UNIVERSITÉ SIDI MOHAMED BEN ABDELLAH DE FÈS
FACULTÉ DES SCIENCES JURIDIQUES ÉCONOMIQUES ET SOCIALES

جامعة سيدي محمد بن عبد الله بفاس
كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية

ⵜⴰⵙⴷⴰⵡⵉⵜ ⵙⵉⴷⵉ ⵎⵓⵃⴰⵎⵎⴷ ⵏ ⵄⴰⴱⴷⵍⵍⴰⵀ ⴱⵏ ⴼⴰⵙ
ⵜⴰⵖⵡⵍⵍⵉⵜ ⵏ ⵜⵣⵔⴼⵜ ⵜⵙⵙⵓⵖⵍⵉ, ⵜⵙⴰⵏⵙⵓⵍⵉ ⴷ ⵜⵓⵎⵣⵉⵏⵉ

مركز الدراسات في الدكتوراه: العلوم القانونية والسياسية

مختبر البحث: قانون الأعمال والعدالة البديلة

أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص

في موضـــوع:

التشريع الجنائي بين التنصيص الدستوري وضمانات الحمـايـة

إعداد الطالب:

- رشيد السبتي

تحت إشراف الأستاذ:

- محمد بوزلافة

لجـنة المنـاقـشة

- ذ. محمد بـوزلافـة:	عميد كلية الحقوق بفاس	رئيسا ومشرفا
- ذ. أمين بن عبدالله:	أستاذ التعليم العالي بكلية الحقوق بالرباط أكدال	عضوا
- ذ. محمد أحداف:	أستاذ التعليم العالي بكلبة الحقوق مكناس	عضوا
- ذ ة. سعاد التيـالي:	أستاذة التعليم العالي بكلية الحقوق فاس	عضوا
- ذ. أمـــين أعـــزان:	أستاذ التعليم العالي بكلية الحقوق طنجة	عضوا
- ذ. محمد زهـيـري:	أستاذ مؤهل بكلية الحقوق فاس	عضوا
- ذ. هشـام مـلاطي:	مدير الشؤون الجنائية والعفو	عضوا

السنة الجامعية:

2020/2021

لائحة المختصرات

إع ح أ	الاعلان العالمي لحقوق الانسان
ج ر م	الجريدة الرسمية المغربية
ج ر ع	الجريدة الرسمية عدد
د د ع خ	دبلوم الدراسات العليا المتخصصة
د د ع م	دبلوم الدراسات العليا المعمقة
ع ح م	العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية
ق	قرار
ق ت ق م	قانون التنظيم القضائي المغربي
ق ج م	القانون الجنائي المغربي
ق ح ع	قانون الحريات العامة
ق.إ.ج.م	قانون الإجراءات الجنائية المصري
ق.م.م.م	قانون المسطرة المدنية المغربية
ق.ل.ع.م	قانون الالتزامات والعقود المغربي
ق.غ.م	قرار غير منشور
م.س	مرجع سابق
م.أ	المجلس الأعلى
م.ق.م.ع.م.ج	مجموعة قرار المجلس الأعلى، المادة الجنائية
م.إ.ح.إ	المجلس الاستشاري لحقوق الإنسان
م.ق.ق	مجلة القضاء والقانون
م.ن.م	محكمة النقض المغربية
م.ق.م.أ	مجموعة قرارات المجلس الأعلى
م.ج.د.ن.ت	المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع
م.ع.د.ق	المعهد العالي للدراسات القضائية
م.إ	مجلة الإشعاع
م.ج	ملف جنائي
م.س	المجموع السنوي
ن.س	النسبة المئوية
ص	صفحة
ط	طبعة

ع	عدد
ف	فقرة
هـ	هجرية

Liste des abréviations

A.J	Acte judiciaire
Art	Article
Arr	Arrêt
Ass.plén	Assemblée Plénière de la Cour de cassation
AJD	Actualité Juridique Droit administratif
AFDI	Annuaire Français de Droit international
AJ Pénal	Actualité Juridique Pénal
AIJC	Annuaire international de justice constitutionnelle
Ass.Plén	Arrêt de l'Assemblée Plénière de la Cour de cassation
Bull.crim	Bulletin des arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation
C.P.P.F	Code de Procédure Pénale Français
C.D.F	Collection Droit Fondamental
Crim	Chambre Criminelle
C.N.R.L	Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales
C.P.P	Code de Procédure Pénale
C.P	Code Pénal
C.A	Cour D'appel
C.F	Constitution Française
C.S	Cour Supreme

CIV	Cassation chambre civile
CAA	Cour administrative d'appel
Cass.crim	Arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation
C.E	Arrêt du Conseil d'Etat
CJUE	Arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne
Cons.const	Décision du Conseil constitutionnel
C.E.D.H	Arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme
D.P	Droit Pénal
D.R.D.P	Dalloz répertoire de droit pénal
E.D	Edition
E.D.C.E	Etudes et documents du Conseil d'état
GAZ.Pal	Gazette du Palais
I.C.P.P	Instruction Criminelle et procédure pénale
I.S.O	International Organization for Standardization
I.E.F.S	the International Economics and Finance Society
J.C.P	Juris-classeur périodique
J.C.P G	Juris-classeur périodique (Semaine juridique) édition générale
J.O	Journal officiel de la République Français
J.U.R	Jurisprudence
L.G.D.I	Librairie générale de droit internationale
L.G.D.J	Librairie générale de droit jurisprudence

M.J.D	Maisons de la justice et de droit
N°	Numéro
OBS	Observations
OP.CIT	Ouvrage précité
P.U.F	Presse Universitaire de France
P	Page
P.P	procédure pénale
QPC	Question prioritaire de constitutionnalité
R.E.M.A.L.D	Revue Marocaine d'Administration Locale et de Développement
Recueil	Recueil des décision de Conseil constitutionnel
Rev.ad	Revue administrative
RJS	Revue de jurisprudence sociale
RDP	Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger
RIDC	Revue internationale de droit comparé
RFDA	Revue Français de droit administratif
RFDC	Revue Français de droit constitutionnel
RFDC	Revue Français de droit constitutionnel
RGDIP	Revue générale de droit international public
RSC	Revue de science criminelle et de droit pénal comparé
RTD Civ	Revue trimestrielle de droit civil

RTDH	Revue trimestrielle des droits de l'homme
R.T.D.C	Revue trimestrielle de droit civil
R.I.D.P	Revue internationale de droit Pénale
R.S.C.D.P.C	Revue de science criminelle et de droit pénal comparé
R.D.P	Revue droit public
R.T.D Civ	Revue trimestrielle de droit civil
T.D.C	Traité de droit constitutionnel
TH	Thése
T	Travaux
T.D.C	Traité de droit constitutionnel
Th.A	Thémes Actuels
U.P	Université de paris
V	Volume
W.W.W	World Wid Wed

المقدمة:

تعد العدالة[1] أول فضيلة للمؤسسات الإجتماعية حيث يتجسد هدفها الأول في البنية الأساسية للمجتمع من خلال كيفية توزيع الحقوق والواجبات الجوهرية من قبل المؤسسات الأكثر أهمية والتي تحدد توزيع الإمتيازات المستقاة من التعاون الإجتماعي،[2] وقد انبنى مفهوم العدالة من خلال ما قيل منذ زمن بعيد على مبدأين متكاملين الأول المتمثل في إعطاء كل ذي حق حقه والمبدأ الثاني المتجسد في النهي عن الإضرار بالغير.

وتشير الفلسفة الديمقراطية المعاصرة إلى أن المجتمعات الحديثة عندما تعزز من فكرة العدالة الإجتماعية حينها يشعر الفرد بإحترام أداميته ومعاملته بكرامة، و يشعر بالعدالة بمفهومها الشامل، وأنه لإدراك وتنفيذ معايير حقوق الإنسان في أي مجتمع فإنه من الضروري أن يكون لدى هذا المجتمع رؤية

---

[1] - العدالة إحساس أخلاقي موجود في الضمير الإجتماعي وظيفته الملاءمة بين القاعدة القانونية وعلاقة معينة، ابتغاء تنظيم هذه العلاقة، كما هي شعور أخلاقي يستلهمه القاضي أثناء محاولة تخفيف حكم قاعدة قانونية أثناء تطبيقها على حالة معينة يأذن له القانون في ذلك بنص استثنائي صريح، كما تعني عدم الإنحياز في محاكمة أي إنسان لأي أمر، وهي رؤية للمحيط الذي يعيش فيه كل فرد شرط أن ينظم هذه الرؤية قانون وضعي يشارك في صياغتها الكل بعيدا عن التحكم.

والعدالة عكس الظلم والجوز والتطرف، أهدافها: الإنصاف والمساواة والتوازن وعدم التعدي وحماية المصالح الفردية والعامة، وإذا كانت العدالة هي الحكم بالحق فهي ثابتة في حال القياس على الحقوق الطبيعية ومتحولة في حال القياس على الحقوق المكتسبة (الموضوعية من الإنسان) والعدالة أشكال :

1- العدالة المساواتية : تساوي البشر عن طريق التخلي عن التمييز بين المجموعات البشرية القائم على الجنس أو والعرق أو العقيدة أوما شابه وهذا يصح القول : كل البشر تولد حرة ومتساوية في حقوقها الطبيعية: مثلا كرامتها.

2-العدالة السياسية: حق العمل السياسي والوطني والعالم.

3-العدالة القضائية: وضع القوانين المتوازنة، وتناسب العقوبة مع الجريمة، والحق في المحاكمة العادلة والعلنية، وكذلك عدالة المبادلة كتهذيب دفع تعويضات الأضرار وتسويتها عمليا، والابتعاد عن العين بالعين والسن بالسن، ليتحول الضرر (حسب الإمكانية) إلى قيمة معقولة وممكنة.

4-العدالة الإجتماعية: التوزيع العادل للثروات و إمكانية العمل، وفرص سد الحاجات المعيشية والطبية والغذائية وما شابه وعدالة الحماية الإجتماعية كحماية المعاقين والأقليات وتحقيق القدرة على العيش والتعايش مع المختلفين عن الأكثرية.

انظر في تفصيل مصطلح العدالة :

John Rawls : « Theorie de la justice » Paris ed seuil 1970, p : 34.

- ذ محمد شعيبي المذكوري، "مدخل الى فلسفة القانون"، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، الطبعة الأولى **1413-1992** ، ص: **65** وما بعدها.

[2] - **Philippe Jestaz : "Le droit "dalloz 6 edition ;2010, p : 1 et 5.**

وسياسة واضحة تقوم بوصف الإرادة السياسية ومبادئ تطبيقها وصفا دقيقا، و وجود إطار قانوني مناسب يضمن تنفيذ تلك الإرادة طبقا لمبدأ سيادة القانون.[1]

وانطلاقا من كون أن القانون يشكل إحدى المؤسسات الجوهرية في حياة الإنسان الإجتماعية[2] فهو يقوم بدور فعال ومحوري في تطوير المجتمعات فكريا وعلميا ويساعد على تحضر المجتمع الإنساني وعلى إنماء الحضارة ،[3] ذلك أن نمو هاته الأخيرة مرتبط على الدوام بالتطور التدريجي لنظام من القواعد الشرعية ولجهاز يجعل تنفيذها فعالا ومنتظما، كما أن من أهم أهدافه –القانون- حماية أفراد المجتمع، فدوره الأساس يقوم على توزيع الحقوق والواجبات بطريقة عادلة، وحماية المصلحة العامة للمواطنين، انطلاقا من الارتباط الوثيق وعلاقة تأثير وتأثر بين القانون والمجتمع.

وفي إطار التفاعل بين المجتمع والقانون، نجد أن هذا الأخير بحاجة إلى أن يرتبط بقيم يؤمن بها المجتمع الذي تطبق عليه، والتي تختلف من مكان إلى آخر ومن زمان إلى آخر، ومن ثم كان لازما أن يكون القانون رديفا ومؤسسا للعدالة.[4]

وإذا كان مفهوم العدالة يستقى من مجموع الإعتقادات الثقافية والدينية للمجتمع، فإن القانون في نهاية المطاف ليس شيء آخر سوى القواعد المثالية التي يكونها المجتمع عن المبادئ السامية للعدالة

---

[1] -محمد الغمري - حماية حقوق الإنسان في الإطار الدستوري- المعهد الدنماركي لحقوق الإنسان، صنعاء 2013، ص: 7.

[2] - يقول الفقيه جورج فيدال : من الممكن أن لا أعلم جيدا ما هو دور القانون في المجتمع، لكن أعلم جيدا ماذا يعني مجتمع بدون قانون:

-George Vedel «L 'ordre public a la fin du 20e siècle avec la cordination de thierry revert » ,Dalloz Paris 1996, p. 105.

[3] - المجالس القضائية أفضل الممارسات الدولية، المركز العربي لتطوير حكم القانون والنزاهة، ص-1، سنة 2004 مقالة منشورة على الموقع الإلكتروني www.arabuleoflaw.org تاريخ زيارة الموقع 18 –11-2020.

[4]- إن تحقيق العدالة لا يرتبط فقط بالجهاز القضائي بل يرتبط أساسا بالتشريع نفسه الذي ينبغي أن يكون عادلا فالعدالة هدف وغاية ينبغي تحقيقها من خلال تشريع عادل وقضاء عادل، فالعلاقة بين القضاء والتشريع والعدالة وطيدة ومتلازمة وكل مفهوم يعضد الأخر ويتكامل معه في المعاني والدلالات والوظائف والأبعاد، ولئن أحالت العدالة منذ القدم على المنظومة الفلسفية والقيمية للمجتمعات فإن التشريع والقضاء يرمزان إلى التنظيم والضبط والحكم على التصرفات والأفعال الفردية والجماعية التي من شأنها احترام العدالة وضمان تحققها في الو اقع أو الإخلال بها وإعاقة إشاعتها في جسم المجتمع ومؤسسات الدولة لذلك تبدو الصلة تلازمية وطردية بين المفاهيم الثلاثة أعلاه.

فالتشريع باعتباره وسيلة لضبط النظام في الدولة يساهم في توفير شروط تحقق العدالة وسريان مفعولها والقضاء بحسبه أداة لتنزيل التشريع وفرض احترام تطبيقه ييسر للناس الشعور بالاطمئنان على حقوقهم وحرياتهم أي يولد لديهم الثقة في وجود عدالة في حياتهم السياسية والمدنية بيد أن التلازم بين التشريع والقضاء والعدالة لا يمنع من الإقرار منهجيا بوجود فصل إجر ائي بين المفاهيم الثلاثة يخول القضاء منزلة التوسط بين القانون والعدالة ويكسبه بالضرورة دورا مفصليا في إدراك العدالة من عدمها وتستمد المكانة التوسطية للقضاء أهميتها البالغة من الوظائف التي تروم تحقيقها في النظم السياسية المعاصرة بحيث يهدف القضاء إلى حماية الشرعية أي فرض احترام سلطان القانون وسريان أحكامه على الجميع كما يصون استقلال القاضي ونزاهته وتجرده ويحقق العدالة ويساهم في إذكاء روح السلم الإجتماعي.

للمزيد من الإطلاع انظر: أحمد الامين، عدالة القرب بالمغرب محاولة في وضع المقومات وتقييم الحصيلة، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص كلية العلوم القانونية والاقتصادية والإجتماعية، السنة الجامعية 2012-2013، ص. 2".

والمساواة [1]، وفي هذا الاتجاه عمل الفيلسوف "هوبز **HOBBES** " على نشر الفكرة القائلة **"إن المعيار الوحيد للعدل هو القانون ذاته بحيث أن أية قاعدة يضعها القانون يجب كأمر واقع أن تكون عادلة في ذاتها إذ أن أحد العناصر الرئيسة في القانون هو توفير أساس صلب للمجتمع"**.[2] لذلك نجد أن مفهوم العدل أوسع من مفهوم القانون، وأننا عندما نبحث عن العدل بصفة عامة فإننا نسقط في القانون وقبله في وضع القاعدة القانونية أي أننا سنكون أمام فكرة العدل[3] عند تشريع القانون. [4]

ومن هذا المنطلق كان لازما أن يكون القانون[5] متغير بطبعه، حيث أنه إذا كانت فكرة القانون فكرة محافظة جدا، فإنه في ظل مجتمع متقدم سريع التطور كالمجتمع الديمقراطي، فإن إعادة الصياغة لفكرة القانون تظل مختلفة عن الحركات القائمة التي تظهر في المجتمع نفسه، وأن التساؤلات حول مدى وجود تباعد بين القيم القانونية وحقيقة تطبيقها في الواقع نلمسه من خلال ما يمكن تسميته بقواعد النحو القانونية، تلك القواعد التي تعمل على رصد أنماط التداخل والتفاعل بين **"الحداثة، القانون، أعراف الدولة، المجتمع المدني"**، [6] على اعتبار أن طبيعة الحياة تقتضي أن يتطور القوانين بشكل مستمر مع تطور

---

[1]- رجاء ناجي المكاوي، "علم القانون ماهيته، مصادره، فلسفته و تطبيقه"، جامعة محمد الخامس أكدال دار ابي رقراق للطباعة والنشر **2013** سنة ، ص. **341**.

[2]- دينيس لويد- فكرة القانون-، تعريب المحامي ذ سليم الصويص، سلسلة عالم المعرفة العدد**47** كتب ثقافية شهرية يصدرها المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب الكويت نونبر **1981**، ص. **122**.

[3] -**" La finalité que la loi cherche à appliquer en tout temps et tout lieux est la justice. C'est la seule finalité qui donne à la loi sa valeur et sa légitimité; car le but de la justice est d instituer entre les hommes l égalité véritable et anonyme qui ne tient compte ni de la situation sociale ni de la personnalité des individus". Voir: ADIL ELAABD : « Les droits de la défense pénale au Maroc à la lumière du droit français » Thèse pour le doctorat en droit français université de Perpignan via domicia faculté de droit comparé des états francophones, Académie de Montepelier; institut français de droit comparé et de droit musulman ; soutenue le 6 juillet 2010, p. 8.**

[4] **Alejandro Castaño-" El concepto de justicia y su fundamento. Un análisis de los consensos en J. Rawls desde la perspectiva del nuevo derecho natural en Carlos Massini" Civilizar 13, enero-junio de 2013, p: 63.**

[5]- صدرت في بداية السبعينات للباحثين بول باسكون ونجيب بودربالة مقالة شهيرة عن" القانون والواقع في المجتمع المركب "وقد اعتبرا أن للقانون وظيفة اجتماعية وليس موضوعا خالصا ولكنه ليس أيضا نتاجا خالصا للتطور الإجتماعي بحسب المجتمعات لكونه يلعب أدوارا مختلفة، ففي الديمقراطية الغربية مثلا فان القانون متأخر عن المجتمع وبلداننا القانون متقدم على المجتمع وكفاحنا ينصب على تطبيق القانون أكثر مما ينصب على تحويله .

للمزيد من الاطلاع:

V.N Bouderbala et P. Pascon « le droit et le fait dans la societe composite : Essai d'introduction au système juridique Marocaine « B.E.S.M N :117 -1970 pp :2-17.

انظر كذلك محمد معتصم "ملاحظات بشأن فعلية القانون الدستوري المغربي وحمولته القانونية " مقال منشور بمجلة أشغال ندوة القانون والممارسة بالمغرب، ص. **18**، السنة **1994**.

وتجدر الاشارة في هذا الصدد بان المشرع الجيد هو الذي يحسن قراءة أفكار المجتمع ويبلورها على مستوى النص التشريعي

[6] - تمهيد مجلة أشغال ندوة القانون والممارسة بالمغرب، مرجع سابق سنة **1994**، ص. **8**.

المجتمع حتى تواكب ما يستجد من إشكالات، فالقانون يوجد في كل نشاط من الأنشطة التي نمارسها في حياتنا، طالما أن القانون باعتباره مرآة للمجتمع و انعكاسا مباشرا لاحتياجاته و تطلعاته و متطلباته.

فإذا كان القانون في معناه البسيط للأفراد "**هو مجموعة القواعد الصادرة عن سلطة مختصة ملزمة للجماعة، يترتب عن مخالفتها توقيع الجزاء**"[1] أي أن القانون يرتبط ارتباطا وثيقا بفكرة وجود قوة ذات سيادة في كل دولة بحيث تكون لهذه القوة سلطة سن القوانين وإلغائها وفق إرادتها[2]، فإن مبدأ سيادة القانون يعد من أهم المبادئ الناظمة للدولة، والذي يقصد به" **أن يكون القانون المُشَرع من قبل السلطة التشريعية المختصة والناظم لعلاقات ما هو الواجب التطبيق عليها، حيث تعتبر أحكام القانون المرجع الأول والأخير للبت في أي خلاف أو موضوع منظم في القانون أو معالج فيه** " و هو مبدأ واجب الاحترام من السلطتين التنفيذية والقضائية، ومن قبل الأفراد أيضا.

فعندما يتدخل المشرع لممارسة اختصاصه التشريعي، فالمفترض فيه أن يهدف إلى تحقيق غاية محددة من وراء تدخله ويكون تحقيق تلك الغاية أو الهدف هي المحصلة النهائية، وبغير ذلك يصبح التنظيم التشريعي دائرا في الفراغ[3]، فلا يتصور وجود قانون دون أن تكون له غاية محددة، [4] لذلك يجب على المشرع أن يستعمل سلطته التشريعية لتحقيق المصلحة العامة فلا يتوخى غيرها ولا ينحرف عنها، وإلا كان التشريع باطلا ومعيبا بعيب الانحراف بالسلطة.

ومن أجل ضمان حماية الحقوق من الإنحراف التشريعي أقرت جميع الدساتير الحق في سلوك مسطرة التقاضي،[5] حيث يعد هذا الحق من المبادئ الدستورية الهامة،[6] والذي يجب أن يكون **محل احترام جميع السلطات القائمة في الدولة**. والذي يسند إلى السلطة القضائية توفير الضمانات القانونية

---

[1] - إدريس العلوي العبدلاوي، "أصول القانون"، الجزء الأول، دار القلم، بيروت، سنة **1981**، ص. **29**.

[2]- هناك عدة عوامل تتداخل في صياغة النص القانوني منها ما هو وطني ومنها ماهو دولي فهذا العامل الأخير قد ترك بصمة واضحة على نطاق وسمات القوانين الوضعية الوطنية وعلى المعارف المستقرة، فالسيادة التشريعية لم تعد مطلقة والقانون الوطني لم يعد معزولا عن المناخات والمؤثرات الدولية،

انظر:محمد بوزلافة، قانون الجنسية ومقاربة مقارنة النوع الإجتماعي مقالة منشورة بمجلة القانون والاقتصاد جامعة سيدي محمد بن عبد الله كلية كلية العلوم القانونية والاقتصادية والإجتماعية فاس، ابريل سنة **2011** لعدد **25**، ص. **51** .

[3]- عبد المجيد ابراهيم سليم، "السلطة التقديرية للمشرع دراسة مقارنة"، دار الجامعة الجديدة سنة **2010**، ص. **687**.

[4] -**Dominique rousseau, « droit du contentieux constitutionnel », 2 édition L.R.D.J paris, ,1992 p. 124**.

[5]- حق الكافة في اللجوء إلى القضاء أكدته المحكمة الدستورية في مصر من خلال حكمها الذي جاء فيه : "أن ضمانات الدستور لحق التقاضي مؤداه ألا يعزل الناس جميعهم أو فريقا منهم أو أحدهم عن النفاذ إلى جهة قضائية تكفل "بتشكيلها وقواعد تنظيمها ومضمون القواعد الموضوعية والإجرائية المعمول بها أمامها حدا أدنى من الحقوق التي لا يجوز إنكارها عمن يلجون أبوابها ضمانا لمحاكمتهم إنصافا كذلك فان لحق التقاضي غاية نهائية يتوخاها وتمثلها الترضية القضائية التي يناضل المتقاضون من اجل الحصول عليها لجبر الأضرار التي أصابتهم من جراء العدوان على حقوق يطلبونها فإذا أرهقها المشرع بقيود تعسر الحصول عليها أوتحول دونها كان ذلك إخلالا بالحماية التي كفلها الدستور لهذا الحق و إنكارا لحقائق العدل في جوهر ملامحها" حكم المحكمة الدستورية جلسة **6** يونيو **1998** في القضية رقم **145** لسنة **19** دستورية الجزء الثامن، ص. **1423**.

[6]- نص الفصل **118** من دستور **2011** على أنه " حق التقاضي مضمون لكل شخص للدفاع عن حقوقه و عن مصالحه التي يحميها القانون "

والقضائية لحماية حقوق الأفراد واستقرار معاملاتهم، ولتحقيق هذا المبتغى يتعين على مختلف مكوناتها أن تتفاعل في نسق رفيع مع تطور القيم المجتمعية وتعقد علاقاته المتشابكة والمتغيرة.[1]

وأن العناصر التي يتكون منها حق التقاضي،[2] لا تكتمل ما لم يوفر المشرع للخصومة القضائية في نهاية مطافها حلا منصفا يمثل "**الترضية القضائية Judicial relief**" توافق الدستور والقانون التي يبتغيها من يطلبها لمواجهة الإخلال بالحقوق التي يدعيها،[3] وهو ما أكده الخطاب الملكي ل20 غشت 2009 الذي جاء فيه " **و إننا نعتبر القضاء عمادا لما نحرص عليه من مساواة المواطنين أمام القانون، وملاذا للإنصاف الموطد للاستقرار الإجتماعي، بل إن قوة شرعية الدولة نفسها، وحرمة مؤسساتها من قوة العدل، الذي هو أساس الملك ". انتهى النطق الملكي .**

وإيمانا بالقيمة المتميزة للدستور، فإنه من العادي والضروري التسليم بكون المبادئ والقيم التي يحميها هذا الأخير، لها امتداد جذري بعيد يسبقها تفاعل في ضمير الأمة والشعوب على حد سواء، فتكون بذلك أحد المصادر المشعة التي ينهل منها الدستور في تسطير ثقافة حقوق الإنسان،[4] ذلك أن الدستور عندما يتولى وضع المبادئ التي تقوم عليها الشرعية الدستورية[5] باعتبارها مبادئ ملزمة للدولة، يظهر مدى

---

[1]- عبد اللطيف هداية الله، "القضاء المستعجل في القانون المغربي"، مطبعة النجاح الجديدة الطبعة الأولى، سنة **1998**، ص. **9**.

[2] - جاء في قرار لمحكمة النقض المغربية عدد **384** الصادر بتاريخ **05-03-2015** المنشور بمجلة محكمة النقض عدد **80** " أن حماية المتقاضين و قواعد حسن سير العدالة مضمونة دستوريا، ولما كان حق التقاضي من المبادئ الأساسية التي لايجوز المساس بها، فإن المحكمة عندما اعتبرت أنه لا يمكن حرمان مواطن من طرق باب القضاء لمراقبة مشروعية أي قرار إداري، ورتب على ذلك قابلية قرار مجلس الوصاية للطعن بالإلغاء طبقا لقانون المحاكم الإدارية التي نسخ الفصل **12** من ظهير **19-04-1919**، يكون قرارها مرتكزا على أساس قانوني سليم ".

[3] - عبد العزيز سالمان، "الحق في التقاضي وطرق تحريك الدعوى الدستورية"، مقال منشور على الموقع الإلكتروني **www.adelamer.com**، تاريخ الاطلاع **13-02-2017**

[4]- بولمكاحل احمد، الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام ، جامعة الإخوة منتوري _ قسنطينة _كلية الحقوق السنة الجامعية **2014-2015**، ص. **45**.

