مجلة الدراسات القانونية والسياسية

المجلد 09 العدد 01 جانفي 2023 | ص ص: 51-66

آلية الدفع بعدم الدستورية في نظام الرقابة القضائية

The mechanism of impultion of unconstitutionality in the judicial control system

الأخضري فتيحة *

جامعة غرداية

lfatiha360@gmail.com

رسيوي مسعودة

جامعة غرداية

ReciouiSouad47@gmail.com

- تاريخ الإرسال: 2022/12/10 - تاريخ القبول: 2022/12/30 - تاريخ النشر: 2023/01/05

ملخص:

الرقابة القضائية عن طريق الدفع لها مكانة أساسية في الرقابة القضائية بشكل خاص وبشكل عام في الرقابة على دستورية القوانين، فهي محور رئيسي في الهندسة القضائية وذلك بالحكم بتطبيق القانون أو الامتناع عن تطبيق ذلك القانون، حيث تجسدت هذه الرقابة في العديد من دول العالم ونجحت هذه الآلية في تحقيق أهدافها من خلال تكريسها الصحيح والمطابق للدستور، وكانت الولايات المتحدة من الدول الأوائل التي جسدت هذه الرقابة منها وتلتها بعد ذلك دول أخرى كبريطانيا وفرنسا أما المشرع الجزائري فلم ترد في تشريعاته إلا من خلال التعديل الأخير في دستور 2016 .

الكلمات المفتاحية: الرقابة – الدفع – القضاء – عدم الدستورية – الأنظمة.

ABSTRACT:

Judicial oversight through impultion has a key position in judicial oversight in particular and in general in oversight over the constitutionality of laws, as it is a major focus in judicial engineering by ruling by applying the law or refraining from implementing that law, as this oversight was embodied in many countries of the world and this succeeded The mechanism aims to achieve its goals through its proper dedication and conformity with the constitution. The United States was one of the first countries that embodied this oversight from it, followed by other countries such as Britain and France. As for the Algerian legislator, it was not mentioned in its legislation except through the last amendment in the 2016 constitution.

key words Censure_exception – Judiciaire – Inconstitutionnisme – Règlements

* -المؤلف المرسل:

مقدمة:

لقد تزايدت أهمية الرقابة على دستورية القوانين في الوقت الحاضر، نظرا لتحول معظم الدول من فكرة الدولة الحارسة إلى فكرة الدولة المتدخلة، وزيادة أعمال السلطة التنفيذية، وهو ما ظهر بدخول الدول في المجالات الاقتصادية والتجارية والاجتماعية وغيرها، ومن ثم كثرت الاتفاقيات وتعددت القوانين المنظمة لسلوك الدول في هذه المجالات وتعقدت المصالح، وهو الأمر الذي يخشى معه أن تتعارض بعض القوانين مع الدستور.

إلا أن هناك تباين في تبني الأسلوب الذي تباشر به هذه الرقابة لذلك تنقسم الرقابة الدستورية إلى أصناف عديدة، من حيث الجهة التي تمارسها تنقسم إلى سياسية وقضائية ومن حيث ممارستها قد تكون رقابة قبلية أو بعدية، أما من حيث محالها فمنها من تقتصر على مراقبة النصوص القانونية التي تدخل في اختصاص السلطتين التشريعية والتنفيذية، ومنها من تمتد حتى إلى أحكام القضاء، وأما من حيث أثارها فمنها من تستهدف إلغاء الحكم المخالف للدستور وتنقية النظام القانوني منه، ومنها من تستبعد تطبيقه فقط ويعود هذا التنوع إلى المناخ السياسي لكل بلد الذي يتكيف معه في إقامة الدولة العادلة.

وعموما ينقسم الدفع بعدم الدستورية إلى نظامين أساسيين الأول يتعلق بإحالة هذا الدفع من قبل جهات النقض إلى القضاء الدستوري مرورا بعملية التصفية الإجبارية، والثاني يبني على أساس إثارة هذا الدفع أمام المحاكم واتصال القضاء الدستوري به وفي كلا النظامين فوارق جوهرية تبرز لتميز كل واحد عن الآخر وتحد من أجل تحقيق غايته الأساسية المرتبطة بتنقية الأنظمة القانونية من المقتضيات غير الدستورية. وعلى هذا الأساس سنطرح الإشكالية التالية:

هل حققت آلية الدفع بعدم الدستورية العدالة الدستورية في كفالة الحقوق والحريات بالنسبة للأنظمة التي أقرتها ؟

وللإجابة عن هذه الإشكالية قسمنا البحث إلى مبحثين نتناول في الأول نشأة وتطور الرقابة القضائية في وم أ.

والمبحث الثاني تجربة بعض الدول التي طبقت آلية الدفع بعدم الدستورية.

المبحث الأول: نشأة وتطور الرقابة القضائية .

تعني الرقابة القضائية وجود هيئة قضائية تتولى الرقابة على دستورية القوانين ولما كان موضوع الرقابة الدستورية والمسائل التي تثيرها تؤلف مسألة قانونية، وهي التحقق من مدى تطابق القانون أم عدم تطابقه مع أحكام الدستور، فمن المنطقي أن يعهد بهذه الرقابة إلى هيئة قضائية يكون في التكوين القانوني لأعضائها.

وتوجد عبر العالم العديد من طرق الرقابة على الدستورية، حيث تعتمد كل محكمة مؤهلة للنظر في مسألة الدستورية عادة طرقا خاصة بها[1] ومع ذلك، فقد أصبح من المتعارف عليه تصنيف مختلف أشكال الرقابة على الدستورية تصنيفا بيداغوجيا، حتى يتسنى التعرف على المرحلة التي يتدخل فيها القاضي وعلى الأعمال التي يتدخل

[1] ديباش سهيلة، المجلس الدستوري ومجلس الدولة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون، 2001، ص42.

بشأنها القاضي للبت في تلك المسألة الدستورية. وقبل تناول الرقابة اللاحقة على الدستورية – التي يتمحور حولها موضوع الدراسة من المفيد الوقوف عند مختلف الخيارات المتاحة للسلطات التأسيسية لإرساء نظام رقابة على الدستورية. ويجدر هنا تسليط الضوء على ثلاث نقاط اختلاف.

تستند نقطة الاختلاف الهامة الأولى الفاصلة بين الطرق التي تعتمدها المحاكم في الرقابة على الدستورية إلى الوقت الذي تتم فيه ممارسة الرقابة. فبعض المحاكم الدستورية مخولة وأحيانا بصفة حصرية للنظر في دستورية القانون قبل دخوله حيز النفاذ، أي قبل أن تتولد عنه أي آثار، وهي رقابة قبلية. وخلافا لذلك تتولى بعض المحاكم الدستورية الأخرى النظر في دستورية الأحكام التشريعية بعد أن يكون القانون قد دخل حيز النفاذ. ويكون ذلك إما في إطار طعن مباشر أمام المحكمة الدستورية – وهي آلية لن يتم التطرق إليها في هذه الدراسة – أو من خلال مسألة مطروحة أمام محكمة عادية ويسمى هذا النوع من الرقابة رقابة لاحقة.

