disponible en ligne à l'adresse: *<http://www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Etudes-Publications/Rapports-Etudes/Reflexions-sur-l-interet-general-Rapport-public-1999>*.
- 21- République, disponible en ligne à l'adresse: *<http://fr.wikipedia.org/wiki/République>*.
- 22- Université: entrave à l'exercice du droit syndicale, article publié le 13 mars 2017, sur le journal électronique Algeriepatréotique, disponible en ligne à

l'adresse : <https://www.algeriepatriotique.com/2017/03/13/universite-entrave-a-l'exercice-du-droit-syndical/>

- 23- La théorie de la loi-écran au XXI^e siècle(CE, sect., 06/11/1936, Arrighi), A jour 02/02/2017,p.4, publiée sur le site : <https://www.fallaitpasfairedudroit.fr>.
- 24- Commentaire de la décision n° 2000-434 DC du 20 juillet 2000 Loi relative à la chasse, Les Cahiers du Conseil constitutionnel Cahier n°9, cf. site: www.conseilconstitutionnel.fr.
- 25- Commentaire de la décision n° 2000-434 DC du 20 juillet 2000, Loi relative à la chasse, Les Cahiers du Conseil constitutionnel ,Cahier n°9, disponible en ligne à l'adresse:http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseilconstitutionnel/root/bank/download/2000434DCccc_434dc.pdf.
- 26- Commentaire Décision n°2015-727 DC du 21 janvier 2016,Loi relative à la modernisation de notre système de santé , cf. site: www.conseilconstitutionnel.fr.
- 27- Bilan Statistique au 30 septembre 2017, Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel, n° 58,2018/1, pp. 291-291.
- 28- Commentaire Décision n°2017-665 QPC du 20 octobre 2017 Confédération générale du travail - Force ouvrière (Licenciement en cas de refus d'application d'un accord en vue de la préservation ou du développement de l'emploi), cf. site: www.conseilconstitutionnel.fr.

5 – محاضرات: (Conférences)

1 -Interview d'Henri Oberdorff, Professeur émérite à l'université Grenoble-Alpes, « Les libertés fondamentales : théorie générale », L'extenso ajoutée le 8 août 2016, disponible en ligne à l'adresse:<https://www.youtube.com/watch?v=rFpjANFjrql>

6 – دساتير و إعلانات و معاهدات و قوانين أجنبية (Constitutions, Déclarations,) (Traités et Lois étrangères

1-6-الدساتير و الإعلانات (Constitutions et déclarations)

- 1- La constitution des États-Unis d'Amérique, 17 septembre 1787, disponible en ligne à l'adresse: <http://mjp.univ-perp.fr/constit/us1787.htm>
- 2- La Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, cf. site :www.conseil-constitutionnel.fr.
- 3- Constitution Allemande de Weimar ,11 août 1919, disponible en ligne à l'adresse: <http://mjp.univ-perp.fr/constit/de1919.htm>
- 4- Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, cf. site www.conseilconstitutionnel.fr
- 5- La constitution Italienne de 1947, Publication réalisée par le Bureau des informations parlementaires, des archives et des publications du Sénat Mise à jour et révision pour la langue française: Alessio Colarizi Graziani.
- 6- La constitution du Japon de 1947, disponible en ligne à l'adresse: <http://mjp.univ-perp.fr/constit/jp1946.htm>
- 7- Loi fondamentale pour la République fédérale d'Allemagne, Version mise à jour : novembre 2012, cf. site :<http://www.bundestag.de>.
- 8- La constitution française du 4 octobre 1958, texte intégral en vigueur, disponible sur le site: www.conseil-constitutionnel.fr.
- 9- La Constitution Espagnole, ratifiée par référendum du 6 décembre 1978, Catálogo de Publicaciones de l'Administración General del Estadopublicacionesoficiales.boe.es.

2-6-المعاهدات (Traités)

- 1- La déclaration universelle des droits de l'homme, adoptée le 10 décembre 1948 par l'assemblée générale des Nations unies, cf.site : www.un.org/fr.