[5]- إن مصطلحي الشرعية والمشروعية متو افقان من حيث الأصل اللغوي وهو الشرع أو الشريعة أي العادة أو السنة أو المنهاج حسبما ورد في قوله تعالى في سورة المائدة آية **48** ﴿ **لكل جعلنا منكم شرعة ومنهاجا** ﴾ والشريعة هي الطريقة المثلى التي يجب أن ينتظم على أساسها السلوك الإنساني، وفي ذلك يقول تعالى في سورة الجاثية آية **18** ﴿ **ثم جعلناك على شريعة من الأمر فأتبعها** ﴾ إلا أن اللفظتين تختلفان من حيث المفهوم اللغوي (فالشرعية) مشتقة من الشرع بصيغة الفعلية ومعناها مو افقة الشرع، و (المشروعية) مشتقة من الشرع بصيغة المفعولية وتفيد محاولة مو افقة الشرع، فالصورة الفعلية تصور الشيء من وجهة نظر الحقيقة، والصورة المفعولة تصوره من وجهة نظر فاعله، هذا من جانب، ومن جانب آخر فان الترجمة الفرنسية لمصطلح **le Principe de Legalite** تدل على مفهوم مبدأ المشروعية باعتباره فكرة قانونية توحي للأذهان بضرورة إتباع أحكام القانون أيا كان مصدره وبذلك تختلف عن الترجمة لمصطلح **Legitimite** الذي يعني الشرعية وهي فكرة مثالية ذات مدلول سياسي تحمل في طياتها معنى العدالة. هذا ما دام الفقه القانوني يحاول التمييز بين المصطلحين من زاوية الأصل اللغوي أو الترجمة الفرنسية، فالمصطلحين يختلفان من ناحية الاستخدام الوظيفي لكل منهما، فالشرعية تنصرف إلى طريقة إسناد السلطة في الدولة إلى الحكام وعمّا إذا كانت طريقة ديمقراطية أم لا، فوصف الشرعية يلازم السلطة في الدولة في حين يعبر مصطلح المشروعية عن معنى آخر وهو ضرورة مو افقة تصرفات الإدارة لأحكام القانون، وعلى هذا الأساس يؤسس المعنيون بدراسة القضاء الإداري لمبدأ المشروعية، بوصفه المنطلق القانوني لنشاط الإدارة، وهذا هو المعنى الضيق لمبدأ المشروعية، أما المعنى الواسع وهو خضوع الحكام والمحكومين لسيطرة أحكام القانون. أما مضمون المشروعية يعني أن التدرج بين القواعد القانونية والذي يؤدي إلى خضوع كل قاعدة للقاعدة الأعلى منها في سلم التدرج، يعني إن كل قاعدة من القواعد القانونية يجب أن تقام من حيث الشكل والمضمون حسبما قررته القاعدة الأعلى مرتبة في سلم التدرج، ونشوء القاعدة القانونية على النحو المذكور تسمى بالمشروعية، إن نشوء

التزام هاته الأخيرة بحماية حرية الأفراد، كما أن هذا الأثر ينعكس عندما يكون المشرع بصدد صياغة النص القانوني بصفة عامة .

و أن الضمانات الدستورية للحقوق والحريات ينبغي إلتزامها في صياغة القوانين، مع الأخذ بعين الاعتبار أن الحقوق والحريات أصبحت ذات بعد كوني لارتباطها بالإنسان كإنسان بغض النظر عن انتماءاته الدينية والقومية، فضلا عن بعدها الوطني.

وقد نتج عن تطور دور الدولة، تحويلها لدولة خدمات État providence ، وإنشاءها لهذه الغاية لمؤسسات تؤدي دورا أساسياً ما بين الدولة والمواطن حماية لهذا الأخير [1] و الذي تشكل المحكمة الدستورية أو كما يصفها البعض mini- parlement[2] محصلة لهذا الدور الجديد.

لكن أهم تساؤل يطرح يتجلى، كيف تكون العدالة[3] الدستورية في خدمة المواطن في إطار تحولات القانون و المجتمع؟.

و انطلاقا من كون أن القانون الجنائي يتسم بالأولوية هدفه الأساسي حماية المصالح و الحقوق الأساسية للفرد و المجتمع [4]، الأمر الذي يتطلب التوفر على قانون جنائي فعال قوي و منطقي محترم لحقوق

القاعدة القانونية الأدنى مرتبة وفق ما رسمته القاعدة القانونية الأعلى، يعني إن هذه القاعدة الدنيا صحيحة، بمعنى إن القاعدة الدنيا تجد صحتها وقانونيتها في القاعدة القانونية الأعلى مرتبة في سلم التدرج القانوني.

للمزيد من الاطلاع انظر:

علي خطار شطاوي، موسوعة القضاء الإداري، الجزء الأول، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان سنة **2004** ص **25**، وسمير خيري توفيق، "مبدأ سيادة القانون"، دار الحرية للطباعة، بغداد سنة **1978**، ص **103**، وأيضا عدنان عاجل عبيد، "أثر استقلال القضاء عن الحكومة في دولة القانون"، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة النهرين، سنة **2007**، ص. **13- 14**.

[1]- **« De cette vision découle la bonne gouvernance ou l'État de droit, l'État soumis au droit, au sein duquel les citoyens sont protégés de l'arbitraire ». voir : Jean Gicquel" Droit constitutionnel et institutions politiques" 34 éd.,** L.G.D.J**, annee 2020 p. 3.**

[2]- **« à ceux – et ils sont nombreux – qui préféreraient une désignation non point mixte mais opérée par le seul Parlement , il serait aisé de répondre qu'il ne s'agit pas, en composant une juridiction constitutionnelle de recomposer – en plus petit – à l'identique le Parlement national en fonction. Sauf à vouloir opter non plus pour une cour. Mais pour un organe politique. On ajoutera qu'il serait en outre curieux de faires désigner les contrôleurs par les contrôlés, Car après tous ces cours jugent la loi … Les justiciables ordinaires choisissent-ils leurs juges » voir :Jacques Robert , la garde de la République : le Conseil constitutionnel raconté par l'un de ses membres edition plon ;2000 p23 et 24 :**

[3] - أكد الملك محمد السادس مناسبة افتتاح لأشغال المجلس الأعلى للقضاء بتاريخ **15** دجنبر **1999**،على هذا التوجه : "إن العدالة كما لا يخفى هي الضامن الأكبر للأمن والاستقرار والتلاحم الذي به تكون المواطنة الحقة، وهي في نفس الوقت مؤثر فاعل في تخليق المجتمع وإشاعة الطمأنينة بين أفراده و إتاحة فرص التطور الاقتصادي والنمو الإجتماعي وفتح الباب لحياة ديمقراطية صحيحة تمكن من تحقيق ما نصبو إليه من آمال". انتهى النطق الملكي

[4] - **Francisco Muñoz Conde – proteccion de los derechos fundamentales en el codigo penal español de 1995 ; universidad sevilla Año2011, Nº. 22,_ p 4.**

الإنسان، فبدون قانون جنائي باعتباره المادة المخيفة redoutable أو الأكثر خيفة لقوة الدولة يمكن أن نعيش حالة من الفوضى، فالحياة الجماعية تلزم التشريعات الحد من الرغبات الغير محدودة للطبيعة البشرية.

وأن العدالة[1] الجنائية تعد جوهر القانون الجنائي و مرآة التحضر البشري و الرقي الإنساني، و المعيار الذي يدل على مدى احترام حقوق الإنسان، و هي أيضا قوام حياته و أساس وجوده في بنيان المجتمع السليم، [2] حيث يعد القانون الجنائي من أهم القوانين التي تتطور حسب تقدم المجتمع و تطور الحياة الإنسانية، اعتبارا لما يتضمنه من قوة ردعية و زجرية، و انطلاقا من الوسائل التي تمتلكها الدولة، لمعالجة أي اختلال في النظام المجتمعي خصوصا عندما يتعلق الأمر بتقييد حرية الفرد و تقنينها كلما تعارضت مع مصلحة المجتمع و قيمه العليا، حيث لا بد من تطويع الفرد و أنانيته و جعلها قابلة للاندماج وفق مقتضيات المصلحة العامة و الحريات الخاصة، لذلك نجد أن القانون الجنائي ملزم بالإنفتاح على القانون الدستوري و أن الحديث عن حماية الحقوق الأساسية في القانون الجنائي بمثابة الحديث عن القانون الجنائي بكامله.

و أن القانون الدستوري أو الحق في الدستور عندما يضمن الحقوق و الحريات فإنه بذلك يلتقي مع القانون الجنائي عند صياغة قواعد التجريم و العقاب الأمر الذي يتطلب معه أن يكون القانون الجنائي مطابقا للدستور rendre constitutionnelle أو قد أضفي عليه طابع الدستورية، ذلك أن في الدستور يجد القانون الجنائي حدوده و ليس العكس.

و إذا كان القانون الجنائي لابد أن ينفتح بشكل تدريجي على القانون الدستوري، فدسترة القانون الجنائي يمكن أن تشكل نقطة البداية و ليس النهاية لنتساءل حول:

- هل يظل القانون الجنائي حبيس توجهات القانون الدستوري؟
- ما هي الإمكانيات و الأليات التي من خلالها يمكن الإعتماد عليها من أجل دستر القانون الجنائي؟
- هل نتحدث عن دسترة الإدماج أم دسترة التطابق ، من خلال عمليات الإدماج ،التقريب و التطابق ؟

[1] - أصبحت قضية إصلاح العدالة اليوم من أهم المواضيع التي تشغل الضمير الإنساني في إطار اهتمامه بدعم حقوق الإنسان و حرياته، وذلك ضمانا لتحقيق المحاكمة العادلة التي تعتبر شرطا من شروط التمتع بالحريات الاساسية، وضمانة من ضمانات بناء دولة القانون و المؤسسات، حيث ضرورة احترام الحريات الفردية و الجماعية، وفق ما جاء في كافة المواثيق الدولية و العهود و الاتفاقيات الدولية و الاقليمية، و أغلب الدساتير و التشريعات الوطنية التي تحرص على النص على الحقوق و الضمانات التي تكفل ممارستها و التمتع بها.

للمزيد من الاطلاع انظر :محمد بوزلافة" العدالة الجنائية في تصورات ميزان الإصلاح " مداخلة في الندوة الدولية حول موضوع ميثاق إصلاح منظومة العدالة – التصورات و الرهانات **13-14** دجنبر سنة **2013** فاس.

[2] - ياسر حسن كلزي، حقوق الإنسان في مواجهة سلطات الضبط الجنائي، دراسة مقارنة، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، الطبعة الاولى ،سنة **2007**، ص. **3**.

هذا وتعد حماية الحقوق[1] والحريات [2]وضمان التمتع بها، والنهوض ضد كل الإنتهاكات والخروقات الماسة بها، وعدم الإفلات من العقوبات في الجرائم المتعلقة بها من أهم الأهداف الاستراتيجية التي يروم إلى تحقيقها المجتمع الدولي، ولهذا السبب فقد صدرت العديد من الإعلانات والاتفاقيات الدولية التي سطرت العديد من الحقوق والحريات ونصت على ضمانات ممارستها وعلى كيفية الرقابة على مدى احترامها.[3]

لذلك تبرز السلطة التشريعية الممثلة في البرلمان باعتبارها صاحبة الإختصاص الأصيل الى جانب السلطة التنفيذية في وضع سياسة التجريم من خلال إصدارها للقوانين الجنائية التي تحكم سلوك الأفراد في شتى مناحي الحياة الإجتماعية والاقتصادية، وأن عملية وضع القواعد الجنائية هي بداية السياسة الجنائية في شقها القاعدي المتمثل في سياسة التجريم والعقاب والتي يكون لها دائما مرجعا تشريعيا مرتبطا أساسا بالسلطة التشريعية عملا بمبدأ الشرعية الجنائية. حيث نجد أن السياسة الجنائية باعتبارها ممارسة سياسية في تدبير الشأن العام الجنائي تنطلق من شعار "دولة الحق والقانون" تؤدي إلى بلورة الحالات الواقعية للأمن الإجتماعي والأمن القضائي في المجتمع كأهداف حقيقية للسياسة الجنائية.

---

[1]- الحق لغة نقيض الباطل وهو الثابت الذي لا يسوغ إنكاره واصطلاحا اختصاص يقرر به المشرع سلطة أوتكليفا، أنظر ابن منظور لسان العرب التوقيف مهمات التعريف، ص. **276**.

[2]- ثمة من الفقهاء من يرى أن مفردة الحرية في مدلولها العلمي الصحيح و مفهومها الفلسفي المستند إلى المنطق و الو اقع تعني حرية التصرف و الاختيار فهي و الحق سواء، و المعروف أن معظم علماء الاجتماع ربطوا الحرية بالحق و جعلوها الحد الفاصل بين مرتبة الإنسان و مرتبة الحيوان، فحيث لا حرية لا حق، و حيث لا حق و لا حرية، وفي نفس الإطار عرفها الأخرون – الحرية – بكونها، عدم لخضوع لسلطة أعلى بمعنى أن الإنسان يختار سلوكه دون إكراه.

بيد أن الفقه ديجي ميز بين الحقوق السلبية و الحقوق الإيجابية إذ تظهر الأولى في صورة قيود على سلطة الدولة، في حين تتضمن الثانية، الخدمات الإيجابية، تقدمها الدولة إلى الأفراد على خلاف ما ذهب إليه الفقيه موريس هوريو، الذي لم يتناول إلى مفهوم الحريات، حيث صنف الحريات فقط إلى ثلاثة أصناف رئيسية: يتجلى الصنف الأول في الحريات المدنية و كمثال على ذلك (حرية الأسرة، الحرية الشخصية، حرية التملك...) و الصنف الثاني يتمثل في الحريات المعنوية و كمثال على ذلك (حرية التعليم، حرية العبادة، حرية الاجتماع...)، و يتجسد الصنف الثالث في الحريات الإجتماعية على سبيل المثال يمكن ذكر حرية إنشاء المؤسسات الاقتصادية، حرية التأسيس الجمعيات....أما تعريف الحق على مستوى بعض المؤسسات ذات الاهتمام الخاص فتتمثل في كونه القدرة على الشيء أو سلطة في التصرف أو مصلحة يمنحها القانون لشخص معين في مجال محدد، و الحق الإنساني طبيعي أو مكتسب متأصل بغض النظر عن جنسيتهم أو مكان إقامتهم أو نوع جنسهم أو أصلهم أو عرقهم أو لونهم أو دينهم أو لغتهم أو أي وضع آخر.للمزيد من الإطلاع : سميرو القاضي، سعيد رحو -الحقوق و الحريات: من المفهوم إلى الدسترة – الحقوق و الحريات الاساسية بالمغرب قراءات متقطعة، مؤلف جماعي الطبعة الاولى، مطبعة شمس برنت سنة **2020**، ص. **19** و **20** .

3- تمكن أهمية القضاء في تحقيق أمن المواطن وحماية حقوقه فهو صاحب الدور الأساسي في حماية المجتمع وضمان أمنه وسكينته وهو ضامن الممارسة المسؤولة للحقوق ولحريات وحامي الممتلكات والمؤتمن على التوازن بين حق المجتمع في الحماية والأمن وحق الفرد في المحاكمة العادلة والقضاء هو قاطرة النماء والازدهار الاقتصادي لأن تشجيع الاستثمار وتأمين سلامة المعاملات يقتضي وجود منظومة تشريعية تلبي الحاجيات وتواكب المستجدات كما تقتضي قضاء فعالا تنظم فيه كل الضمانات بموارد بشرية مؤهلة ومتخصصة تتوفر لديها كل أسباب التكوين واستكماله وقد اتسعت رقعة مجال تدخل القضاء وتعاظمت انتظارات المواطنين منه وحظي باهتمام وتتبع المجتمع الدولي لأنه لم يعد حبيس حدود جغرافية فالأحكام أصبح لها بعد دولي بما يوفره الاتفاقيات الدولية من إمكانية تنفيذها خارج حدود الوطن فضلا عما تمكنه المحكمة الدولية من حق تتبع وتقييم العمل القضائي وهو بهذه الصفة أصبح ملزما بالتقيد بالمتو افق عليه دوليا من مبادئ احترام حقوق الدفاع وضمان المحاكمة العادلة، (كلمة وزير العدل المغربي السابق السيد عبد الواحد الراضي ألقاها بالجلسة الافتتاحية للمؤتمر الثالث عشر للمجموعة الإفريقية للقضاة، المنضوية تحت لواء الاتحاد العالمي للقضاة الذي انعقد بالدار البيضاء يوم **28** مارس **2008**).

ولقد قام المغرب بأجرأة المبادئ العامة التي أقرها دستوره المكرس لإلتزامه بحقوق الإنسان كما هي متعارف عليها عالميا، حيث أقدم على مبادرات هامة لتطوير موقفه من المواثيق الدولية الخاصة بحقوق الإنسان عن طريق الانضمام الى مواثيق أو اتفاقيات جديدة أو رفع تحفظات سابقة أصبحت متجاوزة تبعا للتقدم الحقوقي الكبير الذي عرفه التشريع الوطني.

كما تم وضع البنية المؤسسية اللازمة لتفعيل تلك التشريعات وتمكين المواطنين من ممارسة حقوقهم، وأن أهم الإصلاح هو الذي يمس المجال الدستوري وذلك بحكم انعكاسه على مجمل المؤسسات ومنتجي القيم والمقررين،[1] وتأسيسا على ذلك، وفي إطار توازي الأسلحة بين السلطة التشريعيةو كذا السلطة التنفيذية -عند ممارسة هاته الاخيرة للدور التشريعي _ وبين حقوق وحريات الأفراد شكل **موضوع الرقابة الدستورية على القوانين** من بين أهم الآليات الملاءمة التي تمكن من معالجة كل خلل قد يمس الحقوق التي تم إقرارها دستوريا أو يحول دون ممارستها[2] ، باعتبار أن الدستور يعد نتاج لعملية معقدة تعكس القيم والطموح والهموم والتحديات الوطنية والتطور التاريخي للدولة.

و تتبنى الغالبية العظمى من الأنظمة الدستورية والقضائية المقارنة نهجا دستوريا قائما على تمكين جهة بعينها في النظام الدستوري للقيام بالرقابة على مدى دستورية القوانين من ناحية اتفاقها مع المبادئ و الأحكام التي وردت في الوثائق الدستورية ومنها تلك المبادئ المتصلة بحقوق الإنسان و الحريات العامة ،[3] و هذا ما أكدته الرسالة الملكية للمشاركين في المؤتمر السادس لجمعية المحاكم و المجالس الدستورية التي تتقاسم اللغة الفرنسية، و التي جاء فيها (..... **و بالنظر لكافة المضامين المتقدمة للدستور الجديد للمملكة، الذي أضحت ديباجته جزءا لا يتجزأ منه، و بارتقاء المجلس الدستوري إلى محكمة دستورية ذات اختصاصات واسعة، فإننا نتوخى توطيد دعائم المدرسة الدستورية المغربية، الحافلة بعطاء الفقهاء الدستوريين المغاربة، عن طريق انبثاق اجتهاد قضائي دستوري خلاق و طموح، غايته المثلى، تكريس سمو الدستور و التقيد بأحكامه، نصا وروحا**)[4] **انتهى النطق الملكي**

أولا / التحديد المفاهيمي:

[1] - تمهيد مجلة القانون والممارسة بالمغرب، مرجع سابق، ص. 8.

[2] - منشورات المجلس الوطني لحقوق الإنسان في افق اعمال البرتوكول الاختياري الملحق باتفاقية مناهضة التعذيب مطبعة المعارف الجديدة الدار البيضاء سنة 2013، ص. 19 و20.

[3] -أحمد الأشقر- الاجتهادات القضائية العربية في تطبيق الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان – دراسة وصفية - معهد راؤول والينريغ حقوق الإنسان والقانون الإنساني سنة 2016، ص. 32.

[4] - الرسالة السامية التي وجهها الملك محمد السادس إلى المشاركين في المؤتمر السادس لجمعية المحاكم و المجالس الدستورية التي تتقاسم اللغة الفرنسية المنظم من قبل المجلس الدستوري المغربي، مراكش 2012 منشورة في "انبعاث أمة " الجزء السابع و الخمسون، القسم الثاني سنة 2012، ص. 4.

قبل الخوض في تفاصيل الرقابة على دستورية القوانين في علاقتها بقواعد صياغة النص القانوني ومدى احترامه للضمانات الدستورية المتعلقة بالحقوق والحريات، لابد لنا ان نؤكد أن أساسيات البحث تقتضي تحديد المصطلحات التي سوف نحتكم إليها فيه وأهمها:

واقع الأمر إن **فكرة حقوق الإنسان** تعبر عن فلسفة القانون الطبيعي، بخلاف فكرة الحقوق والحريات، فإنها وإن اعتمدت في إيديولوجيتها إلى حد كبير على هذه الفلسفة، إلا أنها في إطار النظام القانوني تحتل طابعا قانونيا وضعيا، ويترتب على هذا التميز أن تفسير الحقوق والحريات يتحدد فيه ضد القواعد القانونية التي تحددها وتحميها، بخلاف تفسير حقوق الإنسان، فإنه يتسع لينصرف إلى إيديولوجيتها القائمة على مجموعة من المعتقدات والقيم الأخلاقية.

وفي ضوء تحديد العلاقة بين الدولة كسلطة وبين الفرد، تتحدد قائمة الحريات والحقوق، وفي هذا الصدد يثور البحث في الحقوق والحريات التي تنتمي إلى مجموعة حقوق الإنسان والتي أطلقت عليها الدولة حماية دستورية، ولا شك في أن هذا الإختيار يعبر عن درجة الثقافة القانونية في الدولة والقيم التي تعتنقها في ضوء نظامها السياسي والتي تعبر عن الإرادة السياسية في الوثيقة الدستورية.

وينص **الدستور** على حقوق وحريات الأفراد في خطوط رئيسية عريضة، ومنه تأخذ كافة القوانين الأخرى مستلهمةً مبادئه وأحكامه، والتي لا يجوز لأي قانون أن يخالفها، كما يعمل (الدستور) على الضبط القانوني لعلاقات الفاعلين السياسين و المؤسسات الدستورية، و تأطير الإنتاج القانوني في إحترام مبدأ تراتبية القوانين، و لا يعمل بمفرده و لا بمعزل عن سلوكات الفاعلين، و يؤرخ للديمقراطية المستمرة التي تسمح بالمشاركة في تشكيل الإدارة العامة.[1]

و يحدد الدستور المبادئ التي ينبغي التقيد بها في التشريع وإدارة الشأن العام، وهي مبادئ نابعة من حضارة وثقافة قانونية معينة، وانتماء وتقاليد، وفي الوقت نفسه من رؤية مستقبلية مرتكزة على معطيات الواقع المجتمعية. فهي مبادئ متجذرة في الماضي ولكنها منفتحة على المستقبل عبر الحاضر، كما أن القواعد الدستورية هي نتاج تراث إنساني وتجارب تاريخية في ادارة الحكم، غير أنها ليست منغلقة على ذاتها ومتقوقعة في الماضي، لذلك تنطوي صياغتها على درجة عالية من التجريد والتعميم وقلة الدقة والوضوح هذا ما حمل البعض على القول بأن القانون الدستوري ينطوي على غموض بنيوي[2].

[1] - محمد أتركين : الدستور و الدستورانية – من دساتير فصل السلط إلى دساتير صك الحقوق الطبعة الاولى، مطبعة النجاح الجديدة سنة 2007، ص. 28.

[2] - Yann Aguila, « Cinq questions sur l'interprétation constitutionnelle », in RFDC, n°21, 1995, pp. 14-17.

ثم إن الشرعية الدستورية ترتبط ارتباطا وثيقا بكل من الديمقراطية وسيادة القانون، حيث أن الأفراد في الدولة القانونية يتمتعون بالحقوق والحريات بناء على إرادة المشرع الدستوري لا بناء على أفكار القانون الطبيعي وحده، إلا أن أنصار مذهب القانون الطبيعي يعتبرون بأن هناك نوع من الحقوق لا يحتاج إقرارها إلى إدارة المشرع، هذه الحقوق لصيقة بالإنسان بحكم طبيعته الإنسانية، إذ يمكن التعرف عليها بالعقل، ولا يجوز لأي سلطة وضعية أن تخالفها وإلا كان القانون غير شرعي (illigitime).

فقواعد القانون العام الدستوري تعد أسمى القواعد القانونية في الدولة وأساس البناء القانوني لها إذ تصدر جميع القواعد القانونية في الدولة على ضوئها ونطاقها وذلك استنادا على مبدأ المشروعية والتي تسمى بالعلاقة الدستورية، أي العلاقة بين القاعدة التشريعية والقاعدة الدستورية، وهي تكون على نوعين، هما إما علاقة التطابق التي تفترض أن القاعدة التشريعية ليست إلا مجرد صورة للقاعدة الدستورية وإما علاقة عدم التعارض بمعنى عدم التعارض بين القاعدة التشريعية والقاعدة الدستورية التي تمنح المشرع حيزا من الحرية في طريقة التعبير عن النصوص التشريعية ووضعها [1].

و أن **التشريع الجنائي** باعتباره استراتيجية ممنهجة لمواجهة سلبيات الواقع الإجتماعي، يعمل على تفكيك لكل التعقيدات التي يشكو منها المجتمع من دون اختزال أو مبالغة و ذلك عن طريق الملاءمة الكاملة و الشاملة مع مبادئ و قواعد حقوق الإنسان، حتى نكون أمام قانون جنائي متشبع بقيم حقوق الإنسان والقواعد الدستورية التي تكفل ذلك.

فالقاعدة الجنائية باعتبارها الخلية الأولى للتشريع الجنائي و المصدر الموضوعي للنص الجنائي ، يفرض من خلالها المشرع إرادته على أعضاء الجماعة و يحدد فيها السلوك التي يعتبرها جرائم ،كما يوضح الجزاءات القانونية التي يرتبها على مخالفة هذه الإرادة [2]، ترتبط أساسا بالمحدد الدستوري المباشر و الغير المباشر للحقوق و الحريات التي ينبغي للمشرع احترامها عند التأسيس لنص قانوني

و أن **الرقابةالدستورية** مرتبطة بوجود هيئة سياسية أوقضائية مهمتها النظر في مدى دستورية القوانين و بفحص التصرف القانوني الذي تتخذه السلطة العامة للتأكد من موافقته للقواعد السامية داخل الدولة بحيث يتم انتزاع القوة القانونية من هذا التصرف عند مخالفته لمضمون وروح الدستور

[1] -محمد الأعرج، الحريات و الحقوق الأساسية في تطبيقات القضاء الإداري المغربي – سلسلة مؤلفات و أعمال جامعية، المجلة المغربية للإدارة المحلية و التنمية عدد **117**، **2018**، ص. **12**.

[2] - يسر أنور علي " القاعدة الجنائية ، دراسة في الأصول العامة للقانون الجنائي " دار النهضة العربية القاهرة مصر سنة **1969**، ص. **73**.

وأحكامه باعتباره القانون الأسمى،[1] كما أن الرقابة الدستورية على القوانين هي آلية فعالة لضمان حماية حقوق الأفراد وحرياتهم من أي تجاوز قد يصدر عن السلطات العامة .[2]

وفي نفس السياق فإن الهدف الأساسي للرقابة على دستورية القوانين، على اختلاف النظم القانونية التي تقررها يتمثل في تحقيق مفهوم الدولة القانونية بإخضاع السلطات العامة في الدولة –خاصة السلطة التشريعية – للرقابة على تصرفاتها للتأكد من إلتزامها بحدود الدستور وعدم انتهاكها للحقوق والحريات التي يكفلها للأفراد،[3] فلا يمكن الحديث عن الديمقراطية المواطنة مالم تتوفر الضمانات القانونية لحماية الحقوق الفردية و الجماعية للمواطن، لذلك يصبح هؤلاء الأفراد من أكثر المستفيدين من تقرير مبدأ الرقابة على دستورية القوانين.[4]

ثانيا / التطور التاريخي:

يتمتع الأفراد في الدولة القانونية بالحقوق والحريات، والمشرع يسبغ الحماية الدستورية والقانونية الكاملة عليها، ومن هذه الحقوق ما هو طبيعي لا يحتاج إلى تشريع كاشف لها وإنما إلى تشريع مقرر لينظمها ويقرر ضماناتها، ومنها ما هو وضعي مقرر بالتشريعات الدستورية وغيرها من التشريعات الجنائية المكملة للدستور في حمايتها. [5]

ولقد تنوعت أوجه الحمايةالتشريعية لحقوق الإنسان ففي الاطار الدولي والاقليمي ظهرت في مجموعة من الوثائق مثل العهد الأعظم سنة 1215 وإعلان حقوق الإنسان سنة 1776 للولايات المتحدة الأمريكية وإعلان الثورة الفرنسية لحقوق الإنسان والمواطن سنة 1789، إضافة إلى ما تضمنه ميثاق الأمم المتحدة وفي إطارها ما يضمنه الإعلان العالمي لحقوق الإنسان سنة 1948 والعهدين الدوليين الخاص بالحقوق المدنية والسياسية والإقتصادية والإجتماعية والثقافية سنة 1966. ثم على المستوى الإقليمي وفقا لما أقرته الإتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان وحرته الأساسية سنة 1950 وميثاق منظمة الدول الأمريكية سنة 1948 والإتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان سنة 1969 وبيان حقوق الإنسان في الإسلام الصادر عن المجلس الإسلامي العالمي سنة 1981 والميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب

[1] - يوسف اليحياوي، "مراقبة دستورية القوانين العادية، المحكمة الدستورية بالمغرب نحورؤية استشرافية"، سلسلة المعارف القانونية والقضائية، منشورات مجلة الحقوق، دار النشر المعرفة، **2014**، ص. **41**.