وتستند نقطة الاختلاف الهامة الثانية بين طرق الرقابة على الدستورية في القانون المقارن إلى طبيعة الرقابة على الدستورية: هل هي رقابة مجردة أو رقابة غير مجردة أي، تسلط أيضا على العناصر الواقعية.

وتعرف الرقابة المجردة بكونها تلك التي لا تأخذ بعين الاعتبار السياق الذي تنطبق فيه القواعد. فيقتصر دور القاضي على التثبت من أنه لا يوجد عدم تلاؤم بين قاعدتين. ولأن الرقابة المجردة هي رقابة غير متصلة بأي قضية فهي عادة ما تؤول إلى صدور قرار له حجية الأمر المقضي به تجاه الكافة.

وأما الرقابة غير المجردة أي المستندة على العناصر الواقعية هي شكل من أشكال الرقابة التي تمارس بمناسبة تطبيق أحكام تشريعية، ويكون الغرض منها تقدير مدى تلاؤم الكيفية التي طبقت بها هذه الأحكام في سياق معين مع الدستور، وبالتالي يكون على القاضي الإجابة على السؤال التالي: هل أن الأحكام التشريعية كما تم تطبيقها في النزاع تحترم الأحكام الدستورية.

ومن الواضح أن هذا النوع من الرقابة يقتصر على وضعية معينة، ولا تكون المحاكم الدستورية أو المحاكم المكلفة بالنظر في دستورية قانون ما أو في وضعية ما تم فيها تطبيق القانون مقيدة بقرارها إلا في حدود القضية التي بتت فيها.

وتستند نقطة الاختلاف الثالثة إلى وحدة أو تعدد المحاكم الدستورية. حيث تنقسم الدول التي اعتمدت الرقابة على الدستورية بين دول التي أخذت بالرقابة المركزة "التي تمارسها محكمة واحدة تحتكر مراقبة الدستورية" وبين دول اتبعت الرقابة غير المركزة التي تمارسها جميع المحاكم المخول لها البت في مسألة تتعلق بالدستورية خلال النظر في نزاع ما.

ولم تتفق غالبية الدول التي أخذت بأسلوب الرقابة القضائية على دستورية القوانين على أسلوب واحد في هذا الشأن، فبعضها أخذ برقابة الإلغاء وبعضها الآخر أخذ برقابة الامتناع، والبعض الآخر أخذ بكلا النوعين[1]، وعليه نتناول بشيء من التفصيل الرقابة القضائية في مختلف النظم القانونية مع التركيز على آلية الدفع بعدم الدستورية.

المطلب الأول: نشأة الرقابة القضائية في وم ا

إن فكرة الرقابة الدستورية التي عرفت في الولايات المتحدة تستمد جذورها من النظام الإنكليزي، المعمول به في القرن السابع عشر، والذي كان يسمح للقاضي برفض أي قانون برلماني يتعارض مع قاعدة حقوقية أعلى (عرف). وعندما تخلى الإنكليز في بلادهم عن هذه الفكرة بعد انتصار البرلمان عام 1688، استمر المستعمرون الإنكليز في تطبيقها في أمريكا، حيث أعطت السلطة البريطانية لمستعمراتها الأمريكية الحق في إصدار القوانين المحلية بشرط أن لا تتعارض مع القوانين الصادرة عن البرلمان البريطاني وإلا ألغيت من قبل المجلس الخاص بالعرش. وقد استفاد الأمريكيون من هذه التجربة وطبقوها في بلادهم بعد حصولهم على الاستقلال وقاموا بممارسة الرقابة على دستورية القوانين في دولتهم الجديدة الولايات المتحدة الأمريكية.

وقد ظلت هذه التجربة طوال القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين التجربة الوحيدة في الرقابة على دستورية القوانين، إلى أن بدأت في أوربا عقب الحرب العالمية الأولى وبعد ذلك بدأت في الانتشار الواسع في النصف الثاني من القرن العشرين، ويكاد الفقهاء يجمعون على أن الدستور الأمريكي لم ينظم الرقابة على دستورية القوانين ولم يتحدث عن مثل تلك الرقابة صراحة في نص من نصوصه، ولكن في المقابل لا يوجد في نصوص الدستور الأمريكي ما يفهم منه صراحة أو ضمنا، الحيلولة بين القضاء ومثل هذه الرقابة[2]، بل إن في الدستور الأمريكي ما يشجع على الأخذ بها ومن ذلك المادة 2/6 من الدستور الأمريكي الصادر عام 1787 التي تنص "هذا الدستور وقوانين الولايات المتحدة ستكون هي القانون الأسمى للبلاد والقضاة في كل البلاد سيتقيدون بذلك بصرف النظر عن أي حكم مخالف في دستور الولاية أو قوانينها"، فضلا عن نص 2/3 من نفس الدستور التي تنص عن الاختصاص القضائي التي جاء فيها "أن الوظيفة القضائية تمتد إلى كل القضايا المتعلقة بالقانون أو العدالة التي تثور في ظل هذا الدستور".

وتمارس المحاكم الأمريكية جميعها الرقابة الدستورية كل بحسب اختصاصه، فالمحاكم الاتحادية تراقب دستورية القوانين التي تصدرها الولايات سواء كانت هذه القوانين عادية أم أساسية كما تراقب دستورية القوانين الاتحادية وتبحث في مدى مطابقتها للدستور الاتحادي، أما محاكم الولايات فإنها تراقب فقط دستورية القوانين التي تسنها السلطة التشريعية في الولايات وتبحث في مدى مطابقتها لنصوص دساتير هذه الولايات وكذلك لأحكام الدستور الاتحادي.

[1] نعمان أحمد الخطيب، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الاردن 2011، ص23

[2] يسري محمد العصار، رقابة القاضي الدستوري في مصر وفرنسا على التناسب في التشريع، .المجلة الدستورية، مصر . العدد 18 سنة 2008، ص152.

ويعد النظام القضائي الأمريكي أكثر النظم القضائية قوة في العالم، وتنهض أسس هذه القوة على حقيقة أن المحاكم الأمريكية تفسر القانون وأن للمحكمة الحكم النهائي في تفسير الدستور، وقد مارست المحكمة منذ عام 1803 سلطة المراجعة القضائية أي سلطة إعلان عدم دستورية أحد القوانين؛ ولقد كانت قضية **ماربوري ضد ماديسون** [1]أول قضية تقرر فيها المحكمة العليا مبدأ الدستورية وحق القضاء في بحث دستورية القوانين.

الفرع الأول: تطور الرقابة القضائية على دستورية القوانين في و. م. أ

لقد استطاعت المحكمة العليا الأمريكية العمل على توسيع رقابتها على دستورية القوانين بحيث تجاوزت نطاق الدستورية إلى حد الحكم على مدى ملاءمة القوانين وساعدها في ذلك تطور الظروف السياسية والاجتماعية والاقتصادية وقد استعملت المحكمة العليا عدة وسائل تمكنها من ممارسة رقابتها الجدية على دستورية القوانين وذلك عن طريق تفسير الدستور تفسيرا واسعا حتى لو أدى ذلك إلى الخروج عن النص، ومن أهم هذه الوسائل شرط الطريق الواجب قانونا، معيار الملاءمة، معيار المعقولية (العقل)، ومعيار اليقين.[2]

ففي ما يتعلق بشرط الطريق الواجب قانونا: فقد ورد في التعديل الدستوري الخامس لسنة 1791 "لا يجوز أن يحرم أحد الحياة أو الحرية أو الملك بغير اتباع الطريق الذي يوجبه القانون" وفي التعديل الرابع عشر لسنة 1868.