- 2- La convention européenne des droits de l'homme, adoptée en 1950 par le conseil de l'Europe et entrée en vigueur en 1953, telle qu'amendée par les Protocoles n° 11 et 14, complétée par le Protocole additionnel et les Protocoles n° 4, 6, 7, 12 et 13, cf. site : www.echr.coe.int.
- 3- La convention américaine relative aux droits de l'homme, adoptée à San José, Costa Rica, le 22 novembre 1969, entrée en vigueur le 18 juillet 1978, cf. site: www.dictionnaire – droit-humanitaire .org.
- 4- Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, adoptée par l'Assemblée de l'OUA le 28 juin 1981, à Nairobi, au Kenya, entrée en vigueur le 21 octobre 1986, cf. site : www.achpr.org/fr.

3-6 قوانين أجنبية (Lois étrangères)

- 1- Ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, modifiée par, ..., LO n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, Journal officiel du 11 décembre 2009.
- 2- La Loi des 16 et 24 août 1790 sur l'organisation judiciaire, Loi disponible en ligne à l'adresse: [mafr.fr/fr/article/lois des 16 et 24 aout 1790 sur l'organisation judi/](http://mafr.fr/fr/article/lois%20des%2016%20et%2024%20aout%201790%20sur%20l'organisation%20judi/).
- 3- Loi Française n° 62-1292 du 6 novembre 1962, relative à l'élection du président de la république au suffrage universel, cf. site : www.legifrance.gouv.fr.
- 4- Loi n°2000-597 du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions Administratives, cf. site : www.legifrance.gouv.fr.
- 5- Code de justice administrative Français, Edition 2017: Version mise à jour au 1er janvier 2017 de La Bibliothèque Juridique, Paris.
- 6- Code de procédure civil Français, édition 2018 - Accord de licence Legifrance, Paris.
- 7- Code de procédure pénal Français, édition 2018 de La Bibliothèque Juridique, Paris.

(Décisions du Conseil Constitutionnel المجلس الدستوري الفرنسي - 7 Français)

- 1- CC n° 61-1 AUTR du 14 septembre 1961, cf.site:www.conseilconstitutionnel.fr.
- 2- CC n° 62-20 DC du 6 novembre 1962,cf.site: www.conseilconstitutionnel.fr.
- 3- CC n° 71- 44 DC, du 16 juillet 1971, cf. site: www.conseilconstitutionnel.fr.
- 4- CC n° 74-54 DC du 15 janvier 1975. cf.site:www.conseilconstitutionnel.fr.
- 5- CC n°76- 70 DC, du 2 décembre 1976, cf. site: www.conseilconstitutionnel.fr.
- 6- CC n° 76-67 DC du 15 Juillet 1976, cf site: www.conseilconstitutionnel.fr.
- 7- CC n° 76-75 DC du 12janvier1977, cf. www.conseilconstitutionnel.fr.
- 8- CC n°77-79DC, du 5 juillet1977, cf. site: www.conseilconstitutionnel.fr.
- 9- CC n°77-87 DC, du 23 novembre 1977, cf. site: www.conseilconstitutionnel.fr.
- 10- CC n°77-90DC, du 30 décembre1975, cf. site: www.conseilconstitutionnel.fr.
- 11- CC n°79-105DC, du 25 juillet1979, cf. site: www.conseilconstitutionnel.fr.
- 12- CC n°79-109DC, du 9 janvier1980, cf. site: www.conseilconstitutionnel.fr.
- 13- CC n°80-117DC, du 22 juillet 1980, cf. site: www.conseilconstitutionnel.fr.
- 14- CC n°80- 119 DC, du 22 juillet 1980, cf. site: www.conseilconstitutionnel.fr.
- 15- CC n° 80-127 DC du 20 Janvier 1981, cf.site: www.conseilconstitutionnel.fr.
- 16- CC n°81-132 DC du 16 janvier 1982, cf. site: www.conseilconstitutionnel.fr.
- 17- CC n°82-141 DC, du 27 juillet1982, cf. site: www.conseilconstitutionnel.fr.