[2]- مصطفى بنشريف- التشريع ونظم الرقابة على دستورية القوانين-، سلسلة الوعي القانوني، العدد **1**، ص. **79**.

[3]- شعبان احمد رمضان، "ضوابط و آثار الرقابة على دستورية القوانين، دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية سنة **2000**، ص. **511**.

[4] - فايز جاد اللمساوي : المحكمة الدستورية العليا، توزيع عمان للكتب القانونية، شركة ناس للطباعة، الطبعة الأولى سنة **2002**، ص. **70**.

[5]- احمد فتحي سرور، "الحماية الدستورية للحقوق والحريات"، دار الشروق القاهرة سنة **1999** ، ص. **9**.

سنة 1981 وميثاق جامعة الدول العربية من خلال السعي إلى إشاعة احترام حقوق الإنسان وتجسيدها فعليا في الدساتير والقوانين الداخلية.

ولعل تنوع وتضارب المصالح الاقتصادية والسياسية وما أفرزه من تفاعلات اجتماعية طارئة وتعقيدات على مستوى السلوك والقيم البارزة ساهم بشكل كبير في تجاوز الآليات القانونية التقليدية، الأمر الذي دفع بمختلف التشريعات إلى سن قواعد ملاءمة تستجيب لمطلب الحماية الطارئة،واعتماد آليات جديدة لتحديث المنظومة القضائية، بما يجعلها مواكبة وقادرة على حماية حق التقاضي.[1]

ونظرا لما يكتسيه موضوع حماية الحقوق والحريات بالمغرب أهمية بالغة بالنظر لآثارها على المستوى الاقتصادي، الإجتماعي، الأمني، والثقافي ويفرض علينا جميعا كل من موقعه ضرورة الانخراط في هذا الورش الإنساني بضمير مسؤول وفكر متجدد من أجل وضع استراتيجية كفيلة بضمان العدل والإنصاف[2] فقد انطلق المغرب منذ استقلاله في العمل على بناء دولة القانون والديمقراطية هذه الميزة التي تبلورت منذ الدستور الأول (وكذلك الدساتير اللاحقة) حيث تم الالتزام بالمواثيق الدولية وإقرار مجموعة من الحقوق ليتوج بدستور 1992 الذي تم التأكيد فيه على التزام المغرب بحقوق الإنسان كما هي متعارف عليها عالميا وخصص لها بابا خاصا، وتواصل النهج ذاته مع دستور 1996 الذي نص على تشبث المملكة بجميع المبادئ والحقوق والحريات التي تقتضي بها مواثيق المنظمات الدولية التي هي عضوا فيها، ليعزز هذا المنظور أكثر في الدستور الجديد 2011، حيث يمكننا الحديث عن طفرة حقوقية هامة في الجانب المتعلق بالحقوق والحريات، فقد تضمن الأجيال الثلاثة لحقوق الإنسان، وحصرت بين هذا الدستور مختلف الحريات التي لها مكانة متميزة في الباب الثاني والذي يتضمن 21 فصلا ركزت على المضامين الحقوقية وإحالات عامة بلغت 60 إشارة في هذا المجال.

لكن هل مجرد وجود هذه النصوص في صلب الدستور يعد بحد ذاته ضمانة للحقوق والحريات؟ الإجابة على هذا السؤال ستكون بالتأكيد بالنفي، إذ صحيح أن النص عليها في صلب الدستور يعد أمرا ضروريا، لكن لابد من إيجاد وسيلة يمكن بواسطتها مراقبة أي تصرف من شأنه أن يشكل اعتداءً وانتقاصاً من الحريات خاصةً إذا صدر الإعتداء من هيئة تمارس اختصاصاتها وفق القانون، لذلك حرص دستور2011 على إيجاد مبدأ الرقابة القضائية على دستورية القوانين لتفحص أي قانون من شأنه أن يشكل اعتداء على نصوص الدستور.

---

[1]- سمير ايت أرجدال، "الدفع بعدم الاختصاص وفق القوانين الاجرائية المدنية في التشريع المغربي دراسة مقارنة"، مطبعة المعرف الجديدة الرباط، سنة **2020**، ص. **16**.

[2] - حسن فتوخ، "توجهات الغرفة الجنائية لمحكمة النقض في حماية الحقوق والحريات"، مقالة منشورة بالمجلة الدولية للأبحاث الجنائية والحكامة الامنية القانون الجنائي بين الثبات والتطور، العدد الثالث، المطبعة الوطنية، سنة **2020**، ص. **567**.

وعلى خلاف ما يتجه إليه عدد مهم من الفقه المغربي من كون الرقابة على دستورية القوانين ارتبطت بالمجلس الدستوري منذ تنصيبه،[1] فإن دستور المملكة المراجع لسنة 1992 أبقى على الغرفة الدستورية بالمجلس الأعلى إلى حين تنصيب المجلس الدستوري إذ ورد في الفصل الثاني بعد المائة من دستور المملكة المراجع هذا إلى أن يتم تنصيب المجلس الدستوري تمارس الغرفة الدستورية بالمجلس الأعلى جميع الصلاحيات التي خولها الدستور إياه،[2] لكن التعديل الدستوري لسنة 1992 شكل أهم محطة في تطور القضاء الدستوري حيث أصبح المجلس الدستوري هيأة مستقلة خارج المنظومة القضائية، [3] أما دستور 2011 فقد ارتقى بالمجلس الدستوري إلى محكمة دستورية مع توسيع اختصاصاتها ليشمل المراقبة البعدية لدستورية القوانين عند تطبيقها.

إن منح الأفراد حق الدفع بعدم الدستورية جاء لينسجم مع ما نصت عليه الاتفاقيات الدولية في تأكيد أهمية دورهم في حماية حقوقهم، حيث نصت المادة الثامنة من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام 1948على أنه "**لكل شخص الحق في أن يلجأ إلى المحاكم الوطنية لإنصافه من أعمال فيها اعتداء على الحقوق الأساسية التي يمنحها له القانون** ". وإن تأهيل القضاء جاء ليواكب التحولات الوطنية والدولية ليستجيب لمتطلبات عدالة القرن الواحد والعشرين، وإصلاحه بمنظور جديد يشكل قطيعة مع التراكمات السلبية للمقاربة الأحادية والجزئية كما قال صاحب الجلالة في خطابه السامي ليومين 30 يوليوز و20 غشت 2007، وما هدف إليه جلالته هوترسيخ دولة الحق والمؤسسات وتوسيع مجال الحريات الفردية والجماعية وضمان ممارستها وتعزيز منظومة حقوق الإنسان بكل أبعادها السياسية والاقتصادية والإجتماعية، يقتضي تمكينه من نصوص قانونية جديدة لكي يواكب التطورات، بحيث أن تقوم على المراجعة الشاملة والملاءمة مع الدستور والاتفاقيات الدولية.

ولعل أكبر تحول في تاريخ القضاء الدستوري المغربي حمله دستور 2011 الذي حول المجلس الدستوري إلى محكمة دستورية، [4] وما صاحب ذلك من تصور جديد لمفهوم ووظيفة القضاء الدستوري

---

[1] -عبد العزيز النويضي، "المجلس الدستوري بالمغرب"، سلسلة مؤلفات وأعمال جامعية، الطبعة الأولى ،سنة **2001**، ص. **45** وما بعدها.

[2] - يحيى حلوي، "تطبيقات المجلس الدستوري في الرقابة على الدستورية"، مطبعة **OP PRINT** الطبعة الاولى **2016** ص. **5**.

[3]- ولقد خاطب الملك الراحل الحسن الثاني أعضاء المجلس الدستوري " وهذا ما أرجومنكم و أنتظر منكم كمغاربة وكرجال قانون، عليكم أن تخلقوا مدرسة قانونية مغربية في القانون العام وفي القانون الدستوري على الخصوص، وعليكم في فتاواكم أن تكونوا بمثابة المدرسين الواضعين للوثائق، تلك الوثائق التي من خلالها سينبثق القانون الدستوري المغربي والتي ستصبح مما لاشك فيه كلبنة أساسية في بناء حضارتنا القانونية المكتوبة والمتعارف عليها" الحسن الثاني "ملك المغرب" مقتطفات من الكلمة السامية التي خاطب بها الملك الراحل الحسن الثاني اعضاء المجلس الدستوري في **21** مارس **1994**، انبعاث أمة الجزء **39** مطبوعات القصر الملكي، المطبعة الملكية الرباط **1994**، ص. **127**.

[4]-"..... بالنظر لكافة المضامين المتقدمة للدستور الجديد للمملكة التي أضحت ديباجته جزءا لا يتجزأ منه وبارتقاء المجلس الدستوري الى محكمة دستورية ذات اختصاصات واسعة فإننا نتوخى توطيد دعائم المدرسة الدستورية المغربية الحافلة بعطاء الفقهاء الدستوريين المغاربة عن طريق انبثاق اجتهاد قضائي دستوري خلاق وطموح، غايته المثلى تكريس سموالدستوروالتقيد بأحكامه، نصا وروحا. "مقتطف من الرسالة السامية لجلالة الملك

ودوره في حماية الدستور والدي عمل على تأسيس الرقابة البعدية لدستورية القوانين وفتح باب الإحالة لجميع المتقاضين،[1] وتخويل المواطن الحق في التقدم بالدفع بعدم دستورية قانون ما أمام المحاكم، ولكن بالنظر لعدم إمكانية جميع محاكم المملكة على اختلاف درجاتها النظر في مدى موافقة أومخالفة قانون ما لمقتضيات الدستور، فقد نص المشرع الدستوري على إحالة كل دفع في هذا الصدد على أنظار المحكمة الدستورية وهذا ما نص عليه الفصل133 من دستور 2011 والذي يقضي بأن " **تختص المحكمة الدستورية بالنظر في كل دفع متعلق بعدم دستورية قانون أثير أثناء النظر في قضية وذلك إذا دفع احد الأطراف بان القانون الذي سيطبق في النزاع يمس بالحقوق وبالحريات التي يضمنها الدستور** ".

وأن المتتبع للتطورات في القرن الحادي والعشرين، يجد أن مجموعة من البلدان الإفريقية والآسيوية عملت على تأسيس محاكم دستورية أو التوسع في الرقابة الدستورية من خلال قضاء المحاكم الموجودة، ويتم التفكير بإدخال الرقابة الدستورية حتى في البلدان التي يستبعد الدستور بشكل صريح الرقابة الدستورية، كما في هولندا مما يطرح عدة تساؤلات من بينها :

ما هي الأسباب التي تدفع بالمطالبة بالقضاء الدستوري؟ وهل يتم فقط تأسيس المحاكم الدستورية لأنها فكرة حديثة أو لأنها موضة؟ أو أن هناك رغبة حقيقية لضمان تناسق، بغرض أن تتم مطابقة الأعمال التنفيذية والتشريعية للدستور وأن تُحترم حقوق الإنسان؟

ثالثا / أبعاد الموضوع:

تعد الحقوق الأساسية للإنسان جوهر الدساتير ولولا إشكالية الصراع التاريخي بين السلطة والحرية لما كان هناك ضرورة لوضع الوثائق الدستورية، والتي تهدف بالأساس لتحقيق نوع من التوازن بين هذين المحورين بغية الوصول إلى درجة التعايش السلمي بين الأفراد المطالبين بضرورة احترام حقوقهم وحرياتهم وبين القائمين على السلطة.[2]

كما يعد سمو الدستور من النتائج الهامة لمبدأ المشروعية في الدولة[3] وأهم مظهر من مظاهره وأن هذا المبدأ (مبدأالمشروعية) يلزم الجميع باحترام أحكام القانون، في حين يتجلى مبدأ سمو الدستور من باب أولى باحترام أحكام الدستور باعتباره القانون الأسمى في الدولة، وينتج عن سمو الدستور على القوانين

محمد السادس نصره الله الموجهة للمشاركين في المؤتمر السادس لجمعية المحاكم الدستورية التي تتقاسم استعمال اللغة الفرنسية، المنعقد بمراكش في **4** يوليوز **2012**.

[1] - محمد الصفريوي، "الاجتهاد القضائي الدستوري في المادة الانتخابية مرجعياته وتطبيقاته"، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون جامعة محمد الخامس كلية العلوم القانونية والاقتصادية والإجتماعية أكدال الرباط، السنة الجامعية **2014- 2015**، ص. **30**.

[2] - عبيد احمد الحسبان، "الطبيعة الخاصة للنصوص الدستورية في مجال الحقوق الأساسية دراسة مقارنة"، مقال منشور بمجلة الحقوق، تصدرها كلية الحقوق جامعة البحرين، المجلد الثامن العدد الثاني، دجنبر **2011**، ص. **138**.

[3] - نصرت منلا حيدر، "طرق الرقابة على دستورية القوانين"، مجلة المحامون، الأعداد **10**، **12**،**11**، سنة **1985**، ص. **275**.

العادية أن تلك الأخيرة يجب أن تصدر عن السلطة التشريعية في نطاق القواعد والأحكام التي تتضمنها القوانين الدستورية، ومن ثَمَّ لا يجوز للقوانين العادية أن تخالف أحكام القوانين الدستورية، إذ إنَّها تصبح غير دستورية فيما لوخالفت أحكام الدستور.[1]

ولضمان احترام هاته المبادئ و التي عادة ما يُعبر عنها بقاعدة سمو القواعد الدستورية و عدم انتهاكها جاءت فكرة القضاء الدستوري كآلية أساسية و هامة في هذا المجال، فزيادة على الدول التي تملك قضاءا دستوريا ناجزا، أحذت فكرة إقامة قضاء دستوري متخصص تتوسع و تحاول فرض نفسها في الدول التي لم يقم بعد لديها مثل هذا القضاء. ومن الطبيعي أنه حين توجد قاعدة قانونية لا بد من وجود قاض لإنزال العقوبة على كل من يخرق هذه القاعدة، قد أطلق جانب من الفقه الفرنسي على هذا الاختصاص اسم -العدالة الدستوري-موضوعها ضمان حماية علوية وسمو القواعد الدستورية في البلاد و ضمان الاستمرارية الو ظيفية لمؤسسات الدولة و بإجراءات قضائية .[2]

فالعدالة الدستورية هي أساس العدالة بصفة عامة، والقضاء يبني أحكامه على القوانين، فإن كانت هذه الأخيرة غير عادلة تكون الأحكام غير عادلة بدورها، والقضاء الدستوري هوالذي ينظر في عدالة القوانين في ضوء النصوص الدستورية والمبادئ ذات القيمة الدستورية فيشكل من خلال هذا الدور ضمانة أساس لها، حيث لا تكتمل إلا بصدور أحكام قضائية عادلة .[3]

إن العدالة الجنائية المغربية في حاجة إلى إصلاح جذري عميق وشامل يضع حلولا فعالة لمكامن القصور والضعف المسجلة، ويستشرف مستقبلا مشرقا لها يواكب التطورات الحديثة التي شهدتها منظومة العدالة ببلادنا والأنظمة الجنائية بوجه خاص المقارنة بشكل عام تشريعا وممارسة ويلامس كافة أجهزة العدالة الجنائية بدون استثناء، لا سيما في ظل الظرفية الحالية التي تعيشها السياسة الجنائية المغربية والتحولات والتحديات التي تشهدها من حيث تطور الجريمة كما وكيفما وظهور صورة إجرامية مستحدثة في مقدمتها الجريمة المنظمة عبر الوطنية ورهانات دسترة وتدويل القاعدة الجنائية واتساع مجال الحقوق والحريات وتطور الممارسة الاتفاقية الدولية وانتشار ما سمي بالشعوبية الجنائية من خلال التأثير المباشر للرأي العام على رسم توجهات السياسة الجنائية الوطنية.[4]

---

[1] - عبد الغني بسيوني عبد الله، "القانون الدستوري"، جامعة الإسكندرية وبيروت العربية سنة 1987، ص. 186.

[2] -Guillaume Drago -"Contentieux Constitutionnel Français-"puf,4 èdition , refondue , Paris 2016,page 20-25.

[3]- المواطن والعدالة الدستورية حق الأفراد في الدفع بعدم الدستورية في ظل الفصل 133 من دستور 2011 مقال منشور بمجلة المحكمة الدستورية بالمغرب نحو رؤية إستراتيجية، سلسلة المعارف القانونية والقضائية، دار النشر المعرفة الطبعة الأولى 2014، ص. 74.

[4] - هشام الملاطي - نحو ورش طموح لإصلاح منظومة العدالة الجنائية بالمغرب- مقال منشور بمجلة الشؤون الجنائية العدد 3 يناير 2020 ص 14.

و أن اعتماد المشرع الدستوري المغربي للرقابة اللاحقة على دستورية القوانين من خلال منح الافراد الحق في هذا الدفع يشكل نقلة نوعية لتحقيق عدالة دستورية مواطنة فقد أكد السيد وزير العدل المغربي السابق على أنه من شأن ذلك أن يجعل المواطن في قلب معادلة تحصن حقوقه وحرياته بما يترتب عن ذلك من إشاعة ثقافة مجتمعية تتفاعل مع القضاء الدستوري بشكل إيجابي وتكرس وعي المواطن بحقوقه والتزاماته.[1]

وتقوم المحكمة الدستورية[2] بالعديد من الأدوار المهمة منها، تعزيز سيادة القانون، حامية الحقوق الفردية، إتاحة مجال لحلّ النزاعات، تطبيق مبدأ فصل السلطات وإلزام مختلف الجهات السياسية الفاعلة بالتزاماتها الدستورية مرتكزة على دعم سيادة القانون وحماية الحقوق الفردية.

وأن إفلاس مجموعة من التشريعات و القوانين التي شرعت في عهد الحماية و الإستعمار و التي كانت تستغل لغاية الأنظمة الإستعمارية أو لغايات أخرى أفرز وجود عدة قوانين لا تواكب و لا تعكس المجتمع الذي شرعت فيه.

و يندرج موضوع الرقابة الدستورية التي تعتبر رهانا أساس في الأنظمة الديمقراطية الحديثة بمساهمتها في صون الشرعية الدستورية، وتوفير الضمانات اللازمة لحماية الحقوق والحريات وبناء دولة الحق والقانون، خاصة بعد أن اتضح أن القانون باعتباره أسمى تعبير عن إرادة الأمة يمكن أن يكون مصدرا للظلم ولانتهاك الحقوق والحريات مثلما دلت على ذلك الكثير من التجارب والأنظمة.

ويعد تنزيل الآلية الجديدة لإثارة الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين تحولا عميقا في التعامل مع القانون، من خلال تمثل الدستور كمخاطب لقرب الى المواطن وذلك بجعل هذا الأخير في صلب الاهتمام بالقضايا الدستورية، كما أنه سيشكل مدخلا جوهريا لتجاوز الإشكالات المرتبطة بعدم دستورية مجموعة

---

[1]- وذكر وزير العدل والحريات المغربي السابق السيد مصطفى الرميد أثناء انعقاد ندوة جولية حول " الدفع بعدم دستورية القوانين بين حماية الحقوق و الحريات و تحقيق النجاعة القضائية " أن وزارة العدل تسعى إلى تفعيل توصيات ميثاق إصلاح منظومة العدالة عبر فتح مجموعة من الأوراش الكبرى تهم على الخصوص تطوير المنظومة التشريعية وتحديث الإدارة القضائية بالمحاكم وتأهيل البنيات التحتية للمؤسسات القضائية وعقلنة الخريطة القضائية و إيلاء العناية اللازمة لموضوع التنفيذ وتحصيل الغرامات والعقوبات المالية والاهتمام بالتخليق بالنسبة لجميع الفعاليات والهيئات المرتبطة بالشأن القضائي. منشور بالموقع الإلكتروني **www.marocdroit.com** تاريخ الاطلاع **13-07-2019**.

[2]- تم تأسيس المجلس الدستوري بموجب الدستور المغربي لسنة **1996** ليقوم بالرقابة على جميع القوانين الأساسية وغيرها من القوانين المحالة على المجلس قبل سنها. وفي شهر فبراير **2011**، شارك آلاف المغاربة في الاحتجاجات للمطالبة بإصلاحات سياسية ودستور جديد ونظام ملكي دستوري. وبعد مرور أربعة أشهر، أعلن الملك محمد السادس عن إصدار مسودة دستور جديد يضم أحكاماً تنص على استبدال المجلس الدستوري بمحكمة دستورية جديدة وذلك من الفصل **129** إلى الفصل **134** من الدستور. وفي شهر يوليو **2011**، تمت الموافقة على الدستور المقترح بموجب استفتاء شعبي وطني حيث صوت **98%** من المقترعين المشاركين في الاستفتاء لصالح الدستور الجديد، بحسب النتائج الرسمية، مع الإشارة إلى أن إحداث المجلس الاعلى الدستوري داخل المنضومة القضائية المغربية كانت من المطالب الأساسية للمجتمع المدني.

للمزيد من الإطلاع : المنظمة المغربية لحقوق الإنسان – الإصلاحات الدستورية و الفعل الحقوقي – مذكرة بخصوص تعديل الدستور **11** ابريل **2011**، ص. **17**.

من المقتضيات القانونية التي ساهمت في انتهاك حقوق عدد من المواطنات والمواطنين في ظل غياب الآليات القانونية التي تتيح إمكانية رفع الضرر المتولد عن تنفيذ تلك المقتضيات.

كما تجدر الإشارة إلى أن الدفع بعدم الدستورية متعدد المعاني polysemique يتجاوز التقسيم الكلاسيكي المتعلق بالقانون الخاص و العام، فهناك القليل من المهتمين بالقانون الخاص يتابعون قرارات المحكمة الدستورية و أن هناك من المختصين من القانون العام من يدرسون القانون الخاص من أجل فهم قرارات المحكمة الدستورية.[1]

رابعا / الإشكالية:

انطلاقا مما سبق فإننا أمام إشكالية محورية لهذا الموضوع والتي تتمثل في دور المحددات الدستورية في صياغة النص الجنائي ومدى مساهمة آلية الرقابة الدستورية في حماية الحقوق والحريات؟

خامسا / الفرضيات والمنهجية المعتمدة:

إن الحماية الدستورية للحقوق والحريات هي حماية قانونية في أسمى صورها يتقيد بها المشرع في جميع فروع القانون مما يتطلب تحديد أبعاد هذا التقيد من خلال إيضاح التوازن بين الحقوق والحريات سواء في بينها أوبين المصلحة العامة،[2] وإيمانا بأن الحماية الدستورية للحقوق والحريات لا تقف عند حد النص عليها في الدستور، وإنما تتعداه بكفالة رقابة دستورية تضمن التزام المشرع بهذه النصوص وتكفل إيضاح القواعد الدستورية وتجديدها وتطويرها والمحافظة على الأمن القانوني كان لابد من التصدي لهذه الرقابة بالبحث والتأصيل في دراسة شاملة.

وعليه سوف تتم معالجة الموضوع من خلال استحضار الفرضيات التالية:

كيف يمكن للمشرع الدستوري تأطير النص القانوني الضامن للحقوق والحريات؟ ما هي حدود هذا التفاعل في الواقع؟

ما مدى تأثير المتغيرات الإجتماعية في صياغة النص القانوني؟

هل استطاع الدستور الجديد أن يؤسس لقضاء دستوري قوي وفعال؟ وإلى أي حد ستساهم المحكمة الدستورية في حماية الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور في إطار الدفع بعدم الدستورية؟

---

[1] - أقر المشرع في دستور **2011** مجموعة من الاليات القانونية التي من الممكن ان تساهم في تعديل النصوص التشريعية من بينها تقديم العرائض و الملتمسات (الفصول **13-14-15**) اضافة الى الدفع بعدم دستورية القوانين ، و سنركز في انجاز هاته الاطروحة على الية الدفع بعدم الدستورية كالية من شانها ان تعمل على تجويد القوانين و غربلتها

[2] - احمد فتحي سرور، "الحماية الدستورية للحقوق والحريات"، دار الشروق، طبعة الثانية سنة **2000**، ص. **12**.

لكن، ينبغي أن نشير هنا إلى أن هاته الفرضيات انطلقت من خلال اعتبار أن الدستور هو مخاطب القرب إلى جانب غياب الآليات القانونية التي تتيح إمكانية تفاعل المواطن مع النصوص القانونية الغير دستورية.

للإجابة على هاته الإشكاليات، وانطلاقا من المادة العلمية التي يتأسس عليها موضوع هذه الأطروحة باعتبارها تتخذ من النصوص التشريعية الوطنية والدولية و الإجتهادات القضائية الوطنية و المقارنة الصادرة في الموضوعين الدستوري و الجنائي الحد الأوفر لمعالجة إشكالية الأطروحة، حرصت أن أعتصم بمناهج علمية قصد الوصول إلى الهدف من اختيار هاته الأطروحة، وذلك من أجل رصد الإشكالات والقضايا التي تطرحها فإننا نرى إلى جانب اعتماد المنهجين الوصفي[1] الاستقرائي، اللذان يقومان على دراسة تأصيلية قانونا و فقها و قضائيا وجرد أهم أسس القانونية المتطلبة في صياغة النص الجنائي و رصد مختلف الحقوق الدستورية و الشبه دستورية المخولة للأطراف، إيمانا بأن مقاربة أي موضوع ذي طبيعة قانونية ينبغي أن تكون متعددة التصورات والأبعاد.

كما اعتمدنا أيضا المنهج التاريخي لرصد تطور ضمانات حقوق الإنسان في المادة الجنائية والسياق التاريخي لمواقف الإجتهاد القضائي الدستوري في بعض القضايا و التي أرست في خلق قاعدة قانونية قبل أن يتبناها المشرع المغربي من خلال نصوص تشريعية، **ثم المنهج المقارن**[2] من خلال الإنفتاح على التجارب المقارنة "النظام اللاتيني، النظام الأنجلوسكسوني" باعتبارهما سباقين في إقرار الرقابة البعدية على دستورية القوانين.

---

[1] - وهذا المنهج ينهض على ركيزتين أساسيتين: وهما تشخيص الفكرة وذلك لمعرفة أهميتها والإستثناءات الواردة عليها، ثم اقتراح الحل أو العلاج المناسب، ويمكن القول بصفة عامة أن المنهج الوصفي يمد الباحثين بمعلومات دقيقة وعلمية عن طريق حصولهم على حقائق وملابسات الظروف القائمة أوعن طريق الوصول إلى علاقات بين الظواهر القائمة مع تفسير البيانات المتوفرة، وهذا ما يسهل لهم وضع خطط أكثر تطورا عن البرامج المستقبلية التي يتطلبها المجتمع في تطوره وازدهاره، وقد تمخض هذا المنهج عن الفلسفة الظواهر التي نادى بها الفيلسوف الألماني **E.HUSSERL** والتي تهتم بتحديد الوصف الدقيق للظواهر المختلفة بغية توضيحها وتعريفها وحينئذ تكون معرفتنا بها قائمة على ماهية ثابتة وتأسيسا على ذلك فإن المنهج الوصفي يهدف إلى وصف أوتشخيص وقائع أوظواهر معينة ثم تقرير ما ينبغي أن تكون عليه. انظر زكرياء إبراهيم، "دراسات في الفلسفة المعاصرة"، الجزء الأول مكتبة مصر، القاهرة سنة **1968**، ص. **34**.