لا يجوز لأية ولاية أن تسن قانونا أو تنفذه إذا تضمن إنقاص الميزات والضمانات التي يتمتع بها مواطنو و. م. ا كما لا يجوز لها أن تحرم أحدا الحياة أو الحرية أو الملك دون اتباع الطريق الذي يوجبه القانون". [3]

إن سبب هذين التعديلين يعود إلى رغبة واضع الدستور في حماية الشخص من السلطة التشريعية لكن المحكمة في مراحل لاحقة شملت السلطتين التنفيذية والقضائية ليصبح قيدا على السلطات الثلاث.

أما معيار الملاءمة، الذي طبق في المجال الاقتصادي فيقضي بضرورة وجود توازن بين ما يفرضه القانون على الأفراد من واجبات وبين ما يحقق لهم من خدمات. **ومعيار المعقولية،** الذي طبق في مجال الأمن العام والصحة

---

[1] في قضية ماربوري ضد ماديسون (1803)، أعلنت المحكمة العليا للمرة الأولى مبدأ أنه يجوز للمحكمة أن تعلن أن قانون الكونغرس باطل إذا كان يتعارض مع الدستور. تم تعيين ويليام ماربوري قاضيًا للسلام في مقاطعة كولومبيا في الساعات الأخيرة من إدارة آدامز. عندما رفض جيمس ماديسون، وزير خارجية توماس جيفرسون، تسليم عمولة ماربوري، قدم ماربوري، إلى جانب ثلاثة معينين آخرين في نفس الوضع، التماسًا لاستصدار أمر إلزام بتسليم التفويضات.

رئيس المحكمة العليا جون مارشال، الذي كتب أمام محكمة بالإجماع، نفى الالتماس ورفض إصدار الأمر. على الرغم من أنه وجد أن الملتمسين يحق لهم الحصول على لجانهم، إلا أنه اعتبر أن الدستور لا يمنح المحكمة العليا سلطة إصدار أوامر التفويض. وتنص المادة 13 من قانون السلطة القضائية لعام 1789 على إمكانية إصدار أوامر قضائية كهذه، ولكن هذا القسم من القانون يتعارض مع الدستور وبالتالي فهو باطل على الرغم من أن الأثر الفوري للقرار كان حرمان المحكمة من السلطة، إلا أن تأثيره على المدى الطويل كان زيادة سلطة المحكمة من خلال إرساء قاعدة مفادها أنه `` من المؤكد أن المقاطعة وواجب الإدارة القضائية أن تقول ما هو القانون منذ ماربوري ضد ماديسون، كانت المحكمة العليا هي الحكم النهائي لدستورية تشريعات الكونغرس

[2] محمد عبد اللطيف، المجلس الدستوري في فرنسا والتعديل الدستوري في 23 يونيو 2008، .بحث منشور بمجلة الحقوق الكويت، العدد الثالث سبتمبر 2008

[3] اعتُمد **التعديل الرابع عشر** لدستور الولايات المتحدة في 9 يوليو عام 1868 كواحد من تعديلات إعادة الإعمار

العامة والسكنية العامة فيقضي ألا يتجاوز القانون فيما يفرضه من تنظيم لحقوق الأفراد الحدود المعقولة وإلا كان تعسفية. **أما معيار اليقين:** طبق في مجال التشريعات الجزائية، فإنه يقضي بأن يكون القانون واضحا فيما يقرره من قواعد وأحكام بحيث لا يوجد أي شك أو غموض فيما يجيزه أو يحظره[1].

الفرع الثاني: صور الرقابة القضائية في الولايات المتحدة.

بالنسبة لأساليب رقابة القضاء الأمريكي للدستورية، فهي عبارة عن طرق تحريك العدالة الدستورية الأمريكية، والتي بناها القضاء الأمريكي من ثلاث أساليب، وسنها الكونغرس بقانون سنة 1938، تمكن الفرد من دخول هذه العدالة، وهي ميزات تحسب لهذا النموذج على النموذج الأوروبي.

1_أسلوب الدفع بعدم الدستورية: وهو الاسلوب الأكثر شيوعا أمام القضاء الأمريكي، ومن خلاله يمكن لكل شخص طرف في خصومة قضائية جدية في أي مجال قانوني، وله مصلحة شخصية، أن يدفع بعدم دستورية القانون الذي يتمسك به خصمه في مواجهته، والمراد تطبيقه عليه من قبل الجهة التي أمامها النزاع. وتتأكد المصلحة الشخصية من إثبات تضرره من النص المطعون فيه في هذا النزاع، مع مخالفته للدستور[2]، ومن خلال هذه المصلحة يأخذ الأسلوب فلسفته في حماية الحقوق والحريات.

وإذا ارتأت الجهة القضائية أن النص المطعون في دستوريته غير دستوري، تمتنع عن تطبيقه على هذه القضية فقط، ولا يمكنه الحكم على عدم دستوريته بالكامل من خلال هذا الأسلوب، حيث يبقى النص قائما وساري المفعول إلا على هذا النزاع.

واعتبارا لنظام السابقة القضائية المترسخ في النظام القانوني الأمريكي، فإن حكم المحكمة السابق يبقى ملزما لجميع الجهات القضائية التي في درجتها والتي أدن منها درجة، ما عدا المحكمة الفيدرالية. وإذا كان هذا الحكم من هذه الأخيرة فهو ملزم للجميع.

إن طريق الدفع بعدم الدستورية فقد أهميته وفسح المجال لتطبيق أسلوبي المنع القضائي والحكم التقريري بسبب هو أن عيبه الرئيسي هو أنه لا يمكن ممارسته إلا بعد تنفيذ وتطبيق القانون أي إلا إذا كانت هناك دعوى قائمة أثير فيها الدفع بعدم الدستورية[3]، وإلى أن تبت المحكمة في هذا الدفع، على الفرد أن يتحمل الضرر الناجم عن تطبيق القانون غير الدستوري عليه.

2_أسلوب أوامر المنع: وهنا قد يتفطن شخص ما إلى عدم دستورية إجراءات معينة تطبق أو ستطبق عليه، وليس لديه أي نزاع جدي في هذا الخصوص، لكن المصلحة الشخصية متوفرة بتضرره من النص مع مخالفة الأخير

[1] عبد العزيز محمد سلمان، نظم الرقابة على دستورية القوانين د ا رسة مقارنة، الناشر: سعد السمك للمطبوعات القانونية القاهرة،2000، ص56.

[2] مصطفى أبو زيد فهمي، مباديء الأنظمة السياسية، النظام البرلماني . النظام الرئاسي، النظام الإسلامي، دار المطبوعات الجامعية، 2009م، ص 200 وما بعدها.

