

الانحراف التشريعي والرقابة الدستورية عليه  
Legislative deviation and constitutional control

تاريخ النشر: 2020/01/08	تاريخ القبول: 2019/12/15	تاريخ الارسال: 2019/08/19
-------------------------	--------------------------	---------------------------

أ. صديق سهام

المركز الجامعي بلحاج بوشعيب - عين تموشنت

sihamsadik13@gmail.com

ملخص :

إن الرقابة على دستورية القوانين هي الضمانة الأكثر فاعلية لحماية الدستور من العبث به، وقد تصطدم هذه الرقابة بالسلطة التقديرية للمشرع التي هي الأصل في التشريع، والسلطة المحددة هي الاستثناء.

لذلك تعتبر الرقابة على الانحراف التشريعي من المواضيع الشائكة نظرا للمعوقات التي تجدها جهة الرقابة في الكشف عن التشريع المعيب بالانحراف التشريعي، ويهدف هذا البحث إلى تعزيز عمل جهات الرقابة في حماية الدستور من الخروج عليه سواء كان خروجاً صريحاً أو مستتراً من أجل الوصول إلى الهدف المنشود المتمثل في ضمان احترام الدستور وحماية حقوق وحرريات الأفراد من التعدي عليها.  
الكلمات المفتاحية : الدستور؛ الانحراف التشريعي؛ الرقابة ؛ الحريات .

**Abstract:**

The supervision of the constitutionality of laws is the most effective guarantee for the protection of the Constitution from tampering with it. This control may clash with the discretionary power of the legislator, which is the origin of the legislation. The specific authority is the exception.

Therefore, controlling the legislative deviation is a thorny subject. The purpose of this study is to strengthen the work of the monitoring bodies in protecting the constitution from coming out of it, either explicitly or implicitly, in order to reach the desired goal of ensuring respect for the constitution and protecting the rights and freedoms of individuals from infringing.

**Keywords:** Constitution ; legislative deviation ; censorship; freedoms.

## مقدمة

يعتبر الدستور القانون الأعلى في البلاد فهو أصل الشرعية لكونه يحتوي على المبادئ التي تضمن مقومات المجتمع، وتحدد حقوق وحریات الأفراد. إن مسألة اختصاص السلطة التشريعية بتنظيم حقوق وحریات الأفراد، وتمتعها بالسلطة التقديرية لا يعني بالضرورة إطلاق يد هذه السلطة دون التقيد بضوابط وحدود المنصوص عليها دستوريا، وذلك في سبيل تفادي أن يتخذ هذا التنظيم وسيلة لحظر حقوق وحریات الأفراد. ومن هنا تثير الرقابة الدستورية على الانحراف التشريعي مجموعة من المعوقات التي تثير الإشكالية المتمثلة في ماهية عيب الانحراف التشريعي؟ وكيف يمكن تحديد ضوابط الرقابة الدستورية عليه؟

للإجابة على هذه الإشكالية قد اتبعنا في هذه الدراسة منهجين في البحث القانوني، هما المنهج التحليلي الذي بواسطته تم تحليل النصوص القانونية وأراء الفقهاء، وكذلك المنهج المقارن من خلال تسليط الضوء على موقف بعض الأنظمة القانونية المقارنة من الانحراف التشريعي والرقابة الدستورية عليه.

وقد تم تقسيم ورقة هذا البحث إلى مبحثين: تناولنا بالدراسة مفهوم الانحراف التشريعي ( المبحث الأول)، ومن ثم الرقابة الدستورية على الانحراف التشريعي ( المبحث الثاني).

### المبحث الأول : مفهوم الانحراف التشريعي

لقد نادى بعض الفقه<sup>1</sup> بفكرة الانحراف التشريعي كعيب دستوري يمس التشريع إلى جانب العيوب الدستورية الأخرى، ولتوضيح هذه الفكرة لابد من التطرق إلى تعريفها وخصائصها، بالإضافة إلى أساسها القانوني في المطلبين الآتيين :

#### المطلب الأول : تعريف وخصائص الانحراف التشريعي

إن غالبية الفقه اتجه لتناول مسألة الانحراف التشريعي إلى تبيان مدى إمكانية إثبات نية المشرع في الخروج عن تحقيق المصلحة العامة، دون الأخذ بعين الاعتبار ضرورة تعريفه وتبيان خصائصه، وهو ما سيكون موضوع الدراسة في هذا المطلب في الفرعين الآتيين :

### الفرع الأول : تعريف الانحراف التشريعي

إن تحديد تعريف للانحراف التشريعي يقتضي التطرق إلى معناه لغة ، واصطلاحا، وأخيرا فقها فيما يلي :

#### أولا : لغة

إن كلمة الانحراف مشتقة من الفعل الثلاثي " حرف" <sup>2</sup> ، يقصد به الميل والعدول والريع، وهو تغير الشيء عن موضعه<sup>3</sup>، أي الانحراف عن الشيء هو الميل عنه، ولقد وردت في القرآن الكريم كلمة تحريف في عدة مواضع نذكر منها على سبيل المثال : قوله تعالى : " يحرفون الكلم عن مواضعه" ، وأيضا قوله تعالى : "وقد كان فريق منهم يسمعون كلام الله ثم يحرفونه من بعد ما عقلوه وهم يعلمون". وعليه نستنتج من هذه الآيات الكريمة أن التحريف يقصد به هو التغيير والتبديل وأصله الانحراف عن الشيء والتحريف عنه، وهو إمالة الشيء عن حقه وحمله على تعبير اللفظ أولى من حمله على تغيير المعنى، وقد يحمل على جعل الكلام محتملا من دون تغيير في ألفاظه.