[2]- وهو منهج يسلك سبيل المقارنة بين صور مختلفة من الأحداث والظواهر ويعد من الإسهامات التي قدمها علماء الاجتماع الفرنسيون، إذ تعتبر المقارنة جزءا جوهريا في نظر المفكر **Saint Simon** لأنها الوسيلة الوحيدة التي تمكن الباحث من الاستفادة بالمعطيات التي يظهرها البحث كما تمكنه أيضا من التعرف على العناصر الثابتة والعناصر المتغيرة في الظواهر الإجتماعية وقد توسع المفكر **Emile Durkhm** في تطبيق المنهج المقارن إذ يعتبر أكثر ملاءمة لطبيعة الظواهر الإجتماعية لأنه يكشف لنا العلاقة السببية بين الظواهر الإجتماعية ذلك أن الوصف والتقدير دون مقارنة الظواهر خلال مرحلة معينة يفقدها قدرتها على إظهار الارتباط السببية بين الظواهر المختلفة أشار إليه حسين الحاج حسن، علم الاجتماع الأدبي الطبعة الثانية م.ج.د.ن.ت بيروت لبنان سنة **1986** ص **66**.

وسأستخدم كذلك **المنهج التحليلي**[1] حيث من خلاله يمكن أن نقف على ثنايا المادة القانونية ونفكك بنية النص الدستوري أو الجنائي...إلخ.

أما من حيث أسلوب الكتابة و طريقة تناول الموضوع فإنني سأقوم بالتوفيق بين المنهج اللاتيني الذي يجمع بين الشكل و المضمون، و المنهج الانجلوسكسوني الذي يغلب المضمون على الشكل دون النظر إلى القالب الذي وظف فيه هذا المضمون.

هذا وتفرض علينا مناقشة إشكالية الرقابة على دستورية القوانين الجنائية حسب ما تقتضيه طبيعة الموضوع معالجتها في التحديد الدستوري للحقوق والحريات من خلال إبراز الشرعية الدستورية للقانون الجنائي وخصائص النصوص الدستورية الناظمة للحقوق الأساسية لأنها تشكل المعيار الذي يعتمد عليه القاضي الدستوري عند البحث في الدفع بعدم الدستورية لعمل تشريعي في قسم أول، على أن نخصص القسم الثاني لبحث مسطرة الدفع بعدم دستورية القوانين ومنهج وسلطات القاضي الدستوري[2] في الرقابة على دستورية القوانين مع تحديد إلى أي مدى يمكن أن تساهم هذه الأداة في الرفع من العقلانية في السيطرة على توجيه السياسة التشريعية؟.[3]

---

[1]- المنهج التحليلي ينطلق من الحقائق الكلية ليصل إلى الجزئية أي ينطلق من قاعدة عامة ليطبقها على الحالات الخاصة أو الفردية ويهدف هذا المنهج إلى تحليل النصوص القانونية لمعرفة مزاياها وعيوبها. للمزيد يمكن الإطلاع انظر،

محمود أحمد درويش – مناهج البحث في العلوم الإنسانية، مؤسسة الأمة العربية للنشر و التوزيع سنة **2017**، ص. **164**.

[2] - مما جعل بعض الفقه يتساءل هل القاضي الدستوري هو قاضي عادي؟ أم أن بروز هذا النوع من القضاء و ارتباطه بالدستور، بدولة القانون و الديمقراطية، تجعله قاضيا مغايرا؟ إذا كان الجوب بالإيجاب، فهل العدالة التي يروم تحقيقها أيضا ذات خصوصية معينة؟ تنطلق من المعيارية القانونية التي يوضفها، من طبيعة الأطراف التي تحيل عليه و تمتلك حق التواجهية أمامه، مناهج علمه و اشتغاله التأويلي، وكذا المسوغات التي تبرر وجوده كقاضي دستوري؟ للمزيد يمكن الإطلاع على،

Pierre Brunet: Le juge constitutionnel est-il un juge comme les autres ? Reflexion methodologique sur la justice constitutionnelle, in (La notion de justice constitutionnelle sous la dir. de O. Jouanjan, C. Grewe, E. Maulin et P. Wachsmann) paris dalloz 2005 ; p : 120.

Gloria Patricia Lopera: " Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales "Mesa Revista jueces para la democracia , annee2005, P. 53.

البـــاب الأول: ضمانات صياغة النص الجنائي

إن البشرية في حاجة إلى قواعد قانونية تنظم مسيرة حياتهم وتدفعهم إلى الإنتاج والتقدم وتوفر لهم كامل حقوقهم، وأن العنصر البشري مهما بلغ من القدرة العقلية والعلمية فلا يمكن له الكمال،[1] و أن القانون باعتباره ظاهرة اجتماعية لا بد منها، مرتبط بوجود مجتمع،يجب ألا ينبني على اختلافات عرقية أو دينية أو مجتمعية أو ثقافية أو جنسية، بل على العكس من ذلك يجب أن يقوم على المساواة بين كافة الأفراد في التمتع بحماية للحقوق والحريات دون تمييز فيما بينهم سواء على أساس العرق أو الجنس أو اللون أو اللغة أو الدين أو الرأي السياسي أو الأصل القومي أو الإجتماعي أو الثروة أو النسب أو غير ذلك من الأسباب، فالإيمان بالإختلاف وتقبل الأخر اعتبر المعبر الأساسي لقانون حقوق الإنسان، والذي أضحى اليوم بفعل التغييرات المتلاحقة من أهم القوانين، كونه يتضمن أسمى ما يملكه الإنسان من حقوق على وجه السواء، بحيث يمكنه من اكتساب حقوقه مقابل الإلتزام بواجباته اتجاه الأفراد والأغيار.[2]

وقد استمدت حقوق الإنسان بعدها الكوني من المواثيق والعهود الدولية، والذي أرخى بظلاله على المناخ الوطني، فلا يمكن لأي دولة أن تتبنى أسس ومعايير حقوقية تخالف ما هو مسطر في الصكوك الدولية بغض النظر عن تنظيمها القانوني أو اختياراتها السياسية أو الاقتصادية أو حتى الدينية ... ذلك لأن هذه الأخيرة **"الشرعة الدولية"** تعد المرجع الأول لحقوق الإنسان ، وأن منظومة حقوق الإنسان تهدف في أخر المطاف إلى تطعيم المجتمعات بالحقوق والحريات قصد بناء دولة يسودها الحق والقانون.

وأن القواعد الدستورية التي تتضمنها الدساتير الحديثة هي قواعد مبدئية[3] principe de norme كتلك المتعلقة بالإعتراف بالكرامة الإنسانية، وإعلانات الحقوق والواجبات الأساسية، و تأكيد العدالة، والخيارات الأساسية على صعيد بنية الدولة والحكومة، كما تتضمن الدساتير أيضاً قواعد حقوقية règles juridiques كتلك التي تنظم تكوين المؤسسات الدستورية وعملها، وأن القواعد المبدئية لها وظيفة دستورية في الحياة الجماعية والمنظومة القانونية، بينما القواعد الحقوقية ليست سوى قوانين بقالب دستوري .

لذلك نجد أن رهان التشريعات الحديثة أصبح معلقا على مدى قدرتها على احتواء حركية الواقع بوثيرته المتسارعة، بحيث في خضم التدافع الفقهي الحاصل لابد من التنبيه إلى خطورة تخلف الإجتهاد

---

[1]- صغير بن محمد الصغير، "ضوابط في صياغة وسن النص القانوني – دراسة مقارنة"، الطبعة الأولى، **2017** المملكة العربية السعودية، ص. **6**.

[2]-**Edouard dubout: "principe d'égalité et droit de la non-discrimination"; jurisclasseur libertés, Ed 2009, P:4.**

[3]- **Gustavo Zagrebelsky «la doctrine du droit vivant et la question du constitutionnallite »voir ; in www.cairn.info**

التشريعي عن مواكبة التطورات التي يعرفها المجتمع ،إذ لم يعد مقبولا اليوم، و لا حتى مناقشا التنكر للفائدة القصوى التي يحوزها موضوع ملاءمة القوانين، باعتباره نتيجة طبيعية ومنطقية لتصحيح الأسس التي تقوم عليها المنظومة القانونية.[1]

و تشكل المنظومة القانونية أحد أهم آليات إصلاح العدالة كلما واكبت التطورات الإجتماعية والاقتصادية والسياسية للدول وعكست حاجيات المجتمع في مناح متعددة، وتزداد هذه الأهمية في الحقل الجنائي الذي يتسم بالتطور المستمر خاصة مع تزايد متطلبات مكافحة الجرائم والتصدي لصورها واتساع مجال الحقوق والحريات.[2]

وإذا كانت المنظومة القانونية الوطنية في مجال العدالة الجنائية قد عززت بمجموعة من الإصلاحات التشريعية المهمة، فإن العديد منها ما زال يحتاج مراجعة جذرية خاصة على مستوى النصوص التشريعية الأم وعلى رأسها مجموعة القانون الجنائي التي تعود إلى سنة 1962 إلى جانب العديد من النصوص التشريعية الزجرية الخاصة الناظمة لمجالات حيوية والتي ترجع إلى حقبة الحماية، على اعتبار أن بعض التشريعات الجنائية الحديثة أصبحت تتطلب أيضا مراجعة كما هو الحال بالنسبة لقانون المسطرة الجنائية لسنة 2002 ليستجيب للتطورات التي أصبح يفرضها من جهة مواكبة التطور التاريخي للفكر الجنائي ولمبادئ السياسة الجنائية في جوانبها التجريمية والعقابية والوقائية وتطور الممارسة الإتفاقية من خلال تسريع وتيرة المصادقة على العديد من المواثيق الدولية ذات الصلة بحقوق الإنسان ومكافحة الجرمية، ومن جهة ثانية توفير أجوبة وردود للعديد من الإشكالات العملية التي أصبحت تتطلب سد الفراغ التشريعي القائم بشأنها، وليجد حلولا للعديد من الإشكالات التي تعرض السير الأمثل للعدالة الجنائية من حيث تقوية آليات البحث والتحري وتبسيط المساطر وتحقيق المزيد من النجاعة وتعزيز ضمانات المحاكمة العادلة وتطوير التعأو ن القضائي الدولي.[3]

وأن السياسة الجنائية تنطلق من ضرورة حماية الحقوق والحريات في مواجهة الدولة، هذه الضرورة تجعل المشرع الجنائي مطالبا بالتوفيق بين مسألتي حماية حقوق الإنسان و صناعة التشريع الجنائي، وأن القانون الجنائي مرتبط بالقواعد الحقوقية ومرتبط كذلك بالتوجه الذي أراده المشرع

[1]- فريد السموني -تحديث التشريع الجنائي بين الحفاظ على الثوابت و مواكبة المتغيرات-- مقال منشور بمجلة المنبر القانوني العدد الأول، مطبعة النجاح الجديدة أكتوبر 2011، ص. 43.

[2] - عصام سليمان- تفسير الدستور و أثره على المنظومة الدستورية- الجمهورية اللبنانية المجلس الدستوري الكتاب السنوي ، المجلد 6،سنة 2012، ص. 29.

[3] - هشام الملاطي - نحو ورش طموح لإصلاح منظومة العدالة الجنائية بالمغرب- مقال منشور بمجلة الشؤون الجنائية العدد 3 يناير 2020، ص. 6.

الدستوري في صياغته للحقوق والحريات (**الفصل الأول**) وذلك من خلال احترام مجموعة من الظوابط التشريعية والتي من شأن الإخلال بها إقرار مسؤلية الدولة (**الفصل الثاني**).

الفصل الأول: دور المحدد الدستوري في صياغة النص الجنائي

تعد حقوق الإنسان[1] أساس الحرية والعدالة والسلام[2] وهي لصيقة به حتى قبل أن يكون عضواً في مجتمع معين، غير أنه لا يمكن النظر إلى تلك الحقوق نظرة مجردة فلسفية بل يتعين النظر إليها في إطار

---

[1]- تظهر هناك صعوبة كبيرة في وضع تعريف محدد لمفهوم حقوق الإنسان، ومعظم المحاولات التي بذلت في هذا الإطار لم تنجح سوى الإقتراب من العناصر الأساسية لهذا المفهوم، ويعد الفقيه "**René cassin**" من أوائل الذين حاولوا صياغة تعريف محدد لمفهوم حقوق الإنسان، حيث يعرفها بأنها فرع خاص من فروع العلوم الاجتماعية، تختص بدراسة العلاقات بين الناس استنادا إلى كرامة الإنسان، وبتحديد الحقوق والرخص الضرورية لإزدهار شخصية كل كائن إنساني ويضع الفقيه **René** عدة عناصر أساسية لمفهوم حقوق الإنسان هي:

- حقوق الإنسان تعد بمثابة علم، أساس هذا العلم هو الكرامة الإنسانية.
- موضوع هذا العلم هو الحقوق التي تحقق هذه الكرامة.

للمزيد من التوضيح انظر أحمد الرشيدي، "حقوق الإنسان في النظرية والتطبيق دراسة مقارنة"، مكتبة الشروق الدولية القاهرة **2003**، ص. **34**.

[2]- لقد ارتبطت فكرة حقوق الإنسان في الفكر السياسي الغربي بفكرة القانون الطبيعي وما يتضمنه هذا القانون من حقوق طبيعية للبشر، فالطبيعة الإنسانية هي مصدر حقوق الإنسان. وقد بدأت مدرسة القانون الطبيعي مع الفكرة الرومانية عن النظام العالمي للقوانين، وهي فكرة قامت على أساس مبدأ العالمية الرواقية، حيث نادى الرواقيون بالمدينة الواحدة لكل البشر، المدينة التي يعترف فيها بالقيمة المتساوية لكل البشر. ثم شهدت مدرسة القانون الطبيعي والحقوق الطبيعية تطورا في عصر النهضة بأوربا على يد توماس الإكويني، حيث يرى أن القانون ماهو إلا القانون الأبدي الذي وضعه الله والذي ينقسم إلى : القانون الإلهي كما في الكتاب المقدس المعني بمسألة الخلاص الروحي، والقانون الطبيعي والقوانين الإنسانية الوضعية، ويرى الإكويني أن القانون الطبيعي ينبغي أن تكمله القوانين الإنسانية الوضعية، فالقانون الطبيعي الذي تستمد منه القوانين الوضعية هو رقيب على الحاكم وضمانة للمحكومين في أن يسود العدل، لذا فإن الإكويني يرى أن أية قوانين وضعية أو أنشطة أوممارسة سياسة تتنافى مع القانون الطبيعي ما هي إلا أفعال للعنف، ليأتي جون لوك في منتصف القرن السابع عشر ليؤكد ضرورة تمتع الفرد بحقوق قررتها له الطبيعة ومن بينها حقه في المساواة الطبيعية، ولقد تصور لوك أن الرباط الذي يربط بين الأفراد في المجتمع مستمد من قانون أخلاقي، يعبر عن إرادة الله وأن حقوق الفرد في ظل الحياة الطبيعية تتمثل في حق الإنسان في الحياة، والحرية وفي الملكية، إلا أن الثورة الفرنسية جاءت حبلى بمضامين الفلسفية والفكرية لتقدم للحقوق الطبيعية فكرة العقد الاجتماعي، ولتأكد على الإدعاء الأخلاقي الذي يستند إليه الأفراد في مواجهة الدولة، حيث جاء الفكر السياسي للقرن الثامن عشر ليقدم الوسيلة التي ينشئ البشر العقلاء والأحرار... هذه الوسيلة هي العقد الاجتماعي ويظهر هنا جون جاك روسو الذي رأى أن الإنسان كان يحيا في الحالة الأولى حياة الحرية، يتمتع فيها بالحقوق التي كفلتها له الطبيعة. وخرج الإنسان من هذه الحالة الفردية نتيجة ظروف طبيعية واجتماعية "الحاجة للتعاون لمواجهة الطبيعة"، فيتنازل كل فرد عن أنانيته وينزل عن حقوقه للمجتمع بأسره (الإرادة الجماعية) فيصبح الكل متساوين في ظل القانون الذي يقر المنفعة العامة. ولقد كانت لآراء لوك وروسو أثار واضحة على أفكار الثوريتن الأمريكية والفرنسية فنجد إعلان الاستقلال الأمريكي **1776** ينص إن كل الأفراد يولدون متساوين وأن الخالق يمنحهم حقوق لا يجوز المساس بها، ومن بينها حقه في الحياة والحرية والسعي من أجل السعادة. كما كانت لهذه الأفكار أثارها على الثورة الفرنسية عندما نادت بالحفاظ على حقوق الإنسان الطبيعية و التي لا يجوز المساس بها، مثل حقه في الحرية حقه الملكية وفي الطمأنينة ومقاومة الإستبداد . للمزيد من التفاصيل انظر عثمان محمود غزال، "آليات حماية حقوق الإنسان بين النظرية والتطبيق"، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، **2015**، ص. **14**.

[3] - إن الديانات السماوية اليهودية –المسيحية _الإسلام، تعتبر الحياة هبة من الله وأن الإنسان محمول بجبلته على الحفاظ والمثابرة على حياته فلا يجوز أن يحرم أحد منها ولا يجوز أن ينتهك في شيء حامل الحياة لان كل انتهاك أوتعذيب فناء للجسم يعد حرمانا من الحياة أوتنقيص من قداستها وأن المساواة بالحقوق يجب أن تكون متساوية ولا فرق بين الديانات في ذلك لأنهم خلقوا لنفس المصير وأنهم متساوون لأن خضوعهم لنفس الخالق هو أقوى شيء للتساوي، لمزيد من التوضيح انظر عبد العزيز محمد سالمان، "الحريات العامة في الدساتير العربية والفقه والقضاء والشريعة الإسلامية – دراسة مقارنة-"، دار الفكر العربي، القاهرة، **1974**، ص. **100** وما بعدها.

حضارة وثقافة المجتمع الذي يعيش فيه الإنسان لذلك يمكن اعتبارها ظاهرة ثقافية تنمو وتتغير عبر الزمن كاستجابة لتأثيرات متنوعة ثقافية، اجتماعية[1]، حيث نجد أن مصداقية الدول، تقاس بمدى احترامها لحقوق الإنسان وسعيها لتعزيزها، بأيجاد مختلف الآليات في عالم تجتاحه موجة من الأفكار والقيم باسم الديمقراطية وحقوق الإنسان، بل الأكثر من ذلك صار التدخل من أجل حماية حقوق الإنسان أمرا ممكنا، من دون تذرع الدول بمبدأ السيادة الوطنية لمنع هذا التدخل، أو الإحتماء بالخصوصية حين يتعلق الأمر بانتهاك الحقوق الأساسية للإنسان.

وأن الإنسان يملك بحكم إنسانيته مجموعة من الحقوق التي تكمن في طبيعة الإنسان ذاته، بحيث يترتب عن إنكارها المساس بطبيعته الإنسانية، لذا يلتزم القانون الوضعي بالإعتراف بها وكفالة حمايتها، لأنه متى تحقق هذا الإعتراف اعتبرت حقوق الإنسان في نظر القانون حريات عامة توجب دسترتها قصد السهر على كفالتها، لأن الفرد حسب بعض الفقه هو أصل الدولة وحريته هي الغاية من إيجادها.

و يعتبر التوثيق الدستوري للحقوق والحريات محدد معياري لإضفاء الطابع الأساسي عليهما، وفي هذا الصدد تشكل ظاهرة الدسترة المنطلق الرئيسي لعقلنة منطق الدولة في تبني اختياراتها القانونية عموما والجنائية منها خصوصا (**المبحث الأول**) حتى لا تصطدم بشكل أو بأخر مع ما تم اكتسابه في مجال الحقوق والحريات والمنظمة بمقتضى الصكوك الدولية والتي ترتب عنها تصنيفها إلى عدة حقوق حتى يستطيع بذلك القانون الجنائي أن يوفر لها الحماية اللازمة خاصة في ظل مناخ مليء بالمتغيرات.[2] (**المبحث الثاني**).

[1]- حسن محمد هند ونعيم عطية، "الفلسفة الدستورية للحريات الفردية، دراسة مقارنة مدعمة بأحكام للمحكمة الدستورية العليا"، دار الكتب القانونية، مصر، سنة **2006**، ص. **445**.

[2]- ميراي دلماس مارتي، محي الدين أمزازي، التحولات الممكنة للسياسات الجنائية العربية، دراسة قام بها المجلس الوطني لحقوق الإنسان، **2013** ، ص. **10** وما بعدها.

المبحث الأول: دسترة المبادئ العامة للقانون الجنائي

إن مسطرة الدستوراينة تهدف إلى شرعنة القانون الجنائي، ذلك أن جميع القواعد الدستورية المنصوص عليها في الدستور أو الإجتهاد القضائي الدستوري[1] تهدف إلى جعل القانون الجنائي معلل و عادل في أنظار المطبق عليهم، لذلك تساهم المبادئ الدستورية في تكوين القانون الجنائي، فهي ليست مجرد جزء من القانون الدستوري بل إنها تتجاوز هذا النطاق لكي تسهم في تحديد مضمون القانون الجنائي ذاته .[2]

وأن الدستور عندما يضمن الحقوق والحريات يأتي المشرع من بعده ليوفر الضمانات الكافية لهذه الحماية وهو ما يجعل الدستور كقانون أسمى يحتل دورا مهما داخل النظام القانوني للدولة، ويرسم حدود الضمانات الدستورية في إطار علاقة توازن بين المصلحة العامة والحقوق والحريات الفردية، توازن يحتاج إلى الإقرار به وتضمينه في الوثيقة الدستورية، وهو ما جعل الفقه يتحدث عن وجود إطار علاقة ضابط بين الدستور والقانون الجنائي[3] وأن دسترة القانون الجنائي مرتبط بعنصرين أساسين: العنصر الأول عمق وغنى المبادئ الدستورية ذات الطابع الجنائي من جهة، والعنصر الثاني سموالقاعدة الأسمى (الدستور) على القاعدة الأدنى (القانون الجنائي) وذلك ما نحاه المجلس الدستوري المغربي حينما أكد " ... إن الدستور ... له السمو على كل ما عداه، و يتعين على جميع المواطنات والمواطنين احترامه "[4] لذلك يمكن الحديث عن دسترة الإدماج ودسترة التطابق باعتبارهما متلازمان.

و قد لاحظ العميد Louis Favoreu[5] أن الدستور في طريقه "لتلوين" مجموع فروع القانون تدريجيا،[6] حيث لم يعد يكتفي بتحديد قواعد السلطة و قائمة الحقوق والحريات، و لكنه يتدخل لتأصيل

---

[1] - لابد من الإشارة إلى أنه ليس من المستحب أن ينتصر القانون الدستوري للإجتهاد القضائي على أنقاض أونسيان سيادة الشعب و الإلتزامات التي تترتب عنها..... إن الدستور يستمد قوته أيضا من الإهتمام بالحقائق و الإنتظارات الحية للجماعة، و المساهمة في إدماجها مما يخوله وظيفة سياسية رفيعة " للمزيد يمكن الإطلاع على:

Alain Declamp: Après le triomphe du « droit constitutionnel jurisprudentiel », peut-on encore « penser » les institutions ; Revue française de droit constitutionnel 2014/4 (n° 100) p 870.

[2] - أحمد فتحي سرور، "القانون الجنائي الدستوري:الشرعية الدستورية في قانون العقوبات، الشرعية الدستورية في قانون الإجراءات الجنائية، مطبعة دار الشروق سنة **2006**، ص. **6**.

[3] - عبد الواحد الدافي، "طبيعة الأساس الدستوري للقانون الجنائي"، مطبعة أنفوبرانت **2019**، ص. **3** .

[4] - قرار المجلس الدستوري رقم **819** بتاريخ **16** نونبر **2011**، منشورعلى الموقع الإلكتروني www.cour-constitutionnelle.ma

[5] -**Louis favoreau: l influence de la jurisprudence du conseil constitutionnel sur les divers branches du droit, in (Melanges leo Hamon), Economica 1982 p 235.**

[6] -يجيب العميد **Louis Favoreu** على دسترة القوانين من خلال:

باقي فروع القانون، عبر الإرتقاء بها، مما أدى إلى ميلاد اهتمامات جديدة من داخل مختلف فروع القانون في علاقة بالدستور، وإلى نشر "الثقافة الدستورية " وإلى عودة للدستور، لتغطية مختلف أو جه الممارسة القانونية القائمة.

وأن المبادئ الدستورية الخاصة بالمادة الجنائية وإن كانت متعددة إلا أنه لم تكن تعرف طريقها للتطبيق إذ يمكن الحديث عن تأثير نظري أو احتمالي للدستور إضافة إلى أن الدستور لا يتضمن كافة الحقوق ذلك أن جل القوانين بصفة عامة والقوانين الجنائية بصفة خاصة تتضمن حقوق وحريات غير

إن مسلسل دسترة باقي فروع القانون تهدف إلى تجاوز الفروقات بين القانون العام و القانون الخاص.

إن مسلسل الدسترة يمر بمرحلتين " ... الأولى و هي مرحلة تراكم القواعد الدستورية، هذه الظاهرة تبرز في الدول التي تتوفر على نسق العدالة الدستورية، ولكن أيضا في الدول التي تتوفر على دسترة حديثة يعطي أهمية للأحكام الدستورية التي تطبق بشكل مباشر على الأفراد ... الثانية و تتعلق بانتشار القواعد الدستورية و مما ساعد على ذيوعها و انتشارها تزايد اعتبار الدستور قاعدة قانونية، فمعيارية الدستور أصبحت مقبولة و بشكل متنامي و أن القواعد الدستورية تطبق بشكل مباشر من قبل القاضي العادي و السلطات الإدارية و الخواص ... فالقواعد الدستورية أصبحت تطبق و بشكل مباشر دون حاجة إلى رابط تشريعي لكي تصبح فعلية و عملية ...

إن مسلسل الدسترة يترتب عنه نتائج مباشرة و أخرى غير مباشرة " ... نتائج مباشرة، و هي:

- الدستورانية القضائية فبتأثير من الإجتهاد القضائي للمجلس الدستوري أصبحت المعيارية الدستورية ملزمة للحاكمين الدستورانية
- السمو، عبر جعل الدستور وليس القانون مصدرا لإنتاج القواعد الدستورانية.
- التحول، فعمل الدسترة قد أدى إلى تغيير محتوى و مضمون القانون ... أما النتائج غير المباشرة فتشمل تحديث القانون و تبسيطه و تحقيق وحدة التنظيم القضائي.

مسلسل الدسترة أثر في الدستور و على باقي فروع القانون " ... أن فروع القانون التي أصبحت لها قواعد دستورية، من لضروري أن تأخذ هذا المعطى بعين الإعتبار... دسترة فروع لقانون يعني بالتبعية، أن المادة المعنية، ستتحول بتأثير من تطبيق المبادئ الدستورية ... النسبية المتزايدة للتمييز بين القانون العام و القانون الخاص، لفائدة وحدة النظام القانوني ".