[3] ثروت بدوي، النظم السياسية، دار النهضة، القاهرة، 2005، ص23.

للدستور، هنا لا ينتظر نشوب نزاع جدي ليدفع بعدم دستورية الإجراءات والأحكام المطبقة عليه، وإنما يمكنه اللجوء إلى القضاء ويستصدر حكما يمنع المدعى عليه، مهما كان، عن ممارسة هذا الإجراء عليه لعدم دستورية النص الذي يستند إليه. وقد جعل الاختصاص بإصدار هذه الأوامر للمحاكم الاتحادية المؤلفة من ثلاث قضاة، التي يطعن في اوامرها أمام المحكمة الفيدرالية، وهذا لأهمية هذه الأوامر وخطورتها في تعطيل النصوص القانونية[1]. حيث أنه إذا توصلت المحكمة إلى عدم دستورية القانون الذي ينص على الاجراء المطعون فيه، تنهي مطبقه، الموظف، عن تطبيقه على المعني. وعلى الموظف أن يلتزم بأمر المحكمة تحت طائلة العقاب بتهمة احتقار المحكمة مع إمكانية الزامه بدفع التعويض.

3- أسلوب الحكم التقريري: بمقتضى هذا الأسلوب يمكن لأي فرد أن يلجأ إلى القضاء، المحاكم الاتحادية، ويستصدر حكما حول ما إذا كان القانون الذي سيطبق عليه في نشاط ما دستوري أو لا، وهو أسلوب شبيه بدعوى فحص المشروعية امام القضاء الإداري[2]، إذا لا يشترط فيه وجود نزاع جدي، ولا حتى مصلحة شخصية، بل يكفي فيه توافر مصلحة اجتماعية، كمعرفة دستورية نص للاستثمار في مجال معين، لحماية أمواله، أو دستورية إقدامه على نشاط اقتصادي أو اجتماعي معين، لدستورية النصوص المنظمة لها.

ونظرا لما أفضى اليه استعمال الأسلوب القضائي، من تعطيل القوانين ولكي لا يساء استعماله، فقد أصدر الكونغرس قانون سنة 1910 يقضي بأن يكون استصدار الأمر من اختصاص محكمة اتحادية خاصة مؤلفة من ثلاثة أعضاء.

المطلب الثاني: تقييم آلية الدفع بعدم الدستورية في و. م. أ

إن رقابة المحكمة على دستورية القوانين عن طريق الامتناع عن تطبيق القانون المخالف أو ما يسمى بطريقة الدفع الفرعي وهو الذي يهمنا في هذه الدراسة كون الولايات المتحدة الأمريكية أخذت بهذا النوع من الرقابة، لا تحتاج إلى نص دستوري يعطيها مثل هذا الحق لأن الرقابة على دستورية القوانين من صلب عمل القاضي، بل وواجب عليه بحكم وظيفته التي تتطلب إظهار الحق، وعليه فرقابة الامتناع هي ليست من اختصاص محكمة معينة بحد ذاتها وإنما هي من اختصاص جميع المحاكم بمختلف درجاتها، ولو أن الدستور لم ينص على ذلك،ورقابة الامتناع لها مؤيديها الذين دافعوا عنها وبينوا إيجابياتها[3]، وفي نفس الوقت لها معارضوها الذين أوضحوا سلبياتها.

-إيجابيات وسلبيات الدفع بعدم الدستورية:

أولا: رأي المؤيدين تعتبر رقابة الامتناع من أوائل الطرق التي ابتدعها القضاء الأمريكي لبسط رقابته على دستورية القوانين، حيث قرر لنفسه هذا الحق معتبرا ذلك من أساسيات عمل القاضي بالامتناع عن تطبيق القانون

[1] عبد العزيز محمد سلمان، المرجع السابق، ص69.

[2] مصطفى محمود عفيفي، رقابة الدستورية في مصر والدول الأجنبيه دراسة تحليلية مقارنة لأنظمة الرقابة في الدساتير المعاصرة،2010، ص74.

[3] محمود علي أحمد مدني، دور القضاء الدستوري في استجلاء المفاهيم الدستورية – دراسة مقارنة، ط 1، دار النهضة العربية، مصر،2016، ص 50

المخالف. وهذا التوجه لاقى تأييد الكثير من القضاة نظرا لما تمتاز به رقابة الامتناع من إيجابيات يمكن إبرازها على النحو الآتي:

1_تعتبر رقابة الامتناع أقل عنفا وأكثر مرونة من رقابة الإلغاء،[1] لأن المتضرر لا يطالب بإلغاء القانون المخالف للدستور وإنما يطالب بالامتناع عن تطبيقه وهذا لا يقيد حرية المحاكم الأخرى في تطبيق القانون نفسه، بل ولا يقيد حتى المحكمة التي امتنعت عن تطبيقه في حال رغبت بتطبيقه على قضايا أخرى.

2_إن رقابة الامتناع وسيلة دفاعية تكفل للدستور سيادته دون الاعتداء على السلطة، لأن كل ما تفعله هو الامتناع عن تطبيق القانون المخالف للدستور في الدعوى المعروضة عليها. وبذلك يبقى الاستقلال موجودا بين السلطتين التشريعية والقضائية.

3_إن رقابة الامتناع تكون من حق المحاكم ما دام الدستور لم ينص على حظر هذا الحق عليها. فهذا الحق يبقى حتى بعد سقوط الدستور أو تعديله، إذا لم يرد أي حظر قائما على ذلك.

ثانيا: رأي المعارضين إن مزايا رقابة الامتناع سالفة الذكر لم تحل دون ظهور بعض الانتقادات التي وجهت لرقابة الامتناع، فقد تم انتقادها بمجموعة انتقادات من أبرزها ما يلي:

1-إن هذا الأسلوب من الرقابة، يضعها في أيدي جميع المحاكم على اختلاف درجاتها دون أن تختص بهذه المهمة محكمة معينة تنشأ للنظر في موضوع دستورية القوانين، وهذا يؤدي إلى وجود تناقض في إصدار الأحكام. إذ أن بعض القوانين تكون غير دستورية من وجهة نظر محكمة معينة، في حين تكون دستورية من وجهة نظر محكمة أخرى. وهنا تمتنع المحكمة التي ارتأت أن هذا القانون غير دستوري عن تطبيقه في حين أن المحاكم التي أقرت دستوريته تطبقه في القضايا المنظورة أمامها.

2_عندما يكون لجميع المحاكم بمختلف درجاتها الحق في الامتناع عن تطبيق القانون المخالف حسب وجهة نظرها، فإن ذلك فيه عدم تخصص في العمل لأنه ليس جميع القضاة عندهم القدرة على التمييز بين القانون المخالف للدستور من عدمه.[2]

المبحث الثاني: المشكلات القانونية لنظام الدفع بعدم الدستورية في التشريعات المقارنة.