#### ثانيا : اصطلاحا

يعرف الانحراف اصطلاحا على أنه: "انتهاك للتوقعات والمعايير ، والفعل المنحرف ليس أكثر من أنه حالة من التصرفات السيئة"<sup>4</sup>. وكذلك في تعريف آخر هو: " الخروج عن الهدف والغرض المقرر له، أو الإتيان بسلوك إيجابي أو سلبي ينحرف القائم به عن العرف المألوف والمتعارف عليه من عادات وسلوكات"<sup>5</sup>.

#### ثالثا : فقها

لقد حاول فقه القانون العام وضع تعريف للانحراف التشريعي ، فقد عرفه د. يحيى الجمل بأنه : "استعمال الجهة المختصة بالتشريع سلطتها من أجل تحقيق غاية غير مشروعة، سواء باستهداف غاية بعيدة عن المصلحة العامة، أو بابتغاء هدف مغاير للهدف الذي حدده القانون".

بينما عرفه د. عبد الرزاق أحمد السنهوري بأنه : " استعمال السلطة التقديرية، لتحقيق غرض غير معترف له به"<sup>6</sup>.

أما د. عبد المنعم عبد الحميد شرف اعتبر الانحراف التشريعي أن : " تصدر السلطة تشريعا لغير الغرض المقرر له قانونا"<sup>7</sup>.

وأخيرا ذهب د. إبراهيم محمد الشرفاني إلى تعريفه أنه : " عمل قصدي من جانب السلطة التشريعية، أي أنها تسعى بإرادة واعية إلى تحقيق غاية أخرى غير التي من أجلها

منحها الدستور سلطة التشريع، كما أن السلطة التشريعية قد تستر وراء العبارات العامة لإظهار أن التشريع قد صدر ليطبق على الكافة ولكننا إذا بحثنا عن الغاية الحقيقية من وراء إصدارها التشريع نجد أنها كانت تقصد في الواقع أن ينطبق التشريع على فرد أو فئة معينة بالذات أضرارا بهم أو لتحقيق مصلحة لهم، ومن هنا تظهر خطورة الانحراف التشريعي على حقوق الأفراد وحياتهم<sup>8</sup>.

فالجدير بالذكر بأن الانحراف التشريعي يعد أحد أوجه الانحراف الذي يشمل أيضا كل من الانحراف الإداري والانحراف الدستوري، ويعد هذا الأخير أخطر أنواع الانحراف على الحقوق والحريات العامة لعدم وجود وسيلة فعالة لصد هذا الانحراف، ويقصد به: " ذلك الانحراف الذي يقع في الحالات التي تصدر فيها الدساتير أو الإعلانات الدستورية من سلطة تأسيسية لا تعبر عن حقيقة المجتمع و التيارات السياسية فيه، وإنما تعبر عن فئة أو طائفة معينة، أو فكر إيديولوجي أو فكر سياسي أو فكر عسكري لا يعبر عن آمال المجتمع وتطلعاته، ويتم فرض هذه الدساتير أو الإعلانات الدستورية قسرا باستغلال سلطة التشريع التأسيسي الدستوري، التي لا تعبر عن مرجعية الحقيقية السائدة في المجتمع"<sup>9</sup>:

### الفرع الثاني : خصائص الانحراف التشريعي

تتمثل أهم خصائص الانحراف التشريعي فيما يلي :

#### أولا : عيب قصدي

يكون عيب الانحراف التشريعي قصديا إذ تتجه إرادة المشرع لمخالفة الغاية التي كان يجب عليه تحقيقها، المتمثلة في تحقيق الصالح العام، وهذا العنصر يميز هذا العيب عن بقية العيوب الأخرى التي تمس التشريع، فهذا القصد يجب إقامة عليه الدليل- لأنه غير مفترض-، وذلك من خلال وجوب إثبات أن المشرع قد تعمد تحقيق غاية أخرى غير التي كان يجب الوصول إليها<sup>10</sup>.

#### ثانيا : عيب خفي

في حالة سن التشريع يعلن المشرع عن الأسباب التي دفعته لإقراره؛ ويكون ذلك عن طريق المذكرة الإيضاحية للقانون، وتكمن خطورة عيب الانحراف التشريعي في أنه خفي، حيث تحرص السلطة التشريعية على عدم المخالفة الصريحة للدستور، وبالتالي لا يتم الوقوف عليه من ظاهر النص، بل لابد من البحث في باطن النص، وإلا سيترك المجال للمشرع للمساس بالحريات وانتهاكها<sup>11</sup>.

### ثالثا : عيب احتياطي

إن النتيجة المترتبة على اعتبار عيب الانحراف التشريعي عيب خفي هو تمتعه بميزة الاحتياط، فهو عيب احتياطي لا يلجأ إليه القاضي إلا في حالة خلو القانون من بقية العيوب، ويرجع سبب ذلك إلى أمرين هما : يتعلق الأول بأن المخالفة المباشرة للدستور تكون كافية بذاتها لإبطال النص التشريعي المخالف له، وأن البحث عن عيب الانحراف التشريعي هو مجرد زيادة صياغة فنية في الحكم. أما الأمر الثاني يتعلق بجهة الرقابة على دستورية القوانين التي عليها عند ممارسة الرقابة توخي الحذر في إثارة عيب الانحراف التشريعي، لأن الحكم على تشريع ما بالانحراف التشريعي يعني أن السلطة التشريعية غير أمينة على مسؤوليتها بحيادها عن تحقيق المصلحة العامة<sup>12</sup>.

