ردمد ورقي: 9971 - 2571 المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية ردمد إلكتروني: 2661-7404
السنة: 2022 المجلد: السادس العدد: الثاني ص.ص: 928-949 .



# القاضي الجزائي بين مخالفة النص الجزائي للاتفاقية الدولية وبين مخالفته للدستور

# The criminal judge between the violation of the penal text of the international agreement and the violation of the constitution

مالك نسيمة *
كلية الحقوق جامعة الجزائر 1 - الجزائر
nassimamelek@gmail.com

تاريخ إرسال المقال: 2022/01/29 تاريخ قبول المقال: 2022/08/06 تاريخ نشر المقال: 2022/09/15

**الملخص:**

يلتزم القاضي الجزائي باحترام مبدأ تدرج القوانين بتقرير سمو القواعد الدستورية ثم المعاهدات الدولية وبعدها التشريع، الا انها قد تتعارض فيما بينها، فيزيل هذا التعارض عن طريق تضحيته بالقانون الأدنى مرتبة لصالح القانون الأعلى.

تمت المعالجة وفقا للقانون العضوي رقم 16-18 المؤرخ في 2 سبتمبر 2016 في حالة مخالفة النص القانوني للدستور، ومن هذا المنطلق نجيب عن الإشكالية التالية: إذا كانت للقاضي الجزائي صلاحية التطبيق التلقائي للمعاهدات الدولية في حالة مخالفة النص التشريعي لها ، فهل يعتبر واجب تطبيق القاضي للنص القانوني رغم عدم دستوريته مساسا بمبدأ سمو الدستور؟

**الكلمات المفتاحية:** القاضي الجزائي؛ المعاهدات الدولية؛ الدستور؛ القانون الحاجب.

**Abstract:** The criminal judge is obligated to respect the principle of gradation of laws, but they may conflict with each other, so he removes this conflict by sacrificing the lower-ranking law in favor of the higher one.

The processing was carried out in accordance with Organic Law No. 16-18 of September 2, 2016, and from this point of view we answer the following problem: If the criminal judge has the power to automatically apply international treaties in case of violation of the legislative text thereof, is it considered the duty of the judge to apply for the legal text, in violation of the principle of the supremacy of the constitution?

**Keywords**: Criminal judge; International agreement; Usher law.

## مقدمة:

ان القاضي الجزائي مرتبط بمبدأ الشرعية الجنائية الذي يسود في الدول القانونية وفحواه سيادة القانون وخضوع الجميع له حكاما ومحكومين، أي حصر الجرائم والعقوبات في قانون مكتوب.

* المؤلف المرسل

ردمد ورقي: 9971 - 2571 المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية ردمد إلكتروني: 2661-7404
السنة: 2022 المجلد: السادس العدد: الثاني ص.ص: 928-949 .



ان الغاية من احترام مبدأ الشرعية الجنائية هو الحد من تعسف السلطة التشريعية و ما نتج عنها من اعتداءات على حرية الأشخاص والذي أدى الى تحديد دورها و مهامها ملتزمة بمبادئ الدستور باعتباره أسمى القوانين ووعاء للمبادئ و الحقوق والحريات .

يخاطب النص الجزائي القاضي الجزائي مباشرة الذي عليه تطبيقه حرفيا احتراما لمبدأ الشرعية، الا ان النصوص القانونية قد تتعارض فيما بينها فتلزم القاضي على إزالة هذا التعارض خاصة اذا كانت غير متساوية في المرتبة الإلزامية، بحيث إذا كان التعارض بين نص عام و الآخر خاص فإن الاسبقية للقانون الخاص معتمدا على مبدأ الخاص يقيد العام، كما يتعارض النص اللاحق بالنص السابق معتمدا على النص اللاحق يلغي السابق إلا أن الاشكال يثور بصدد قواعد قانونية ليست لها نفس المرتبة الإلزامية فيكون أحدها نصا دستوريا أو اتفاقية دولية و الثاني نصا تشريعيا عاديا أو لائحيا.

قد يتعارض النص القانوني بالاتفاقية الدولية فيحاول القاضي إزالة هذا التعارض، فإبرام الدولة للاتفاقية مع تطبيق شروطها تجعلها هي بسائر سلطاتها العامة و رعاياها ملزمين بتطبيق أحكامها.

من جهة أخرى قد يتعارض النص الجزائي بنص الدستور، فهل يطبق القاضي الجزائي النص التشريعي المقيد به، أم يطبق الدستور باعتباره أسمى القوانين؟

تمت المعالجة وفقا للمادة 150 من الدستور حسب التعديل الأخير رقم 16-01 المؤرخ في 6مارس 2016 والمادة 01 من الامر رقم 66 -156المؤرخ في 8يونيو 1966 الذي يتضمن قانون العقوبات.

ومن هذا المنطلق يحاول هذا المقال الإجابة عن تساؤل جوهري يتمثل فيما يلي:

**إذا كانت للقاضي الجزائي صلاحية التطبيق التلقائي للمعاهدات الدولية في حالة مخالفة النص التشريعي لها، فهل واجب تطبيق القاضي للنص القانوني رغم عدم دستوريته مساسا بمبدأ سمو الدستور؟**

ستتم معالجة هذا التساؤل بإعمال منهجي الوصف والتحليل من خلال التطرق في **المحور الأول** الى مسألة مخالفة النص الجزائي للمعاهدة الدولية، ثم في **محور ثان** سيتم التعرض الى مسألة مخالفة النص الجزائي للدستور.

## المبحث الأول: معارضة النص التجريمي للمعاهدة الدولية

ردمد ورقي: 9971 - 2571 المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية ردمد إلكتروني: 2661-7404
السنة: 2022 المجلد: السادس العدد: الثاني ص.ص: 928-949 .



يعتبر القاضي الجزائي مقيد بمبدأ الشرعية مما يلزمه بتطبيق القانون أي يتقيد بنصوص قانون العقوبات والقوانين المكملة له وهذا هو الأصل، الا أن النص القانوني قد يتعارض مع الاتفاقية الدولية وهذا ليس بعائق أمام القاضي، تطبيقا للقواعد الدستورية واحتراما لمبدأ تدرج القوانين يلزم القاضي الجزائي تطبيق أحكامها اذا توافرت الشروط العامة والخاصة لتطبيقها، ومن هنا تصبح الدولة بمجرد المصادقة عليها ونشرها ملزمة بتبنيها وإدخالها في المنظومة القانونية من أجل تطبيقها من السلطة القضائية، وعلى هذا الأساس يتم معالجة هذا المحور الى نقطتين، بداية خضوع القاضي الجزائي لمبدأ الشرعية الجنائية ك(مطلب أول) ثم خضوع القاضي الجزائي لقواعد المعاهدة الدولية ك (مطلب ثاني).

## المطلب الأول: خضوع القاضي الجزائي لمبدأ الشرعية الجنائية

ان مبدأ الشرعية الجنائية من المبادئ الأساسية في القانون الجنائي التي تلزم القاضي الجزائي تطبيق النصوص التشريعية المكتوبة الصادرة عن السلطة التشريعية، الا انه مقيد من جهة أخرى باحترام مبدأ تدرج القوانين في حالة تعارض القوانين فيما بينها مما يجعله ملزما بتطبيق القانون الأعلى مرتبة، وعلى هذا الأساس يتم معالجة (أولا) خضوع القاضي الجزائي للنص القانوني المكتوب و (ثانيا) الى مدى تطبيق القاضي الجزائي للقانون.

### أولا: خضوع القاضي الجزائي للنص القانوني المكتوب

تنص المادة 158 من الدستور[1] على أن "أساس القضاء مبادئ الشرعية والمساواة" فهو حامي الشرعية في الدولة ومقيد بالنص القانوني المكتوب الصادر من السلطة التشريعية، فهذا النص يخاطب حتما القاضي الجزائي وما عليه الا تطبيقه على الواقعة التي أمامه وحينها يطبق الجزاء المقرر عليها في هذا النص.

يقصد بمبدأ الشرعية، أن المشرع وحده من له الحق في سن القوانين، ينشأ نصا يجرم الفعل ويقرر عقوبة وبهذا تنحصر مصادر التجريم والعقاب في نص مكتوب فلا يعتبر الفعل مجرما الا اذا جرمه النص القانوني المكتوب حتى ولو كان هذا الفعل منافي للأخلاق أو الدين أو حتى المصلحة العامة كما لا يمكن للقاضي تقرير عقوبة لهذا الفعل غير الذي حددها القانون والا فهو خرق لمبدأ الشرعية.

يلتزم القاضي الجزائي بتطبيق النص القانوني محترما قواعد التدرج للنصوص القانونية ومنها تقرير سمو الدستور باعتباره سيد القوانين وبعده الاتفاقيات الدولية وبعده النصوص التشريعية، فالقاضي الجزائي أصلا يخضع للنصوص التشريعية، فلا يتصور مخاطبته مباشرة بالقواعد

ردمد ورقي: 9971 - 2571 المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية ردمد إلكتروني: 2661-7404
السنة: 2022 المجلد: السادس العدد: الثاني ص.ص: 928-949 .