- 18- CC n°83-156 DC, du 28 mai 1983, cf. site: www.conseilconstitutionnel.fr.
- 19- CC n°83-162 DC, du 19 et 20 juillet 1983, cf. site: www.conseilconstitutionnel.fr.
- 20- CC n°84-165 DC, du 20 janvier 1984, cf. site : www.conseilconstitutionnel.fr
- 21- CC n° 84-181 DC du 10 et 11 octobre 1984. cf.site:www.conseilconstitutionnel.fr.
- 22- CC 84- 184 DC , du 29 décembre 1984, cf. site: www.conseilconstitutionnel.fr.
- 23- CC n° 85-197 DC du 23 aout 1985, cf.site: www.conseilconstitutionnel.fr.
- 24- CC n°86-217 DC, du 18 septembre 1986, cf. site: www.conseilconstitutionnel.fr.
- 25- CC n°88-244 DC du 20 juillet 1988, cf. site www.conseilconstitutionnel.fr.
- 26- CC n°89- 256 DC, du 25 juillet1989, cf. site: www.conseilconstitutionnel.fr.
- 27- CC n° 89-259 DC du 26 juillet 1989. cf.site:www.conseilconstitutionnel.fr
- 28- CC n° 89-271 DC du 11 janvier 1990,cf.site: www.conseilconstitutionnel.fr.
- 29- CC n°90-280DC, du 6 décembre1990, cf. site: www.conseilconstitutionnel.fr.
- 30- CC n°90-283 DC, du 8 janvier 1991, cf. site:www.conseilconstitutionnel.fr.
- 31- CC 91- 302 DC du 30 décembre 1991, cf.site:www.conseilconstitutionnel.fr.
- 32- CC n° 92-307 DC du 25 février 1992, cf. site: www.conseilconstitutionnel.fr.
- 33- CC n° 92 -312 du 02 septembre 1992 cf.site:www.conseilconstitutionnel.fr.
- 34- CC n° 93-325 DC du 13 aout 1993. cf. site: www.conseilconstitutionnel.fr.
- 35- CC n° 94-345 DC du 29 juillet 1994. cf.site:www.conseilconstitutionnel.fr.

- 36- CC n°94-359DC, du 19 janvier 1995, cf. site: www.conseil-constitutionnel.fr.
- 37- CC n° 95-360 DC du 2 février 1995, cf. site: www.conseil-constitutionnel.fr.
- 38- CC n° 98-401 DC du 10 juin 1998. cf.site:www.conseil-constitutionnel.fr.
- 39- CC n° 98-408 DC du 22 janvier 1999. cf.site:www.conseil-constitutionnel.fr
- 40- CC n° 99-412DC du 15 juin 1999, cf. site: www.conseil-constitutionnel.fr.
- 41- CC n° 99-411 DC du 16 Juin 1999, cf. site:www.conseil-constitutionnel.fr.
- 42- CC n°99-421DC, du 16 décembre 1999, cf. site: www.conseil-constitutionnel.fr.
- 43- CC n°99-425 DC, du 29 décembre 1999, cf. site: www.conseil-constitutionnel.fr.
- 44- CC n° 2000-434 DC du 20 juillet 2000, cf. site: www.conseil-constitutionnel.fr.
- 45- CC n°2003- 467 DC, du 13 mars 2003, cf. site: www.conseil-constitutionnel.fr.
- 46- CC n°2004- 492DC, du 2 mars 2004, cf. site: www.conseil-constitutionnel.fr.
- 47- CC n°2004- 505 DC, du 19 novembre 2004 , cf. site: www.conseil-constitutionnel.fr.
- 48- CC n°2005-514 DC du 28 avril 2005, cf. Site:www.conseil-constitutionnel.fr.
- 49- CC 2005- 530DC, du 29 décembre 2005 , cf. site: www.conseil-constitutionnel.fr.
- 50- CC n° 2009-584 DC du 16 juillet 2009, cf. site: www.conseil-constitutionnel.fr.
- 51- C C n° 2009 – 595DC du 3 décembre 2009, cf. Site:www.conseil-constitutionnel.fr.
- 52- CC n° 2010-5 QPC du 18 juin 2010, cf. site: www.conseil-constitutionnel.fr.
- 53- CC n° 2010-60 QPC du 12 novembre 2010, cf. Site: www.conseil-constitutionnel.fr.