### المطلب الثاني : الأساس القانوني للانحراف التشريعي

إن دراسة الأساس القانوني للانحراف التشريعي تتطلب معرفة في بادئ الأمر أساسه الفلسفي، والمعايير المعتمدة لتحديده وتمييزه عن غيره من عيوب عدم الدستورية، وهو ما سيتم تفصيله على النحو الآتي :

### الفرع الأول : الأساس الفلسفي للانحراف التشريعي

يرجع فقهاء القانون الخاص فكرة الانحراف التشريعي إلى نظرية التعسف في استعمال الحق، التي تقوم على فكرة تجاوز الحق<sup>13</sup>. يعتبر فقهاء القانون العام أن الأصل الفلسفي لنظرية الانحراف التشريعي تعود إلى مجال القانون الإداري من خلال نظرية الانحراف أو الإساءة في استعمال السلطة كأحد العيوب التي تصيب القرار الإداري في ركن هدفه، لينتقل فيما بعد الانحراف في مجال القانون الدستوري، من خلال العيب الذي يصيب الهدف من التشريع، ومرد ذلك يرجع أن السلطة التشريعية لديها سلطة تقديرية في التشريع كقاعدة عامة، أما السلطة المحددة فهي استثناء<sup>14</sup>.

## الفرع الثاني : المعايير المتعلقة بعيب الانحراف التشريعي

تشمل المعيار المتعلقة بعيب الانحراف التشريعي ثلاثة معايير على النحو الآتي :

### أولاً : المعيار الموضوعي

وفقاً لهذا المعيار يتحقق عيب الانحراف التشريعي إذا اتجه هدف البرلمان من إصدار التشريع إلى تحقيق مصالح شخصية ليست لها صلة بالمصلحة العامة، كالأهداف الحزبية، والفئوية، والقومية، وأخيراً الدينية. ويتم التأكد من هذا المعيار من خلال فحص القانون المعيب ومقارنته بالنصوص الدستورية، مما يسهل مسألة إثباته. ولقد انقسم الفقه إلى اتجاهين من مؤيد ومعارض للمعيار الموضوعي المعتمد لتحديد الانحراف التشريعي :

حيث ذهب الاتجاه الأول<sup>15</sup> المؤيد لهذا المعيار إلى اعتباره يكتفي بالإثبات بالطريقة الموضوعية دون الحاجة إلى الكشف عن النوايا المستترة من إصدار التشريع، وذلك من خلال استبعاد الأهداف الشخصية والذاتية من تصرفات المشرع . بينما يذهب الاتجاه الثاني<sup>16</sup> المعارض لهذا المعيار إلى أنه يصعب التسليم به نظراً لارتباطه بعناصر ذاتية يتعين لتوضيحها الكشف عن الأهداف النفسية. كما أنه حتى لو تم افتراض إصدار البرلمان قانوناً بهدف من ورائه تحقيق مصالح شخصية لفئة معينة أو الإضرار بها، فإنه يحرص دائماً على الإضفاء على هذا القانون صبغة المصلحة العامة.

### ثانياً : المعيار الذاتي للانحراف التشريعي

يتجسد هذا المعيار من خلال الاعتماد على نية السلطة التشريعية في الإضرار بفئة معينة أو تحقيق مكاسب مادية لها، ويمكن الوقوف على ذلك من خلال البواعث والغايات المستنتجة من المناقشات والمداولات الجارية في أروقة البرلمان. وقد انقسم الفقه بين مؤيد ومعارض لهذا المعيار مستنديين في ذلك على مجموعة من الحجج والأسانيد على النحو الآتي :

إذ اعتبر الرأي المؤيد<sup>17</sup> لهذا المعيار أن العيب هو ذاتي لأنه ينصب على نية مصدر القانون، وعدم تطابق هذه النية مع المصلحة العامة بمفهومها الواسع. بينما ذهب الرأي المعارض<sup>18</sup> له إلى الإثبات بكل الطرق أن معيار الانحراف موضوعياً وليس ذاتياً، لكون أن النية من البواعث المستترة ولا يمكن الكشف عنها إلا بإتباع فرضيات المعيار الموضوعي القائم على القرائن التي تظهر عيب ركن الهدف من التشريع.

### ثالثاً: المعيار المزدوج لعيب الانحراف التشريعي

ظهر هذا المعيار للتوفيق بين المعيارين السابقين، إذ يرى ضرورة توافر كل من المعيارين الذاتي والموضوعي لتشكيل عيب الانحراف التشريعي فهو ذو طبيعة مزدوجة. ولقد انقسم الفقه أيضاً بين مؤيد ومعارض لهذا المعيار إلى اتجاهين : حيث ذهب الاتجاه الأول<sup>19</sup> - المؤيد لهذا المعيار- إلى أنه من البديهيات نكون بصدد عيب الانحراف التشريعي إذا خالف المشرع الغاية من إصداره لهذا التشريع المتمثلة في تحقيق المصلحة العامة، وكذلك الهدف المرسوم لتشريع معين، ويتم استقراء ذلك من خلال البحث في النوايا التي قصدها المشرع من وراء إصداره لتشريع معين. أما الاتجاه الثاني<sup>20</sup> - المعارض لهذا المعيار- اعتبر أن الرقابة على دستورية القوانين هي رقابة مشروعية وليست ملائمة، وبالتالي لا تتمسك الجهة المخول لها مراقبة دستورية القوانين بالبواعث التي دفعت بالمشرع لإصداره النص التشريعي، بل يدخل ذلك ضمن السلطة التقديرية للمشرع .