الدستورية[2], تنص المادة 156 من الدستور[3] : "السلطة القضائية مستقلة وتمارس في اطار القانون" وكذلك المادة 165 "لا يخضع القاضي الا للقانون " ومن هذا المنطلق فإن من نتائج مبدأ الشرعية قاعدة التفسير الضيق للنص الجزائي ومفاده أن النص الجزائي تعبير عن إرادة المشرع الذي له وحده الحد من حريات الافراد وتقرير عقوبة لمن أخل بهذا الحد.

من هنا لا يجوز تحت غطاء التفسير خلق جرائم لم ينص عليها القانون، وتم فرض التفسير الضيق للنص الجزائي لصالح المتهم الا انه لا يمكن تطبيقها على كل الاحكام الجزائية بل لا بد من التمييز بين الأحكام التي هي في صالحه والأخرى التي هي ضده الا ان التفسير الضيق يمكن توقعه في حالة عدم وضوح النص عملا بمبدأ لا اجتهاد مع صراحة النص و بمعنى آخر أن التفسير عن طريق القياس غير جائز وهذا ما أستقر عليه القضاء الفرنسي[4].

اما تفسير المحكمة العليا في الجزائر فهو غير ملزم ولكنه يشكل التزاما تأديبيا اتجاه الجهات القضائية[5] الا أنه في الواقع دور القاضي قد تطور الى حد في مسائل معينة فأصبح منشأ للقانون له مسؤوليات تتماشى وهذا التطور وأصبح يفسر القانون بكل سيادة وإذا كان صمت من طرف المشرع فلا يعني صمت القاضي بل عليه بالاجتهاد في حدود القانون وتعارض النصوص تجعله ملزما بإزالته.

## ثانيا: مدى تطبيق القاضي الجزائي للقانون

لا يمكن للقاضي الجزائي أن يبحث عن حل مستمد من غير القانون في حالة تعارض النصوص القانونية وخاصة في حالة تعارض النص القانوني بالاتفاقية الدولية والتي تلزم السلطة القضائية باحترام نتائج مبدأ تدرج القوانين، ومن بينها تقرير سمو القواعد الدستورية على جميع القوانين وتلي بعدها قواعد الاتفاقية الدولية بسبب سمو المعاهدات الدولية المصادق عليها على القانون، وبعدها القواعد التشريعية الصادرة عن السلطة التشريعية والتي تأتي منسجمة مع القواعد الدستورية وقواعد الاتفاقيات الدولية.

تأسيسا على مبدأ تدرج القوانين فإن السلطة القضائية تلتزم بنتائج المبدأ، ومن بينها احترام تقرير سمو الدستور والذي يؤكد هذا السمو ما جاء في ديباجة دستور 1996 على أن الدستور فوق الجميع وهو القانون الاساسي في البلاد والذي يضمن الحقوق والحريات.

نصت المادة 182 من دستور 1996 : "يصدر رئيس الجمهورية نص التعديل الدستوري الذي أقره الشعب، ينفذ كقانون أساسي للجمهورية"، ثم المعاهدة الدولية المصادق عليها من رئيس الجمهورية والتي أخذت مكانا في النظام القانوني الداخلي وظهر ذلك عن طريق ما جاء في المادة 132 من دستور 1996 أو المادة 150 من دستور 2016 التي نصت صراحة على سمو المعاهدات

ردمد ورقي: 9971 - 2571 المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية ردمد إلكتروني: 2661-7404
السنة: 2022 المجلد: السادس العدد: الثاني ص.ص: 928-949 .



على القانون ومعناه إدراج قواعد الاتفاقية الدولية ضمن التنظيم القانوني للدولة وأصبحت من مصادر القانون و لها قوة القانون بل تسمو عليه وهذا ناتج عن فكر القضاء الفرنسي ونظرته لوضع المعاهدة الدولية في النظام القانوني الداخلي، وتظهر هذه النظرة من خلال ما جاء في حكم محكمة النقض الفرنسية الغرفة المدنية المؤرخ في 06 أفريل 1839 [6] على أن المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور تسمو على القانون، ويليها التشريع الصادر من السلطة التشريعية والذي يوجه خطابا مباشرا للقاضي الجزائي وما على هذا الأخير الا تطبيقه.

إن القاضي الجزائي الوطني ملزم بتطبيق المعاهدة الدولية ويخضع لرقابة المحكمة العليا، فعليه تطبيقها في حالة تعارضها بالتشريع إعمالا لمبدأ سمو المعاهدات على التشريع الداخلي وأي إخلال بنصوصها من طرف الجهاز القضائي الوطني قد يرتب المسؤولية الجزائية عن الجزائر.

كما ان الاتفاقية الدولية المصادق عليها من طرف رئيس الجمهورية تدمج في منظومة التشريع الداخلي وتصبح ملزمة على القاضي على الرغم من خصوصية المجال الجنائي من حيث أنه يبقى مقيد بمبدأ شرعية التجريم والعقاب أي يخضع للنص التشريعي هذا من جهة، ومن جهة أخرى هو ملزم باحترام مبدأ تدرج القوانين وبذلك احترام سمو الاتفاقيات الدولية على النصوص القانونية والقوانين المكملة له، كما ان إقبال السلطة التنفيذية على المصادقة على اتفاقيات تتضمن التجريم الهدف من ورائها مكافحة بعض الأفعال المحظورة في المجتمع الدولي، فلا يمكن للقاضي تطبيقها مباشرة الا إذا توافرت الشروط المنصوص عليها في الدستور لاعتبارها مصدرا من مصادر القانون الجنائي.

أول موقف يعارض الفكرة ما يستند لنظرية أعمال السيادة في فرنسا والمستقر فيها على منع القاضي من مراقبتها احتراما لمبدأ الفصل بين السلطات، الا انه لا يوجد نصا صريحا في الدستور يحدد بصفة حصرية أعمال السيادة[7] بالإضافة الى ان الاتفاقيات الدولية والمعاهدات تسمو على القانون ولكنها لا تسمو على الدستور الذي يشترط المصادقة والنشر لصحة الالتزام بالمعاهدة ونفادها في المنظومة القانونية.

## المطلب الثاني: خضوع القاضي الجزائي لقواعد المعاهدة الدولية

يجسد القضاء الجزائي القاعدة الدستورية التي تقضي بأن الدستور يسمو على الاتفاقيات الدولية إذا صادق عليها رئيس الجمهورية وفقا للإجراءات المنصوص عليها في الدستور، فيلتزم القاضي الجزائي بتطبيقها تلقائيا في حالة تعارضها مع النص القانوني الصادر من السلطة التشريعية، مع العلم أنه أصلا يخضع مباشرة للنص التشريعي حيث يكون مرتبطا بمبدأ الشرعية فيخضع للمادة الاولى من قانون العقوبات" لا جريمة ولا عقوبة ولا تدابير أمن بغير قانون[8] " إذن هو مقيد بالنص القانوني

ردمد ورقي: 9971 - 2571 المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية ردمد إلكتروني: 2661-7404
السنة: 2022 المجلد: السادس العدد: الثاني ص.ص: 928-949 .



المكتوب، فهل القيد بالنص يمنحه حق تطبيق الاتفاقية الدولية في حالة تعارضهما؟ ومن هذا الطرح يتم معالجة شروط تطبيق المعاهدة الدولية في حالة تعارضها مع النص القانوني بداية ثم تبني الاتفاقيات الدولية في القانون المنظومة القانونية الداخلية.

## أولا: شروط تبني المعاهدة الدولية في النظام القانوني الداخلي

نصت المادة 150من الدستور رقم 16-01 المؤرخ في 06 مارس 2016 المتضمن التعديل الدستوري[9]على أن: "المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية، حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور تسمو على القانون."

اعتراف الدستور للمعاهدات الدولية و سموها على القانون يؤدي الى صيرورتها و اعتبارها جزءا من النظام القانوني الداخلي، فتصبح سارية المفعول بمجرد نشرها، وبذلك تكون قد استوفت الاجراءات المشروطة في الدستور، حيث نصت المادة السابقة الذكر أن تكون الاتفاقية محل تصديق من طرف رئيس الجمهورية الا انه تبين ضرورة نشر المعاهدة لتصبح جزءا من التنظيم القانوني.