- 54- CC n° 2010-66 QPC26 novembre. 2010, cf. Site: www.conseilconstitutionnel.fr.
- 55- CC n° 2011-135/140 QPC du 11 Juin 2011, cf. site: www.conseilconstitutionnel.fr.
- 56- CC n° 2011-131 QPC du 20 mai 2011, cf. site: www.conseilconstitutionnel.fr.
- 57- CC n° 2011-183/184 QPC du 4 octobre 2011,cf. site:www.conseilconstitutionnel.fr.
- 58- CC n° 2012-227 QPC du 30 Mars 2012, cf.sit site :www.conseilconstitutionnel.fr.
- 59- CC n° 2012-248 QPC du 16 Mai 2012, cf.sit site :www.conseilconstitutionnel.fr.
- 60- CC n°2015-727 DC du 21 janvier 2016, cf. site:www.conseilconstitutionnel.fr.
- 61- CC n° 2015-529 QPC du 23 mars 2016, cf. site: www.conseilconstitutionnel.fr.
- 62- CC n° 2016-567/568 QPC du 23 septembre 2016, cf.sit : www.conseilconstitutionnel.fr.
- 63- . CC n° 2016-581 QPC du 5 octobre 2016, cf.site: www.conseilcontitutionnel.fr.
- 64- CC n° 2016-605 QPC du 17 janvier 2017, cf. site: www.conseilconstitutionnel.fr.
- 65- CC n° 2016-606/607 QPC du 24 janvier 2017, cf.sit: www.conseilconstitutionnel.fr.
- 66- CC n° 2017-750 DC du 23 mars 2017, cf. site : www.conseilconstitutionnel.fr.
- 67- CC n° 2017-651 QPC du 31 mai 2017, cf.site: www.conseilconstitutionnel.fr.
- 68- CC n° 2017-646/647 QPC du 21 juillet 2017, cf.sit site :www.conseilconstitutionnel.fr.
- 69- CC n° 2017-752 DC du 8 septembre 2017, cf. site: www.conseilconstitutionnel.fr.
- 70- CC n° 2017-661 QPC du 13 octobre 2017, cf. site : www.conseilconstitutionnel.fr
- 71- CC n° 2017-665 QPC du 20 octobre 2017, cf. site: www.conseilconstitutionnel.fr.

- 72- CC n° 2017-667 QPC du 27 octobre 2017, cf.site: www.conseilconstitutionnel.fr.
- 73- CC n° 2017-670 QPC du 27 octobre 2017, cf.sit: www.conseilconstitutionnel.fr.
- 74- CC n° 2017-667 QPC du 1 Décembre 2017, cf.sit site : www.conseilconstitutionnel.fr.
- 75- CC n° 2017-682 QPC du 15 décembre 2017, cf. site www.conseilconstitutionnel.fr.

9 - قرارات مجلس الدولة الفرنسي (Décisions du Conseil d'État Français)

- 1- C E, 6 décembre 1936, Arrighi, disponible en ligne à l'adresse : <http://www.revuegeneraledudroit.eu/blog/decisions/conseil-detat-section-6-novembre-1936-arrighi-recueil-p-966/>.
- 2- C E, Section, du 1 mars 1968, n°62814, disponible en ligne à l'adresse: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000007633957>
- 3- CE, Quintin, du 17 Mai 1991, publiée sur le lien:<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000007794873>.
- 4- CE, Assemblée, SARL du parc d'activités de Blotzheim, du 18 décembre 1998, publiée sur le lien:<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000007990344>.
- 5- CE, Syndicat national des huissiers de France, du 16 décembre 2005, publiée sur le lien:<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000008260161>.
- 6- C E, 16 juillet 2010, 10ème et 9ème sous-sections réunies, n° 334665, disponible en ligne à l'adresse : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000022487080>.
- 7- C E, 23 juillet 2010, 9ème et 10ème sous-sections réunies, n° 340115, disponible en ligne à l'adresse:<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000022513085>.