### المبحث الثاني : الرقابة الدستورية على الانحراف التشريعي

إن الرقابة على دستورية القوانين لا تقتصر مقابلة حرفية بين كل من نصوص الدستور والقانون، بل تتمثل هذه الرقابة في الكشف عن التعارض الخفي بين النصوص التشريعية والدستور عن طريق إصدار الأحكام المتعلقة بالكشف عن الانحراف التشريعي، وتتجلى هذه الرقابة في مجال حماية حقوق وحريات الأفراد ، وهذا ما سيتم تفصيله في المطالبين الآتيين :

### المطلب الأول : نوعية الأحكام الصادرة في مجال رقابة الانحراف التشريعي

لقد طرحت معالجة الانحراف التشريعي مشكلة وجدالاً فقهياً حاداً ، وذلك بسبب طبيعة العلاقة بين السلطة التشريعية والهيئة التي تمارس الرقابة وحدودها، فما هي الوسائل الفنية لمعالجة الانحراف التشريعي دون أن تتجاوز هيئة الرقابة حدودها؟

للإجابة على هذه الإشكالية عرفت الأنظمة الدستورية المقارنة أربع صور لمعالجة الانحراف التشريعي تتمثل فيما يلي:

## الفرع الأول : الأحكام الكاشفة والإيعازية

تتمثل الأحكام الكاشفة والإيعازية فيما يلي :

### أولا : الأحكام الكاشفة

يقتصر دور القاضي في هذه الحالة على مجرد الكشف على وجود إخلال دستوري بصفة عامة وإخطار السلطة التشريعية به دون أن يكون له الحكم بعدم دستوريته، وقد أخذت هذه الفكرة من نظرية كلسن حول دور القاضي الدستوري، إذ يرى أن هذا الأخير هو مشرع سلمي ليس بإمكانه الحلول محل البرلمان في التشريع ، لذلك عليه أن يلجأ إلى وسائل فنية وتقنية لتقييد سلطته بصفة ذاتية لتجنب الاصطدام بالسلطة التشريعية.

لكن انتقد الفقه هذا الرأي بالنظر إلى أن هذه الطريقة من الرقابة ليست لها إلا " قيمة أدبية ومعنوية " في مواجهة السلطة التشريعية، وإن كان مفهوم الدولة الحديثة يتطلب منها عدم التأخر في معالجة وضع غير دستوري ، فهذه النظرية تأخذ بحسن نية المشرع<sup>21</sup>.

### ثانيا: الأحكام الإيعازية

تعتبر هذه الأحكام أكثر صرامة من الأحكام الكاشفة ، ويعود ذلك لكون المشرع في الكثير من الحالات لا يثبت حسن نيته من خلال القيام بمعالجة وإصلاح ما نهه إليه القاضي الدستوري ، ونظرا لعدم فعالية الأحكام الكاشفة بسبب عدم تمتعها بأثر قانوني فوري، لجأ القاضي الدستوري إلى أسلوب آخر هو الأحكام الإيعازية أو الندائية لمعالجة الانحراف التشريعي أو تصحيح عيب دستوري آخر في حالة وجود النص<sup>22</sup>.



## الفرع الثاني الأحكام الاستثنائية والمكملة

تتجسد الأحكام الاستثنائية والمكملة كالاتي :

### أولاً: الأحكام الاستثنائية

في هذه الحالة يتدخل القاضي الدستوري لمعالجة الانحراف التشريعي دون توجيه نداء أو خطاب أو توصية أو إعطاء مهلة لتصحيح الانحراف ، وذلك عن طريق إصدار حكم يتضمن إلغاء الجزء المتضمن الانحراف دون إلغاء النص بصفة كلية ، وقد أخذت بهذه الطريقة كل من المحكمة الدستورية المصرية والمجلس الدستوري الفرنسي، ومن أمثلة ذلك ما ذهبت إليه المحكمة الدستورية المصرية خلال ممارستها لرقابتها على الانحراف التشريعي حيث أكدت إلى أنه " :إغفال نشر خريطة المحميات التي تبين خريطة كل محمية من شأنه أن تجهل بالركن المادي لجريمة الاعتداء على المحميات ، ذلك لأنه يفقد التجريم خاصة اليقين ويجعله مخالفا للدستور" ، وتبعاً لذلك ألغت المادة الأولى من قرار مجلس الوزراء رقم 450 لسنة 1986 القاضي بإنشاء محميات طبيعية بمنطقة " جب علبه" بالبحر الأحمر بسبب عدم تعيين الحدود التي تبين النطاق المكاني لتلك المحميات، ومنه نستنتج أن المحكمة الدستورية العليا بمصر لم تلغي كل النص ، وإنما ألغت الجزئية المنطوية على الانحراف التشريعي<sup>23</sup>.

### ثانياً: الأحكام المكملة

ففي هذه الحالة يقوم القاضي الدستوري بتفسير النص التشريعي، مع إضافة ما أغفله أو سكت عنه حتى يكون متطابقاً مع الدستور، ويأخذ التفسير الدستوري للنص عامة ثلاثة صور وتتمثل في<sup>24</sup>:

• التفسير الإنشائي أو البناء: حيث يكون الغرض منه ملء الفراغ التشريعي للنص، وهذا تفادياً للقضاء بعدم دستوريته، وبالتالي إلغاؤه. وهذا لا يتحقق فقط بالإضافة ، بل يمكن من خلال اللعب على محتوى النص وألفاظه عن طريق استبدال القواعد التشريعية بقواعد قضائية يجعلها القاضي الدستوري أكثر تعبيراً للمعنى الجديد.

- التفسير المحايد: هو ذلك التفسير الذي لا يتضمن أية إضافة إلى النص التشريعي بل يقتصر دور القاضي الدستوري على مجرد التفسير.
- التفسير التوجيهي: حيث بإمكان القاضي الدستوري تغيير معنى النص دون تغيير معنى الصياغة التي حررها، ويكون الفرض منه إتباع منهج معين أو تبيان التحفظات أو الضوابط التي انتهى إليها القاضي الدستوري من خلال تفسيره للنص محل الرقابة.