### 1- معيار النشر لتطبيق المعاهدة الدولية في النظام القانوني الداخلي

قد ثار جدال حول أهمية النشر في المعاهدة الدولية لأنه في الواقع مسألة نشر أحكامها كشرط لدخولها حيز التنفيذ لم ينص عليها الدستور الجزائري، والمعمول به ان القوانين داخل الجمهورية تدخل حيز التنفيذ من يوم نشرها في الجريدة الرسمية وتكون نافذة وفقا للمادة الرابعة من القانون المدني، الا انه هل يمكن الاستناد الى هذه المادة على اساس نشر مضمون الاتفاقية شرط لتطبيقها؟

ان الاجابة على هذا السؤال له علاقة باعتبارين اعتبار قانوني والآخر عملي، الاول يمكن حصره في عدم منطقية الاحتجاج على شرط لم ينص عليه الدستور وخاصة أنه قد يؤدي الى تعطيل التزام دولي، فالدولة مضطرة الى الالتزام بوعودها الدولية وفقا لمبدأ حسن النية، أما الاعتبار الثاني يتمثل في عدم نشر عدد كبير من المعاهدات الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان في الجريدة الرسمية مما جعل عدم تطبيقها من القاضي ينتج عنه خطر في تحريك مسؤولية الدولة الدولية، واليوم يتأكد أن النشر بهدف الاعلام أصبح حجة في ظل التطور المجتمعي.

رجوعا إلى المرسوم المؤرخ في 10 نوفمبر 1990 الذي يحدد صلاحيات وزير الخارجية نجد أن المادة 10 منه تنص: " يسعى وزير الخارجية الى المصادقة على الاتفاقيات و البروتوكولات و اللوائح الدولية التي توقع عليها الجزائر أو التي تلتزم بها كما يسعى إلى نشرها". فهذا النص جعل وزير الخارجية يسعى لنشر المعاهدات والذي أثار إشكالا يتعلق بطبيعة الالتزام على عاتق وزير

ردمد ورقي: 9971 - 2571 المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية ردمد إلكتروني: 2661-7404
السنة: 2022 المجلد: السادس العدد: الثاني ص.ص: 928-949 .



الخارجية، ويتبين من صياغة المادة أن الأمر اختياري ويظهر في الفقرة الآتية: "لا يشمل النشر كل المعاهدات التي أبرمتها الجزائر." كما أن مصطلح يسعى لا يفيد الإلزامية، الا أن المجلس الدستوري من خلال القرار المؤرخ في 20 أوت 1990 أي قبل صدور المرسوم المشار إليه ليصرح : "و نظرا لكون آية اتفاقية بعد المصادقة عليها و نشرها تندرج في القانون الوطني وتكتسب حسب المادة 132 من دستور 1996 أو 150من دستور 2016 سلطة السمو على القوانين ويمكن لكل مواطن جزائري أن يتذرع بها أمام الجهات القضائية، فتنص على ضرورة النشر لإدراجها في القانون الوطني.

والملاحظ أن هناك غياب للنص الواضح في هذه المسألة إلا أن الغرفة المدنية للمحكمة العليا صرحت بذلك خلافا للغرفة الجزائية[10]، وبهذا يحتك النشاط القضائي اليومي بالقانون الدولي فيجد القاضي نفسه في مواجهة قواعد قانونية دولية متميزة من حيث صياغتها، تطبيقها و تفسيرها و في مواجهة دفوع لم يتعود عليها، فأول ما يقوم به الخضوع لشروط تطبيق القاعدة الدولية، ثم تفسير الاتفاقية الدولية.

كما لا ننسى بأن القانون الجنائي يحكمه مبدأ عدم رجعية قواعده الى الماضي فإن قواعد الاتفاقية تسري بأثر فوري ومباشر وعدم رجوعها الى الماضي بسبب وقائع لم يكن التجريم والعقاب لحقابها، كما أن مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات يفرض عدم معاقبة الافراد على سلوك لم يلحقه التجريم والعقاب، خلافا للاتفاقية التي يعتد بها من وقت العمل بها بالوسيلة المحددة قانونا وهي النشر في الجريدة الرسمية.

## 2- التصديق والنشر في فرنسا

بعدما كانت فكرة التصديق في الاتفاقيات الدولية من ضمن أعمال السيادة، توسع نطاق اختصاص مجلس الدولة الفرنسي وخاصة في مجال الاتفاقيات الدولية مع التضييق من نطاق نظرية اعمال السيادة، ظهرت تغييرات مهمة خاصة ما صدر من مجلس الدولة حيث أكد سلطته القضائية واستقلاليته وفقا للدستور في 20 أكتوبر 1989.

صدر قرار نيكولو الذي جعل القانون سيد الجميع بما فيه مكانة الدستور والاتفاقيات الدولية في النظام القانوني ومن خلال هذا القرار و لأول مرة يقوم مجلس الدولة بمطابقة قانون داخلي بمعاهدة دولية سابقة عليه,[11] اضافة على ذلك مدد رقابته الى اجراءات التصديق حتى يتم تبنيها في المنظومة القانونية وفقا لقرار صدر بتاريخ 18 ديسمبر 1998 [12]،حيث أصبح القاضي الاداري الفرنسي يراقب

ردمد ورقي: 9971 - 2571 المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية ردمد إلكتروني: 2661-7404
السنة: 2022 المجلد: السادس العدد: الثاني ص.ص: 928-949 .



نظامية وشرعية اجراءات التصديق مما يؤكد سمو المعاهدة على القوانين السابقة واللاحقة عليها، بالإضافة الى شرعية اجراءات التصديق عليها وفقا للمادة 55من الدستور الفرنسي لسنة 1958.

والذي أكد هذا الموقف هو التضييق من نطاق السلطة التنفيذية الخاصة بإبرام المعاهدات في 23 فيفري 2000 والذي يعتبر مخالفا للاجتهاد السابق من خلاله يؤكد على الشرعية واستقلالية القضاء [13]، مما جعل بعض المفكرين يعتبرون ان هناك تطور في مجال أعمال مجلس الدولة وأصبح يقترب من الرقابة الدستورية[14].

ان هذا التوجه الجديد الصادر من مجلس الدولة ادى الى دعوات أخرى مطالبة بتمديد صلاحيات هذا الأخير متمثلة في رقابة شرط تطبيق المعاملة بالمثل في الاتفاقية بالإضافة الى التكييف مما يجعل مجلس الدولة مراقبا حتى على رئيس الجمهورية في حالة تجاوزه لمهامه المنصوص عليها في الدستور كإبرامه لاتفاقية دولية دون أو قبل موافقة البرلمان متى اشترطها الدستور [15]واثناء فحص القاضي لإجراءات التصديق واكتشافه لخطأ ما عليه استبعاد النص وليس إلغائه الى حين اعادة التصديق على المعاهدة وفقا للدستور حتى ولو أدى ذلك الى تحميل المسؤولية مما يؤدي الى عدم تطبيقها بأثر رجعي.

نص دستور الجمهورية الخامسة في المادة 55 عل أن : المعاهدات أو الاتفاقيات التي يتم التصديق أو الموافقة عليها نظاميا تحوز بعد نشرها قوة تعلو القانون مع مراعاة تطبيقها من الطرف الآخر،[16] وهكذا وبنص صريح في الدستور في مجال تطبيق الاتفاقية الدولية يفرض على القاضي الفرنسي نشرها وجوبا قبل تطبيقها، والنشر في هذا الموضوع يقصد به على المستوى الداخلي و ليس على المستوى الدولي بحيث أن هذا الأخير ينشر تلقائيا عملا بالمادة 102من ميثاق الأمم المتحدة على أن كل معاهدة أو اتفاق دولي أو أي عمل يقوم به عضو من اعضاء الأمم المتحدة بعد العمل بالاتفاق يجب أن يسجل في أمانة الهيئة التي تقوم بنشره عاجلا و كذلك المادة 80 من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات التي تؤكد ذلك حيث تنص: "المعاهدات ترسل بعد دخولها حيز التنفيذ الى الامانة العامة للأمم المتحدة لتسجيلها وحفظها وكذلك لنشرها."

ان الاتفاقيات الدولية لا يمكن للقاضي تطبيقها الا بتوافر الشروط السابقة الذكر على أن تكون صالحة للتطبيق المباشر[17] ،أن تكون أحكاما واضحة ودقيقة وقابلة للتطبيق الفوري وهنا على القاضي التمييز بين الاتفاقيات التي تولد التزامات بين الدول وبين التي يولد عنها التزامات لصالح الافراد[18]حيث تراجعت محكمة النقض الفرنسية عن موقفها السابق وفرضت التطبيق المباشر لأحكام المادة 03 فقرة 1 من اتفاقية حقوق الطفل نيويورك في 26 جانفي 1990 والتي تجعل مصلحة

ردمد ورقي: 9971 - 2571 المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية ردمد إلكتروني: 2661-7404
السنة: 2022 المجلد: السادس العدد: الثاني ص.ص: 928-949 .



الطفل أولى من كل مصلحة أما مجلس الدولة الفرنسي يعطي اهتماما خاصا لنصوص الاتفاقية حتى يتوصل الى مدى قابليتها للتطبيق المباشر, مثل: المواد 03 فقرة 1 و 04 فقرة 1، والمادتين 10 و 16 جميعها تتضمن حق الطفل في احترام حياته الخاصة والعائلية بنفس العبارات والمصطلحات المستعملة في الاتفاقية الأوروبية لحقوق الانسان.