قراءة التحولات المشار إليها، لم يتوقف عند مستوى رصدها، و البحث في الأسباب التي قادت إليها، ولكنه امتد أيضا إلى مستوى رصد إيجابيات و سلبيات المتغيرات المشار إليها، و انعكاسات كل ذلك على فكرة الدستور فالقائلون بإيجابية مسلسل دسترة فروع القانون، يرصدون ذلك من خلال الأفكار آلاتية:

- إن إيجابيات هذا المسلسل متعددة، و يستفيد منها لقانون نفسه، عبر تحديثه و تبسيطه و تقوية مصداقيته، و كذا الأمن القانوني المقرر بالنسبة إلى المتقاضين.
- هيكلة القانون حول المبادئ الأساسية المشتركة، و هو ما يجعله أكثر وحدة و انسجاما، مما ينهي التمييز البنيوي بين القانون العام و القانون الخاص، ويسمح بتوحيد البناء القانوني حول الدستور و مؤوله الرئيس القضائي الدستوري.
- الدفع نحو نظرة " توحيدية "للقانون حول الدستور و بواسطته، مما يجعل من القواعد الدستورية قواعد قانونية و ليس مجرد توجهات عامة أو نوايا سياسية.
- تسجل دسترة فروع القانون عودة للقانون الدستوري، و إعادة تموقعه في حقل المعروفة القانونية، قانون مشترك بالنسبة إلى باقي القوانين، مما سيجله مؤهلا لبناء و هيكلة باقي فروع القانون.
- دسترة القوانين أدت إلى الانتقال من الدستور" كوحدة شمولية " إلى الدستور" كتعددية للقوانين الخاصة "، و جعلت فروع القوانين تتوفر على سلطة خاصة داخل البناء القانوني.

للمزيد من الإطلاع انظر، محمد أتركين مباحث في فقه الدستور المغربي، دار النشر المعاصرة، الطبعة الأولى. يناير **2020**، ص. **154** و ما بعدها.

منصوص عليها دستوريا لكن لها ارتباط بقواعد دستورية والتي يمكن تسميتها بالحقوق الشبه دستورية كحق الإستعانة بمحام مثلا.

وأن هذا التقارب بين القانون الدستوري والقانون الجنائي يمكن مقاربته من زاوية القيمة الدستورية للحقوق والحريات (**المطلب الأول**) ثم بعد ذلك تجليات دسترة القانون الجنائي (**المطلب الثاني**).

المطلب الأول: القيمة الدستورية للمبادئ الجنائية

إن المبدأ الأصيل عند المختصين في الحقل القانوني والقضائي، يقر بفكرة مفادها، كلما خصت الوثيقة الدستورية مجالا محددا لأحكام و قواعد دستورية، كلما تم تبرير ذلك بالقيمة القانونية بهذا المجال و هذا من شأنه أن يسهل وظيفة المؤسسات الأخرى الحامية له، كالقضاء الذي يعمل على فرد احترام الحريات والحقوق وفقا للدستور والقانون من خلال الرقابة القضائية، والقضاء الدستوري عبر رقابة دستورية القوانين ومدى مطابقتها لأحكام ومقتضيات الدستور.[1]

وأن أهم محددات القيمة الدستورية للحقوق والحريات تستند على ما جاء في الباب الثاني من الدستور والذي خصصه المشرع الدستوري للحقوق والحريات الأساسية،[2] ذلك أن إضفاء الحماية الدستورية على هاته الأخيرة يشكل الوسيلة الوحيدة لإعطائها قيمة أعلى من القيمة التي يمنحها التشريع العادي، ورفعها إلى نظام تأسيسي للدستور[3] مما يتبادر إلى الذهن التساؤل التالي: **هل التنصيص على نظرية الضمانات المؤسساتية للحريات والحقوق الأساسية تلزم المشرع الدستوري والعادي في صياغته للنصوص ؟**

لذلك يقتضي البحث عن القيمة الدستورية للحقوق والحريات، ضرورة الحديث عن الأمن القانوني المحدد للحقوق والحريات الدستورية (**الفقرة الأولى**) ثم المبحث عن المحددات الدستورية المباشرة والغير المباشرة (**الفقرة الثانية**) لنختم بالمحدد الدستوري للنص العقابي (**الفقرة الثالثة**).

الفقرة الأولى: الأمن القانوني للحقوق والحريات

[1] - محمد الأعرج، الحريات و الحقوق الأساسية في تطبيقات القضاء الإداري المغربي –مرجع سابق،ص. **13**.

[2] - إن المشرع الدستوري خصص بابا كاملا للحديث عن الحقوق و الحريات، و هو الباب المرسوم " الحريات و الحقوق الأساسية "، تضمن من الناحية الكمية **22** فصلا، كما يحتوي من الناحية النوعية على مختلف الحقوق و الحريات، حيث أتى على ذكر بعض الحقوق السياسية و المدنية فضلا عن الحقوق الاقتصادية و الإجتماعية و الثقافية و البيئية، كما أشار إلى أن هذا التحديد لا يقف عند هذا الباب بل يمتد ليشمل باقي المقتضيات الدستورية المعبرة عن الحقوق و الحريات الخارجة عنه، و الواردة في الإتفاقيات و المواثيق الدولية التي صادق عليها المغرب، كما جاء في تصدير الدستور أن الإتفاقيات الدولية كما صادق عليها المغرب و في نظام أحكام الدستور القوانين المملكة و هوياته الوطنية الراسخة تسمو فور نشرها على التشريعات الوطنية و العمل على ملاءمة هذه التشريعات مع ما تتطلبه تلك المصادقة.

[3] - **Luis . FAVOREU ; "-Droit des libertés fondamentales", 6ème éd ; Dalloz, coll. Précis, 2012.P 58.**

إن مسألة حقوق الإنسان و حرياته خاصة في وقت الحالي لم تعد تتعلق أساسا بمدى الإعتراف بها من عدمه، بقدر ما أصبحت تتعلق أكثر فأكثر بمدى توافر الضمانات والأليات المختلفة التي توفرها الدولة، في حماية وتكريس و ضمان هذه الحقوق والحريات على أرض الواقع، فالدستور يحدد المفاهيم العامة والأبعاد الحقوقية، ثم يأتي بعد ذلك القانون من أجل مسايرة الدستور في هذه المفاهيم والأبعاد،لذلك نجد أن القانون عند تنظيمه للحياة الجماعية لا يجسد غاية بل وسيلة لتحقيق الصالح العام الأمر الذي يستوجب عند صياغة أي نص تشريعي ضبط ثلاث مبادئ أساسية تتمثل في:

1_ مبدأ الإستقرار.

2_ تطوير القاعدة القانونية بشكل يتلاءم مع التطورات الإجتماعية اللاحقة.

3_ الأمن القانوني .

غير أنه تظل فكرة الأمن القانوني كأحد أهم الأسس التي تقوم عليها الدولة القانونية والتي تخضع فيها السلطات العامة جميعها للقانون، إحدى أهم الغايات التي يهدف القانون إلى تحقيقها،[1] ذلك أن المشرع لا يعمل على خلق حق أو مركز قانوني، و إنما يقوم فقط بعملية الكشف عنها و تحديد سبل ممارستها [2] انطلاقا من المحدد أو الموجه الدستوري، الشيء الذي يستوجب التطرق إلى دور الأمن القانوني في تفعيل الحقوق والحريات (الأمن الجنائي)، ثم نعرج عن تجليات مبدأ الأمن القانوني في القضاء الدستوري.

أولا: دور الأمن القانوني في تفعيل الحقوق والحريات:

تعد الشكلية الدستورية جملة من الإجراءات والأوضاع التي يتطلبها الدستور و أو جب على السلطة التشريعية مراعاتها بمناسبة وضع قانون ما، تعزيزا لمصالح الأفراد و تباث مراكزهم، وأن الصياغة القانونية للحقوق والحريات هي الشكلية التي يظهر بها مضمون القانون، وبهذا تتخذ شكل قاعدة قانونية أو معيار قانوني.

و على اعتبار أن الدستور يعد المصدر الحقيقي للحقوق والحريات، عمدت فكرة الأمن القانوني و الثقة المشروعة [3]للحقوق والحريات الدستورية على ضرورة ترسيخ مبدأ الأمن القانوني كحماية للحقوق

---

[1] - يسري محمد العصار- دور الإعتبارات العلمية في القضاء الدستوري - دار النهضة العربية مصر سنة **1999**، ص. **252**.

[2] - سعاد الشرقاوي- نسبية الحريات العامة و انعكاساتها على التنظيم القانوني- دار النشر النهضة العربية القاهرة سنة **1979**، ص. **93**.

[3] - ارتبط مفهوم الثقة المشروعة بالقضاء الالماني و يعرفه بعض الفقه أنه " إذا ألغى المشرع عناصر هي التي دفعت المعنيين إلى اختيار وضعية مشروعة ،فإنه عليه على الأقل ، أن يضع شروطا مصاحبة أو إجراءات انتقالية لفائدتهم خصوصا إذا كانت العناصر المعنية قد ولدت لديهم آمالا مشروعة:

Francois luchaire :La sécurité juridique en droit constitutionnel français ; www.conseil constitutionnel.fr/ sites/default/files/as/root/bank_mm/pdf/Conseil/secjur.pdf p 2.

والحريات من جهة، و قيدا قانونيا للسلطة التشريعية من انتهاك لأي حق دستوري مكفول بحماته وذلك كله انطلاقا من كون أن هذا المبدأ -الأمن القانوني- يهدف إلى توفير حالة من الإستقرار في العلاقات والمراكز القانونية، وذلك من خلال إصدار تشريعات متطابقة مع الدستور ومتوافقة مع مبادئ القانون الدولي، غايتها إشاعة الثقة والطمأنينة بين أطراف العلاقات القانونية من أشخاص القانون الخاص أو أشخاص القانون العام.

بحيث يجب على التشريع أن لا يتسم بالمفاجئات والإضطراب، أو التضخم في النصوص أو برجعية القوانين أو القرارات، الأمر الذي قد يزعزع الثقة في الدولة وقوانينها بالنظر إلى عدم ضمان حماية فعالة للحقوق والحريات الأساسية.[1] فكان مبدأ الأمن القانوني بحق مبدأ تجميعي ومرجعي للعديد من المبادئ التي تقوم عليها الدولة والمتعارف عليها منذ القدم ،فمبدأ الأمن القانوني ودولة القانون وجهين لعملة واحدة.

ومن أبرز أدوار الأمن القانوني أنه يهدف إلى تفعيل جملة من المبادئ الدستورية المساعدة على توفير الأمن والأمان في القاعدة القانونية وفي النظام القانوني ككل، كمبدأ دستورية القوانين، ومبدأ شرعية التجريم والعقاب، ومبدأ عدم رجعية النص القانوني ومبدأ تدرج القواعد القانونية ...، وغيرها من المبادئ الدستورية التي تقوم عليها دولة القانون.[2]

ومن نتائج هذه الأدوار أنها تكفل حماية حقوق والحريات من الأثار السلبية والثانوية التي قد تنتج عن التشريع عن طريق إصدار قوانين أو مراسيم تتسم بالتضخم[3] أو التعقيد، وعدم التجانس والتكامل، إما نتيجة التعديلات المتكررة للقوانين كما هو الحال للقوانين المالية والقوانين الإجرائية، ويترتب عن ذلك فقدان الثقة المشروعة في الدولة وقوانينها.

وعلى اعتبار أن موضوع الحقوق والحريات أصبح ذا طابع دولي أكثر منه داخلي، فإن مختلف الدول وأنظمتها السياسية تعمل على تبني سياسية تحقيق الحقوق والحريات، والإنتقال بها من مجرد النص عليها في الدساتير والمواثيق وإعلانات الحقوق إلى تطبيقها على أرض الواقع، من خلال نصوص قانونية وتنظيمية محددة لجل الحقوق والحريات، وخالية من أي عيب يمس بهذه الحقوق، كما تعمل على توفير الآليات

[1] - يسري محمد العصار، "الحماية الدستورية للأمن القانوني"، مجلة الدستورية، القاهرة، عدد 3، يوليو 2003، ص. 51.

[2] - بلحمزي فهيمة، "الأمن القانوني للحقوق والحريات الدستورية"، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، جامعة عبد الحميد ابن باديس- مستغانم- كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2017-2018، ص. 11.

[3] - للتضخم في سن القواعد القانونية عدة نتائج:

- صعوبات في صياغة القانون، صعوبات تعترض الإدراة في تطبيق القانون، و صعوبات تحول جون معرفة المواطن بالقانون،

للمزيد من الاطلاع انظر:مطبوعات الأمانة العامة للحكومة، دليل تحيين النصوص القانونية سلسلة الوثائق القانونية المغربية، الطبعة الأولى 2015،ص. 14.

والوسائل المؤسساتية والقانونية تمتد من الدستور إلى أبسط القواعد، والتي يعتبر من أهمها، مبدأ فصل السلط والمساواة والمسؤولية أمام القانون، الرقابة القضائية، استقلال القضاء.[1]

وقد أو ضحت التجارب العملية المختلفة أن مصلحة الفرد أو الجماعة لا تكمن في سن قوانين ونصوص تنظيمية، والقول بوجوب الخضوع والإنصياع إليها، وتوقيع العقوبة في حال الإخلال بها لتبرير وجود دولة القانون فقط، إنما الأمر يتعدى ذلك، فبالإضافة إلى ضرورة وجود هذه النصوص القانونية فإنه يستوجب معه توفير الأمان والإطمئنان للأفراد والشعور به في تصرفاتهم ومعاملاتهم القانونية. وعلى اعتبار أن القاعدة القانونية مهما كانت كافية ووافية لجميع مناحي الحياة تبقى ناقصة وفي حاجة دائمة للتجديد، هذا التجديد الذي يطرأ عليها هو الذي دفع إلى بروز مصطلح الأمن القانوني[2].

و أن خضوع الهيئة التشريعية للوثيقة الدستورية يعني أن الحقوق والحريات المحجوزة للمشرع الدستوري تكون بمنأى عن المساس بها من قبل المشرع العادي، وهذا الخضوع يأخذ الصورة الشكلية، كما يأخذ الصورة الموضوعية:

•الخضوع الشكلي هو أنه لا يمكن للقانون العادي أن يصدر إلا من طرف الجهة المختصة والتي حددها الدستور، ووفقا للأشكال والإجراءات التي يقررها، وفي حالة صدور قانون بغير هذه الطريقة فيعد قانون غير موجود لمخالفته للدستور، وبالتالي عدم قابليته للنفاذ.

• الخضوع الموضوعي وهو عدم مخالفة أحكام القانون العادي لأحكام الواردة في الدستور، وعليه فإن الحقوق والحريات المحجوزة للمشرع الدستوري تعتبر ممنوعة بالنسبة للمشرع العادي للإتيان بأي قانون أو نص جديد لمخالف للمبادئ الدستورية العامة، والشك أن وجود الرقابة على دستورية القوانين هي التي تسمح بالتحقق من دستورية القوانين من عدمها.

أما خضوع الهيئة التنفيذية للوثيقة الدستورية فيتحقق عندما تخاطب أحكام الدستور الهيئة التنفيذية مباشرة. فالنص الدستـوري الذي يمنع إبعـاد المـواطن عن بلده، أو الحيلولة دون العودة إليه، أو النص على مبدأ شخصية العقوبة، أو النص على عـدم جواز المصادرة العامة للأموال ... وغيرها من القواعد الدستورية فهي تخاطب الهيئات العامة في الدولة بصورة مباشر والسلطة التنفيذية على الخصوص، ومن ثم يكون أي إجراء مخالف لمثل هذه النصوص ينطوي على خرق لمبدأ المشروعية وخروج على الدستور.[3]

[1] - تقرير الأمين العام للأمم المتحدة، سيادة القانون والعدالة الإنتقالية في مجتمعات الصراع ومجتمعات ما بعد الصراع سنة، **2004**، ص. **13**.

[2] - بلحمزي فهيمة، "الأمن القانوني للحقوق والحريات الدستورية"، م س، ص. **11**.

[3] - أحمد فتحي سرور: الحماية الدستورية للحقوق و الحريات، الطبعة الثانية. دار الشروق القاهرة، سنة **2000**، ص. **22** وما بعدها.

أما الهيئة القضائية فهي مكلفة دستوريا بتطبيق القوانين وهي هيئة مستقلة تتولاها المحاكم على اختلاف درجاتها، وإن القضاة مستقلون لا يخضعون إلا للقانون، فالهيئة القضائية تمارس وظيفتها مستقلة عن الهيئات الأخرى، ومن ثم لا يجب أن تمتنع عن إذاء هذه الوظيفة، لأنه لا يجوز دستوريا حرمان الناس من اللجوء للقضاء، لأن في ذلك مصادرة لحق التقاضي المقر دستوريا.[1]

وعلى اعتبار أن الأمن القانوني هو ضمانة أساسية للحقوق والحريات الأساسية، وأن الدستور هو مصدر أساس لهذه الحقوق والحريات، فإنه يتعين على وجه الإلزام، أن يكون الأمن القانوني مبدأ دستوريا بالدرجة الأولى من خلال النص عليه صراحة في الدستور،[2] وكذا توفير كل الوسائل اللازمة لتحقيقه، من خلال تجسيد مؤسسات دستورية راعية لمبدأ الأمن القانوني، أين يمكن لأي شخص اللجوء إليها في حال ما إذا كان هناك مساس بمبدأ الأمن القانوني وبحقوقه وحرياته الدستورية.

فمبدأ الأمن القانوني هو غاية تجميعية ومرجعية للعديد من المبادئ التي تقوم عليها دولة القانون، إلا إنه لا يزال الجدال مستمرا لمحاو لة إضفاء الطابع الدستوري على مبدأ الأمن القانوني في فرنسا بصور صريحة، فقد طالب الفقهاء بسن قانون للأمن القانوني على غرار سن قانون الأمن المالي في سنة 2003.[3]

ثانيا : تمظهرات مبدأ الأمن القانوني في الإجتهاد القضائي الدستوري:

ساهم القضاء الدستوري، في العديد من التجارب المقارنة، في تطوير البناء القانوني والمؤسساتي للدولة من خلال اجتهادات قضائية نوعية أسهمت بدور أيجابي و فعال في ديناميكية النظام القانوني و تقوية بنائه[4] ذلك أن عمل القاضي الدستوري يستند على العلاقة الدستورية التي تجمع بين القانون والدستور[5] و في

---

[1] - بلحمزي فهيمة، "الأمن القانوني للحقوق والحريات الدستورية"، م . س. **15**.

[2] - أكد المجلس الدستوري الفرنسي على أن مبدا الأمن القانوني هو غاية ذات طبيعة دستورية و ليس مبدأ دستوريا، و هذا لأنه مبدأ عام يحوز على مجموعة من المبادئ و الحقوق ذات قيم مختلفة للمزيد راجع،

Le conseil constitutionnel de france dans la decision n"2004-469 le 10 juin 2004 se declare" incompetent pour aprécier la constitutionnalité de dispositions legislatives qui se bornent à tirer les consequences necessaries des dispositions inconditionnelles et précises d'une directives "communautaires,car cette competence appartient à la cour de justice des communautés européennes….."

Voir la décision de C.C.F n 99-421 et la décision n 2005-530 de 29 décembre 2005.in: www.conseil-constitutionnel.fr.

[3] - عبد المجيد غميجة، مبدأ الأمن القانوني وضرورة الأمن القضائي مجلة الملحق القضائي، العدد **42**، سنة **2009**، ص. **12**.

[4] - محمد نويري -القاضي الدستوري و ضمان الأمن القانوني بالمغرب، مقال منشور بمجلة السياسات العمومية القضاء الدستوري في سياق ما بعد **2011** ، -سنة **2019**، ص. **22**.

[5] -**Aguilla (Y)"cinq question sur l interpretation constitutionnel " OP.Cit, P 40**.

هذا الإطار برز اتجاهين الأول يعتبر أن القاضي الدستوري مجرد (فم الدستور La bouche de la constitution)، أما الإتجاه الثاني، فهو خالق للقانون createur de droit.[1]

و أنه انطلاقا من الهندسة الدستورية العامة والتي جعلت من القضاء الدستوري في قلب الحياة العامة والدينامية التي خلقها دستور 2011، باعتباره واحد من مكونات الحقل المؤسساتي ذات العلاقة بتفعيل الدستور و ذات الصلة بالصيغة النهائية التي ستؤول إليها المنظومة الدستورية والمؤسساتية، فدوره مرتبط بمدى إسهامه في إيجاد الحلول المناسبة للمشاكل والقضايا المعروضة عليه، على نحو يرعى قيام دولة الحق والقانون و تحقيق مصلحة الدولة والأمة،[2] وأن القضاء الدستوري على مدى سنوات عمله استطاع أن يضمن العديد من المبادئ القانونية التي لها ارتباط وثيق بأمن القواعد القانونية و استقرارها، كما كرس من خلال اجتهاداته مبادئ قانونية متعددة من بينها:

1-مبدأ التناسب القانوني.

2- نفاذ النص القانوني.

3- تجنب الاغفال التشريعي.

إلى غير ذلك من المبادئ والأسس التي تشكل دعامة أساسية في استقرار النظام القانوني و سيرورته، دون أن يشير بعبارات صريحة لإصطلاح الأمن القانوني،[3] لنخلص على أن تجويد القواعد القانونية مرتبط بالأمن القانوني حيث كانت التعليمات الملكية واضحة في هذا الباب، إذ أكد ذلك صاحب الجلالة الملك محمد السادس بمناسبة افتتاح الدورة الأولى من السنة التشريعية الثالثة من الولأية التشريعية التاسعة، يوم الجمعة 11 أكتوبر 2013 بمقر البرلمان، على ضرور ة التجويد والإبتعاد عن التضخم التشريعي حين قال (**كما ندعوكم لتحمل مسؤولياتكم كاملة، في القيام بمهامكم التشريعية، لأن ما يهمنا ليس فقط عدد القو انين، التي تتم المصادقة عليها، بل الأهم من ذلك هو الجودة التشريعية لهذه القو انين**) **انتهى النطق الملكي**.

و لقد أكدت المحكمة الأو روبية لحقوق الإنسان أن القانون يجب أن يكون توقعيا و سهل الولوج و هو ذات المبدأ الذي أكد عليه مجلس الدولة في فرنسا في تقريره لسنة 2006 في قراره الصادر بتاريخ 29-

---

[1] - حجاجي امحمد: الرقابة على الدستورية دراسة في الانظمة الدستورية المقارنة – النظام الدستوري المغربي الطبعة الأولى منشورات مجلة العلوم القانونية. سنة **2018**، ص. **56**.

[2] - رشيد المدور: دور القضاء الدستوري المغربي في انتظام أداء الدستوري و تطويرها، مقال منشور مساهمة ضمن مؤلف جماعي بعنوان: القضاء الدستوري في سياق ما بعد **2011**: المرجعيات والإجتهادات / تحت إشراف د. حسن طارق - المحمدية: منشورات المجلة المغربية للسياسات العمومية، الرباط: **2019**، ص. **9**.

[3] - محمد نويري - القاضي الدستوري و ضمان الأمن القانوني بالمغرب، مقال منشور بمجلة السياسات العمومية القضاء الدستوري في سياق ما بعد **2011**-مرجع سابق، ص. **233**.

12-2005 تحت عدد DC 491-99 الذي أعاد التأكيد على أهمية الولوجية والوضوح في القاعدة القانونية و أحيانا تشكل القوانين مصدرا اللأمن قانوني عندما تكون متضخمة Inflation juriduqe أو أمام نصوص رديئة، و هذا ما سارت عليه المحكمة الدستورية المغربية حينما أكدت " و حيث أنه ، لئن كان اختصاص المحكمة الدستورية و هي بصدد فحص دستورية النظام الداخلي للمجلس المعني لا يمتد إلى مراجعة الصياغة ، فإن **عدم تسهيل الولوج إلى القانون ووضوحه ، الذي يشكل مبدا ذا قيمة دستورية** ،من شأنه عدم تيسير فهم المقتضيات المعروضة ، و تضارب تأويلها ، مما يعطل نفاذ مضامينها و حسن تطبيقها "[1]

و أمام ذلك نجد أن المشرع الدستوري نص على مجموعة من الحقوق والحريات المباشرة والتي لا يمكن للمشرع العادي أن يتغاضى عنها عند إعماله لمسطرة التشريع .

الفقرة الثانية : المحددات الدستورية المباشرة

تتشكل الكتلة الدستورية في المقام الأول و بشكل بديهي، من الدستور و بشكل خاص من الديباجة،[2] حيث لم يتردد المجلس الدستوري سابقا بالاحالة إليها،[3] و كذلك القوانين التنظيمية التي تتبوأ مكانة خاصة في قرارته، و أخيرا المبادئ ذات القيمة الدستورية.[4]

وتشير المبادئ الدستورية أو المبادئ المرشدة إلي مجموعة القواعد العامة التي على هداها يتم وضع دستور الدولة والتي تعمل بهدف ضمان سلامة وعدالة الحكم، و تقرر حقوق وحريات وضمانات للأفراد وما عليهم من واجبات كما تقرر الأهداف السياسية والإجتماعية والاقتصادية للدولة، و ذلك انطلاقا من كون أن تعهد المشرع الدستوري في دستور 2011 بحقوق الإنسان كما هي متعارف عليها عالميا، إضافة إلى

---

[1] - قرار المحكمة الدستورية رقم **19\93** م.د الصادر بتاريخ **09-07-2019** .منشور على الموقع الالكتروني **https://cour-constitutionnelle.ma**

[2] - في فرنسا أكد المجلس الدستوري الفرنسي أن مرجعيته في الرقابة على دستورية القو انين تتشكل من القواعد و المبادئ ذات القيمة الدستورية و التي تحددت بالخصوص في ديباجة دستور **1958** التي أشارت إلى كل من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان و المواطن لسنة **1789**، و مقدمة دستور **27** أكتوبر **1946** التي أحالت إلى كل من المبادئ المعترف بها بواسطة قو انين الجمهورية و المبادئ اللازمة بوجه خاص للزمن المعاصر، و على إثرها ر اقب المجلس الدستوري الفرنسي القو انين الخاضعة لرقابته على أساس هذه المبادئ التي أضفى عليها قيمة دستورية معتبر أن مخالفتها تعد بمثابة مخالفة للدستور و ميثاق البيئة لسنة **2004**، و بذلك يكون المجلس الدستوري الفرنسي هو الدي أصبغ القيمة الدستورية على ديباجة دستور **1958** و ليس المشرع الدستوري كما في التجربة المغربية للمزيد من التفاصيل ، انظر:

- امحمد حجامي الرقابة على الدستورية دراسة في الاتظمة الدستورية المقارنة النظام الدستوري المغربي ، مرجع سابق، ص. **211** و **212**.

Rousseau (D)" - Droit du contentieux constitutionnel ".Op cit 24.

[3] - جاء في مضمون القرار **819** بتاريخ **16** نونبر **2011**" بأن الدستور بتأكيده على أن الإنتخابات الحرة النزيهة و الشفافة هي أساس مشروعية التمثيل الديمقراطي ... إنما يرمي بذلك إلى توطيد و تقوية مؤسسات دولة حديثة، **كما ورد في تصدير الدستور** ".

[4] امحمد حجامي -الرقابة على الدستورية دراسة في الاتظمة الدستورية المقارنة النظام الدستوري المغربي - مرجع سابق، ص. **210**.

ترسيخ حماية حقوق الإنسان في تصدير الدستور يشكل اعلان عن إدراج حماية حقوق الإنسان ضمن الثوابت الأساسية .

و تساهم المبادئ الدستورية في تكوين القانون الجنائي، لارتباط قواعد هذا القانون بحقوق وحريات الفرد، فالقانون الجنائي يوصف على أنه المهدد الأول لحقوق الإنسان وحرياته من خلال مساسه بالحقوق عبر التجريم وبالحريات عبر الحد منها، وأيضا من خلال أسلوب المنع والعقاب الذي يتضمنه،[1] وهو ما فرض منح مجموعة من المبادئ الموجهة للقانون الجنائي وقانون المسطرة الجنائية أهمية متزايدة.

فهذه المبادئ ليست مجرد جزء من القانون الدستوري بل إنها تتجاوز هذا النطاق لكي تسهم في تحديد مضمون القانون الجنائي ذاته[2] وأن الدستور عندما يضمن الحقوق والحريات الأساسية [3] يأتي

---

[1]- Jean François seuvic, « force ou faiblesse de la constitutionnalisation du droit pénal » ,conférence de 16 Mars ; 2006, URL://www.courdecassation.fr/IMG/File/pdf_2006/16-03-2006/16_03_06_seuvic.pdf.