### المطلب الثاني : تطبيقات الرقابة على الانحراف التشريعي

#### في مجال الحقوق والحريات العامة

بالرجوع إلى أحكام المادتين 188 و189 من الدستور الجزائري<sup>25</sup>، وكذا القانون العضوي رقم 16-18 المحدد لشروط وكيفية الدفع بعدم الدستورية في حالة وجود انحراف تشريعي يمس الحقوق والحريات العامة<sup>26</sup>، نجد أن هذا الدفع مقيد بمجموعة من الضوابط والإجراءات المتمثلة فيما يلي :

#### الفرع الأول : وجود دعوى قضائية أمام الجهات القضائية

لقد حسم المؤسس الدستوري هذه المسألة من خلال حديثه عن الإخطار بناء على الإحالة من طرف مجلس الدولة أو المحكمة العليا إلى المجلس الدستوري .

كما أن ارتباط الدفع بعدم الدستورية بوجود دعوى قضائية يجعل من قبوله يخضع بشكل مباشر لشروط قبول الدعوى القضائية .

وهو ما أكده القانون العضوي رقم 16-18- المذكور أعلاه- في المادتين 02 و03 منه التي سمحت بهذا الدفع أمام مختلف جهات القضاء العادي والإداري، ومحكمة الجنايات الاستئنافية، باستثناء محكمة الجنايات الابتدائية التي حظر هذا الدفع أمامها بصريح النص، وذلك بموجب المادة 01/03 من القانون العضوي 18-16 المذكور أعلاه بقولها : " لا يمكن إثارة الدفع بعدم الدستورية أمام محكمة الجنايات الابتدائية".

#### الفرع الثاني : أن يكون الدفع من طرف الخصوم

يقصد بذلك أن هذا الدفع يتم إثارته من أطراف الخصومة، ولكن الإشكال المطروح في هذه الحالة هو هل يجوز للجهة القضائية أن تثيره من تلقاء نفسها، وذلك باعتباره متعلقاً بالنظام العام؟

بالرجوع إلى أحكام المادة 188 من الدستور نجد أنها سكتت عن ذكر هذه الجزئية، وبالرجوع إلى القانون الفرنسي - على سبيل المقارنة- نجد أن كل من المؤسس والمشرع

الفرنسيين سكتنا عن تنظيم هذه المسألة، مما دفع بالمجلس الدستوري الفرنسي بالتطرق إلى هذه المسألة معتبرا أن هذا الدفع غير متعلق بالنظام العام<sup>27</sup>.

إلا أن عند صدور القانون العضوي رقم 16-18 لقد حسم المشرع الجزائري هذه النقطة في المادة 04 منه ، التي نصت على أنه : " لا يمكن أن يثار الدفع بعدم الدستورية تلقائيا من طرف القاضي"، وبالتالي يستشف من هذا النص أن الدفع بعدم الدستورية ليس متعلقا بالنظام العام في القانون الجزائري لحصر الدفع به من طرف أطراف الخصومة فقط.

### الفرع الثالث : اقتصار فحص القانون على مدى مساسه بالحريات العامة

مما يستنتج من ذلك أن هذا الدفع لا يجب أن يتعدى إلى طلبات أخرى، إلا إذا كان لها انعكاس على الحريات والحقوق العامة التي يضمنها الدستور.

إن مصطلح "الحريات العامة" يضم كلمتين هما "الحرية" و"العامة". بالنسبة لكلمة " الحرية" لها معان متعددة في اللغة العربية<sup>28</sup>.

فمن الناحية الفقهية، لقد تعددت التعاريف الموضوعية لها بتعدد مداخلها اللغوية، والقانونية، والفلسفية، والسياسية، والاجتماعية<sup>29</sup> على النحو الآتي :

حيث عرفها RIVERO Jean بأنها :

« La liberté est le pouvoir d'autodétermination, c'est –à dire un pouvoir que l'homme exerce sur lui- même... »<sup>30</sup>.

بينما عرفها ROCHE Jean على أنها :

« des droits fondamentaux qui, dans un Etat moderne et libéral, sont indispensables à une véritable Liberté »<sup>31</sup>.

كما عرف عبد الرزاق عبد السميع الحرية بأنها : " هي مجموعة من الحقوق تكفل للفرد القدرة على ممارسة شؤون حياته التي لا يستغني عنها. وهذه الحقوق ليست مطلقة، وإنما تقيدها حرية الآخرين. وعليه وجب إحاطة هذه الحقوق بسياج من التنظيم والحماية القانونية"<sup>32</sup>.

وأیضا تناولها البعض مقررًا أنها : " حرية كل فرد التي لا يحدها سوى حرية الآخرين، فالحرية بمثابة حالة لا يتقيد فيها استعمال الإرادة إلا بالقدر الضروري لكفالة الإرادة الحرة للجميع"<sup>33</sup>. في حين، قد عرفها البعض الآخر على أنها : " قدرة الإنسان أو سلطته في

أن يفعل أو أن يقدم على أن يفعل أي تصرف معين. أو الحق في أن يفعل ما يشاء بما لا يتعارض مع حقوق غيره"<sup>34</sup>.

أما بالنسبة لإلحاق وصف " العامة " بالحرية فقد اختلف أيضا الفقه في تبيان سبب ذلك، ومن هذه الآراء تباعا، ما ذهب إليه رأي من الفقه أن وصف العمومية يلحق بالحرية في الحالة التي " يترتب على الدولة القيام بها، وواجبات الدولة تجاه الحرية قد تكون واجبات سلبية، وقد تكون إيجابية"<sup>35</sup>.