## ثانيا: الاتفاقيات الدولية مصدر من مصادر القانون

إن القاضي الجزائي مقيد بمبدأ الشرعية شرعية الجرائم و العقاب وفقا للمادة 1 من قانون العقوبات فلا يمكن تجريم فعل بدون قانون ولا يمكن تقرير عقوبة بدون قانون، ألا يعتبر تطبيقه لنص الاتفاقية وإبعاده للنص الداخلي اعتداء على مبدأ الشرعية ؟

إن القواعد الجزائية لها خصوصيتها تتميز بها على القواعد الاخرى المختلفة، هي قاعدة آمرة تتكون من شق التجريم الذي ينهي على سلوك ما أو يأمر به أما الشق الثاني يحدد العقوبة، بينما الاتفاقية الدولية فهي لا تحدد التجريم و الجزاء معا مما يظهر الخلاف بينها وبين القانون الجزائي الداخلي باعتباره يعبر عن سيادة الدولة على إقليمها وحامي الحقوق والحريات ويسعى الى حماية المجتمع وحماية أمنه ونظامه العام، وقد تختلف القواعد الجنائية من دولة لأخرى فلكل دولة سياستها الجنائية في التجريم والعقاب و دائما شق العقاب مربوط بشق التجريم و بالتالي يتم إنزال العقاب على مرتكب الفعل.

أما الاتفاقية الدولية فهي عادة يغيب فيها الجزاء أو أن نصوصها تتضمن شق التجريم دون العقاب مما جعل البعض يستبعد تطبيق الاتفاقية الدولية في أي مسألة جنائية و من جهة أخرى قد تنص الاتفاقية الدولية على أن الفعل المجرم حق من الحقوق الممنوحة لأي مواطن في حالة اباحته مما يؤدي الى إزالته وإزالة العقاب فيه لان القانون الجنائي يشمل قواعد التجريم والعقاب وكذلك يقوم بتنظيم الحالات التي يستبعد فيها العقاب أو تخفيفه، وهذه الحالة نجدها في النصوص التشريعية و كذلك في نصوص الاتفاقية الدولية وهنا يمكن تصور الاتفاقية الدولية كمصدر من مصادر القانون لان مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات يقتصر على التشريع والعقاب ولا يهتم بإزالة العقاب أو تخفيفه.

إن إلزامية المصادقة والنشر تظهر في الجزائر من خلال القرار الصادر عن المجلس الدستوري في سنة 1989 والذي نص: "أنه نظرا لكون أية اتفاقية بعد المصادقة عليها و نشرها تتدرج

ردمد ورقي: 9971 - 2571 المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية ردمد إلكتروني: 2661-7404
السنة: 2022 المجلد: السادس العدد: الثاني ص.ص: 928-949 .



في القانون الداخلي"، وكذلك بمقتضى المادة 132 من الدستور :" ويمكن لكل مواطن التذرع بها أمام الجهاز القضائي."

لقد ألغى المجلس الدستوري بعض نصوص القانون العضوي المتعلق بالانتخابات رقم 13/89المؤرخ في 1989/08/07،حيث اعتبر أن الشرط الذي جاءت به الفقرة 03 من المادة 86 من هذا القانون و التي تقضي بأن يكون زوج المترشح لانتخابات المجلس الشعبي الوطني متمتعا بالجنسية الجزائرية الأصلية متعارضا مع الدستور ومع العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لسنة 1966 والميثاق الافريقي لحقوق الإنسان[19] والشعوب باعتبارها آلية قانونية تقضي بعدم التمييز.

طبق نفس الحكم على المادة 108 في فقرتها الثالثة من القانون 13/89 التي تلزم شهادة الجنسية الجزائرية الأصلية مع التصريح بالترشح لرئاسة الجمهورية الخاصة بزوج المترشح، الا ان قرار رقم 95/01 الصادر بتاريخ 1995/08/06 [20]أعتبر الشرط غير دستوري وظهر ذلك من خلال الامر الصادر عن القسم الاستعجالي لمحكمة غرداية تحت رقم 2002/06 فيما يخص الاكراه البدني في العقود المدنية والتجارية ومن حيثياته عدم خضوعها لنص المادة 407 من قانون الاجراءات المدنية فقد تسقط عليه أحكام المادة 11 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية المؤرخ في 16 ديسمبر 1966، كما استبعدت المحكمة العليا تطبيق المادة 597 وما يليها من قانون الإجراءات الجزائية فيما يخص توقيع الاكراه البدني بسبب تعارضها مع المادة 11 من العهد الدولي والحقوق المدنية والسياسية، وبما أن الجزائر أنظمت اليها في سنة 1989 وصادقت عليها معناه قامت بتبنيها في القانون الوطني وأصبح لها قوة إلزامية.[21]

ان تكريس مبدأ سمو الاتفاقية الدولية على القواعد القانونية الداخلية معناه تقديم الاتفاقية الدولية وتعليق تطبيق النصوص القانونية الداخلية في مجال الاتفاقية، والمعروف في القانون الجنائي ان القانون يطبق على الجرائم التي ارتكبت في ظله، والاشكال يثور في حالة وقوع الجريمة في ظل القانون الداخلي ثم تأتي اتفاقية دولية تلغي أحكامها أو تعدل في القواعد القانونية، وفقا للاحكام العامة للقانون الجنائي لا يمكن تطبيق القانون الجديد على الوقائع التي سبقته و تطبيقا لمبدأ الشرعية لا يجوز متابعة فرد من أجل سلوك ارتكبه الا اذا كان هذا السلوك مجرم بنص سابق على وقوعه .

وبهذا يصبح لزاما على الدولة تنفيذ الاتفاقية الدولية في اطار نظامها القانوني الداخلي، فتدمج في القانون الداخلي من أجل ضمان حسن تطبيقها من طرف السلطة القضائية ويمكن ان يتذرع بها أي شخص الا أنه بتبنيها في النظام القانوني الوطني تصبح ذو قوة إلزامية وتصبح مصدرا من مصادر

ردمد ورقي: 9971 - 2571 المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية ردمد إلكتروني: 2661-7404
السنة: 2022 المجلد: السادس العدد: الثاني ص.ص: 928-949 .



القانون، فالقاضي الجزائي مقيد بالنص القانوني ومقيد بمبدأ الشرعية الجنائية فهو مرتبط بالنص الا انه اذا تعارض النص القانوني بالاتفاقية الدولية يجد نفسه ملزما بتطبيق الاتفاقية الدولية لأنها تسمو على التشريع العادي، وتطبيقه لها يكون تلقائي فلا يحتاج الى دفع من المتقاضي بل يخضع الى مبدأ تدرج القوانين مما يؤدي به الى تجنب تطبيق النص القانوني في مجال الاتفاقية، اما خارجها فهو يبقى ملزما بتطبيق النص التشريعي لإزالة التعارض بين النصين .

يطبق القاضي الجزائي الاتفاقية الدولية تلقائيا في حالة تعارضها بالنص التشريعي فلا ينتظر دفعا من المتقاضي، بل يطبقها مباشرة و بذلك يبعد النص الداخلي في نطاق الاتفاقية مع بقائه ساريا خارج الاتفاقية مما يشكل رقابة قضائية في هذه الحالة .

إذن في حالة تعارض النص القانوني بالاتفاقية الدولية فإن القاضي الجزائي يطبق الاتفاقية ويعلق النص القانوني إذا كان في مجال الاتفاقية، لان النص الدستوري يخاطب مباشرة القاضي ويلزمه على تطبيق الاتفاقية قبل النص الجزائي على الرغم من خضوعه أصلا للنص التشريعي.

## المبحث الثاني: مخالفة النص الجزائي للدستور

قد يجد القاضي الجزائي نفسه بين نصين متعارضين، النص التشريعي معارضا للنص الدستوري، فنتصور تطبيق القاضي للدستور باعتباره أسمى القوانين واحتراما لمبدأ تدرج القوانين، كما قد نتصور منه إزالة التعارض عن طريق الرقابة اللاحقة أي استعماله لآلية الدفع بعدم دستورية القوانين فهل يسمح له القانون ذلك؟

ان القانون العضوي رقم 18-16 يقر بالدفع من طرف المتقاضي الى القاضي وهو يعتبر وسيلة من وسائل الرقابة القضائية، ولتجسيد الدفع بعدم دستورية القوانين لابد من سمو الدستور والفصل بين السلطات لانهما عاملان أساسيان لتكريس الرقابة في دولة القانون، فهل يحق للقاضي استعماله مباشرة مثل المتقاضي، أم يطبق النص التشريعي احتراما لمبدأ الشرعية ؟ وعلى هذا الاساس يتم معالجة الدفع بعدم دستورية القوانين في حالة مخالفة النص التشريعي للدستور و مدى سلطة القاضي الجزائي في إزالة هذا التعارض (كمطلب أول ) ثم التطرق الى القانون الحاجب ( كمطلب ثاني).