على الرغم من كون آلية الدفع بعدم الدستورية من الأمور المرغوب فيها والتي تكتسي صبغة ضرورية في دولة القانون، يطرح إرساء الرقابة اللاحقة على الدستورية جملة من التحديات، بعضها مرتبط بطبيعة الرقابة اللاحقة ذاتها، والبعض الآخر مرتبط بمعطيات عملية: ففتح باب اللجوء إلى المحكمة يشكل تقدما في تكريس دولة القانون، لكنه يمكن أن يكون أمرا صعبا إذا ما ارتفع عدد الدعاوى بشكل كبير أو كانت الطعون غير جدية بشكل يؤول إلى

[1] محمد إبراهيم درويش، الرقابة الدستورية – دراسة تحليلية لنماذج الرقابة في فرنسا-الولايات المتحدة الأمريكية ومصر، ط 1، دار النهضة .العربية، مصر، 2016، ص 51.

[2] غسان مدحت الخيري، الرقابة القضائية على القوانين، ط 1، دار الراية للنشر والتوزيع، الأردن، 2013، ص 73.

إغراق مختلف المحاكم بالدعاوى[1]. فإرساء مثل هذا النوع من الرقابة على الدستورية يجب أن تراعى فيه الجوانب النظرية والعملية وأن يسمح بإيجاد توازن بين هذه المتطلبات. وتكمن الصعوبة هنا في تعدد فرص الطعن في دستورية القانون، مما يستوجب فرض نظام محكم لترشيد طرق الرقابة.

وقد أثار فتح مجال الطعن في الدستورية للأفراد عدة انتقادات قائمة على إمكانية إغراق المحاكم بالطعون وتكاثر الدعاوى الرامية إلى المماطلة. وتجدر الإشارة إلى أن الحل المتمثل في جعل القاضي العادي يثير من تلقاء نفسه مسألة عدم الدستورية بمجرد اكتشافه لها ليس حالا شائعا من الناحية الإحصائية وهي حالة تصبح فيها مسألة عدم الدستورية من المسائل التي تهم النظام العام لكنها تؤول لجعل القاضي العادي بمثابة المدعي العام لعدم دستورية القوانين،[2] وهو ما لا يندرج ضمن مهامه. لذا، يكمن الحل الأكثر انتشارا في جعل المتقاضي هو الجهة المخولة لإثارة الطعن بعدم الدستورية.

المطلب الأول: مشكلة الضوابط الإجرائية لآلية الدفع بعدم الدستورية

تعدد فرص منازعة دستورية القانون يمكن أن ينجر عنه ضغط على المحاكم العادية وإغراق المحاكم الدستورية بطعون ليست لها أي فرصة للنجاح وهو ما سيمنع المحاكم الدستورية من التفرغ للقيام بمهمتها الأساسية كقاض دستوري. وبذلك يكون من الضروري تنظيم إجراءات الطعن بعدم الدستورية في إطار الرقابة اللاحقة من خلال تأطيره بشكل يمكن من إدارته عمليا من طرف القضاة المكلفين بتفعيله دون النيل من فعاليته ومن هنا جاءت فكرة فرز الطعون حتى يكون هنالك تنظيم عقلاني وناجع في معالجة الطعون المتعلقة بعدم الدستورية والمرفوعة أمام المحاكم دون أن يؤدي هذا الفرز عمليا إلى الحد من الطعن بعدم الدستورية عبر فرض شروط للقبولية قد تجعل ممارسته تتحول إلى أمر مستحيل[3].

الفرع الأول: شروط النظر في الطعن

تتمثل في الشروط التي تضعها النصوص القانونية والترتيبية حتى يتسنى للقاضي المختص النظر في الطعن ويمكن أن تتعلق شروط القبولية بالنص موضوع المراقبة أو تتعلق بالطاعن أي أنه يجب مثال أن تكون للطاعن مصلحة في قيام ومنازعة دستورية القانون. وتعدد شروط القبولية يجعل من الصعب ممارسة الطعن ويحد من عدد الطعون.

وقد أظهرت عامة الدول التي اعتمدت مؤخرا نظاما للرقابة اللاحقة نوعا من الحذر تجاه فكرة إسناد القاضي العادي سلطة تقديرية، حيث بدا لها من الصعب منح مثل هذه السلطة الحساسة إلى قاض تعتبر المسائل المتعلقة

[1] محمود علي أحمد مدني، المجع السابق، ص36.

[2] François-Henri Briard, La nomination des membres de la Cour suprême des états-unis, nouveaux cahiers du conseil constitutionnel n°58 (dossier : le contentieux constitutionnel) – france, janvier 2018, p.p 59-70

[3] غسان مدحت الخيري، المرجع السابق، 75.

بالدستورية غير مألوفة لديه[1]. ورغم تنوع الحلول حول هذه النقطة، يمكن ملاحظة وجود نزعة نحو الاعتراف لقاضي الأصل بصلاحية القيام بفرز أولي للطعون المتعلقة بعدم دستورية: إذا ما تعلق الأمر بحالة عدم قبولية بينة، حتى بالنسبة لشخص غير مطلع، فيجب ألا تتعدى مستوى القاضي العادي وحتى إن كانت الرقابة التي ستتم ممارستها رقابة شكلية بحتة، فهي ستسمح بتجنب تحول الطعن بعدم الدستورية إلى وسيلة للمماطلة.

وقد ذهبت بعض الدول إلى أبعد من ذلك، حيث أتاحت للقاضي العادي، بالإضافة إلى التثبت من استناد الحجج المثارة إلى أحكام دستورية، صلاحية التثبت كذلك من عدم وجود مسألة تتسم بعدم الجدية الواضحة حتى لا يحيل القاضي مسائل من الواضح أنها تقوم على أساس أو منطق دستوري واه. وتعد إيطاليا واحدة من هذه الدول ويتعلق المشكل الثاني بآلية الفرز ذات الدرجتين: هل ينبغي منح المحكمة العادية العليا أو المحكمة الدستورية مهمة إعادة النظر في قبولية الطعن قبل النظر في الأصل ؟ وإذا كانت المحاكم العليا العادية (لمحكمة العليا، مجلس الدولة) هي التي ستجري الفرز ثاني الدرجة، يصبح النظر في القبولية من مشمولات القاضي العادي: والسؤال الذي يظل مطروحا حينئذ يتمثل في تحديد درجة الثقة التي تحظى بها هذه الهياكل القضائية حتى يتسنى لها النظر في المسائل المتعلقة بالدستورية؟ أما إذا كانت عملية الفرز الثانية موكلة إلى المحكمة الدستورية، فإن نفس المحكمة المختصة بالنظر في أصل الطعن هي التي ستتولى النظر في قبوليته[2].

بيد أنه، وفي هذه الحالة الأخيرة، ليس من المستبعد أن تشكل المحكمة الدستورية وفق القانون المتعلق بسير عملها هيكلا خاصا مكلفا بالبت في قبولية الدعوى وفقا للنصوص. وفي هذه الحالة، يتم النظر في القبولية عبر آلية فرز داخلية تابعة للمحكمة الدستورية. أما تعليل قرار الفرز فهو ليس دائما وجوبيا بمقتضى النصوص، لكن عمليا، ليس من النادر أن نرى المحاكم تعلل القرارات القاضية بعدم قبول الدعاوى ،وعلى المستوى التطبيقي، يكون اختيار الدرجة الثانية للفرز متوقفا على السياق العام وعلى مدى ثقة السلطة التأسيسية والسلطة التشريعية في المحاكم العادية[3]. وبفضل التجربة والممارسة يمكن لهذه الآليات أن تتطور نحو المزيد من المرونة ونحو تصرف أفضل في كم الدعاوى المرفوعة.