بينما اعتبر رأي فقهي آخر<sup>36</sup> أن إضافة كلمة " عامة " كوصف لاحق على ممارسة الحرية من طرف جميع الأفراد مواطنين أو أجانب، دون التفرقة بينهم على أساس الجنس أو المركز الاجتماعي.

وأیضا، ظهر رأي ثالث معتبر أن وصف " العامة " التي تلحق بالحرية تشير إلى تدخل الدولة، نظرا لأن ممارسة الأفراد بحرياتهم في مواجهة بعضهم البعض أو في مواجهة السلطة يقتضي بالضرورة تدخل الدولة التي تملك سلطة توقيع جزاءات على من ينتهكون هذه الحريات، إذ أن ممارسة الأفراد لحرياتهم العامة دون تدخل من الدولة يؤدي إلى وقوع الفوضى، لذلك إن وصف العمومية المضمي على الحريات راجع لتدخل الدولة في الاعتراف بها وتمهئة الظروف المناسبة لممارستها<sup>37</sup>.

وبمقابل ذلك، هناك من الفقه<sup>38</sup> من يرفض استعمال اصطلاح " الحريات العامة " ، بل يؤيد استعمال بدلا منه مصطلح " الحريات الفردية "، لما يراه حسب وجهة نظره أنه التعبير الأدق عن مفهومها باعتبارها حريات للفرد، لكل فرد من أفراد الشعب، وعلى قدم المساواة. كما اعتبر أن إظهار صفتها الفردية يتناسب مع نشأتها في النظم الديمقراطية منذ القرن 18 م.

فأمام هذه الآراء المختلفة في تبرير إسناد وصف العامة لكلمة الحرية، فالجدير بالتأييد ما ذهب إليه الرأي الثالث الذي يضي وصف العامة على الحرية، كون مضمونها يتقرر وفقا لما تقوم به السلطات العامة من تحديد للمجالات التي يسمح للأفراد بممارسة حرياتهم في إطارها.

أما فيما يخص مسألة الحظر المطلق للحريات العامة، فبالرجوع إلى أحكام المادتين 112<sup>39</sup> و140 من الدستور الجزائري لسنة 1996، نلاحظ أن المؤسس الدستوري الجزائري منح للبرلمان السلطة السيدة في سن القانون، بما فيها ذلك المتعلق بتنظيم الحريات العامة.

وبالتالي، يستخلص مما سبق أنه باعتبار أن المشرع المختص بإصدار التشريع له السلطة التقديرية في مجال تنظيم الحريات العامة، تبدأ بين التشريع والظروف المحيطة بإصداره، ومن ثم اختيار توقيت إصداره، وصولاً لإصدار مثل هذا التشريع<sup>40</sup>.

إلا أنه يمنع عليه الحظر المطلق للحريات العامة، مما يترتب على ذلك أن الحفاظ على النظام العام لا يقتضي أن يتم تقييد الحريات العامة إلى درجة إلغائها، إذ يقع على المشرع التقييد بالحدود والضوابط المنصوص عليها في الدستور، إذ أن التطرق لحرية ما يجب ألا يعصف بها أو يؤثر على بقائها<sup>41</sup>.

وفي هذا الصدد، حاول البعض من الفقه<sup>42</sup> التمييز بين تقييد الحرية وتنظيمها، معتبرين أن التنظيم يتعلق بكيفية استعمال الحرية، أما التقييد يمس جوهر الحرية، لذلك تعتبر الحريات العامة المعترف بها ضمن الدستور، والتي تم إحالة مسألة تنظيمها إلى قانون، يملك بشأنها المشرع سلطة تقديرية في كيفية تنظيمها بشرط أن لا ينحرف عن الهدف الذي كان يصبو إليه الدستور.

بل أكثر من ذلك، ذهب هذا الرأي من الفقه إلى أن الحريات العامة غير قابلة للتقييد، مما يترتب على ذلك أن أي تقييد لها يؤدي إلى بطلان النص التشريعي ليس لكونه مشوباً بعيب الانحراف التشريعي، بل باعتباره مشوباً بعيب مخالفة موضوعية صريحة للقانون.

غير أنه انتقد نظراً لصعوبة التمييز بين تنظيم الحرية وتقييدها، نظراً لعدم وجود معيار حاسم يمكن الاعتماد عليه لتبيان الحدود الفاصلة بينهما، وما يصعب هذا الأمر طريقة صياغة أحكام الدستور المتعلقة بالحريات العامة من خلال عدم تبيان الحدود واجب احترامها عند تنظيمها، فمثلاً لقد جرت العادة أن يكتفي المؤسس الدستوري الجزائري بأن ينص على أن هذا الحق أو الحرية "مضمونة" و"تمارس في إطار القانون"، مما يخول للمشرع الاختيار في تنظيمها بين الترخيص الإداري المسبق أو الإخطار. ومن أجل ذلك، اتجهت معظم الدول إلى تقييد السلطة التشريعية بعدم الحظر المطلق للحريات العامة، لأن اعتدائها على هذه الحريات يكون أشد خطراً من اعتداء الإدارة العامة "نظراً لاستقرار العدوان في صورة تشريعية"<sup>43</sup>.

أما بالنسبة للحظر النسبي أو المؤقت للحريات العامة، فإنه القضاء بصفة عامة يجيزه في حالة ما إذا وجد ما يبرره من مقتضيات الحفاظ على النظام العام، لذلك وجب أن يكون الإجراء الضابط في مواجهة ممارسة الحرية متكافئاً مع مدى خطورة التهديد مع

النظام العام، لأن التقييد المانع بوقت أو مكان معين لا يؤدي حتما إلى مشروعيته، لأن التوسع في الحظر النسبي يعد بمثابة حظر مطلق<sup>44</sup>.