### المطلب الأول: الدفع بعدم دستورية القوانين في ظل مخالفة النص التشريعي للدستور

يعد الدستور حامي الحقوق والحريات وهو أسمى القوانين يسمو على الاتفاقيات الدولية وعلى التشريع ويكفل الفصل بين السلطات واستقلال العدالة والحماية القانونية ورقابة عمل السلطات العمومية

ردمد ورقي: 9971 - 2571 المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية ردمد إلكتروني: 2661-7404
السنة: 2022 المجلد: السادس العدد: الثاني ص.ص: 928-949 .



من أجل مجتمع تسوده الشرعية، وعلى هذا الأساس يتم (أولا ) تناول سمو الدستور ثم (ثانيا ) مدى سلطة القاضي في تطبيق القانون.

## أولا: سمو الدستور

للدستور مكانة خاصة تجعله يسمو على بقية القوانين فتخضع له هذه الأخيرة، حيث ترجع الفكرة الى القرن السابع عشر و الثامن عشر في كتابات مفكري نظرية العقد الاجتماعي الا أنها لم تتجسد في أرض الواقع الا بعد انتصار الثورات الامريكية والفرنسية[22]، فأصبحت كل القوانين خاضعة له واصبح يسمو على جميع القوانين والتنظيمات داخل الدولة بما يولي خضوع الحكام والمحكومين لأحكام الدستور، فهو مظهر من مظاهر سيطرة القانون وسموه شكلا وموضوعا.

أما في الجزائر تعد الرقابة على دستورية القوانين دعامة أساسية لاحترام الحقوق والحريات ويظهر في المواد 163 الى 169 [23]من دستور 1996، حيث نصت المادة 163 : " يؤسس المجلس الدستوري يكلف بالسهر على احترام الدستور، كما يسهر المجلس الدستوري على صحة عملية الاستفتاء". ونصت المادة 188: "يمكن اخطار المجلس الدستوري بالدفع بعدم الدستورية بناء على إحالة من المحكمة العليا أو مجلس الدولة. "

كما يعد مبدأ الفصل بين السلطات أهم الاسلحة الفعالة التي ساهمت في القضاء على الحكم المطلق وساهمت في بناء الأنظمة الديمقراطية التي تسعى الى تحقيق الاستقرار الأمني في أي مجتمع عن طريق ضمان حقوق الإنسان وحرياته الأساسية، فكان هذا المبدأ شبه غائبا في السنوات الاولى بعد الاستقلال بسبب الظروف السياسية، حيث ارتبط تطور مفهوم مبدأ الفصل بين السلطات بتغير مفهوم الدولة في حد ذاته وفقا لكيفية توزيع السلطات و كيفية التعاون بينها، وعرف ميلاده الحقيقي في الجزائر بعد صدور دستور 1989اما قبله أي في ظل دستور 1973 و1976 كان شبه إهمالا لهذه المسألة وقد نص عليه صراحة دستور 1996.

كما كان للمجلس الدستوري دورا هاما لإبراز هذا المبدأ في اجتهاداته معتمدا اساسا على توزيع الاختصاصات والتي تعتبر من أهم تطبيقاته ومرجعه التعديل الدستوري لسنة 2016 الذي وضح صراحة ونظم عملية تنظيم سلطات الدولة في ظل مبدأ الفصل بين السلطات.

تلتزم السلطة القضائية بتطبيق القانون، حيث تنص المادة 138 من الدستور: " السلطة القضائية مستقلة وتمارس في إطار القانون". وكذلك المادة 147: "لا يخضع القاضي الا للقانون". أما القاضي الجزائي هو مقيدا بمبدأ الشرعية وبذلك يكون دائما مقيدا بالنص القانوني المكتوب الصادر عن السلطة التشريعية فلا يحق له الخروج عن سلطته و المساس بها، فدوره ينحصر في تطبيق

ردمد ورقي: 9971 - 2571 المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية ردمد إلكتروني: 2661-7404
السنة: 2022 المجلد: السادس العدد: الثاني ص.ص: 928-949 .



القانون بدون أن يخوض في خلق هذا القانون، ففي هذه الحالة يكون متجاوزا للسلطة متى تعرض لمسائل هي في الأصل من اختصاص السلطة التشريعية أو التنفيذية.

فيختلف القاضي الجزائي عن القضاة في فروع أخرى إذ لهؤلاء الحق في اللجوء الى مصادر أخرى اضافة الى نص القانون كالعرف و الشريعة الاسلامية وفقا للمادة الأولى من القانون المدني، حيث في المجال المدني يمكن للقاضي مواجهة غياب القانون وهذا باللجوء الى مصادر أخرى،، أما إذا وجد نفسه أمام ظاهرة عدم انسجام النصوص القانونية أو تناقضها فإنه يلجأ إلى البحث عن إرادة و نية المشرع.[24]

## ثانيا: سلطة القاضي الجزائي بين تطبيق القانون او الدستور

ان القاضي الجزائي وفقا للمادة 147من الدستور السابقة الذكر يخضع للقانون وبذلك يكون ملزما بتطبيقه فهو يخاطبه مباشرة ،الا ان الأمر قد يتعقد في حالة مخالفة النص القانوني الجزائي بالدستور خاصة إذا يمس بالحقوق والحريات، فما مدى سلطته في تطبيق هذا القانون؟ هل يطبق مباشرة النص القانوني الذي هو أصلا مقيد به بتقييده لمبدأ الشرعية الجنائية ويتجنب تطبيق الدستور، أم يطبق هذا الأخير احتراما لمبدأ تدرج القوانين، أم يعتمد على الرقابة اللاحقة المتمثلة في الدفع بعدم الدستورية باعتباره الحق الذي يخول لأطراف الدعوى دون سواهم اثارته امام القضاء الجنائي للتأكد من مدى دستورية القانون المراد تطبيقه على النزاع وعدم مساسه بالحقوق والحريات المكفولة دستوريا؟ أو بعبارة أخرى هل يطبق القاضي الدستور باعتباره أسمى القوانين أم يطبق النص التشريعي باعتباره مقيدا بمبدأ الشرعية الجنائية؟

تعتبر آلية الرقابة على دستورية القوانين أحد الركائز الأساسية لضمان احترام الدستور اذ تهدف الى ضمان عدم تعارض القوانين مع الدستور، وللوصول لهذه الغاية بذل المؤسس الدستوري العناية اللازمة لتكريس المبادئ المقررة في الدستور حيث سمح للمتقاضين من الولوج الى المجلس الدستوري إثر تعديل الدستور سنة 2016و ذلك عن طريق الدفع بعدم دستورية القوانين الذي هو نوع من الرقابة اللاحقة يثيره المتقاضي أمام القضاء الجنائي بمختلف درجاته في حالة ما يكوم النص التشريعي الذي يتوقف عليه مآل الدعوى ينتهك الحقوق والحريات المكفولة دستوريا، فهو ليس من النظام العام فلا يحق للقاضي الجزائي إثارته من تلقاء نفسه بل يسمح له القانون ممارسة سلطته التقديرية للتأكد من مدى صحته معتمدا على الشروط الخاصة بهذا النوع من الدفوع .

أقرت المادة 188 من التعديل الدستوري الاخير بموجب القانون رقم 16-01المؤرخ في 6 مارس 2016 على أن لكل متقاضي تحريك آلية الرقابة الدستورية على نص تشريعي من خلال إثارة

ردمد ورقي: 9971 - 2571 المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية ردمد إلكتروني: 2661-7404
السنة: 2022 المجلد: السادس العدد: الثاني ص.ص: 928-949 .



الدفع أمام القاضي الذي ينظر في دعوى هو طرف فيها بأن المادة القانونية الحاسمة في الدعوى تنتهك الحقوق والحريات المقررة في الدستور ويطلب من القاضي اتخاذ الإجراء الذي يتم بموجبه إخطار المجلس الدستوري للفصل في دستورية هذا النص التشريعي، كما نصت المادة 02من القانون العضوي رقم 18-16 المؤرخ في 2 سبتمبر 2018 الذي يحدد شروط و كيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية على أنه: "يمكن ابداء الدفع بعدم الدستورية في كل محاكمة أمام الجهات القضائية أي من ضمنها الجهات القضائية الجزائية."

ان الدفع بعدم دستورية القوانين تعد آلية تضمن سلامة الحكم الذي يقتضي استناده على حكم تشريعي لا يتعارض مع أحكام الدستور والمتعلقة خاصة بالحقوق والحريات والذي يسعى فيها القاضي الجزائي في إطار سلطته التقديرية السهر على التأكد من صحته معتمدا على اقتناعه الشخصي، وبهذا فان ممارسة القاضي الجزائي لسلطته التقديرية تكون في إطار الاحكام التشريعية المعمول بها من حيث شروطه الموضوعية أو الإجرائية، فيستند الى الحكم التشريعي المقرر بمقتضى نصوص قانونية مكتوبة صادرة عن الجهة المختصة تحقيقا لمبدأ الشرعية الجزائية كما أنه يسعى الى تقرير مدى مطابقة الحكم التشريعي لأحكام الدستور فيما يتعلق بالحقوق والحريات الا ان الدفع بعدم الدستورية من مهام المتقاضي وليس من مهام القاضي الجزائي حيث يقتصر دوره في عملية الإحالة للمحكمة العليا أو المجلس الدستوري إذا توافرت الشروط المنصوص عليها، اذن هو ملزم بتطبيق النص التشريعي دون سواه.