- 8- C E, 11 mars 2011, 2ème et 7ème sous-sections réunies, n° 341658 disponible en ligne à l'adresse : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000023690743>.
- 9- CE, 22 février 2013, Sous-sections réunies, n° 356245, disponible en ligne à l'adresse: <http://arianeinternet.conseil-etat.fr/arianeinternet/getdoc.asp?id=196783&fonds=DCE&item=2>
- 10- CE, 11 février 2015, 9ème - 10ème SSR, n° 384057, disponible en ligne à l'adresse:<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000030223891>

10 - قرارات محكمة النقض الفرنسية (Arrêts de la Cour de Cassation Française)

- 1- Cass. crim, 26 février 1974, n° 72-93438, disponible en ligne à l'adresse :<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007057335>.
- 2- Cass. chambre mixte, 24 mai 1975, n° 7313556, disponible en ligne à l'adresse:<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000006994625>
- 3- Cass. crim, 27 février 1990, n° 89-86692, disponible en ligne à l'adresse:<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007063450>
- 4- Cass. civile 1^{er}, QPC, 16 Novembre 2010, n°10 – 60366, disponible en ligne à l'adresse:<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000023115778>.
- 5- Cass. crim., 19 févr. 2013, n° 13-80.336, disponible en ligne à l'adresse:<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT00002720802>.
- 6- Cass.civile 1er, 28 mars 2013, n° 13-40.001, disponible en ligne à l'adresse:<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT00002725234>
- 7- Cass.crim, n° 16-90024 du 29 novembre 2016, disponible en ligne à l'adresse:<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000033525679>.
- 8- Cass.crim, Arrêt renvoi n° 347 du 25 janvier 2017, disponible en ligne à l'adresse:https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/qpc_3396/347_25_36183.html.

9- Cass commerciale, n° 17-40030 du 16 mai 2017, disponible en ligne à l'adresse:

<https://juricaf.org/arret/FRANCE-COURDECASSATION-20170516-1740030>.

11 - محكمة استئناف الإدارية لباريس (Cour administrative d'appel de Paris)

1-CAA Paris, 19 juillet 2005, Singh, requête numéro 05PA01831, disponible en ligne à l'adresse:*[http://www.revuegeneraledudroit.eu/blog/décisions/caa-paris-19-juillet-2005-m-x-requête-numéro-05pa01831-publie-au-recueil/](http://www.revuegeneraledudroit.eu/blog/d%C3%A9cisions/caa-paris-19-juillet-2005-m-x-requ%C3%AAte-num%C3%A9ro-05pa01831-publie-au-recueil/)*.