### الفرع الرابع : أن يكون الدفع جديا

وإن كان هذا الشرط لم ينص عليه المؤسس الدستوري الجزائري صراحة، إلا أنه يستشف ذلك ضمنا من خلال اشتراطه الإخطار ببناء على الإحالة من طرف المحكمة العليا أو مجلس الدولة. إلا أن القانون العضوي رقم 16-18 أكد على هذا الشرط في المادة 08 في فقرتها الأخيرة منه ، التي قررت : " أن يتسم الوجه المثار بالجديّة " .

وفي هذا الصدد، إذ يتعين على الجهة القضائية المختصة التي أثير أمامها الدفع أن تثبت جدية المسألة الدستورية الأولية من خلال تبيانها لوجود تعارض بين النص التشريعي والنص الدستوري؛ أي رجحان القضاء بعدم الدستورية على نحو يكون مبررا قانونيا لهذه الجهة القضائية أن تقرر الإحالة إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة حسب نوع النزاع.

وعليه، في حالة ما إذا قررت محكمة الموضوع إحالة النزاع إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة بحسب نوع النزاع، تتولى في هذه الحالة المحكمة العليا أو مجلس الدولة التثبت من وجود دفع جدي وتقوم إما برفض الدفع أو الإخطار ببناء على الإحالة إلى المجلس الدستوري، وذلك في أجل شهرين من استلام الملف طبقا للمادة 13 من القانون العضوي رقم 16-18.

### الخاتمة :

نستخلص من هذه الدراسة ما يلي :

- يعد الانحراف التشريعي من أخطر العيوب التي قد تصيب التشريع، ويرجع ذلك إلى اعتباره عيبا خفيا لا يظهر بمجرد المقارنة بين نصوص الدستور والتشريع.
  - تعتبر السلطة التقديرية للمشرع مجال ظهور عيب الانحراف التشريعي، ولا مجال للحديث عنه في حالات تقييد اختصاص المشرع.
  - كما أنه بإمكان جهة الرقابة على دستورية القوانين استعمال كافة وسائل الإثبات للتأكد من وجوده من عدمه.
- أما فيما الاقتراحات تتمثل في :

- على جهة الرقابة على دستورية القوانين البحث عن الهدف من إصدار التشريع، وهذا البحث يعد طريقاً عادياً للرقابة على دستورية القوانين، لأن الهدف من هذه الأخيرة هو ضمان احترام الدستور وحمايته من الخروج على أحكامه.
- ينبغي منح الأفراد حق الطعن المباشر عن طريق الدعوى الأصلية من أجل ضمان حقوقهم وحررياتهم، مع وضع شروط لرفع هذه الدعوى لتجنب المساوئ التي قد تنتج عن الدعوى الأصلية كما هو الحال بالنسبة للدعوى الإدارية.

### الهوامش :

- <sup>1</sup> على رأسهم الفقيه عبد الرزاق أحمد السنهوري، مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية، مجلة مجلس الدولة، مصر، يناير 1952، ع.03، ص.59، وما بعدها.
- <sup>2</sup> أنظر، إبراهيم مصطفى، المعجم الوسيط، ج.01، دار الدعوة للطباعة والنشر والتوزيع، تركيا، 1989، ص.67.
- <sup>3</sup> أنظر، جبران مسعود، الرائد معجم الفبائي في اللغة، ط.03، دار العلم، لبنان، 2003، ص.159.
- <sup>4</sup> أنظر، محمد الزحيلي، الإسلام والشباب، سوريا، 1414 هـ، ص.162.
- <sup>5</sup> أنظر، عثمان سلمان غيلان العبودي، عدنان فاضل بارة، فرضية عيب الانحراف التشريعي بين الفقه والقضاء، ص.45، www.iasj.net، تم الإطلاع عليه بتاريخ 2019/04/14، على الساعة 20:00.
- <sup>6</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص.65.
- <sup>7</sup> عبد العزيز عبد المنعم شرف، المعالجة القضائية والسياسية للانحراف التشريعي، أطروحة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2001، ص.28.
- <sup>8</sup> إبراهيم محمد الشرفاني، رقابة المحكمة الدستورية على السلطة التقديرية للمشرع، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة صلاح الدين - أربيل، العراق، 2013، ص.232.
- <sup>9</sup> أنظر، رجب محمد السيد أحمد، الانحراف الدستوري وأثره على ممارسة الحقوق والحريات العامة، دار النهضة العربية، مصر، 2016، ص.05-07.
- <sup>10</sup> أنظر، رومان خليل رسول، اختصاص القضاء الدستوري برقابة الانحراف التشريعي - دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، مصر، 2018، ص.26.
- <sup>11</sup> عبد المجيد إبراهيم سليم، السلطة التقديرية للمشرع، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، مصر، 2009، ص.380.
- <sup>12</sup> أنظر، عادل عمر شريف، القضاء الدستوري في مصر، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس - القاهرة، 1988، ص.382-383.
- <sup>13</sup> عثمان سلمان غيلان العبودي، مرجع سابق، ص.64.
- <sup>14</sup> أنظر، ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1996، ص.606.
- <sup>15</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص.68.
- <sup>16</sup> عادل عمر شريف، مرجع سابق، ص.373.
- <sup>17</sup> رومان خليل رسول، مرجع سابق، ص.37.
- <sup>18</sup> عثمان سلمان غيلان العبودي، عدنان فاضل بارة، مرجع سابق، ص.68.
- <sup>19</sup> أنظر، فؤاد العطار، النظم السياسية والقانون الدستوري، ج.01، ط.01، دار النهضة العربية، مصر، 1976، ص.193.
- <sup>20</sup> أنظر، محمد كامل عيد، النظم السياسية، دار النهضة العربية، مصر، 1969، ص.195.