ويظهر جليا التزام القاضي الجزائي بتطبيق النص التشريعي في المجالين الدستوري والإداري في نطاق القانون الحاجب، فما يقصد به؟

## المطلب الثاني: نظرية القانون الحاجب

يتضمن الدستور مجموعة من القواعد التي تبين الحقوق والحريات العامة في *الدولة* وكيفية ممارسة السلطة فيها فينص على الفصل والتوازن بين هيئات مختلفة في الدولة من أجل تحقيق سيادة القانون، وباعتباره القانون الأساسي للبلاد تخضع له جميع الجهات ولا يمكن مخالفة أحكام النص التشريعي لأحكامه عملا بمبدأ سمو الدستور، و يتحقق ذلك بمطابقة القواعد القانونية له أي تطابق العمل التشريعي مع أحكام الدستور يعني ضمان الحقوق والحريات المنصوص عليها في المادة 162 من الدستور.

أما مصدر القواعد الجنائية يتمثل في التشريع فهو الوعاء المستمد منه حكم القاعدة الجنائية والقانون الصادر من السلطة التشريعية الخاضع لقاعدة لا جريمة ولا عقوبة بغير قانون، ومن هذا

ردمد ورقي: 9971 - 2571 المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية ردمد إلكتروني: 2661-7404
السنة: 2022 المجلد: السادس العدد: الثاني ص.ص: 928-949 .



المنطلق يتم معالجة مصدر القانون الحاجب (أولا) ثم التطرق الى قرار المجلس الدستوري كمرجعية للقانون الحاجب.

## أولا: مصدر القانون الحاجب

إن للثورة الفرنسية في سنة 1789 الفضل الكبير في تغيير المنظومة القانونية، فبعدما كانت رعايا الملك مصدرا للقانون جعلت الثورة الشعب ذو السيادة مصدرا له. كما أن الاعلان العالمي لحقوق الانسان والمواطن أصبح حاضرا في الدساتير المتتالية مثال: فكرة قاعدة القانون الأسمى، الا أن ادماجه اقترن بدستور الجمهورية الخامسة وإنشاء المجلس الدستوري و المتمثلة مهامه في الرقابة الدستورية على القوانين قبل نشرها والمشترطة بتصويت البرلمان والملهمة بالمبادئ الثورية[25]

يلتزم القاضي بتطبيق النص القانوني الصادر من البرلمان بدون أن يجتهد في البحث عن مدى تعارضه بالمبادئ الأساسية، وهذا تطبيقا لنظرية القانون الحاجب حتى ولو كان مصدره غير مكتوب، وكذلك مبدأ الفصل بين السلطات يؤكد نظرية القانون الحاجب ويعتبر عقبة تواجه القاضي فلا يسمح له تجاوز سلطاته بحجة ان القانون جاء معارضا مع المبادئ الأساسية المنصوص عليها في الدستور فدوره الاساسي تطبيق القانون وليس سن القانون والا يصبح اعتداء على سلطة المشرع، ومن آثاره العكسية استحالة الدفع بعدم دستورية القانون من طرف المتقاضي.[26]

نصت المادة 7 من اعلان حقوق الانسان و المواطن في سنة 1789 على أن المشرع وحده من يقرر عقوبة السجن و مع ذلك فإن القانون العضوي البرلماني خول للحكومة سلطات هي أصلا من اختصاص السلطة التشريعية حسب ما جاء في الدستور و الذي أقر عقوبة السجن التي لا تتجاوز الشهرين حسب المادتين 464 و 465 من قانون العقوبات الفرنسي، و بمجرد دخول قانون العقوبات حيز التنفيذ في 1 مارس 1994 قام بإلغاء المادتين السابقتين الذكر، كما أكد وزير العدل حارس الاختام في 14 ماي 1993 بأن المشرع اخذ بعين الاعتبار نتائج قرار المجلس الدستوري في 28 نوفمبر 1973 مضمونه ان تحديد الجرائم وتقرير العقوبات من اختصاص السلطة التشريعية و خاصة اذا كانت عقوبات سالبة للحرية.

جاءت نفس التعليمة في 24 جويلية 1992 التي تنص على عدم تقرير عقوبات السجن في المخالفات، و بقت فرنسا على هذا المنوال ثلاثون سنة، و بعد عشرون سنة من قرار المجلس الدستوري اصبح القاضي الجزائي مقيدا بالنص القانوني باسم قانون الحجاب و اعتبر تقرير عقوبات السجن في المخالفات الخاصة بالشرطة امرا غير دستوريا و لا يحق للقاضي تشكيل رقابة على القانون محل التطبيق في أي دولة القانون كما لا يحق له الدفع بعدم دستورية النص القانوني[27].

ردمد ورقي: 9971 - 2571 المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية ردمد إلكتروني: 2661-7404
السنة: 2022 المجلد: السادس العدد: الثاني ص.ص: 928-949 .



ربط العديد من فقهاء القانون هذا التطبيق القضائي بأحكام المادة 127 من قانون العقوبات لسنة 1810 الا ان هذا النص تم الغاءه بموجب قانون العقوبات الجديد الذي يوضح ان قانون الحجاب معناه إهمال مبادئ الدستور المتمثلة في حماية الحقوق و الحريات[28]، لان قانون الحجاب يلزم القاضي الجزائي تطبيق النص القانوني الصادر من السلطة التشريعية فهو لا يحتاج الى فلسفة أو إعطاء وجهة نظره في النص وإنما لديه نصا قانونيا يطبقه و يفسره بدون ان يخلق نصا قانونيا يعارض النص الاول.

يعد تطبيق القانون الحجاب كأنه إنكار للمبادئ الدستورية يجد حدوده في حالة مواجهة القانون الفرنسي للاتفاقية الاوروبية لحقوق الانسان و الاجتهاد القضائي لمجلس ستراسبورغ.

ويرى معظم الفقه الفرنسي أفضلية التطبيق المباشر للمبادئ التي تحمي الحريات الفردية من المحاكم الفرنسية المنصوص عليها في دستور الجمهورية الخامسة و إعلان حقوق الانسان و المواطن في سنة 1789 بدلا من تطبيق الاتفاقية الاوروبية لحقوق الانسان.[292]

## ثانيا: قرار المجلس الدستوري الفرنسي كمرجعية

انشأ المجلس الدستوري بموجب الدستور في 4 اكتوبر 1959 و ظهر جديا في 16 جويلية 1971 وبين ان المرجعية تعود الى القانون الصادر من البرلمان بالإضافة للدستور حامي الحقوق والحريات وظهر ذلك في ديباجة الدستور.

ومن هذا التاريخ و المجلس الدستوري يقر على أن المتابعة القضائية لأعضاء السلطة السياسية تخضع للمبادئ الاساسية للجمهورية على الرغم ما قدمه البرلماني"اندري لينلس" في رسالته لمعارضي الاغلبية البرلمانية: "أنتم على خطأ حيث أنتم سياسيا الأقلية "، و من هذا المنطلق يصدر المجلس الدستوري عدة قرارات أين يبين عدم تصادم كل من قانون العقوبات و قانون الاجراءات الجزائية بالمبادئ الأساسية والمعترف بها في الكتلة الدستورية.

ان المادة 34 من الدستور تخول للقانون تحديد المبادئ الاساسية و تخضع جميع أجهزة الدولة للمبادئ الاساسية التي تضمنها مما أدي الى فوضى لدى أغلبية الاحزاب الحاكمة واضطر المجلس الدستوري تخويف أعضاءها و رئيسها قبل قرار 16 جانفي 1982 .

يصدر المجلس الدستوري قرارا في 23 اوت 1985 يؤكد ان الشرعية القانونية لا تجد مصدرها من تصويت البرلمان فحسب و انما من المبادئ الاساسية للجمهورية و حقوق الانسان

ردمد ورقي: 9971 - 2571 المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية ردمد إلكتروني: 2661-7404
السنة: 2022 المجلد: السادس العدد: الثاني ص.ص: 928-949 .



المنصوص عليه في الدستور، وأصدرت المحكمة الادارية " لديجون " حكما في 12 جويلية 1988 مفاده ان القاضي الاداري ملزم بتطبيق القانون مع مراعاة الحقوق الاساسية المنصوص عليها في الدستور فيمنع عليه الرقابة على دستورية القوانين.