[2]- أحمد فتحي سرور:القانون الجنائي الدستوري، مرجع سابق ، ص. 6 .

[3] - يبدوا أن الدستور المغربي لسنة 2011، استعمل مصطلح الحريات و الحقوق الأساسية، فهل المقصود من هذا الإستعمال أن الحريات و الحقوق التي وردت داخل هذا الباب هي التي تحمل صفة " الأساسية " و ما دون هذا الباب ما يحمل هذه الصفة ؟ أم أن صفة " الأساسية " تشمل جميع الحقوق و الحريات حتى خارج الباب الثاني من الدستور؟.

إن الإجابة على هذه القضايا تستلزم الوقوف على بعض وجهات النظر الفقهية التي عالجت الموضوع، وفي هذ الإطار قدم الفقه معيارين لتحديد أساسية الحرية و هما، المعيار الشكلي حيث إن العبرة في تحديد ما إذا كانت حرية ما أساسية من عدمه، هو المكانة التي يحتلها النص القانوني المقرر لها ضمن هرم تدرج القواعد القانونية، حيث كلما كانت الحرية مكفولة بمقتضى نص له قيمة فوق التشريعية، أي دستورية أو اتفاقية وجب اعتبارها حرية أساسية، و بمقابل كل حرية عير معترف بها في الدستور أو اتفاقيات الدولية ليست حرية أساسية، و من أنصار هذه المقاربة نذكر الفقيه، Louis Favoreau حيث يقول " الحقوق و الحريات الأساسية تعني ببساطة الحقوق و الحريات المحمية بواسطة قواعد دستورية أو دولية لا أكثر و لا أقل ".

فضلا عن ذلك يوجد معيار مادي، حيث يقتصر من وجهته، النظر لمفهوم أساسية الحرية، الى مضمونها أو موضوعها و ليس إلى قيمة النص القانوني المكرس لها كما ذهب إلى ذلك الاتجاه الشكلي و توصف الحرية بكونها أساسية في هذا المقام، حينما تؤدي إلى إشباع حاجات جوهرية أو تحمي مصالح سياسية في المجتمع بغض النظر عن مكانة النص الضامن لها، و لعل من أنصار هذا التوجه نجد الفقيه Etienne Picard، حيث يقول في هذا المضمار إن صفة الأساسية " لا تتأتى في الو اقع من النص الشكلي الذي يكرس الحق المعتبر، إذا كانت غير كامنة في النص فإنها تكمن بالتأكيد في القيمة الخاصة للحق ذاته ".

إن الإنتصار للإتجاه الأول – الشكلي – لإطلاق صفة " الأساسية " على الحق أو الحرية له ما يبرر اعتماده بالأولوية في التبني إذا تم التسليم أن المشرع من الناحية الهندسية يضع تصنيفا و ترتيبا منطقيا لموضوعات التنظيم إذ يتحكم في الصياغة انطلاقا من مجموعة من المبادئ، لعل من بينها مبدأ التدرج، و أمام هذا المعطى يبدو من غير المقبول لاعتداء على حرية الحق وارد في الدستور من قبل أي شخص كان طبيعيا أو معنويا إلا بقانون، و في نفس الإطار لهذا التبرير ما يضعفه، لا سيما إذا تم اعتباره قيدا على بعض الإجتهادات القضائية سواء في المادة الدستور أو المادة الإدارية، من خلال غل يد القاضي الدستوري أو القاضي الإداري وحتى العادي على استخدام ملكات الإبداع و الإجتهاد، إذ أن إطلاق صفة الأساسية على بعض الحريات و الحقوق دون الأخرى قد يشل الإبداع القضائي في هذا المجال.

كما أن الإقرار بالتوجه المقابل – الموضوعي – بالذات، قد يضع الباحث و المختص أمام صعوبة منهجية في فهم موضوعات الحقوق و الحريات الأساسية من عدمها، لا سيما إذ تم اعتبار أن الحقوق و الحريات التي تتعلق بالقيم العليا و التي تحمي المصالح العامة ذات مقاصد و معاني فضفاضة و نسبية إلى حد كبير.

المشرع من بعده ليوفر الضمانات الكافية لهذه الحماية و هو ما يجعل الدستور كقانون أسمى يحتل دورا مهما داخل النظام القانوني للدولة، و يرسم حدود الضمانات الدستورية في إطار علاقة توازن بين المصلحة العامة والحقوق والحريات الفردية، توازن يحتاج إلى الإقرار به تضمينه في الوثيقة الدستورية، و هو ما جعل جل الفقه يتحدث عن وجود إطار علاقة ضابط بين الدستور والقانون الجنائي.[1]

و قد حرص الدستور المغربي لسنة 2011 في فصله السادس على سيادة القانون،[2] و تأكيد بعض المبادئ المتعلقة بالقانون الجنائي، كما وضع أسسا لا يستطيع المشرع العادي أن يتجاوزها من ذلك مثلا أن الدستور يوجب في الفصل 19 مبدأ المساواة، الحق في الحياة (ف 20)، الحق في السلامة الجسدية والمعنوية للشخص (ف22)، الفصل 23 الإلتزام بقرينة البراءة[3] والحق في محاكمة عادلة، و عدم إلقاء القبض أو الإعتقال أو إنزال العقاب إلا حسب الإجراءات المنصوص عليها في القانون وحرمة الحياة الشخصية (ف24)، إضافة إلى استقلال السلطة القضائية، و عليه سوف نتطرق لبعض المحددات الدستورية المباشرة من خلال ما يلي:

أولا : مبدأ المساواة:

و من جانب ثان، يلاحظ أن الدستور الحالي قارب موضوع الحقوق و الحريات بإرادة قوية و أكثر شجاعة حيث ثم تحصينها من التعديل و في هذا الإطار يمكن للباحث استحضار الفصل **175** من الدستور، حيث قضت أحكامه بعدم تنوله المراجعة للأحكام المتعلقة بالدين الإسلام و بالنظام الملكي للدولة، و باختيارها الديمقراطي و بالمكتسبات في مجال الحريات و الحقوق الأساسية المنصوص عليها في هذا الدستور.

للمزيد من الإطلاع، انظر سمير و القاضي و سعيد رحو - الحقوق و الحريات: من المفهوم إلى الدسترة و التنزيل، مرجع سابق، ص. **24** و **25**.

[1] _ عبد الواحد الدافي – طبيعة الأساس الدستوري للقانون الجنائي – مطبعة أنفو بر انت، سنة **2019**، ص. **3**.

[2]- ينص الفصل السادس من دستور **2011** على ما يلي (القانون هو أسمى تعبير عن إرادة الأمة. والجميع، أشخاصا ذاتيين أو اعتباريين، بما فيهم السلطات العمومية، متساوون أمامه، وملزمون بالإمتثال له.

تعمل السلطات العمومية على توفير الظروف التي تمكن من تعميم الطابع الفعلي لحرية المواطنات والمواطنين، والمساواة بينهم، ومن مشاركتهم في الحياة السياسية والاقتصادية والثقافية والإجتماعية.

تعتبر دستورية القواعد القانونية، وتر اتبيتها، ووجوب نشرها، مبادئ ملزمة.

ليس للقانون أثر رجعي.)

[3] - أصدرت المحكمة الإدارية حكمها عدد **2605** بتاريخ **11 -07-2017** في الملف عدد **182\7112\2017** الذي جاء فيه " لئن كانت سلطة النيابة العامة تقديرية عند اتخاذ قرار الإعتقال الإحتياطي فإن هذا التقدير لا ينبغي أن يتسم بالتجاوز أو عدم المشروعية، بل ينبغي أن يتقيد بشروط تطبيقه بالشكل الذي يحفظ سلامة المجتمع و أمنه دون الإخلال بقرينة البراءة التي تعتبر مبدأ دستوري واجب الاحترام "

يعد مبدأ المساواة من أهم القواعد الدستورية المكونة للمنظومة الحقوقية بالمغرب، التي أو لتها جميع المواثيق الدولية لحقوق الإنسان[1] وكذلك المشرع الدستوري المغربي[2] مكانة خاصة، لدورها الهام في عدم التمييز بين المواطنين و في استقرار النظام السياسي للبلد [3] على اعتبار أن احترام مبدأ المساواة يقتضي بصورة مباشرة أن تشمل العدالة الجميع وأن تكون مؤثرة و فعالة بالنسبة للكافة [4].

ويقتضي احترام الوثيقة الدستورية لكل دولة احترام المبادئ والمرتكزات التي نصت عليها، و يأتي في مقدمتها مبدأ المساواة أمام في القانون، حيث يعد هذا الأخير من المبادئ الأكثر إحتجاجا أمام القضاء الدستوري، و ذلك انطلاقا من كونه يشكل غاية سامية تسعى إليه المجتمعات والشعوب كافة من أجل تحقيق العدالة بين الأفراد في المجتمع المتحضر.[5] لذلك نجد أن المجلس الدستوري الفرنسي في قراره الصادر بتاريخ 27-12-1973 اعتبر هذا المجلس لأو ل مرة المساواة كمبدأ أو قاعدة ذات قيمة دستورية،[6] و هو نفس التوجه الذي نهجه المجلس الدستوري المغربي حين اعتبر هذا الأخير في العديد من قراراته مبدأ المساواة قاعدة ذات قيمة دستورية، من خلال قراره عدد 95-52 الذي أشار فيه "... **وعن المادة 125 (الفقرة الأولى) .... ويخل بذلك مبدأ المساواة الذي يقره الدستور بين النواب، سواء كانوا منتمين إلى فرق نيابية أو غير منتمين إليها**".

---

[1] - فقد أكدت عليه جميع إعلانات حقوق الإنسان إما بشكل عام أو في مجال معين، فقد أكد الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر سنة **1948** على المساواة القانونية بصفة عامة، فنص في مادته الأولى على أن: يولد جميع الناس أحراراً ومتساوين في الكرامة والحقوق. وهم قد وهبوا العقل والوجدان وعليهم أن يعاملوا بعضهم بعضاً بروح الإخاء، ونص في المادة الثانية على أن: لكلِّ إنسان حقُّ التمتُّع بجميع الحقوق والحرِّيات المذكورة في هذا الإعلان، دونما تمييز من أيِّ نوع، ولا سيما التمييز بسبب العنصر، أو اللون، أو الجنس، أو اللغة، أو الدِّين، أو الرأي سياسيًّا وغير سياسي، أو الأصل الوطني أو الإجتماعي، أو الثروة، أو المولد، أو أيِّ وضع آخر.

[2] - بالنسبة للدستور المغربي لسنة **2011** فقد أكد على القيمة الدستورية لمبدأ المساواة سواء من خلال ديباجته أو من خلال العديد من الفصول مثل بالفصل **19** (يتمتع الرجل والمرأة، على قدم المساواة، بالحقوق والحريات المدنية والسياسية والاقتصادية والإجتماعية والثقافية والبيئية، الواردة في هذا الباب من الدستور، وفي مقتضياته الأخرى، وكذا في الإتفاقيات والمو اثيق الدولية، كما صادق عليها المغرب، وكل ذلك في نطاق أحكام الدستور وثو ابت المملكة وقو انينها.

تسعى الدولة إلى تحقيق مبدأ المناصفة بين الرجال والنساء.

وتُحدث لهذه الغاية، هيئة للمناصفة ومكافحة كل أشكال التمييز.)

انظر للمزيد من الإيضاح :

سعيد الغازي- مبدأ المساواة في اجتهادات القضاء الدستوري مقال منشور بمجلة القضاء الدستوري في سياق ما بعد **2011**، المرجعيات و الإجتهادات سنة **2019**، ص. **199**.

[4] - أحمد شوقي أبو خطوة المساواة في القانون الجنائي دراسة مقارنة، دار النشر النهضة العربية، القاهرة الطبعة الثانية **1998**، ص. **5**.

[5] - **Aurélie cappello," la constitutionnalisationn du droit pénal, pour une etude du droit penal constitutionnel ",edition lextenso2014, p251.**

[6] - **Véronique chmpeti-desblat,:" les grandes questions du droit constitutionnel," l'étudiant 2003, paris, p 140.**

وأنه لابد من الإشارة إلى كون أن المساواة تنقسم إلى نوعين، مساواة شكلية L'égalité formelle التي تفترض معاملة موحدة للأفراد مهما كانت أو ضاعهم، ومساواة فعلية أو مادية L'égalité matérielle التي تسمح بتطبيق قواعد مميزة أو مختلفة باختلاف الحالات،[1] غير أن المفهوم المتشدد للمساواة الجنائية لا يتطابق – في حقيقة الأمر – مع الوقع القانوني الشئ الذي أدى بعد تطور وظيفة القانون الجنائي و بعد الدعوة التي جاءت بها المدرسة الوضعية وأنصار الدفاع الإجتماعي لتوسيع سلطة القاضي والأخذ بعين الإعتبار ظروف الجاني والجريمة، إذ لم يعد المقصود بالمساواة المساواة الشكلية المجردة، وإنما وظف التنوع في الإجراءات والجزاءات في خدمة المساواة من أجل الوصول إلى مساواة فعلية وحقيقية.[2]

ومن تجليات المساواة أمام المحاكم حق الفرد في اللجوء إلى المحاكم دونما تمييز[3]، حيث يتطلب الأمر ضمان توافر المساعدة القانونية الفعالة للأشخاص، في القضايا الجنائية خلال مرحلة ما قبل المحاكمة وأثناء المحاكمة، وكذلك في مساعيهم لطلب الإنتصاف وجبر الضرر عما وقع من انتهاكات مزعومة للضمانات الدستورية، حيثما حدث ذلك، و هذا ما أكده المجلس الدستوري المغربي في إحدى قرارته التي جاء فيها " ... **إن مبدأ المساواة بين المتهمين أمام قواعد الإجراءات القضائية، الذي يعد من مظهر المساواة أمام القانون، يقتضي مبدئيا أن يتمتع محاموالمتهمين و كذا محاموالطرف المدني، في كافة الجرائم بنفس الشروط و بنفس الأجال لإعداد دفاعهم"** [4]

أما علاقة مبدأ المساواة بالقانون الجنائي فنجدها ذات طبيعة خاصة، لأن النص الزجري يمس الأفراد في أكثر ما لديهم أهمية أي الحرية، لذلك يقع مبدأ المساواة في قلب القانون الجنائي، حيث لا يمكن أي نص جنائي أن يكون مشروعا دون ضمان المساواة في كافة مواضيعه، فكيف يمكن للأفراد الإعتراف وتقبل السلطة القمعية للقانون الجنائي إذا لم يكونوا جميعا متساوين أمامه؟، ذلك أن التضحية بجزء من الحرية من أجل المصلحة العامة لا يمكن قبولها إلا إذا فعل كل الأفراد ذلك.[5]

وفي قرارات صادرة في الميدان الجنائي، نجد حيثيات مختلفة تخص هذا المبدأ منها مثلا ما صدر عن محكمة النقض الفرنسية "إذا كان المشرع الجنائي ينص على إجراءات جنائية مختلفة حسب الفعل

---

[1] - **Alexis frank, "les critères objectifs et rationnels dans le contrôle constitutionnel de l'égalité", RDP 2009, p78.**

[2] - نوفل علي عبد الله الصفو: مبدأ المساواة في القانون الجنائي مقال منشور بمجلة الفقه و القانون العدد **19** ماي **2014**، ص. **23**. **www.majalah.new.ma** تاريخ الاطلاع **01 – 03 -2019** .

[3] - أصدرت المحكمة الدستورية العليا المصرية العديد من الأحكام التي تؤكد مبدأ المساواة حيث أشارت إلى (إن المساواة التي نصت عليها المادة **40** من الدستور والتي يوجبها إعمال مبدأ تكافؤ الفرص تتحقق بتو افر شرطي العموم و التجريد في التشريعات المنظمة للحقوق، أي عدم التمييز بين أفراد الطائفة الواحدة إذا تماثلت ظروفهم و مراكزهم القانونية، فإذا اختلفت هذه الظروف انتفى مناط التسوية بينهم)، حكم المحكمة الدستورية العليا في **6** أبريل **1980** الدعوى رقم **164** لسنة **5** قضائية.

[4] - قرار المجلس الدستوري رقم **921** بتاريخ **13** غشت **2013**.

[5] - **cons. Const. 23/07/1975 (n 75-56) DC, recueil page 22 JO du 24/07/1975, page 75-33.**

والوضعية والشخص المطبقة عليه، فذلك بشرط أن لا يكون هناك تمييز غير مبرر، وأن يكفل للمتقاضين ضمانات متساو ية، لاسيما فيما يتعلق بحقوق الدفاع".[1]

ولكن هذا لا يعني أن أي اختلاف في المعاملة تمييز، فالتمييز قاصر على الحالات التي يكون فيها التفريق راجعا إلى معايير تجافي المنطق أو بعيدة عن الموضوعية ولا تخدم هدف مشروع، وفي هذا الصدد أكد المجلس الدستوري الفرنسي على أن "مبدأ المساواة لا يمنع المشرع من تنظيم المواقف المختلفة بطريقة مختلفة، ولا من المس بمبدأ المساواة لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة، بشرط أنه في جميع الحالات يجب أن يرتبط الإختلاف الناتج في المعاملة بالغرض من القانون المنشئ لها." وفي قرار أخر للمجلس الدستوري الفرنسي أكد فيه على أن مبدأ المساواة لا يمنع المشرع من تنظيم المواقف المختلفة بطرق مختلفة، فلأمر متروك للمشرع الجنائي لتنفيذه مع احترام الموجهات الدستورية.[2]

من خلال ما سبق نلاحظ أن المجلس الدستوري أعطى هامش للمشرع الجنائي فيما يتعلق بمبدأ المساواة بشرط أن يكون الهدف من ذلك مشروع وعقلاني ومتناسب. فالمشرع الجنائي يجب أن يأخذ بعين الإعتبار التباين والإختلاف بين المخاطبين بأحكام القانون والتمايز بين الأفراد من حيث قدراتهم وسماتهم الشخصية وأن يكيف النصوص القانونية مع هذا الإختلاف للوصول إلى المساواة الحقيقية والواقعية. فمبدأ المساواة لا يتعارض مع اختلاف المعاملة الجنائية وفقا للمراكز القانونية التي تتحد في ضوء الغاية من القانون أو المصلحة العامة، فالمشرع الجنائي له أن يقرر معاملة جنائية مختلفة بإختلاف الأشخاص والوضعيات، فالمساواة المطلقة هي في حقيقتها عدم مساواة.[3]

غير أن المجلس الدستوري المغربي أكد على وجود إخلال بمبدأ المساواة من خلال تخصيص نسبة مسبقة لإحدى الفئات داخل البرلمان بمثابة مساس بمبدأ المساواة لأن الإجراءات التحفيزية يلزم أن تظل في حدود كونها إجراءات محفزة وليست ذات أثر تمييزي وهو ما دفع المجلس الدستوري إلى التصريح بعدم دستورية المادة 52 من النظام الداخلي لمجلس النواب: "... إن مبدا المناصفة بين الرجال والنساء، الذي تسعى الدولة إلى تحقيقه، طبقا للفصل 19 من الدستور، إذا كان يجيز اتخاذ تدابير تحفيزية خاصة من شانها تيسير الولوج الفعلي للنساء إلى مناصب المسؤولية، داخل هياكل مجلس النواب، فإن ذلك يجب ألا يتم من خلال مقتضيات تمييزية من شأنها الإخلال بمبدأ المساواة بين الرجل والمرأة المقرر في الفقرة الأولى من نفس الفصل 19 المذكور، الأمر الذي يكون معه ما نصت عليه المادة 52 من النظام الداخلي لمجلس

[1] **Aurélie cappello, la constitutionnalisationn du droit pénal, op cit, p257**.

[2] **- cons const 16/07/1996 (n 96-377 DC) recueil page 87 JO 23/07/1996, p 11-108.**
Const const 21/09/2012 (n 2012-271 QPC 22/09/2012, p 150-23/.

[3] **Aurélie cappello, la constitutionnalisationn du droit pénal Op cit, p 266.**

النواب من التخصيص المسبق لحصة لا تقل عن الثلث في مناصب المسؤولية للنائبات داخل المجلس غير مطابق للدستور".[1]

وإذا كان مبدأ المساواة أثار نقاش حول تفعيله فإن قرينة البراءة تعد كذلك من أهم الضمانات الدستورية

ثانيا: قرينة البراءة:

تعد قرينة البراءة محدد دستوري مباشر (أ) ترتب عن الاخلال بها إمكانية المساءلة عن الخطأ القضائي (ب)

أ: قرينة البراءة:

تعتبر قرينة البراءة من أهم المبادئ الموجهة التي أتى بها دستور 2011، وفي ذلك يقول أحد الفقهاء لو وضعت في الدستور نظرية متكاملة لحقوق المتهم لصنف مبدأ قرينة البراءة في صدارتها،[2] ويعد هذا المبدأ ضمانة هامة للحرية الشخصية ومؤداه أن كل شخص متهم بجريمة، مهما كانت جسامتها يجب معاملته بوصفه شخصا بريئا حتى تثبت إدانته بحكم قضائي بات.

و قد أكد الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على المبدأ في مادته 1/11 ثم العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية الصادر 966 م 14 والإتفاقية الأو روبية لحقوق الإنسان لسنة 1950، وقد دونت معظم دساتير بلاد العالم هذا المبدأ، وإن اختلفت في صياغته، فمنها من اكتفى بتدوين المبدأ نفسه، ومنها من قرنه بالضمانات التي تحميه قبل أن يصدر حكم بات ينقضه في صلب الوثيقة الدستورية [3]، ونذكر من ذلك نص المادة 27 من الدستور الأيطالي التي تقضي "بألا يعتبر المتهم مذنبا قبل الحكم النهائي عليه" ونذكر كذلك نص المادة 11 من الميثاق الكندي للحقوق والحريات،[4] ومن الدول من أراد تدعيم هذا المبدأ بأن عاودت النص عليه في ق.م.ج بعد أن جاء النص عليه في الدستور نذكر من تلك التشريعات التشريع السوداني.[5]

أما المشرع المغربي واستجابة للحركات والمطالبات الحقوقية بالمغرب واستجابة لتوصية هيأة الإنصاف والمصالحة التي أقرت ضرورة "دعم التأصيل الدستوري لحقوق الإنسان كما هي متعارف عليها

[1] - قرار المجلس الدستوري رقم **924** الصادر بتاريخ **24** غشت **2013**، منشور بالموقع الإلكتروني للمحكمة الدستورية، https://cour-constitutionnelle.ma

[2] - محمود محمود مصطفى، "تطور قانون الإجراءات الجنائية في مصر وغيرها من الدول العربية"، الطبعة الثانية، **1985**، ص. **22**.

[3] **Jean Pradel, « droit penal comparé », Dalloz 1995, p. 379.**

[4] - تنص المادة **11** من الوثيقة الكندية على أن "كل متهم له الحق في أن يعتبر بريئا طالما لم تعلن إدانته طبقا للقانون بواسطة محكمة مستقلة ومحايدة وفي محاكمة علنية وعادلة".

[5] - تنص المادة **69** من الدستور السوداني على: "أي شخص يلقى القبض عليه متهما في جريمة ما يجب ألا تفترض إدانته، ولا يجب أن يطلب منه الدليل على براءة نفسه، بل المتهم بريء إلى أن تثبت إدانته دونما شك معقول."

دوليا وذلك عبر ترسيخ مبادئ سموالقانون الدولي على القانون الوطني وقرينة البراءة والحق في محاكمة عادلة " فقد جاء دستور 2011 ليعدل بشكل عميق القانون الأساسي للمملكة، فتم التنصيص على مجموعة من المبادئ والحقوق والحريات ضمن الوثيقة الدستورية لأو ل مرة، كما تم الإرتقاء بمبادئ أخرى من ضمنها مبدأ قرينة البراءة إلى مصاف الأسس الدستورية، وهكذا على مستوى الباب الثاني المعنون الحريات والحقوق الأساسية نص الفصل 23 صراحة على أن قرينة البراءة والحق في محاكمة عادلة مضمونان، كما أنه في إطار الفصل السابع المخصص للسلطة القضائية رجع الدستور مرة أخرى إلى قرينة البراءة من خلال الفصل 119 التي تحمي الشخص المتابع إلى حين صدور حكم نهائي وذلك بتأكيده على أنه:"يعتبر كل مشتبه فيه أو متهم بارتكاب جريمة بريئا، إلى أن تثبت إدانته بمقرر قضائي مكتسب لقوة الشيء المقضي به".[1]

وبذلك يكون الدستور قد فرض على الجميع احترام هذه القرينة التي تظل ملازمة للشخص طيلة مرحلة محاكمته، وهذا يدل دلالة قطعية على أن الدستور المغربي اعتبر قرينة البراءة حق من الحقوق اللصيقة بالإنسان وليست مجرد قرينة قانونية بسيطة بالمعنى القانوني المتعارف عليه، وما يؤكد هذا الطرح أن المشرع الدستوري أوردها بداية في باب الحقوق والحريات الأساسية وعمل على ربطها بحق أخر هو المحاكمة العادلة ،وبالتالي يكون قد رفع قرينة البراءة إلى مصاف الحقوق التي لا يمكن تجزئتها أو الانتقاص منها، بحيث يكون كل قانون أو نص يتعارض معها يكون حتما غير دستوري ويعزز مقتضيات طرحنا ما فصله الفصل 119 من الدستور الذي بين كيفية التعاطي مع قرينة البراءة، واعتبر كل مشتبه فيه أو متهم بارتكاب جريمة بريئا إلى أن تثبت إدانته بمقرر قضائي مكتسب لقوة الشيء المقضي به.

ويعد هذا المبدأ أحد ركائز الشريعة الجنائية أو شرعية الجرائم والعقوبات لأن تطبيق قاعدة " لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص" الذي يفترض براءة المتهم يتفق على أن الأصل في الأشياء الإباحة وأن الاستثناء هو التجريم وفقا لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات،[2]كما أنه لا يعتمد على رفض هذا المبدأ إلا على الحكم الجنائي الصادر من القضاء باعتباره الممارس الطبيعي للحريات ولأنه له وحده تحديد المركز القانوني للمحكوم عليه ويكون الإنتقاص من الحقوق والحريات مما جاء في الحكم من عقوبات تحمل معنى الإدانة للمتهم يقابل ذلك براءة المتهم إذا لم تثبت هذه الإدانة في حقه.[3]

وإعمالا لذلك، ذهب القضاء المغربي في مناسبات عديدة إلى رفع شعار البراءة في بعض القضايا معتمدا في ذلك على ما راج أمامه، أثناء مناقشة القضية وما خلص إليه من خلال اقتناعه الوجداني و

[1] - جميلة بوستاوق، الأسس الدستورية للعدالة الجنائية، دار الأفاق المغربية للنشر و التوزيع الطبعة الأولى 2019، ص. 141.

[2]- إدريس بلماحي، "أثر الإلتزامات الدولية في إعادة بناء القانون الجنائي، حقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني نموذجا"، ندوة السياسة الجنائية بالمغرب و اقع و أفاق، المجلد الثاني، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، العدد 4 سنة 2005، ص. 202.

[3]- علوي جعفر، "المعين في شرح القانون الجنائي العام فقها وقضاء"، دار القلم الطبعة الأولى 2010، ص. 54.

سلطته في تقدير الأدلة، مع استحضاره لما جاء به دستور 2011 والإتفاقيات الدولية في هذا الإطار أصدرت المحكمة الابتدائية بالقنيطرة حكمها " ذلك بكون الأصل في الإنسان البراءة عملا بالمبدأ المنصوص عليه في الفصل 119 من الدستور المغربي الجديد وم.1.ق.م.ج الذي جاء فيه " **حيث إنه مراعاة لما سلف من معطيات ... فقد ثبت للمحكمة، بصفة قطعية يقينية، بعد إعمالها لقواعد الإستدلال المباشر المبني على مفهوم التقابل بالتضاد بين مجمل القضأيا التي تنطوي على تلك المعطيات، كما هو مقرر في محله من علم المنطق، عكس ما تضمنته المحضران أعلاه، و اقتنعت، تبعا لذلك، اقتناعا وجدانيا صميما بعدم ثبوت جنحة حيازة المخدرات والإتجار فيها و استهلاكها في حق المتهم، مما يتعين معه القول بعدم مؤاخذته من أجلها، والتصريح ببراءته، عملا بالمبدأ المنصوص عليه في الفصل 119 من الدستور، والمادة الأولى من قانون المسطرة الجنائية، والقاضي بأن " الأصل في الإنسان البراءة** ".