الفرع الثاني: النصوص القانونية التي تخضع لسلطة المحكمة الدستورية.

إذا كان الدستور يأتي على رأس النظام القانوني، فإنه يأتي أسفل منه القوانين العادية واللوائح بأنواعها والقرارات الإدارية، كما تدخل في هذا النظام القانوني المعاهدات الدولية التي تصدق عليها الدول. والقوانين الأساسية التي تكون في درجة أقل من الدستور. وأهم الأسئلة التي تطرح في آلية الدفع بعدم دستورية القوانين هي: – ما هي فئة

[1] هشام محمد فوزي، رقابة دستورية القوانين بين أمريكا ومصر–مع تحليل للأحكام الدستورية في البلدين، ط 1، دار النهضة العربية، مصر، 2015، ص 211.

[2] François-Henri Briard, op.cit. p.p 59-70

[3] عبد المنصف عبد الفتاح محمد إدريس، رقابة الملاءمة في القضاء الدستوري – دراسة مقارنة، ط 7، دار النهضة العربية، مصر، 2016، ص 66.

المعايير التي تخضع للرقابة؟، هل يجب أن تمارس الرقابة بواسطة إجراء قضائي حضوري أو بواسطة إجراء موضوعي من دون حضور المدعى عليه الفعلى أمام ملتمس الدعوى؟ .

على العموم، كل فئات النصوص القانونية المدرجة في النظام القانوني الوطني تكون قابلة لأن تخضع للرقابة اللاحقة، وهي: القوانين، وأنظمة الهيئات البرلمانية، والمراسيم والأوامر التي لها قوة القانون، والنصوص الصادرة عن الهيئات الفيدرالية والإقليمية والبلدية. . . الخ. والواقع أن اختيار المعايير التي ستعرض على المحكمة الدستورية ينبغي أن يتوقف على أهمية كل فئة من المعايير، ومكانتها في نظام تدرج القانونين[1]. ويتعلق الأمر أساسا بالقوانين لأن إلغاء القوانين لا يمكن أن يكون من اختصاص المحاكم العادية، من باب الاحترام الذي تقتضيه الهيئة الديمقراطية العليا في الدولة. ومع ذلك، يمكن أن تختص المحاكم الدنيا بدراسة مدى دستورية الأعمال ذات القيمة القانونية الأقل من الأعمال التشريعية.

ولكن إذا افترضنا أن هذه القوانين تسمح لهيئات الدولة بتطبيق المعاهدة الدولية على المستوى الوطني، فإن هذه القوانين يكون من شأنها أن ترتب نفس الآثار التي ترتبها الأعمال التشريعية في النظام القانون الداخلي وقد تكون الآثار جد بليغة إذا كانت الأحكام ذات التطبيق الفوري. وعليه، ومن باب المنطق أن تدرج ضمن المعايير التي يمكن أن تخضع للرقابة الدستورية. غير أن الوضع، يغدو محرجا في حالة التصريح بعدم دستورية القانون، وبطلانه على المستوى الوطني بينما تكون المعاهدة قد دخلت حيز التنفيذ على المستوى الدولي. وبالفعل، لا تستطيع الدولة، على العموم، مثلما يقتضيه القانون الدولي، أن ترفض تطبيق معاهدة دولية بحجة أنا مخالفة للقانون الوطني [2].

تلحق المعاهدات الدولية التي تصدق عليها مصر بمرتبة القوانين، وتأخذ درجتها، وذلك حسب نص المادة 151 من دستور 1971 والتي تنص على "رئيس الجمهورية يبرم المعاهدات ويبلغها مجلسي الشعب مشفوعة بما يناسب من البيان وتكون لها قوة القانون بعد إبرامها والتصديق عليها ونشرها وفقا للأوضاع المقررة.."[3] فالمعاهدات تصبح في درجة القوانين، العادية وللمحاكم أن تطبقها كقانون، ومن ثم تخضع لرقابة الدستورية من المحكمة الدستورية العليا.

وكذلك القرارات بقوانين التي تصدر استنادا للدستور في حالة الضرورة أو غيبة البرلمان، أو حتى في حالة الطوارئ، تخضع الرقابة المحكمة الدستورية العليا ولا يغير منها استفتاء الشعب عليها، أو تصديق البرلمان، وانما تبقى رغم ذلك تحت سلطة المحكمة الدستورية العليا لوائح الضرورة أو التفويض التي يصدرها رئيس الجمهورية بقانون تخضع لرقابة المحكمة الدستورية العليا نجد في بعض الدول يقتصر الدفع بعدم الدستورية على القوانين التي تصدرها المقاطعات التابعة للدولة المركزية ففي سويسرا مثلا، لا يمكن إقامة دعوى دستورية إلا على النصوص التي تصدرها الكنتونات،[4]

[1] هشام محمد فوزي، المرجع السابق، ص22.

[2] راجع المادة 27 من اتفاقية فينا المتعلقة بالمعاهدات.

[3] دستور مصر لعام 1971 والمنشور في الجريدة الرسمية الرقم 36 مكرر (أ) والصادرة في 21 ايلول/سبتمبر 1971 .

[4] عيد أحمد غفول، الدفع بعدم الدستورية في القانون الفرنسي، دار النهضة العربية ،ط2، القاهرة، 2013، ص44.

يكمن العائق الذي قد يشكله هذا التقييد في رقابة القوانين، في كون التشريع الذي تسنه الدولة المركزية قد ينصب أكثر على التدخل في كل دوائر الحياة الاجتماعية، ويلحق مساسا بحريات الأفراد وحقوقهم بشكل أخطر مما قد تلحقه القوانين التي تتخذها الهيئات الفرعية للدولة، مما يبدو أن قوانين الدولة المركزية هي الأجدر أن تخضع للرقابة الدستورية من القوانين التي تتخذها المقاطعات والفروع الإقليمية.

المطلب الثاني: أثر حكم المحكمة المدفوع بعدم دستوريته

فالدعوى الدستورية التي تنظرها المحكمة الدستورية هي دعوى عينية يختصم فيها نص قانون والمحكمة عملها الأساسي ينصب على هذا النص القانوني، ومن ثم فالأصل أن أحكامها موجهة للنص القانوني، ومن المفترض أن تتعلق آثار الحكم بالنص القانوني في المقام الأول.

الفرع الأول: آثار المحكمة الدستورية على النص القانوني

إن الأحكام أو القرارات التي تصدر في الدعاوى الدستورية ترتب آثارا في غاية الأهمية، وهذه الآثار تختلف من دولة إلى أخرى وفقا لدساتير تلك الدولة، وعليه سوف أتناول آثار هذه الأحكام أو القرارات في نموذجين، المصري ثم الفرنسي .

أولا: أثر حكم المحكمة بعدم الدستورية على النص القانوني.