لا يمكن للقاضي الجزائي ممارسة الرقابة على دستورية القوانين في الجزائر اذا تعارض النص القانوني بالدستور بل يلزم بتطبيق النص التشريعي لأنه يخضع له ومقيد به، خلافا للدستور الذي لا يمكن تطبيقه بحيث هو مجموعة من المبادئ المتمثلة في حماية الحقوق و الحريات.

ما يمكن ملاحظته هو عدم اختصاص القاضي في الرقابة على دستورية القوانين وانما يعمل على استبعاد النص القانوني الذي يعارض محتوى الاتفاقية الدولية ويطبق هذه الأخيرة بتوافر شروطها، فهذه ثورة قضائية تجعل القاضي الجزائي يمارس الرقابة القضائية في حالة تعارض النص القانوني بالاتفاقية هذا من جهة، ومن جهة أخرى لا يمكنه ذلك اذا تعارض النص القانوني بالدستور، مما يجعلنا نتصور كأن الاتفاقية الدولية تسمو على الدستور، وهذا غير صحيح، حيث يسمو الدستور على الجميع وهو المرجعية، ولا يمكن أن تكون الاتفاقية الدولية أسمى من الدستور فلا يتم التصديق عليها من السلطة التنفيذية الا اذا كانت منسجمة والدستور.

## الخاتمة:

ان القاضي الجزائي مقيد بتطبيق النص القانوني المكتوب الصادر من السلطة التشريعية والذي اصلا مطابق لنص الدستور الجامع لكل المبادئ والحقوق الأساسية وغيرها، مما يجعل القاضي دائما وراء السعي الى تحقيق العدالة عن طريق احترامه لمبدأ الشرعية الجنائية.

الا ان القاضي الجزائي قد تواجهه اشكالات تم التعرض اليها، كتعارض النص القانوني بالاتفاقية الدولية المصادق عليها والتي تم نشرها، ومن جهة أخرى تعارض النص القانوني بالدستور، فعليه إزالة هذا التعارض بإبعاد النص القانوني لفائدة الاتفاقية الدولية، حيث يلجأ القاضي الى احترام مبدأ تدرج القوانين فيطبق الاتفاقية الدولية باعتبارها أسمى من القانون تطبيقا للمادة 150من دستور 2016، وفي هذه الحالة يراقب القاضي الجزائي مدى تعارض النص القانوني بالاتفاقية، وفي حالة الايجاب لا يحتاج الى الدفع من طرف المتقاضي فهو يطبقها تلقائيا في مجالها أي الاتفاقية، أما خارجها يبقى النص القانوني نافدا.

في حالة تعارض النص القانوني بالدستور يبقى القاضي الجزائي مقيدا بمبدأ الشرعية الجنائية، فهو ملزم بتطبيق النص القانوني حتى ولو كان متعارضا مع الدستور فلا يسمح له تطبيق الدستور بحجة أنه أسمى القوانين، فهذا الأخير يعتبر وعاء لمجموعة من المبادئ فلا يحق له تطبيق النص

ردمد ورقي: 9971 - 2571 المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية ردمد إلكتروني: 2661-7404
السنة: 2022 المجلد: السادس العدد: الثاني ص.ص: 928-949 .



الدستوري مباشرة بل بتطبيق النص القانوني المكتوب حيث يخاطبه بالدرجة الأولى وتطبيقا لنظرية القانون الحاجب الذي يحجب ما وراء القانون والذي من آثاره منعه من الدفع عن عدم دستورية القوانين مع إعطاء ذلك الحق للمتقاضي.

وفقا لما نصت عليه المادة 02 من القانون العضوي رقم 18-16 على أنه يمكن إبداء الدفع بعدم الدستورية في كل محاكمة أمام الجهات القضائية أي من ضمنها الجهات القضائية الجزائية، كما أقرت المادة 188 من الدستور لكل متقاضي تحريك آلية الرقابة الدستورية على نص تشريعي من خلال إثارة الدفع أمام القاضي الذي ينظر في دعوى هو طرف فيها بأن المادة القانونية الحاسمة في الدعوى تنتهك الحقوق والحريات المقررة في الدستور ويطلب من القاضي اتخاذ الاجراء الذي يتم بموجبه إخطار المجلس الدستوري للفصل في دستورية هذا النص التشريعي، فما على هذا الأخير بداية الا إخطار المحكمة العليا التي تحيله الى المجلس الدستوري بعد أن يتحقق القاضي من توافر الشروط الشكلية والموضوعية المتعلقة بالدفع بعدم دستورية القوانين، وفي هذه الحالة يبقى القاضي مطالبا بالانتظار الى حين الفصل فيه والرد عليه من الجهة المختصة.

إذا كان القرار إيجابا، يقوم القاضي باستبعاد النص القانوني الى حين صدور نص قانوني جديد بحيث لا يمكنه إلغاء النص الى حين صدور نص قانوني جديد من السلطة التشريعية.

ان حالة تعارض النص القانوني بالاتفاقية الدولية تلزم القاضي الجزائي استبعاد النص القانوني لفترة محددة تدخل في مجال الاتفاقية و يبقى بذلك ساريا خارج مجالها.

أما في حالة تعارض النص القانوني بالدستور، يستبعد كليا الى حين صدور نص قانوني أخر فلا يمكن الحديث عن الإلغاء الا بعد صدور نص جديد والا يعتبر خارقا لمبدأ الشرعية.

يتقيد اذن القاضي الجزائي بالنص القانوني الذي يحتجب النصوص القانونية الأخرى لأن القاضي محمي بقانون الحجاب وعلى هذا الاساس يطبق قانون الحجاب لأنه حاميه مما يجنبه دور الرقابة.

يتعين أن تتوافر مبادئ معينة منها مبدأ الفصل بين السلطات باعتباره يعد شرطا ضروريا لحماية الحريات الفردية عن طريق توزيع الاختصاصات بدون تجمعها في سلطة واحدة على أساس أن هذا التجمع لا بد أن يؤدي الى تعسف هذه السلطة، مما ينتج عنها من تهديدات تمس حقوق وحريات الأفراد، والوسيلة المعتمد عليها لكفالة هذه الحريات هي الفصل بين السلطات على أساس ان السلطة تحد السلطة.

كما عدم دقة النص الجزائي وعدم وضوحه يلزم القاضي أن يقوم مقام المشرع مما يجعل تطبيق النص يتأثر بالميول الشخصية للقاضي فيجرم من الأفعال ما لم يكن محل تجريم أصلا ويبيح ما لم يكن مباحا لسبب غياب النص الواضح المستند عليه، مما يثير الشكوك لدى المتقاضين وينتهك مبدأ الفصل بين السلطات.

يجب ان يسود النظام القانوني مبدأ الوحدة المبني على عدم تعارض نصوصه، وما على الدستور الا تحقيق ذلك عن طريق مساهمته في تحقيق الانسجام وبناء نظاما قانونيا محكما بما يتماشى وواقع المجتمع ومتطلعات أفراده نحو العالم.

## الهوامش:

[1] قانون عضوي رقم 18-16 المؤرخ في02 سبتمبر 2018، يحدد شروط و كيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية المعدل و المتمم، ج. ر، عدد 54 الصادرة في 05 سبتمبر 2018 المعدل و المتمم.

[2] التعديل الدستوري الجزائري لسنة 2016، الصادر بموجب القانون رقم 16-01 المؤرخ في 06مارس2016، ج .ر العدد14، الصادرة في 07مارس2016المعدل و المتمم.

[3] التعديل الدستوري الجزائري 2016، الصادر بموجب القانون رقم 16-01 لمؤرخ في 6 مارس 2016، ج.ر رقم 14 الصادرة في 7 مارس 2016 المعدل و المتمم.

[4] مهدي عبد الرؤوف ، شرح القواعد العامة لقانون العقوبات ، مطبعة الأطلس، القاهرة ، سنة النشر غير مذكورة , ص.94.

[5] قتال حمزة ، تفسير القضاء للقانون الأجنبي تأثرا و تأثيرا، حوليات العدد27، رقم 02، الجزء الأول، 2015 ، ص.1-19

[6] الغرفة المختلطة ,في تاريخ24ماي1975، جاك فابر، نشرة1975، الغرفة المختلطة رقم4 ، ص6.

بموجب المادة55 من دستور4 أكتوبر 1958 تسمو المعاهدات على القوانين الوطنية ، حتى اللاحقة منها.

[7] نظرية أعمال الحكومة ، تعتبر نظرية قضائية من خلق مجلس الدولة الفرنسي حيث كانت النظرية تهدف الى حماية المجلس الدستوري و هو في بدايته يحمي أعمال الحكومة من رقابته ، لانه حاليا أصبح حامي الشرعية و في كثير من قراراته ألزم الدولة حدود القانون .

- Guglièlmi Gilles, Les structures et les regimes,T1, Univèrsito, paris , 2003, P.97.
– Guéttier Christophe, Le contrôle juridictionnel des actes du président de la république, Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger ,TOME114 , N.SPECIAL 5/6, 1998, P P.1719-1747

[8] أمر رقم 66 -156 المؤرخ 8 يونيو سنة 1966، يتضمن قانون العقوبات المعدل و المتمم ج. ر عدد49، الصادرة في 11 جوان1966.