وأخيــرا يرتكز هذا المبدأ على حماية أمن الفرد وحريته بين تحكم السلطة وتفادي ما قد يلحقه من ضرر إذا ما ثبتت براءته واتفاق هذا الأصل مع الإعتبارات الدينية والأخلاقية وتجنب الأخطاء القضائية .

ب: قرينة البراءة والخطأ القضائي:

يعد خضوع جميع أفراد الدولة الواحدة للمساءلة لما يرتكبونه من أخطاء أو أفعال ضارة بالغير من مبادئ قواعد العدالة و لا يستثني من هذه القاعدة أي أحد بمن فيهم رجال القضاء، و قد كان للقرار الصادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 23-03-2001 في قضية لاروش الأساس الذي بني عليه الخطأ الجسيم الموجب لمسؤولية مرفق العدالة من خلال التخلي عن كل معيار ذاتي يرتكز على سلوك أو تصرف القاضي ومنشأ لمعيار الموضوعية والتي تمكن بمرونة من إثارة المسؤولية، والذي جاء فيه " حيث إن الدولة ملزمة بتعويض الأضرار الناتجة عن سير مرفق العدالة، وأن هذه المسؤولية لا تثار فقط في الخطأ الجسيم و إنكار العدالة،و إنما يشكل خطأ جسيم كل نقص يشوب عملا من الأعمال يعكس عجز مرفق العدالة عن إذاء المهمة المنوطة به ".[1]

و لقد شهد المغرب، بفعل الإصلاح الدستوري لسنة 2011 دينامية جديدة بالغة الأهمية من جميع المستويات لم يشهد منها مستوى حقوق مرتفقي العدالة، و ذلك من خلال التكريس الدستوري

[1] **" - que constitue une faute lourde qui engage la responsabilité de l'Etat du fait du service public de la justice toute déficience caractérisée par un fait ou une série de faits traduisant l'inaptitude dudit service public à remplir la mission dont il est investi ; qu'en l'espèce, en refusant de constater que les magistrats en charge de l'information judiciaire avaient commis une faute lourde, tandis qu'il s'est, en définitive, avéré qu'ils avaient commis, cumulativement, et une erreur d'appréciation factuelle sur les conséquences de la saisie et de l'aliénation par eux décidée, et une erreur de droit sur la prescription des infractions susceptibles de justifier une future confiscation des biens saisis, la cour d'appel a violé l'article L. 144-1 du code de l'organisation judiciaire " Arrêt n°711 du 18 novembre 2020 (19-19.517) - Cour de cassation - Première chambre civile**.

لحقوق المتقاضين و قواعد سير العدالة، و إقرار بعض الآليات القانونية لتأمينها، من قبل التعويض عن الأضرار الناتجة عن الخطأ القضائي، و ذلك بالنظر إلى التنامي المهو ل لأعداد القضايا المحالة على المحاكم، والتي كشف ورود عدة أخطاء في الممارسة القضائية ترتبت عنها أضرار جسيمة لبعض مرتفقي القضاء، الأمر الذي أمسى يؤكد إحدى الحقائق المقلقة والمخفية، والنتيجة من هذا و ذاك، أن الخطأ القضائي لم يعد أمرا هامشيا أو ثانويا، بل أضحى أحد المخاطر اليومية الملازمة للعمل القضائي بمفهومه العام.

وأن المشرع الدستوري لسنة 2011 أقر التعويض عن الخطأ القضائي وذلك من خلال الفصل 122 منه،[1] باعتباره وسيلة لإصلاح و جبر الضرر المترتب عن هذه الأخطاء، وذلك من خلال إقرار تعويض مناسب لفائدة المضرور تؤديه الدولة باعتبارها المسؤولة عن تدبير شؤون العدالة و لها الحق في الرجوع على من تسبب في حصول الخطأ القضائي[2]، وقد قضت محكمة النقض بأنه " يكون قاضي الحكم مسؤولا مدنيا إذا ارتكب غشا أو تدليسا إضرارا بأحد الطرفين ومحاباته للأخر "،[3] على اعتبار أن الفصل 122 من الدستور أسس المسؤولية على الخطأ المفرقي و ليس الشخصي الذي تبقى إمكانية التعويض محصورة بموجب مسطرة المخاصمة، و هذا ما نحته المحكمة الإدارية بالرباط في حكمها عدد 1014 الصادر بتاريخ 20-03-2013 في الملف المدني رقم 171\11\2012 حين قضت بعدم اختصاصها لكون التعويض عن الخطأ الشخصي للقاضي لا يكون إلا في إطار الفصل 391 من ق.م.م و ليس في إطار الفصل 122 من الدستور.

كما اعتبر المجلس الدستوري أن " القاضي لا يسأل عن الأخطاء العادية التي يرتكبها عند قيامه بالإجراءات المسطرية أو عند إصداره للأحكام والتي من أجل تصحيحها وجدت درجات التقاضي وطرق الطعن، وهي أخطاء يحق لكل من تضرر منها الحصول على تعويض تتحمله الدولة، طبقا للفصل122 من الدستور".

وأنه في حالة صدور حكم بالبراءة فإن ذلك يستوجب تفعيل التعويض عن الإعتقال الإحتياطي في حالة صدور قرار نهائي ببراءة المعتقل، و هذا ما أكدته المحكمة الإدارية بالرباط في حكمها عدد 188 الصادر بتاريخ 23-01-2013 والذي جاء فيه " ..... من شروط التعويض عن الإعتقال الاحتياطي كصورة من صور

---

[1] - نص الفصل **122** من دستور **2011** " يحق لكل متضرر من خطإ قضائي الحصول على تعويض تتحمله الدولة.

[2] - في هذا الإطار قدم فريق الأصالة و المعاصرة بمجلس النواب مقترح قانون يتمم الباب التاسع من الكتب الأول من قانون المسطرة الجنائية يتعلق بالتعويض عن أضرار الإعتقال الاحتياطي في حالتي عدم المتابعة و البراءة، على أن يتم تحديد الضرر القابل للتعويض و مبلغ التعويض بولسطة خبرة لتحديد و تقييم الضرر الناتج عن الإعتقال الاحتياطي بما فيه الضرر المهني و تفويت فرصة .

مقترح قانون رقم **05.29.17** بتتميم الباب السابع من الكتاب الأول من ق . م .ج بفرع ثالث يتعلق بالتعويض عن الأضرار الإعتقال الاحتياطي في حالة عدم المتابعة أو البراءة بتاريخ **16-06-2017** تحت عدد **25** منشور على الموقع الإلكتروني **www.chambrederepresantants.ma**

[3] - قرار صادر عن غرفتين مجتمعتين بالمجلس الأعلى بتاريخ **29-07-1991** تحت عدد **248** ملف عدد **2255\90** منشور بمجلة الإشعاع عدد **7**، ص. **91** و مايليها.

الخطأ القضائي أن يكون خاطئا أو تعسفيا و نتج عنه ضرر مادي أو معنوي و لكي يكتسب صبغة الخطأ أو التعسف المرتب للمساءلة القانونية يتطلب إثبات براءة المعتقل احتياطيا بموجب حكم قضائي بات و نهائي ....."

لذلك يمكن القول أن أي انتهاك للمبدأ الدستوري المثمتل في قرينة البراءة يمكن أن يرتب المسؤولية المباشرة للدولة عن مرفق القضاء ، ناهيك عن عدم احترام بعض المبادئ الاخرى و التي تشكل قواعد المحاكمة العادلة أحد أعمدتها .

ثالثا: ضمانات المحاكمة العادلة:

إن حماية حقوق الإنسان هي المهمة الأولى والمقدسة للمجتمعات الديمقراطية المتقدمة والمحور الأساسي لدولة القانون،[1] وأن احترام الحق في محاكمة عادلة عامل أساسي لتحقيق كافة حقوق الإنسان الأخرى سواء تعلق الأمر بالحقوق المدنية أو بالحقوق الإجتماعية والإقتصادية أو الثقافية، ويمكن القول بأن هذه الضمانة هى القنوات أو الوسائل التى يمنحها القانون للشخص لكى يتمتع بموجبها بحقوقه وتحميها، وتكون له الحرية فى أن يستعمل هذه الوسائل أولا يستعملها دون أن يترتب على ذلك إخلالا بإلتزام قانونى.

و يعتبر موضوع المحاكمة العادلة أو المحاكمة المنصفة[2] والضمانات المتعلقة بها في الميدان الجنائي من أهم الانشغالات الحقوقية في مختلف الدول، حتى كاد يختزل المحاكمة العادلة في الميدان الجنائي فقط، وذلك لارتباطه في الأذهان بالمجالات ذات الصلة بالحرية وبتقييدها، علماً أن المحاكمة العادلة مطلوبة وضرورية في أي فرع من فروع العدالة، مدنية كانت أو جنائية.[3] كما أن هذا الحق تتابعه العديد من الهيئات

---

[1]- **PAUL TAVERNIER: « le droit a un procés équitable dans la juriprudence du comité des droits de l'homme des nations unies »rev. trim, N° 25,1996, P 3-22.**

[2] - يعتبر الحق في المحاكمة المنصفة من المفاهيم الحديثة نسبيا، بحيث لم يظهر كحق دي طبيعة دولية، يوقع التزامات متعددة على عاتق الدول الأطراف، إلا عقب الحرب العالمية الثانية، وعبر مواثيق الأمم المتحدة وبعض النصوص الأخرى.

والإنصاف عند أرسطو**Aristote** هو عدالة مثلى تصوب عدم عدالة القانون، إدا أفضى في حالة محددة إلى نتائج جائرة تبعا للعبارات العامة لنص لم يتقع الإمكانيات جميعها، وهو عند طاليس **Thalise Milet** عودة إلى القانون الطبيعي، وهو عند ديسانس **Desens** نداء إلى المبادئ السامية وإلى العدالة العالمية، وترويض للقانون باسم العدل الطبيعي، ووفق مايراه الضمير وما يشعر به الإنسان في أعماقه أنه عدل.

وتعبير*المحاكمة المنصفة* يجسد الترجمة الحقيقية باللغة الانجليزية لعبارة **Trial Fair** وباللغة الفرنسية لعبارة **Le Proces equitable** وهو بذلك التعبير الدقيق، ولهذا فالفقه الفرنسي لم يسميها ب **Le Proces Juste** التي هي ترجمة حرفية للمحاكمة العادلة، غير أن هدا التمييز بين المفهومين (العدل\ الإنصاف) لا يعني الفصل بينهما فصلا صارما فهما مترابطان دوما في دهن القاضي عند تقدير للحلول القانونية للمزيد من الإيضاح راجع:

-**Fabienne Quillere -Majzoub *le droit a un proces equitable * these de doctorat en droit ; Rennes 1, 1998 , p 16**

[3] - تقديم مجلة الشؤون الجنائية" العدالة الجنائية وضمانات المحاكمة"، العدد **3** يناير **2020** ص. **28**.

والآليات الدولية المهتمة بحقوق الإنسان. ويأتي مصدر الإنشغال من كون مجال ونطاق المحاكمة العادلة يخص قضايا بالغة الدقة والخطورة، تنصب على حقوق أصيلة وجوهرية، في مقدمتها الحق في الحياة والأمن والسلامة والحرية والكرامة الإنسانية. وأن الحق في المحاكمة عادلة حقا طبيعيا و شخصيا، ذو طبيعة عامة و سمة عالمية، يثمتل في ضمان الدولة في توقيع العقاب وحقوق المشتبه فيهم أو المتهمين التي يخولها لهم القانون.[1]

وأن الحق في محاكمة عادلة لا تهم فقط المحاكمة أمام قضاء الموضوع بل تخص كذلك المراحل السابقة عن المحاكمة والمتمثلة في مرحلتي البحث التمهيدي والتحقيق الإعدادي، و كذا مرحلة تنفيذ العقوبة، لذلك نجد أن الحق في محاكمة عادلة يحضى بمكانة خاصة كرستها الصكوك الدولية المرتبطة بحقوق الإنسان بدءاً من الإعلام العالمي لحقوق الإنسان، مروراً بالعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، وصولاً إلى اتفاقية مناهضة التعذيب وغيرها من الإعلانات والقواعد والمبادئ الدولية ذات الصلة بحقوق الإنسان.

والمملكة المغربية باعتبارها عضواً نشيطاً في المجتمع الدولي، تسعى نحو بناء صرح مجتمع تصان فيه حرية الأفراد ويتحقق فيه الإستقرار وتحمى فيه المصلحة العامة. فقد نص دستورها في صلب ديباجته على أن المملكة المغربية تتعهد بإلتزام ما تقتضيه مواثيق المنظمات الدولية من مبادئ وحقوق وواجبات، وتؤكد تشبتها بحقوق الإنسان كما هي متعارف عليها عالمياً، كما تلتزم بحماية منظومة حقوق الإنسان والإسهام في تطويرها مع مراعاة الطابع الكوني لتلك الحقوق وعدم قابليتها للتجزيئة.[2]

وفي إطار وفاء المغرب بإلتزاماته الدولية ذات صلة بحقوق الإنسان خاصة منها تلك المتعلقة بالعدالة الجنائية وضمانات المحاكمة العادلة، فقد حرص على إحداث مجموعة من المؤسسات التي تعتبر من ركائز دولة الحق والقانون، وكذا إصدار قوانين جديدة أو تعديل قوانين أخرى تلائم هذا التوجه. من خلال التوجهات الكبرى مشروع مراجعة قانون المسطرة الجنائية فيا يلي:

تعزيز وتقوية ضامنات المحاكمة العادلة، من خلال إقرار مجموعة من المبادئ المتعارف عليها دوليا في مجال المحاكمة العادلة إلى جانب مبدأي احترام قرينة البراءة وتفسير الشك لفائدة المتهم المنصوص عليها في المادة الأولى من قانون المسطرة الجنائية، خاصة المبادئ الواردة في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والعهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية كالمساواة أمام القانون والمحاكمة داخل أجل معقول واحترام حقوق الدفاع وضمان حقوق الضحأيا والمشتبه فيهم المتهمين والمحكوم عليهم والشهود والخبراء والمبلغين

[1] - الحسين بكار– ضمانات المحاكمة العادلة خلال مرحلتي البحث التمهيدي والتحقيق الإعدادي ، مطبعة الأمنية، ط، 1. سنة 2020، ص. 9 و10.

[2] - تصدير دستور المملكة المغربية الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.91 الصادر في 29 يوليو 2011.

واحترام قانونية الإجراءات وخضوعها لمراقبة السلطة القضائية ومراعاة مبادئ الحياد وصحة وشرعية الإجراءات المسطرية والحرص على التأكد من جدية الوشايات والشكأيات مجهولة المصدر من قبل الشرطة القضائية والنيابة العامة قبل مباشرة الأبحاث الجنائية بشأنها تفاديا لآثار الوشايات الكيدية والتنصيص صراحة على احترام قرينة البراءة وحرمة الحياة الخاصة وكرامة الأشخاص خلال مباشرة الإجراءات السطرية.[1]

إن إقامة العدالة الجنائية تقتضي إقرار الضمانات التي تكفل تحقيقها و تكفلها الدساتير والتشريعات الوطنية، ومنه أن يحاكم الفرد أمام قاضيه الطبيعي، داخل محكمة محايدة ومستقلة، خلال محاكمة منصفة[2] تهدف إلى حماية الكيان الإنسان المادي والمعنوي، سواء أكان مشتبها فيه أو متهما أو فردا عاديا، فهي تهدف إلى حمأية الحرية الشخصية للمشتبه فيه ومنها ما يستهدف حرمة.

وانطلاقا من مقتضيات المادة السادسة من الإتفاقية الأو روبية لحقوق الإنسان والتي حددت الضمانات الإجرائية لضمان المحاكمة العادلة التي تعد عنصرا أساسيا في المواد الجنائية في المبادئ التالية:

- مبدأ تكافؤ الأطراف أو الخصوم.
- استقلال المحكمة و نزاهتها.
- تعليل الأحكام القضائية.
- علنية المحاكمة و في خلال مدة معقولة.

و لقد تدخل المشرع المغربي من خلال تعديلات لسنة 2011 بمقتضى القوانين رقم 10-36 و 10-37 و 11-35 فأتى بمستجدات تهم ضمانات إجرائية أخرى فهو بالإضافة إلى ارتقائه بمبدأ قرينة البراءة وحق الدفاع إلى المرتبة الدستورية بمقتضى دستور 2011، و قيامه بتعزيز و تدعيم حقوق و حريات الأفراد سواء كانوا متهمين أو ضحأيا أو شهود أو خبراء، لاسيما خلال مرحلة البحث التمهيدي، كتقوية حق الإتصال بالمحامي والحق في الصمت و حمأية المبلغين والشهود والخبراء والضحأيا، قام بترسيخ الحق في المحاكمة العادلة بالنسبة لجميع المواطنين كواحد من أهم المبادئ الدستورية بالمغرب،[3] و هذا ما أكده المجلس الدستوري في قراره الدي جاء فيه (... لئن كانت مقتضيات القانون رقم 01-129 القاضي بتغيير المادة 139 من قانون المسطرة الجنائية أتت بضمانات من شأنها الإسهام في صيانة حقوق الدفاع في مرحلة

[1] - هشام الملاطي - نحو ورش طموح لإصلاح منظومة العدالة الجنائية بالمغرب- مقال منشور بمجلة الشؤون الجنائية العدد 3 يناير 2020، ص. 7.

[2] -Cons. Const . 29-09-2010 (n°2010 -38 QPC) « sont garantis par l article 16 de la declaration de 1789 le droit des personnes interssees a exercer un recours juridictionnel effectif,le droit a un proces equitable , ainsi que les droits de la defense » , in www.conseil-constitutionnel.fr

[3] - نص المشرع الدستوري في الفصل 23 منه على مايلي (قرينة البراءة و الحق في المحاكمة العادلة مضمونان) و أكد في الفصل 120 منه على أنه (لكل شخص الحق في محاكمة عادلة و في حكم يصدر في أجال معقولة).

التحقيق، فإن امتداد مفعول الأمر بعدم تسليم محضر الشرطة القضائية و باقي وثائق الملف، كليا أو جزئيا، إلى محامي المتهم ومحامي الطرف المدني، و عدم انتهائه إلا عشرة أيام قبل بدء الإستنطاق التفصيلي، من شأنه أن يخل بمبدأ التوازن بين حسن سير التحقيق و حسن ممارسة حقوق الدفاع، الذي يعد من ضمانات المحاكمة العادلة، مما يجعل القانون رقم 01- 129 المذكور، من هذه الوجهة غير مطابق للدستور).[1]

كما أقرت المحكمة الأو روبية على مبدأ المحاكمة العادلة من خلال مبدأ توزاي الأسلحة والذي يعني أن لكل طرف في الدعوى الحق في عرض قضيته بشكل غير منقوص بالمقارنة مع الأطراف الأخرى[2]،بغية الحصول على حكم معلل تعليل منطقي للواقع و القانون .

رابعا: تعليل الأحكام الجنائية:

يشكل تعليل الأحكام الجنائية ضمانة حقيقية في مجال إقرار الحقوق والحريات و ضمان رقابة قضائية من طرف محكمة الطعن فعالة و عميقة، ذلك أن التعليل يحمل على الإقناع والإقتناع و ضمان حق الدفاع والحد من السلطة التقديرية للمحكمة ومغالاتها، و يضمن توحيد الحلول القضائية مما يجنبها كل تعسف و ارتجال و يعزز الرقابة القضائية على أسباب و حيثيات الأحكام.[3] وأن الإلتزام بالتعليل يتصل بحسن سير جهاز العدالة، و تدعيم الثقة في القضاء و ضمان محاكمة عادلة، فإن ذلك يحتاج إلى عناية خاصة للوصول إلى عدالة القرن الحادي والعشرين، و ذلك نظرا لطبيعة المصلحة التي يحميها الحكم الجنائي و أثاره الخطيرة على حقوق الإنسان والحريات العامة التي قد تترتب عنه.[4]

و تتجلى أهمية التعليل في كونه من أعمدة العدالة و دين على القاضي واجب أداءه نحو المتقاضين، كما أنه ضمان لحياد القاضي و عدم ميله، لأن العدالة تستوجب أن يحاكم الناس جميعا على قاعدة واحدة، ومن الحيف تطبيق قرارات مختلفة على نفس الوقائع بحيث أن القاضي و عندما يتمثل للأحكام التي سبق إصدارها فإنه يطبق نظاما واحدا للعدالة تحقيقا لمبدأ المساواة، كما أن التعليل ضمان احترام حقوق الدفاع و وسيلة لحمأية القاضي لما يقع عليه من ضغوط، و يؤدي إلى إقناع الرأي العام بعدالة قضائية والى إغناء الفكر القانوني و تقدمه.

---

[1]- قرار المجلس الدستوري رقم **821** بتاريخ **19** نونبر **2011** منشور بالموقع الإلكتروني للمحكمة الدستورية، -**https://cour-constitutionnelle.ma**

[2] -**Jean Pradel , Geert Corstens Gert Vermeulen," Droit penal europeen ", Dalloz 3 ed 2009 p 377.**

[3] - جمعية عدالة من أجل الحق في محاكمة عادلة، الحماية القضائية للحقوق والحريات الأساسية، مطبعة دار القلم الرباط، سنة **2015** ص. **220**.

[4] - عبد الحي وردي – تعليل الأحكام الجنائية و متطلبات الأمن القضائي - أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص جامعة سيدي محمد بن عبد الله فاس، السنة الجامعية **2018-2019**، ص. **2**.

و لقد ازدادت أهمية التعليل في الأنظمة القانونية المعاصرة بعد أن ساد المواد الجنائية نظام الإثبات الحر و أصبح القاضي الجنائي يتمتع بحرية واسعة في تكوين اقتناعه، و لذلك لم يعد يكفي مجرد الإلتزام بالتعليل، و لكن يجب أن يأتي التعليل وفق قواعد معينة، تكفل تحقيق الغرض الذي وجد من أجله و قد انعكس هذا على تسبيب الأحكام فأبح ذو طبيعة منطقية تتلاءم مع طبيعته القانونية، و تتلاءم مع مبادئ و شروط المحاكمة العادلة، ومن بين أهم الشروط الأساسية لتحقيق الجودة في الأحكام القضائية و ضمان إجراءات محاكمة عادلة، بما يترتب عنهما من تحقيق للأمن القضائي، هو تعليل الأحكام والقرارات الصادرة عن مختلف محاكم المملكة.[1]

لذالك نجد أن المشرع المغربي لم يعف القاضي[2] من ضرورة تعليل حكمه للوقوف على أسبابه و أساس تكوين اقتناعه، كما أنه في نطاق السلطة التقديرية لتقدير الأدلة لم يتوانى عن تنظيم حدودها حسب ضوابط شروط معينة، وأن القاضي ملزم بإظهار الأسباب التي ارتكز عليها حكمه من خلال الكشف عن الظروف الواقعية التي وقعت فيها الجريمة و كذا التكييف القانوني للأفعال المجرمة، ووسيلة أو وسائل الإثبات المعتمدة، ومناقشة أو جه الدفاع والرد عليها.[3]

و حسنا فعل المشرع الدستوري عندما جعل من تعليل الأحكام مبدأ دستوريا حيث نص في فصله 125 من دستور 2011 على أن " تكون الأحكام معللة و تصدر في جلسة علنية وفق الشروط المنصوص عليها في القانون "، وبالتالي يكون تعليل الحكم الجنائي قاعدة دستورية، و هذا ما عززته محكمة النقض في العديد من قراراتها المتعلقة بنقصان التعليل انتهت إلى أن الحكم الغير المعلل أو ناقص التعليل يكون باطلا ومعرضا للنقض، من ذلك مثلا القرار عدد 1926 الصادر بتاريخ 25.10.2019 في الملف الجنح ي عدد 25337\2\6\2019 الذي جاء فيه "... **بناءا على المادتين 365 و 370 من قانون المسطرة الجنائية و بمقتضاهما يجب أن يكون كل حكم أو قرارها معللا من الناحتين الو اقعية والقانونية وإلا كان باطلا".**

[1] - عبد الحي وردي – تعليل الأحكام الجنائية و متطلبات الأمن القضائي، مرجع سابق، ص. **22**.

[2] - إن المحكمة لما قضت بإدانة الطاعن من أجل المنسوب إليه، دون أن يتضمن تعليلها ما يفيد أنها عرضت أثناء الجلسة حجج الإثبات ووسائل الاقتناع التي اعتمدتها، و أنه تمت مناقشتها شفهيا و حضوريا بتفاصيلها الواردة فيه مع الطاعن و باقي أطراف الدعوى في الجلسة العلنية، كجزء رئيسي في بحث القضية و تحقيقها النهائي، تطبيقا لمقتضيات المادة **387** من قانون المسطرة الجنائية، ثم تعمل بعد ذلك سلطتها في تقييم العناصر التي تستخبصها مما ذكر لتكوين اقتناعها بما تقضي به، يكون قرارها ناقص التعليل الموازي لانعدامه قرار محكمة النقض عدد **582** المؤرخ في **18-05-2016**، ملف جنائي عدد **10512\6\1\2014**.

[3] - **Adolphe Touffait et Andee-Truc:" pour une motivation plus explicite decision de justice notamment de celles de la cours de cassations ". revue de droit trimestreille de droit civil 1974 n 3 p 487**.

و هكذا فإذا كان التعليل واجب على المحكمة، فإنه من حق الأطراف معرفة الأسباب الواقعية والقانونية التي تقوم عليها الحكم الصادر عن محكمة الموضوع سواء كان في مصلحتهم أو ضدهم، فالتعليل هو مظهر اطمئنان الناس للسلطة القضائية ومعيار لحسن سير العدالة، وجود الأحكام الجنائية، و عن طريقه يتعزز الأمن القضائي ومن خلاله تتحقق وسائل الرقابة على هذه الأحكام من طرف المحاكم الأعلى درجة.

وأن الإلتزام بالتعليل يعد أداة إقناع و وسيلة اطمئنان، لذا وجب على القضاة الإلتزام به، فالحكم دون بيان أسبابه يكون منعدما، فعن طريق الأسباب يتضح الاقتناع الذاتي للقاضي و يكون مبنيا على أسس موضوعية يقينية تبرر صدور حكمه في الواقع والقانون، مما يتضمن حسن سير جهاز العدالة و يدعم الثقة في القضاء، و بذلك فإن طبيعة التعليل تعد ضمانة للمتقاضين و واجبا على القضاة و ذلك بحكم أنها تتصل بحماية الحقوق الفردية والحريات الشخصية، و هي التي تضمن صحة و فعالية إذاء القضاء لوظيفته الجوهرية ألا و هي إقامة العدل.[1]

خامسا: بعض الحقوق المنصوص عليها دستوريا والمضمونة جنائيا:

إن الإنسان في نظر القانون عبارة عن مجموعة من القيم، و كل قيمة من هذه القيم تستمد وزنها من مدى تعلق الإنسان بها و حرصه على صيانتها، و لذلك فإن الإنسان هو المحور الذي يدور معه النظام القانوني برمته في سبيل تحقيق الحماية التي ينشدها القانون.