أ: في مصر. سنقف بالترتيب مع موقف المشرع، ثم موقف القضاء، وموقف الفقه في هذه المسألة.

1_موقف المشرع المصري لقد أوكل الدستور المصري دستور 1971 م إلى المشرع العادي بيان آثار الحكم بعدم الدستورية الصادر من المحكمة الدستورية العليا. حيث نص في المادة 178 على " تنشر في الجريدة الرسمية الأحكام الصادرة من المحكمة الدستورية العليا في الدعاوى الدستورية والقرارات الصادرة بتفسير النصوص التشريعية وينظم القانون ما يترتب على الحكم بعدم دستورية نص تشريعي من آثار". ولقد نظم المشرع العادي آثار الحكم الصادر من المحكمة الدستورية بعدم دستورية نص قانوني، أو لائحة، في المادة 48 من القانون 49سنة 1971 بإنشاء المحكمة الدستورية العليا والتي جاء نصها على النحو التالي " أحكام المحكمة في الدعاوى الدستورية وقراراتها بالتفسير ملزمة لجميع سلطات الدولة وللكافة. وتنشر الأحكام القرارات المشار إليها في الجريدة الرسمية، وبغير مصروفات، خلال خمسة عشر يوما على الأكثر من تاريخ صدورها[1].

ويترتب على الحكم بعدم دستورية نص قانوني أو لائحة عدم جواز، تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم، فإذا كان الحكم بعدم الدستورية متعلقا بنص جنائي تعتبر الأحكام التي صدرت بالإدانة استنادا إلى ذلك النص كأن لم تكن، ويقوم رئيس هيئة المفوضين بتبليغ النائب العام بالحكم فور النطق به لإجراء مقتضاه.

[1] احتوى الدستور المصري الدائم الصادر سنة 1971 أحكامًا خاصة بالمحكمة الدستورية العليا ضمن مواده من 174 حتى 178، ثم تلى ذلك بيان ما لحق به من تعديلات، ثم بيان نصوص قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم 48 لسنة1979 والذي جاء مبينًا لاختصاصاتها.

2_موقف القضاء المصري ذهبت المحكمة الدستورية العليا في أحكامها إلى أن الحكم بعدم الدستورية يؤدي إلى إلغاء قوة نفاذ النص القانوني المحكوم بعدم دستوريته، ولا يؤدي إلى إلغائه، والمحكمة الدستورية تكون بذلك منطقية في حكمها لأنها ملتزمة بنص قانون إنشائها الذي لم يقرر إلغاء النص المحكوم بعدم دستوريته. والمحكمة لا تملك أن تقرر أكثر مما جاء في قانونها ولم تقف المحكمة الدستورية العليا عند هذا الأثر، وانما ذهبت إلى أن الحكم بعدم دستورية نص قانوني يمتد إلى النصوص القانونية المرتبطة به ارتباطا لا يقبل التجزئة ولو لم تتضمنها صحيفة الدعوى الدستورية[1].

3_موقف الفقه ذهب رأي في الفقه إلى أن حكم المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية نص قانوني يؤدي إلى إلغاء القانون غير الدستوري، وان كان المشرع لم يصرح بذلك، واستند في ذلك إلى الحجية المطلقة لحكم المحكمة الدستورية العليا والزامه للسلطات العامة والكافة، وعدم جواز تطبيق نص القانون غير الدستوري من اليوم التالي لنشر الحكم. كما استند إلى عبارات ترد في أحكام المحكمة الدستورية العليا منها "انعدام هذا النص وابطال العمل به" ومنها "ينسلخ عن وصفه وتنعدم قيمته" فهذا يدل على أن الحكم بعدم الدستورية يؤدي إلى إلغاء النص غير الدستوري[2].

ج:في فرنسا نصت المادة 2/62 من الدستور الفرنسي المعدل في 23 يوليو 2008 على أنه: "يترتب على الحكم بعدم دستورية نص تشريعي استناد لنص المادة 1/61 إلغاء هذا النص اعتبارا من نشر حكم المجلس الدستوري، أو من تاريخ لاحق يحدده هذا الحكم، ويحدد المجلس الدستوري الشروط والحدود التي يجوز فيها إعادة النظر في الآثار التي رتبها هذا النص" ويفهم من هذا النص، أنه يترتب على الحكم بعدم دستورية نص معين نوعان من الآثار:

النوع 1: هو إلغاء النص المخالف للدستور بأثر فوري مباشر. **النوع 2**: هو إلغاء النص المخالف للدستور بأثر رجعي[3].

الفرع الثاني: تقييد الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية تحقيقا لمبدأ الأمن القانون.

يعتبر مبدأ الأمن القانوني أحد أهم مقومات الدولة القانونية الحديثة القائمة على سيادة القانون، ومؤدى هذا المبدأ أن تلتزم السلطات العمومية بضمان قدر من الثبات للعلاقات القانونية وحد أدنى من الاستقرار للمراكز القانونية، كي يتمكن الأشخاص.

[1] عبد المنصف عبد الفتاح محمد إدريس، المرجع السابق، ص36.

[2] عيد أحمد غفول، المرجع السابق، ص32.

[3] Jean François Boude, La caisse des dépots et consignations: histoire, statut, fonction, les logiques juridiques, 2006, p27 et suit.

ومما لا شك فيه أن الحكم بعدم دستورية نص تشريعي أو لائحي واعتباره كأن لم يكن وذلك بعد مرور فترة زمنية معينة على صدور هذا النص، يمكن أن يمس الأمن القانوني للأشخاص الذين انطبق عليهم هذا النص خلال فترة سريانه حيث أنهم رتبوا أوضاعهم طوال هذه الفترة وفقا لهذا النص.

وقد ظهرت فكرة الأمن القانوني في مصر، في قضاء المحكمة الدستورية العليا، من ناحية، في تقييد المحكمة للأثر الرجعي لبعض النصوص التشريعية في غير المجال الجنائي، تلك النصوص التي قدرت المحكمة أن تطبيقها بأثر رجعي من شأنه المساس بالمراكز القانونية بشكل يتجاوز الحدود التي تسمح بها المبادئ الدستورية[1]. وقد طبقت المحكمة الدستورية أيضا في هذا الصدد نظرية الأوضاع الظاهرة من أجل تقييد الأثر الرجعي لبعض الأحكام الصادرة عنها بعدم دستورية نصوص تشريعية قدرت المحكمة أن سقوطها بأثر رجعي سوف ينتج عنه مساس خطير بالمراكز القانونية التي اكتسبها الأفراد في ظل القانون المقضي بعدم دستوريته.

– الاستثناءات الواردة على قاعدة الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية

1_السلطة التقديرية للمحكمة في تقرير الأثر الرجعي: فقد منح التعديل الذي صدر بالقرار الجمهوري بقانون رقم 168 سنة 1998 المحكمة الدستورية العليا سلطة تقرير أثر غير رجعي لحكمها على ضوء الظروف الخاصة التي تتصل ببعض الدعاوى الدستورية التي تنظرها بمراعاة العناصر المحيطة بها وقدر الخطورة التي تلازمها وذلك في غير المواد الضريبية[2].