[9] المادة 150 من التعديل الاخير الدستوري رقم 16-01 الموافق ل6 مارس 2016

[10] يختلف حكم الغرفة المدنية عن حكم الغرفة الجزائية .

[11] L'arrét " Nicolo " marque une étape décisive de la jurisprudence du conseil d'état relative a la place respective de la loi et du traite dans l'ordre juridique interne .
- Long Marceau , Weil Prosper, Braibant Guy , les grands arréts de la jurisprudence administrative, Dalloz , Paris , 9eme edi , 1990, p.749.
-Conseil d état , 11 mai 2004 . Association AC .jurisprudence confirmée par l'arrêt du 16 juillet 2007. Société Tropic Travaux Signalisation.

– عبد لي سفيان، ضمانات استقلالية السلطة القضائية بين الجزائر و فرنسا، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2011، ص.80.

[12] Conseil d'état, Assemblé, 18 décembre 1998 , Affaire SARL du parc d'activité de Blotzeim , n 181249 , Lebon

[13] Conseil d'état, SSR, 23fevrier2000 , BAMBA Dieng et Autres , revue générale du droit , n.157922, Paris, 2012-2014

[14] عبد لي سفيان، المرجع السابق ، ص.54.

[15] تنص المادة 149 من الدستور الجزائري المعدل بموجب القانون رقم 16–01 المؤرخ في 6 مارس2016 المتضمن التعديل الدستوري، أن رئيس الجمهورية يصادق على اتفاقات الهدنة ومعاهدات السلم والتحالف والاتحاد، والمعاهدات المتعلقة بحدود الدولة والمعاهدات المتعلقة بقانون الاشخاص والمعاهدات التي تترتب عليها نفقات غير واردة في ميزانية الدولة والاتفاقات الثنائية أو المتعددة الاطراف المتعلقة بمناطق التبادل الحر والشراكة ان توافق عليها كل غرفة من البرلمان صراحة، لان التصديق على أي معاهدة في ظل المواد 91 فقرة9 و 111 و 149 و 150من الدستور تكون مقيدة بالموافقة البرلمانية حسب ما اشارت اليه الحالات المنصوص عليها في المادة 149.

[16] L'article 55 de la constitution du 4 octobre 1958 dispose que: « Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie. ».
عن عبد لي سفيان، ضمانات استقلالية السلطة القضائية بين الجزائر و فرنسا، المرجع السابق، ص.78

[17] عبدلي سفيان، سلطات القاضي الوطني في مادة الرقابة على تطبيق الاتفاقيات الدولية، مجلة الفقه والقانون، العدد الثالث والخمسون، مارس 2017، ص.71.

[18] Guglielmi Gilles , Droit administratif général, Université Panthéon, Assas, Paris, 2008-2009, .p.108.

[19] يصدر قرار المجلس الدستوري قي 20 اوت 1989 والذي يتضمن تبنى المنظومة القانونية الوطنية الاتفاقية الدولية المصادق عليها والتي تم نشرها, وتكتسب سلطة السمو على القوانين وتخول كل مواطن جزائري ان يتذرع بها أمام الجهات القضائية وفقا للمادة 150 من الدستور و نفس الشيء بالنسبة الى ميثاق الامم المتحدة في سنة 1966 المصادق عليه بالقانون رقم 89–08 المؤرخ في 25 ابريل 1989 الذي انضمت الجزائر اليه بمرسوم رئاسي رقم 89–67 المؤرخ في 16 مايو 1989 (القرار رقم 1–ق ق–م د المؤرخ في 18 محرم عام 1410 الموافق 20 غشت 1989 يتعلق بقانون الانتخاب.

[20] قشي الخير، تطبيق القانون الدولي الاتفاقي في الجزائر، مجلة العلوم الانسانية و الاجتماعية، المجلد 02 العدد 04، 1995، ص11–34 .

[21] قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية رقم 288587 بتاريخ 2002/12/11.

[22] قنديل رائد صالح أحمد , الرقابة على دستورية القوانين, ماجستير في القانون الدستوري , القاهرة, 2010, ص.15.

[23] التعديل الدستوري الجزائري لسنة 2016، الصادر بموجب القانون 16-01 المؤرخ في 6 مارس 2016، ج. ر عدد 14الصادرة في 7مارس 2016.

[24] المر عوض، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية، مركز رونيه- جان دو بوي للقانون و التنمية، القاهرة،، ص.20.

[25] Pignarre Pierre-Emmanuel , L'autorité judiciaire et le principe de constitutionnalité , la théorie de la loi-écran , le juge , la loi et le droit, cours de droit net , Paris, 2019 , p.103

[26] سرور احمد فتحي ، القانون الجنائي الدستوري، الطبعة الثانية، دار الشروق، القاهرة، ,2000، ص ص .9-10.

[27] Hasenfratz Olivier , QPC. Question.Prioritaire de constitutionnalité et procédure pénàle , états des lieux et perspectives, thèse de doctorat , Montpellier1 , 6 janvier 2012 , pp. 1-4

[28] Lazèrges Christine , La question prioritaire de constitutionnalité devant le conseil constitutionnel en droit pénàl : entre audace et prudence , Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, Dalloz, Paris , janvier /mars 2011.RSC , n1, pp.193à207.

[29] Lazerges Christine, op .cit , p.201.

**قائمة المصادر والمراجع:**

**أولا: النصوص القانونية**

الدستور الصادر بموجب مرسوم رئاسي رقم 96-438 المؤرخ في 07 ديسمبر 1996، وفق أخر تعديل له صدر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 20-442 المؤرخ في 30 ديسمبر 2020، ج.ر الصادرة في 30-12-2020 رقم 82.

التعديل الدستوري الجزائري لسنة 2016 الصادر بموجب القانون رقم 16-01المؤرخ في 06 مارس 2016\، ج.ر العدد 14 الصادرة في 07 مارس 2016.

القانون العضوي رقم 18-16 المؤرخ في 02 سبتمبر 2018، يحدد شروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية المعدل والمتمم، ج.ر عدد 54 الصادرة في 05سبتمبر 2018.

الأمر رقم 66-156المؤرخ في 08 يونيو1966، المتضمن قانون العقوبات، (اخر تعديلا لامر رقم 21-08 المؤرخ في 08 يونيو 2021،ج.ر الصادرة في، 09-07-2021 رقم 45.).

**ثانيا: الكتب**

المر عوض، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية، مركز رونيه، جان دوبوي للقانون والتنمية، الدون تاريخ النشر، القاهرة.

سرور أحمد فتحي، القانون الجنائي الدستوري، الطبعة الثانية، دار الشروق، القاهرة، 2000.

عبدلي سفيان، ضمانات استقلالية السلطة القضائية بين الجزائر وفرنسا، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2011.

مهدي عبد الرؤوف، شرح القواعد العامة لقانون العقوبات، مطبعة الأطلس، القاهرة، دون ذكر سنة النشر.

**Les ouvrages en français**

Gugliemi Gille, les structures et les regimes, t1, universito, Paris, 2003.

Guglièmi Gilles, droit administratif général, université Panthéon, Assas, Paris, 2003-2009.

Long Marceau, Weil Prosper, Braibant Guy, les grands arréts de la jurisprudence administrative, Dalloz, Paris, 9eme ed, 1990.

**ثالثا: الرسائل والمذكرات**

قنديل رائد صالح أحمد، الرقابة على دستورية القوانين، مذكرة ما جستير في القانون الدستوري، القاهرة، 2010.

**These**

Hasenfratz Olivier, QPC.Question prioritaire de constitutionnalité et procédure pénale, etats des lieux et perspectives, thèse de doctorat, Montpellier, 06 janvier 2012.

**رابعا: المقالات**

عبد لي سفيان، سلطات القاضي الوطني في مادة الرقابة عن تطبيق الاتفاقيات الدولية، مجلة الفقه والقانون، العدد 53، مارس 2017.

قتال حمزة، تفسير القضاء للقانون الأجنبي تأثرا و تأثيرا، حوليات العدد 27 رقم02، الجزء الأول، 2015.

قشي الخير، تطبيق القانون الدولي الاتفاقي في الجزائر، مجلة العلوم الإنسانية والاجتماعية، المجلد 02، العدد 04، 1995.

**Revues :**

Guettier Christophe, le contrôle juridictionnel des actes du président de la république, revue du droit public et de la science politique en france et a l'étranger, t 114 n.special 5/6, 1998.

Lazerges Christine, la question prioritaire de constitutionnalité devant le conseil constitutionel en droit pénal entre audace et prudence, revue de science criminelleet de droit penal comparé, dalloz, paris, janvier/mars 2011RSC.

Pignarre Pierre-Emmanuel,l'autorité judiciaire et le principe de constitutionnalité la théorie de la loi –ecran, le juge, la loi et le droit, cours de droit net, Paris, 2019.