الفهرس

01	مقدمة
12	الباب الأول: الحقوق الأساسية نواة صلبة للدستور
16	الفصل الأول: الحقوق الأساسية موضوع للمنازعات الدستورية
17	المبحث الأول: نظرية المنازعات الدستورية و الحقوق الأساسية في الفقه القانوني
17	المطلب الأول: حداثة المنازعات الدستورية
18	الفرع الأول: محاولة لإعطاء تعريف للمنازعات الدستورية
31	الفرع الثاني: إشكالات المنازعات الدستورية
41	المطلب الثاني: نحو إيجاد تعريف للحقوق الأساسية
42	الفرع الأول: الأيديولوجية و المحاولات الفقهية لتعريف الحقوق الأساسية
55	الفرع الثاني: الضمانات القضائية كوسيلة لتعريف الحقوق الأساسية
63	المطلب الثالث: حداثة الحقوق الأساسية
64	الفرع الأول: المعالجة الدستورية لمصطلح الحقوق الأساسية
71	الفرع الثاني: المصطلحات المتقاربة مع مفهوم الحقوق الأساسية
83	المبحث الثاني: الحقوق الأساسية في النظام القانوني للدولة بين التوسيع و التضييق
84	المطلب الأول: التحديد الدستوري للحقوق الأساسية في الأنظمة المقارنة
84	الفرع الأول - دستور الولايات المتحدة الأمريكية: من دستور المؤسسات الفيدرالية إلى دستور الحريات
85	الفرع الثاني - التجربة الفرنسية : تكريس الحقوق الأساسية في الكتلة الدستورية
92	الفرع الثالث - القانون الأساسي الألماني : دستور الحقوق الأساسية
95	الفرع الرابع - الدستور الجزائري: الحقوق الأساسية محددة في صلب الدستور
129	المطلب الثاني: القضاء الدستوري منشأ للحقوق الأساسية
131	الفرع الأول: النموذج الفرنسي و الكتلة الدستورية
145	الفرع الثاني - النموذج الألماني: المحكمة الدستورية ضامنة للحقوق الأساسية
149	الفرع الثالث - النموذج الجزائري: تواضع حصيلة المجلس الدستوري تتعكس سلبا على

	عملية إنشاء الحقوق الأساسية
158	خلاصة الفصل الأول من الباب الأول
159	الفصل الثاني: القيمة الدستورية للحقوق الأساسية
161	المبحث الأول: سمو الدستور حتمية لتحقيق سمو الحقوق الأساسية
162	المطلب الأول: سمو الشكلي للدستور مكرس للسمو ذو الأثر القانوني للحقوق الأساسية
163	الفرع الأول: الأساسية مرتبطة بالسمو الشكلي للدستور
177	الفرع الثاني: النتائج الملموسة من سمو الشكلي للدستور
192	المطلب الثاني: سمو الموضوعي للدستور معيار لوضع حدود على ممارسة السلطة السياسية
193	الفرع الأول : الآراء الفقهية حول سمو الموضوعي للدستور
197	الفرع الثاني: الآثار المترتبة على سمو الموضوعي للدستور
200	المطلب الثالث: الحقوق الأساسية بين التدرج و المساواة
202	الفرع الأول: التدرج الشكلي للحقوق الأساسية
219	الفرع الثاني: التدرج الوظيفي (Fonctionnelles) أو المادي (Matérielles) للحقوق الأساسية
230	المبحث الثاني: حظر التعديل الدستوري ضماناً للحقوق الأساسية
231	المطلب الأول: سمو الحقوق الأساسية يتوقف على النصوص الدستورية الغير القابلة للتعديل
232	الفرع الأول: الحظر الموضوعي لتعديل الدستور منشئ لسمو الحقوق الأساسية
255	الفرع الثاني: الحظر الزمني لتعديل الدستور معزز لمركز الحقوق الأساسية في الدستور
266	المطلب الثاني: موقف الفقه من النصوص الدستورية المقررة لحظر التعديل، وأثر ذلك على الحقوق الأساسية
266	الفرع الأول: الرأي المنكر للقيمة القانونية للنصوص الدستورية المقررة لحظر التعديل