2_الحقوق والمراكز التي استقرت بحكم حائز لقوة الشيء المقضي أو نتيجة للتقادم: فقد قرر المشرع في مصر في المذكرة الايضاحية لقانون المحكمة الدستورية رقم 48سنة 1979 بعض الضوابط للأثر الرجعي لأحكام المحكمة الدستورية تتمثل في عدم المساس بالمراكز القانونية التي استقرت بالتقادم أو بحكم قضائي نهائي.

الخاتمة:

إن فكرة ضمان علوية الدستور على القانون عند تطبيقه ليست إلا نتيجة مباشرة لاحترام الترتيب التفاضلي للقواعد القانونية. فمن غير المقبول قانونا ألا يقع احترام هذا التسلسل الهرمي من طرف القاضي بحجة غياب وسائل الرقابة. إذ أن الغاية من الرقابة اللاحقة على الدستورية هي معالجة مثل هذا التناقض الذي كان ولا يزال قائما في العديد من الدول

ومن أهم النتائج التي توصلت إليها في هذا البحث:

[1] عامر زغير محيسن، الموازنة بين فكرة الأمن القانونتي ومبدأ رجعية أثر الحكم بعدم الدستورية، مركز الدراسات القانونية، العدد الثامن عشر مصر، 2010، ص 149.

[2] هشام محمد فوزي، المرجع السابق، ص37.

1_فتح باب اللجوء إلى المحكمة الدستورية يشكل تقدما في تكريس دولة القانون، لكنه يمكن أن يكون أمرا صعبا إذا ما ارتفع عدد الدعاوى بشكل كبير أو كانت الطعون غير جدية بشكل يؤول إلى إغراق مختلف المحاكم بالدعاوى. فإرساء مثل هذا النوع من الرقابة على الدستورية يجب أن تراعى فيه الجوانب النظرية والعملية وأن يسمح بإيجاد توازن بين هذه المتطلبات.

2_إن الفصل في الدفوع هو اختصاص يتقرر بحكم اختصاص القاضي بالدعوى لا بنص خاص في القانون، ويكاد يكون ذلك محل اتفاق بين الفقه والقضاء غير أن الإشكال يثار بخصوص الدفع بعدم الدستورية هل يخضع للنظرية العامة للدفوع القضائية أم أنه يتميز بذاتية مستقلة ومغايرة عنه.

3_ يسمح الطعن المباشر، للمتقاضي باللجوء مباشرة إلى المحكمة الدستورية، خارج إطار أي محاكمة، للمطالبة بالإعلان عن عدم دستورية قاعدة قانونية مشوبة بعيب اللادستورية من أجل انتهاك الحقوق الأساسية. إذ يكفي بالنسبة للمدعي أن يثبت إمكانية إلحاق ضرر بحقوقه الذاتية وهو أسهل من آلية الدفع بعدم الدستورية التي تتطلب وجود نزاع مطروح على القضاء.

4_لا يمكن للرقابة اللاحقة على الدستورية أن تكون رقابة ملموسة إلا إذا كان القاضي الذي سينظر في الدستورية هو نفس القاضي الذي سيبت في أصل النزاع وهو شأن النموذج الأمريكي.

وعلى هذا الأساس أقترح بعض الحلول في شكل توصيات على النحو التالي:

1_ لابد من تفعيل آلية الدفع بعدم الدستورية وهو التفعيل الذي ينطلق من تمكين المواطنين من الطعن بعدم دستورية القوانين وعدم تعقيد إجراءات تحريك الدعوى الدستورية كضمانة لقيام دولة القانون.

2_تعيين جهة قضائية مختصة بالإجابة عن مدى قبولية الدفع الفرعي وتكون عبارة عن هيئة على مستوى كل محكمة بحيث تقوم بفرز الدفوع وتحيلها مباشرة للمجلس الدستوري دون حاجة لفرز ثاني على مستوى المحكمة العليا أو مجلس الدولة مثلا.

3_لابد من وضع معيار متفق عليه لضبط مفهوم شرط جدية الدفع.

قائمة المصادر والمراجع:

أ-الاتفاقيات والمعاهدات

1-افاقية فينا المتعلقة بالمعاهدات

ب-الدساتير والقوانين.

1- دستور مصر لعام 1971 والمنشور في الجريدة الرسمية الرقم 36 مكرر (أ) والصادرة في 21 ايلول/سبتمبر 1971

ج -الكتب .

1-. ثروت بدوي، النظم السياسية، دار النهضة، القاهرة، 2005.

2- دياش سهيلة، المجلس الدستوري ومجلس الدولة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون،2001.

3-عبد العزيز محمد سلمان، نظم الرقابة على دستورية القوانين دراسة مقارنة، سعد السمك للمطبوعات القانونية القاهرة،2000.

4-عبد المنصف عبد الفتاح محمد إدريس، رقابة الملاءمة في القضاء الدستوري – دراسة مقارنة، ط 7، دار النهضة العربية، مصر، 2016 .

5- عيد أحمد غفول، الدفع بعدم الدستورية في القانون الفرنسي، دار النهضة العربية ،ط2، القاهرة، 2013.

6-مصطفى أبو زيد فهمي، مباديء الأنظمة السياسية، النظام البرلماني . النظام الرئاسي، دار المطبوعات الجامعية، 2009م.

7-مصطفى محمود عفيفي، رقابة الدستورية في مصر والدول الأجنبيه دراسة تحليلية مقارنة لأنظمة الرقابة في الدساتير المعاصرة،2010.

8-محمود علي أحمد مدني، دور القضاء الدستوري في استجلاء المفاهيم الدستورية – دراسة مقارنة، ط 1، دار النهضة العربية، مصر،2016 .

9-محمد إبراهيم درويش، الرقابة الدستورية – دراسة تحليلية لنماذج الرقابة في فرنسا-الولايات المتحدة الأمريكية ومصر، ط 1، دار النهضة .العربية، مصر، 2016 .

10-نعمان أحمد الخطيب، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الاردن 2011.

11-هشام محمد فوزي، رقابة دستورية القوانين بين أمريكا ومصر-مع تحليل للأحكام الدستورية في البلدين، ط 1، دار النهضة العربية، مصر، 2015

المجلات

1- عامر زغير محيسن، الموازنة بين فكرة الأمن القانونتي ومبدأ رجعية أثر الحكم بعدم الدستورية، مركز الدراسات القانونية، العدد الثامن عشر مصر2010.

2-محمد عبد اللطيف، المجلس الدستوري في فرنسا والتعديل الدستوري في 23 يونيو 2008، .بحث منشور بمجلة الحقوق الكويت، العدد الثالث سبتمبر 2008

3- يسري محمد العصار، رقابة القاضي الدستوري في مصر وفرنسا على التناسب في التشريع، .المجلة الدستورية، مصر . العدد 18 سنة 2008.

المراجع باللغة الأجنبية

1-François-Henri Briard, La nomination des membres de la Cour suprême des états-unis, nouveaux cahiers du conseil constitutionnel n°58

2-Jean François Boude, La caisse des dépots et consignations: histoire, statut, fonction, les logiques juridiques, 2006,.