<sup>21</sup>أنظر، عبد الرحمن عزاوي، الرقابة على السلوك السلبي للمشرع: الإغفال التشريعي نموذجاً، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد- تلمسان-، نشر ابن خلدون، الجزائر، 2010، ع10، ص 100.

<sup>22</sup>عبد الرحمن عزاوي، ضوابط توزيع الاختصاص بين السلطتين التشريعية والتنفيذية – دراسة مقارنة-، ج1، دار الغرب للنشر والتوزيع، الجزائر، 2009، ص175-185.

<sup>23</sup>عبد الرحمن عزاوي، الرقابة على السلوك السلبي للمشرع، مرجع سابق، ص103.

<sup>24</sup>عبد العزيز محمد سلمان، رقابة دستورية القوانين، ط.01. دار الفكر العربي، مصر، 1995، ص353.

<sup>25</sup>القانون رقم 01-06، المؤرخ في 06 مارس 2016، المتضمن التعديل الدستوري، الصادر في ج.ر.ج.ع.14، بتاريخ 07 مارس 2016.

<sup>26</sup>المؤرخ في 02 سبتمبر 2018، الصادر في ج.ر.ج.ع.54، بتاريخ 05 سبتمبر 2018.

<sup>27</sup>Considérant que les termes de l'article 23-1 de Loi organique relative à l'application de l'article de 61-1 de la constitution dispose : « Devant les juridictions relevant du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation, le moyen tiré de ce qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution est, à peine d'irrecevabilité, présenté dans un écrit distinct et motivé. Un tel moyen peut être soulevé pour la première fois en cause d'appel. Il peut être relevé d'office ».

Le Conseil Constitutionnel prodame : « considérant, en deuxième lieu, que les termes de l'article 61-1 de la constitution imposaient au législateur organique de réserver aux seul parties à l'instance le droit de soutenir qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit ; que, par conséquent, la dernière phrase du premier alinéa de l' article 23-1, qui fait interdiction à juridiction saisie de soulever d'office une question prioritaire de constitutionnalité, ne méconnaît pas la constitution ». Cf. Décision N. 2009-595 QPC du 13/12/2009, Loi organique relative à l'application de l'article de 61-1 de la constitution [www.conseil-constitutionnel.fr](http://www.conseil-constitutionnel.fr). consulté le 14/02/2018, à 16 h :30.

<sup>28</sup> من بينها :

- الحر ( بالضم) نقيض العبد، وهو ما جاء في قوله تعالى : " يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص في القتلى الحر بالحر والعبد بالعبد والأنثى بالأنثى". الآية رقم (178) من سورة البقرة.

- الحر ( بالفتح و التشديد) تعني الخلوص من الشوائب و اللوم، وهي تعني أن تختار فتحسن الاختيار وليس أن تفعل ما تريد.

للمزيد أنظر، أحمد مختار عمر، المعجم العربي الأساسي، المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم، مصر، 1988، ص305.

<sup>29</sup> أنظر، صاحب مطر خباط، مرجع سابق، ص42.

<sup>30</sup> Cf. RIVERO Jean, Les libertés publiques, P.U.F, France, 1973, p.15.

<sup>31</sup> Cf. ROCHE Jean, Libertés publiques, 08ème éd., Dalloz, France, 1987, p.07.

<sup>32</sup> أنظر، عبد الرزاق عبد السميع، حرية الاجتماع – دراسة مقارنة-، دار النهضة العربية، مصر، 2002، ص09.

<sup>33</sup> أنظر، روسكو باوند، ضمانات الحرية في الدستور الأمريكي، ترجمة لبيب شنب، منشأة المعارف، لبنان، 1973، ص01.

<sup>34</sup> أنظر، باسل باوزير، دور القضاء الدستوري في تطوير مفهوم الحقوق والحريات الأساسية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2008، ص03.



<sup>35</sup> أنظر، سعاد الشرقاوي، نسبة الحريات العامة وانعكاساتها على التنظيم القانوني، دار النهضة العربية، مصر، 1979، ص.05.

<sup>36</sup> من أصحاب هذا الرأي على سبيل المثال :

- Cf. MORANGE Jean, Libertés publiques, 6ème éd., P.U.F, France, 2001, p.06.

- حمدي عطية مصطفى عامر، حماية حقوق الإنسان وحرياته العامة الأساسية في القانون الوضعي والفقہ الإسلامي - دراسة مقارنة-، ط.01، دار الفكر الجامعي، مصر، 2010، ص.40.

<sup>37</sup>Cf. RIVERO Jean, Les libertés publiques, T.01, 05ème éd., P.U.F., France, 1987, p.23.

<sup>38</sup> أنظر، محمد رفعت عبد الوهاب، مبادئ النظم السياسية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2002، ص.204.

<sup>39</sup> والتي نصت على أنه : " يمارس السلطة التشريعية برلمان يتكون من غرفتين، وهما المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة. وله السيادة في إعداد القانون والتصويت عليه".

<sup>40</sup> أنظر، فهد أبو العثم النسور، القضاء الدستوري - بين النظرية والتطبيق-، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2016، ص.210.

<sup>41</sup> فهد أبو العثم النسور، القضاء الدستوري - بين النظرية والتطبيق-، المرجع نفسه، ص.214.

<sup>42</sup> أنظر، محمود عاطف البنا، حدود سلطات الضبط الإداري، دار الفكر العربي، مصر، 1980، ص.56-57.

<sup>43</sup> عادل السعيد محمد أبو الخير، الضبط الإداري وحدوده، مطابع الطويجي، مصر، 1988، ص.332.

<sup>44</sup> عادل السعيد أبو الخير، المرجع نفسه، ص.360.