	و أثر ذلك على الحقوق الأساسية
273	الفرع الثاني: الرأي المؤيد للقيمة القانونية للنصوص التي تحظر التعديل الدستوري وأثره على الحقوق الأساسية
282	خلاصة الفصل الثاني من الباب الأول
283	خلاصة الباب الأول
284	الباب الثاني- تأسيس القضاء الدستوري للحقوق الأساسية: بين القصور وإرساء دولة القانون
287	الفصل الأول- المنازعات الدستورية للحقوق الأساسية بين الهشاشة و النجاعة: المجلس الدستوري الفرنسي والجزائري نموذجا
289	المبحث الأول: الاعتبارات السياسية في معالجة المنازعة الدستورية حاجز نحو بناء دولة القانون
289	المطلب الأول: التشكيلة ذات الطابع السياسي و أثرها على نزاهة القضاء الدستوري
290	الفرع الأول- تدخل السلطات السياسية في تعيين و انتخاب أعضاء المجلس الدستوري: هل هي سببا رئيسيا في تسييس المؤسسة؟
308	الفرع الثاني: تحديد طبيعة المجلس الدستوري بالسياسية يصطدم بالضمانات الدستورية لاستقلالية أعضائه
319	المطلب الثاني: تقرير استقلالية المجلس الدستوري الجزائري في النصوص تتناقض مع الواقع
319	الفرع الأول: تشكيلة المجلس الدستوري الجزائري تنعكس على استقلالية المؤسسة
325	الفرع الثاني: تغلب الاعتبارات السياسية على أعمال المجلس الدستوري الجزائري مساس بمكانة المؤسسة
335	المبحث الثاني: أثر الإجراءات المقررة للمنازعة الدستورية على كفالة الحقوق الأساسية أمام المجلس الدستوري الفرنسي و الجزائري
335	المطلب الأول- المكانة المميزة للمجلس الدستوري في ضمان الحقوق الأساسية: واقع و تحديات
336	الفرع الأول: حدود الرقابة السابقة على صدور القوانين في إرساء ضمانات فعالة للحقوق

	الأساسية
361	الفرع الثاني: تقرير الرقابة البعدية بالدفع بعدم الدستورية تقنية لحماية الحقوق الأساسية
380	المطلب الثاني: المسألة الأولية الدستورية أسست للقضاء ممارسة الرقابة الدستورية
380	الفرع الأول- القضاء الإداري و العادي: قاضي دستوري سلبي
393	الفرع الثاني - القضاء الإداري و العادي: قاضي دستوري ايجابي
421	خلاصة الفصل الأول من الباب الثاني
422	الفصل الثاني- الحقوق الأساسية في اجتهاد المجلس الدستوري: بين المحدودية وتكريس الحماية الدستورية
425	المبحث الأول: معالجة المجلس الدستوري للحقوق الأساسية بين المحدودية و مقتضيات المصلحة العامة
426	المطلب الأول: حدود المنازعات الدستورية نصا وقضاءً
426	الفرع الأول: حدود الحماية المقررة للحقوق الأساسية مستلزمة من النصوص الدستورية
440	الفرع الثاني: حدود الحماية المقررة للحقوق الأساسية مستلزمة من اجتهاد القضاء الدستوري
456	المطلب الثاني: استناد المجلس الدستوري على المصلحة العامة لكفالة الحقوق الأساسية
458	الفرع الأول : المشرع مقيد بالمصلحة العامة وفق اجتهاد المجلس الدستوري
470	الفرع الثاني: ضوابط حماية المجلس الدستوري للمصلحة العامة
482	المبحث الثاني: التحول في الطبيعة القانونية للمجلس الدستوري من السياسية إلى القضائية دافع نحو تجسيد حماية فعالة للحقوق الأساسية
483	المطلب الأول: حماية المجلس الدستوري للحقوق الأساسية الكلاسيكية عملية مستمرة
484	الفرع الأول: الحركية في اجتهاد المجلس الدستوري من ناحية حمايته للحقوق الأساسية الشخصية
498	الفرع الثاني : الحركية في اجتهاد المجلس الدستوري من ناحية حمايته للحقوق الفكرية

519	المطلب الثاني: حماية المجلس الدستوري للحقوق الاقتصادية و الاجتماعية والجديدة عملية مستمرة
520	الفرع الأول: حماية حق الملكية و حرية المقاوله يخضع للتوازن مع الأسس الدستورية
526	الفرع الثاني: الحقوق الاجتماعية حماية دستورية مستمرة
536	الفرع الثالث: حقوق البيئة و التنمية المستدامة محور جديد في الحماية الدستورية
544	خلاصة الفصل الثاني من الباب الثاني
545	خلاصة الباب الثاني
547	الخاتمة:
555	قائمة المراجع:
590	الفهرس
	ملخص الأطروحة

ملخص الأطروحة: موضوعنا يعالج دور القضاء الدستوري في إطار حماية الحقوق الأساسية، بعدما أصبح مفهوم دولة القانون ضروري لبناء الديمقراطية، هذا المفهوم ظهر على إثر الانتقال من الدولة الشرعية القائمة على مبدأ سمو القانون و الحريات العامة، إلى مفهوم دولة القانون القائم على مبدأ سيادة الدستور و الحقوق الأساسية، هذه الأخيرة لا يمكن حمايتها إلاّ وفقاً لمبادئ قانونية و ميكانيزمات مضمونة بموجب الدستور في حد ذاته، فالقانون الأساسي الذي هو بمثابة عقد اجتماعي يضع القيود و الحدود على السلطات، وفقاً لمبدأ الفصل بين السلطات التنفيذية، التشريعية، القضائية، تلك السلطات تعد مؤسسات، فهي تخضع للقانون، و ينبثق من ذلك مبدأ استقلالية القضاء، الذي نعني به وجود هيئات قضائية مستقلة، مختصة للفصل في المنازعات التي تثور بين مختلف الأشخاص القانونية، بتطبيق مبدأ الشرعية و بالسهر على أن تكون أعمال السلطات العمومية وفقاً لتدرج القواعد القانونية و بالخصوص مع الحقوق الأساسية، و لذلك فدولة القانون لتقرير الجزاء على القواعد المخالفة للقاعدة الأسمى في الهرم القانوني، فهي تفرض وجود رقابة دستورية من قبل هيئة مركزية – مثل المجلس الدستوري الفرنسي أو المجلس الدستوري الجزائري التي على أساسها تأسست منازعات جديدة و هي – المنازعات الدستورية – هذه الأخيرة تستدعي بأن يقوم القاضي الدستوري بمناظرة القواعد المختلفة مع القاعدة الأساسية، و ذلك للفصل في شرعيتها، بما فيها القواعد التي لها مرتبة عليا في الهرم القانوني كالقانون الذي يصادق عليه البرلمان، و عليه فكل قانون أو معاهدة مخالفة للدستور يتم إلغاؤها من قبل القاضي الدستوري.

Résumé de la thèse: Notre sujet traite du rôle de la justice constitutionnelle, dans le cadre de la protection des droits fondamentaux, après que le concept de l'*Etat de droit* soit devenu une nécessité primordiale pour l'édification de la démocratie. Ce concept a vu le jour, suite au passage de l'*Etat légal*, basé sur la suprématie de la loi et des libertés publiques, à l'*Etat de droit*, basé sur la suprématie de la constitution et des droits fondamentaux. Ceux-ci ne peuvent être protégés que par des principes juridiques et des mécanismes, garantis par la constitution elle-même. En effet, la loi fondamentale, comme un contrat social, précise les bornes et les limites des pouvoirs, régis par le principe de la séparation entre l'exécutif, le législatif et le judiciaire. Ces pouvoirs sont considérés comme des institutions. A ce titre, ils sont soumis au droit. Il découle de ce principe que le concept de l'indépendance de la justice, suppose l'existence de juridictions indépendantes, compétentes pour trancher les conflits entre les différentes personnes juridiques, en appliquant le principe de l'égalité et en veillant à ce que l'action publique soit compatible avec la hiérarchie des normes juridiques en particulier avec les droits fondamentaux. A cet effet et, également, pour sanctionner les normes contraires à la norme supérieure dans la pyramide des normes, l'Etat de droit suppose donc l'existence d'un contrôle de constitutionnalité par un organe centralisé – tel que le Conseil Constitutionnel français, ou le Conseil Constitutionnel algérien -. Grâce à ces nouvelles prérogatives, le Conseil Constitutionnel a créé un nouveau contentieux, c'est le – *contentieux constitutionnel*. Celui-ci préconise que le juge constitutionnel doit confronter les différentes normes avec la norme fondamentale pour juger de leur légalité, y compris s'il s'agit de règles ayant un rang élevé dans la hiérarchie, telle qu'une loi votée par le parlement. Ainsi, si une loi ou une convention internationale est contraire à la Constitution, elle est abrogée par le juge constitutionnel.