وأن الحقوق المدنية والسياسية بصفة إجمالية لا تتطلب من الدولة رصد الإمكانيات المادية للاستجابة إليها، لأن الحق في الحياة و حرية الرأي والتعبير ومبدأ المساواة ... إلخ لا يتطلب من الدولة إلا الإرادة السياسية لهذا المبدأ، أما الحقوق الاقتصادية والإجتماعية والثقافية مثل الحق في الصحة والحق في التعليم والتي تنتمي إلى الجيل الثاني والجيل الثالث تتطلب رصد ميزانية وموارد و تخطيط، وبالتالي فهي حقوق يقع تنفيذها على مراحل و تتطلب دراسات و استراتيجيات على اعتبار أنها تتطلب التزامات إيجابية.

و قد أجمع الباحثون على أن الحقوق السياسية والمدنية هي أساس وجود الإنسان حيث أنه لا يمكن أن يتمتع بحقوق أخرى إذا لم تتوافر تلك الحقوق، و لا يمكن لأي نظام ديمقراطي القيام إلا بتكريس هذه الحقوق من خلال دستور الدولة وتفعيلها الواقعي لضمان ديمقراطية الدولة.[2]

---

[1] - علي محمود علي حمودة: النظرية العامة في تسبيب الحكم الجنائي في مراحل مختلفة"دراسة مقارنة الطبعة الاولى سنة 1994، ص. 129.

[2]-شكل الإعلان العالمي لحقوق الإنسان خطوة أولى للعديد من الإتفاقيات والعهود من بينها الإتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان 1950 والعهدان الدوليان لحقوق الإنسان 1966 والإتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان 1969 والميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب 1981 وكذلك الميثاق العربي لحقوق الإنسان 1994، لكن اعتبركثيرون العهود الدولية المنبثقة عن الإعلان العالمي لحقوق الإنسان هي المرجعية القانونية الدولية بمثابة قواعد قانونية ملزمة للدول الأعضاء فمن ذلك اعتمدت الجمعية العامة للأمم المتحدة العهدين الدوليين سنة 1966 واعتبرتهم جزءا من الشرعية الدولية لحقوق الإنسان، وحدد العهدان الدوليين المبادئ والقيم الأساسية ومن بين تلك المبادئ التمتع بحقوق الإنسان والحريات الأساسية.

هذا، ولم يغيب المشرع المغربي هذه الحقوق عن دستوره، بل شكلت أساس الحقوق القائمة عليها، لأن التشريع يسعى إلى تطوير نظام سياسي في ظل حداثة الديمقراطية العالمية وتأكيده على التشبث ببناء دولة ديمقراطية يسودها الحق والقانون.

أولا : الحقوق المدنية:

يتمتع الفرد بهذه الحقوق بصفته فردا في المجتمع وهي حقوق تختلط فيها الحريات بالحقوق، وذلك اعتبارا للمعنى الواسع، الذي يقصد من الحريات، التي تشكل بدورها حقوقا للإنسان بالمعنى الواسع، ونظرا للصعوبة في التعريف، فإن كثيرا من الباحثين يستعيضون عن ذلك بتعداد مضمون ومكونات أنواع الحقوق والحريات.[1]

غير أن المشرع لم يخصص في فصلا خاصا يوضح فيه بشكل خاص الحقوق المدنية، إلا أنه جاء بالعديد من النصوص الدستورية في الباب المتعلق بالحقوق والحريات، ليؤكد بذلك اهتمامه بهذه الحقوق داخل المنظومة الدستورية في الفصول من 20 إلى الفصل 24 من دستور 2011 ، والتي تضمنت الحق في الحياة "أولا" باعتباره يعد أسمى الحقوق وفي فلكه تدور باقي الحقوق الأخرى، أي أنها تدور معه وجودا وعدما.

أثناء المناقشات حول هذين العهدين، برزت فكرة وضع اتفاقية واحدة لحقوق الإنسان أو اتفاقيتان، أحدهما للحقوق المدنية والسياسية، والأخرى للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، وتغلبت في ذلك فكرة وضع اتفاقيتين، مع إعطاء الحرية للدول على التصديق عليهما أوعلى أحدهما.

العهد الدولي للحقوق السياسية والمدنية أقرته الجمعية العامة في **16-12-1966** وبدأ نفاذه في **23-03-1976** بعد ثلاثة أشهر من تاريخ إيداع صك التصديق على العهد، انضمت إليه **132** دولة ويتألف العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية من ديباجة و**53** مادة.

ولقد حرص القسم الأول من العهد،على تأكيد حق الشعوب في تقرير مصيرها بنفسها، وحريتها في السعي لتحقيق إنمائها الاقتصادي والاجتماعي والثقافي، بينما اتجه القسم الثاني إلى إقرار تعهدات كل دولة طرف على احترام الحقوق المعترف بها في العهد، وكفالتها لجميع الأفراد الموجودين في إقليمها والداخلين في ولايتها، اما القسم الثالث من العهد، فقد اتجه إلى إقرار الحق في الحياة، وعدم جواز إخضاع أحد للتعذيب أوللعقوبة القاسية واللاإنسانية، وتؤكد باقي نصوص الجزء الثالث في العهد من المواد **10** إلى **27** على حرية الإنسان السياسية والمدنية، ومن أهمها حقه في حرية الفكر والدين، وحرية الرأي والتعبير، وفي المساواة أمام القضاء، وعلى حق كل فرد في المشاركة في إدارة الشؤون العامة، وحقه في الانتخاب، وحق الأقليات في التمتع بمكانتهم الخاصة والمجاورة لهم.

وركز القسم الرابع وحتى السادس من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية على الآليات التي تضطلع بمهمة مراقبة تنفيذ ما ورد فيه، حيث تنص المادة **40** منه" يلتزم الأطراف في العهد بتقديم التقارير المتعلقة بالتدابير المتخذة من قبلها، والخاصة بتجسيد تطبيق الحقوق المنصوص عليها في هذا العهد للجنة المعنية بحقوق الإنسان"،للمزيد من التفاصيل أنظر:

- عماد محمد فوزي ملوخية، "حقوق الإنسان وحرياته العامة وفقه المتغيرات السياسية"، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية مصر سنة **2015** ، ص. **20**.

[1] - محمد الأعرج -الحريات والحقوق الأساسية في تطبيقات القضاء الإداري المغربي المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، **2018**.ص **242**.

أ: الحق في الحياة والسلامة البدنية:

إذا كانت البشرية عبر ثقافاتها وأرصدتها الفكرية المتعاقبة في التاريخ قد انتهت إلى جعل مسألة حقوق الإنسان إحدى المقومات الأساسية لقيام المجتمعات المتحضرة، فقد خلص جمهور عريض من المدافعين عن هذه الحقوق في مختلف أنحاء المعمور إلى جعل الحق في الحياة على رأس هذه الأخيرة، معتبرين أن واجب حمايته لا يحده أي اعتبار كيف ما كان نوعه، فرفعوا مطلب إنكار ومناهضة كل فعل يرمي إلى سلب شخص ما، حقه في الحياة حتى لو تعلق الأمر بعقوبة شرعها القانون كعقوبة الإعدام.[1]

1: الحق في الحياة:

يعد الحق في الحياة من أعظم حقوق الإنسان، ضمنته التعاليم السماوية،[2] وكرسته المبادئ الفلسفية، والتيارات الفكرية، وأمسى حقا كونيا، تصدى لحمايته التشريع الدولي المتعلق بحقوق الإنسان، من خلال ما تضمنته العديد من العهود والمواثيق الدولية[3]، الهادفة إلى حماية الكائن البشري، في مواجهة جبروت المجرمين، وتعسف السلطة، وظلم الحاكمين.[4]

فلا يستطيع أن ينكر أي إنسان كيف ما كانت مرجعيته العقائدية أو الفلسفية أو الفكرية، أن أقدس حق يتمتع به الكائن البشري هو الحق في الحياة، هذا الحق الذي أبدعت النظريات الفلسفية والقوانين الوضعية في السمو به فوق كل الحقوق إلى أن جعلت منه حقا مطلقا لا يوازيه في ذلك حق أخر،

---

[1]-عبد الوهاب الشيشاني، حقوق الإنسان و حرياته الأساسية في النظام الإسلامي و النظم المعاصرة،الطبعة الأولى **1980**، الرياض ، المملكة العربية السعودية، ص. **35**.

[2] يقول الله تعالى في محكم أياته في سورة المائدة الآية **32** ﴿ مِنْ أَجْلِ ذَٰلِكَ كَتَبْنَا عَلَىٰ بَنِي إِسْرَائِيلَ أَنَّهُ مَنْ قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعا وَلَقَدْ جَاءَتْهُمْ رُسُلُنَا بِالْبَيِّنَاتِ ثُمَّ إِنَّ كَثِيرًا مِنْهُمْ بَعْدَ ذَٰلِكَ فِي الْأَرْضِ لَمُسْرِفُونَ ﴾

[3] - عقوبة الإعدام في المواثيق الدولية:

الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام**1948**: كان للإعلان لحقوق الإنسان الذي أصدرته الجمعية للأمم المتحدة عام **1948** م السبق في المواثيق الدولية بالنص على حق الإنسان في الحياة حيث أشارت المادة الثالثة منه على أنه: "لكل فرد الحق في الحياة والحرية وفي الأمان على شخصه".

العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية عام **1966**، والبروتوكول الملحق به، حيث نصت المادة السادسة منه على أنه: " لا يجوز في البلدان التي لم تلغ الإعدام، أن يحكم بهذه العقوبة إلا جزاء على أشد الجرائم وفقا للتشريع النافذ وقت ارتكاب الجريمة وغير مخالف لأحكام هذا العهد ولإتفاقية منع جريمة الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها، ولا يجوز تطبيق هذه العقوبة إلا بمقتضى حكم نهائي صادر عن المحكمة المختصة".

انظر في هذا الشأن:

الشافعي محمد بشير، "قانون حقوق الإنسان مصادره وتطبيقاته الوطنية والدولية"، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط، الثالثة **2004**.

نعمان عطا الله إلهيتي، "حقوق الإنسان – القواعد والآليات الدولية"، دار ومؤسسة رسلان، ط، الأولى **2007**.

[4] -الدكتور محمد الإدريسي العلمي المشيشي، "دراسة حول ملاءمة مشروع القانون الجنائي مع المبادئ والقواعد المعتمدة في منظومة حقوق الإنسان"، منشورات المجلس الوطني لحقوق الإنسان، مطبعة المعارف الجديدة – الرباط، ط الثانية **2012**، ص. **56**.

فهو أول الحقوق التي يتمتع بها الإنسان، لذا فلا يجوز حرمانه منه، إلا طبقا لما يقتضيه القانون والمصلحة العامة و بعد إتمام كافة الإجراءات والضمانات التي تنص عليها القوانين .

وخلافا للدساتير المغربية السابقة التي لم تهتم بالجانب المرتبط بالحماية الجنائية للحقوق والحريات، فقد اتجه دستور 2011 من خلال الفصل 20 من دستور 2011 الذي جاء فيه " **الحق في الحياة هو أول الحقوق لكل إنسان. ويحمي القانون هذا الحق**" نحو تجريم أفعال تؤدي إلى المساس بها والمعاقبة عليها، كما هو الشأن بالنسبة للممارسات والأفعال الماسة بالحق في الحياة، الشيء الذي يؤكد كون هذه الحماية مرتبطة بالدستور و بالشرعية الدستورية أساسا و ليس بالقانون الجنائي فقط .[1]

ومن هذا المنطلق، يعتبر تجريم ومعاقبة كل أشكال الإعتداء على الحياة أمرا ملاءما لمبادئ حقوق الإنسان، باعتبار أن القانون الجنائي يتولى حماية الأرواح والأجساد والأعراض، و لكون الروح تأتي في مقدمة القيم التي يسعى المشرع إلى حمايتها و صيانتها و سلامتها[2] فالقانون الجنائي المغربي أضفى الحماية على هذه الحقوق منذ تكون الكائن البشري جنينا في أحشاء أمه، حيث يمتنع الإعتداء عليه بإجهاضه و بدون عذر مسند على ضرورة و هذا سواء من طرف الحامل (الفصل 454 ق.ج) أو من طرف الغير كالطبيب ومن حكمه (الفصل 449 ق.ج).

و تبلغ هذه الحماية مداها أثناء حياة هذا الكائن و بعد خروجه من رحم أمه، حيث يحضر الإعتداء على حقه في الحياة القتل بنوعية العمدي (الفصل 392 ق.ج وما بعدها)، غير العمدي (الفصل 432 ق.ج) و على سلامته الجسدية والصحية (الأيذاء بنوعية العمد) الفصول 400 وما بعدها، الخطأ (الفصل 433 ق.ج).

و تستمر هذه الحماية إلى ما بعد وفاته و أيداعه في لحده، حيث الإعتداء على جثث الموتى يكون فعلا مجرما، كالتمثيل بها . أي الجثث . أو توليثها أو ارتكاب أي عمل وحشي أو بديء عليها (الفصل 271 ق.ج) أو استخراجها خفية من أجداثها (الفصل 270 ق.ج) بل إن المقابر التي تحتوي مجرد رفات هذه الجثث لها حرمة لا يجوز المساس بها فيمتنع تهديمها أو تلويثها (الفصل 268 ق.ج).و يترتب أيضا عن الطابع المقدس لحق الحياة أن رضى الضحية لا يعتد به في نطاق القانون الجنائي، فلا يمكن للإنسان أن يفوض لأخر صراحة أو ضمنيا، بصورة مباشرة أو غير حق التصرف في حياته، و هذا يعني أن القتل الناتج عن المبارزة و كذا القتل بدافع الشفقة يعاقب عنها من حيث المبدأ.

---

[1] - أحمد بوز- القانون الدستوري لحقوق الإنسان دراسة في الحماية الدستورية للحقوق والحريات في المغرب والتجارب المقارنة-، مطبعة شمس برنت سلا، الطبعة الاولى **2020**، ص. **127**.

[2] - محمد الادريسي العلمي المشيشي - دراسة حول ملاءمة مشروع القانون الجنائي مع المبادئ و القواعد المعتمدة في منظومة حقوق الإنسان منشورات المجلس الوطني لحقوق الإنسان سلسلة الدراسات، مطبعة المعارف الجديدة **2012**، ص. **157**.

لذلك فإن الحق في الحياة باعتباره حق دستوري مطلق لا يمكن أن يطاله أي استثناء، بل يجب على المشرع الدستوري حماية هذا الحق من أي مس أو انتهاك من خلال الإشارة إلى تدابير تحد من استخدام عقوبة الإعدام، ذلك أن الحفاظ على الحق في الحياة يستدعي شطب هذه العقوبة من جميع فصول القانون الجنائي و ذلك إمعانا في الملاءمة مع مبادئ حقوق الإنسان من جهة،[1] وأن المجتمعات التي تطبق فيها عقوبة الإعدام، ولا تحترم فيها الدولة بنفسها الحق في الحياة، أقل ميلا لاحترام هذا الحق، ويسجل بها ميل أكبر إلى ارتكاب أفظع الجرائم وأكثرها وحشية.

فليس إذن لعقوبة الإعدام أي تأثير رادع، بل على العكس من ذلك، فهي تغذي دائرة العنف التي تحاصر المجتمع، الذي يتبنى منطق الإنتقام كإطار جنائي. هذا ما نستشفه أيضا من انخفاض معدلات جرائم القتل في الدول التي ألغت عقوبة الإعدام. لذلك فمن المستحيل، إذن، استنتاج أي فعالية لعقوبة الإعدام من جهة ثانية.

لكن على الرغم من تقرير هذا الحق في الوثائق الدولية والإقليمية والتشريعات الداخلية للدول والتي يعتقد الكثير انه حق مصان لكل الأفراد في دول العالم، لكن الحقيقة غير ذلك فالنظرة الفاحصة لحقائق الأمور توضح أن المشرع الجنائي المغربي سواء في القانون الجنائي أو في المشروع المتعلق به لا زال يحتفظ بعقوبة الإعدام، وأن كان قد قلص من عدد الجرائم التي تنطبق عليها هاته العقوبة.

2: الحق في السلامة الشخصية:

بعد أن تم الإرتقاء بحقوق الإنسان من الجانب النظري الأخلاقي إلى الجانب القانوني الوضعي، منذ ذلك الحين أصبحت مواضيع حقوق الإنسان تحظي باهتمام كبير من جانب الباحثين، و لاشك أن هذا الإهتمام المتزايد بها على المستويين الدولي والوطني يرجع بدرجة كبيرة إلى قيمة الفرد، والتي قررت هذه الحقوق والحريات من أجله بغية صيانة كرامته ووجوده الإنساني،[2] و هذه الحقوق ليست من نوع واحد بل

[1] - محمد الادريسي العلمي المشيشي - دراسة حول ملاءمة مشروع القانون الجنائي مع المبادئ و القواعد المعتمدة في منظومة حقوق الإنسان، مرجع سابق، ص. **159**.

[2] -محمد أكعبون، المؤسسات الوطنية لحقوق الإنسان بالمغرب – المجلس الوطني لحقوق الإنسان نموذجا – رسالة لنيل شهادة الماستر في القانون العام، جامعة المولى إسماعيل، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الإجتماعية بمكناس، السنة الجامعية **2011/ 2012**، ص. **1** .

هي حقوق متنوعة كالحق في تقرير المصير، والإنصاف بين الأجيال[1]... والحق في العمل، والتعليم[2]... والحق في الحياة، والحق في السلامة الجسدية...[3].

و يمكن اعتبار الحق في السلامة الجسدية من بين أهم حقوق الإنسان، كما يعد من أول الحقوق الجديرة بالحماية والرعاية بعد الحق في الحياة، ذلك أن الجسم هو الوعاء الذي تصب فيه هذه الحياة، وهو الكيان المادي الذي يباشر الإنسان من خلاله وظائفه، و قد ينال هذا الوعاء مساسا بسلامته بصورة تقليدية تعرف في النظم العقابية بجرائم الإيذاء، أو الجرح، أو الضرب...، بيد أن هناك صورة أخري تتسم بالخطورة تنال من سلامة الجسم تباشرها بعض النظم العقابية بشكل غير مشروع، عبر استخدام قدر من القسوة على جسم الإنسان، قد تبررها في بعض الأحيان بحقها في اتخاذ إجراءات كشف الحقيقة،[4] و نظرا لخطورة هذه القسوة التي قد تنقلب إلى تعذيب ممنهج من قبل بعض رجال السلطة فقد أصبح هذا السلوك مجرما، ومشكلا بالتالي لجريمة التعذيب.

و لقد ورد هذا الحق في الوثائق الدولية والإقليمية المتعلقة بحقوق الإنسان، أما الدساتير الوطنية فقد حرصت على التأكيد عليه باعتباره من الحقوق الدستورية، من خلال الفصل 22 من دستور 2011[5] الذي يؤكد كون أن الترسانة القانونية لحظر التعذيب في المغرب قد تعززت بعد إفراد المشرع الدستوري لفصل صريح يجرم التعذيب بمختلف أشكاله في الباب الثاني المخصص للحريات والحقوق الأساسية من الدستور الجديد، والذي ينص على أنه لا يجوز المس بالسلامة الجسدية أو المعنوية لأي شخص، في أي ظرف، ومن قبل أي جهة كانت، خاصة أو عامة؛ ولا يجوز لأحد أن يعامل الغير، تحت أي ذريعة، معاملة

[1]- تصنف هذه الحقوق، ضمن الجيل الثالث لحقوق الإنسان و هي: الحقوق البيئية و الثقافية و التنموية... وقد ذكرت هذه الحقوق في عدة وثائق في القانون الدولي مثل إعلان ستوكهولم للبيئة لسنة **1972**، الصادر عن مؤتمر الأمم المتحدة المعني بالبيئة البشرية، وإعلان "ريو" بشأن البيئة والتنمية لسنة **1992**، بالإضافة إلى وثائق أخرى طموحة ولكن غير ملزمة قانونا.

[2]- تصنف هذه الحقوق ضمن الجيل الثاني من حقوق الإنسان، وهي: الحقوق المدرجة في العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية و الإجتماعية و الثقافية، اعتمد و عرض للتوقيع و التصديق و الانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة **2200** ألف (د- **21**) المؤرخ في **16** دجنبر **1966**، تاريخ بدء النفاذ: **3** يناير **1976**، وفقا للمادة **27** .

[3]- يصنف هذا الحق ضمن الجيل الأول من حقوق الإنسان، و هي: الحقوق المدرجة في العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية و السياسية، اعتمد و عرض للتوقيع و التصديق و الإنضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم **2200** ألف (د- **21**) المؤرخ في **16** دجنبر **1966**، تاريخ بدء النفاذ: **23** مارس **1976**، وفقا لأحكام المادة **49** .

[4]- عصام أحمد محمد، "النظرية العامة للحق في سلامة الجسم دراسة جنائية مقارنة"، المجلد الأول، دار الفكر والقانون بالمنصورة، الطبعة الأولى **2008**، ص. **375**.

[5] - الفصل **22** "لايجوز المس بالسلامة الجسدية أو المعنوية لأي شخص، في أي ظرف، ومن قبل أي جهة كانت، خاصة أو عامة.

لا يجوز لأحد أن يعامل الغير، تحت أي ذريعة، معاملة قاسية أو لا إنسانية أو مهينة أو حاطة بالكرامة الإنسانية.

ممارسة التعذيب بكافة أشكاله، ومن قبل أي أحد،جريمة يعاقب عليها القانون".

قاسية أولا إنسانية أو مهينة أو حاطة بالكرامة الإنسانية؛ مؤكدا أن ممارسة التعذيب بكافة أشكاله، ومن قبل أي أحد، جريمة يعاقب عليها القانون.

3- الحق في الحماية الخاصة:

تعد الحياة الخاصة أحد الحقوق الطبيعية اللصيقة بالإنسان، و التي تفيد تمتع الفرد بحريته من قبيل حريته في مسكنه والتنقل داخل الدولة و خارجها، إضافة إلى احترام خصوصياته، لكن التمتع بهذه الحرية تتوقف عند المصلحة العامة أو عند حرية الأخرين، فالحرية الفردية واجب احترامها، لكن وفق القوانين فليس على الدولة إطلاق العنان لحرية الأفراد في نفس الوقت ليس لها الحق في تقييد حريتهم.[1]

فأغلب الدساتير الحديثة أكدت على أن للأفراد الحق في حماية حياتهم الخاصة، و لا يجوز الإعتداء عليها بأي شكل من الأشكال، فالخطاب الدستوري أقر بالحريات الشخصية باعتبارها مكملة للحقوق المدنية لكونها تتعلق بشخص الإنسان و تصرفاته المضمونة دستوريا، ومن بين الدساتير الضامنة لها الدستور المغربي[2] الذي أكد أن لكل شخص الحق في حماية حياته الخاصة و فصل الحياة الخاصة في العديد من المجالات ، أولاها تلك المتعلقة بحرمة المنزل، فمنع تفتيش المنازل إلا وفق الشروط والإجراءات التي ينص عليها القانون،سواء أكان دائما أو مؤقت و سواء أكان ملك أو إيجار فهو مكان الطبيعي الذي يشعر فيه الإنسان بالراحة والسكنية والطمأنينة و عليه فهو يبقى بعيدا عن تطفل الأخرين فلا يجوز دخوله إلا بعد الاستئذان".[3]

كما أكد على أن الإتصالات الشخصية ذات طبيعة سرية لا يمكن انتهاكها كيفما كان شكلها، و لا يمكن الإطلاع على مضمونها أو نشرها كلا أو بعضها أو باستعمالها ضد أي كان إلا بأمر قضائي ووفق

---

[1]-ضياء الحق دراويش، الضمانات الدستورية للحقوق والحريات ودور القضاء الدستوري في حمايتها- دراسة مقارنة. أطروحة لنيل دكتوراه في القانون العام، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والإجتماعية، ظهر المهراز، فاس، السنة الجامعية2015-2016 ص 293 .

[2] - أكد الفصل 24 من دستور 2011 على أن " لكل شخص الحق في حماية حياته الخاصة.

لا تنتهك حرمة المنزل. ولا يمكن القيام بأي تفتيش إلا وفق الشروط والإجراءات، التي ينص عليها القانون.

لا تنتهك سرية الإتصالات الشخصية، كيفما كان شكلها. ولا يمكن الترخيص بالإطلاع على مضمونها أو نشرها، كلا أو بعضا، أو باستعمالها ضد أي كان، إلا بأمر قضائي، ووفق الشروط والكيفيات التي ينص عليها القانون.

حرية التنقل عبر التراب الوطني والاستقرار فيه، والخروج منه، والعودة إليه، مضمونة للجميع وفق القانون".

[3] - سحر محمد نجيب: التنظيم الدستوري لضمانات حقوق الإنسان و حرياته، مرجع سابق، ص. 56.

الشروط والكيفيات التي ينص عليها القانون،[1] مما يعني أن الحق في حماية الإتصالات الخاصة ليس حق مطلق، بل هو نسبي لأن هناك استثناءات ترد عليه تقتضيها المصلحة العامة أو مصلحة الغير أو الضرورة.[2]

إلا أنه ومنعا من التعسف في استعمال الخصوصيات يلزم صياغة المواد القانونية التي تنظم هذا الحق بشكل غير قابل للتفسير أو التأمل و يلزم تحقيق التوازن بين مصلحة الإنسان الشخصية في حماية خصوصياته ومصلحة الدولة في تحقيق الأحسن والسلامة للمجتمع ،لأن من الموارد جدا أن تنتهك أجهزة أو هيئات الدولة هذا الحق تحت ستار المصلحة العامة و عليه يلزم تحديد الحالات التي يجوز فيها الإطلاع على هذه الخصوصيات و بعد إتباع الإجراءات التي تنص عليها القانون.

كما عمل على ضمان حرية التنقل عبر التراب الوطني المغربي والإستقرار فيه والخروج منه والعودة إليه وفق القانون، ويعني بها حق الفرد في الإنتقال من منطقة إلى أخرى في الدولة أو الخروج من البلاد أو العودة إليه دون قيد يحد من هذه الحرية إلا وفقا لما يقتضيه القانون هذا يعني أن هذه الحرية تشمل حرية الحركة، حرية الإقامة، الحق في الهجرة، و عدم جواز الإبعاد من البلاد.

و لقد كفلت الوثائق العالمية لكل فرد حرية التنقل داخل دولته، و بحق مغادرتها أو العودة إليها. و على الصعيد الوطني كانت حرية التنقل من بين الحقوق الدستورية التي نصت عليها دساتير الدول بإعتبارها أمرا طبيعيا وملازما للحياة فهي لا تحتاج الإعتراف بها و لممارستها بقدر ما تحتاج إلى تنظيم لضمانة ممارسة هذا الحق على نحومصلحة الإنسان والمجتمع.

ثانيا : الحقوق السياسية:

نتج عن تنامي الوعي الفكري لدى الأفراد بأهميتهم في تدبير الشأن العام وتأثيرهم على صناعة القرارات السياسية ودورهم الرقابي على عمل الأجهزة السياسية، إحداث طرق حديثة مستحدثة في مشاركتهم السياسية تتماشى مع التطور الفكري والتكنولوجي الحاصل، فالهدف من توفير آليات جديدة في مشاركة الأفراد السياسية في تدعيم الديمقراطية والمواطنة في الدولة التي هي من أهم المبادئ الحديثة في

[1] - نص الفصل **24**من دستور **2011** (لا تنتهك سرية الإتصالات الشخصية)، الا أنه بالرجوع الى مقتضيات المادة **108** من قانون المسطرة الجنائية نجد أن المشرع المغربي سمح بالتقاط المكالمات الهاتفية وكافة الإتصالات المنجزة بواسطة الإتصال عن بعد وسمح ايضا بتسجسلها ونسخها واخذ نسخ منها أوحجزها.

[2]- يوسف البحيري،حقوق الإنسان والحريات العامة جدلية الكونية والخصوصية، مطبعة الورقة الوطنية بمراكش، الطبعة الأولى، **2015**،ص **56**.

نشر الوعي العام في الدول إلى جانب التشاركية، هذه الآليات اتخذت مكانة دستورية هامة ضمن الحقوق السياسية التي يكرسها الدستور في الدولة[1].

وأن التوجهات الحديثة طورت من الحقوق السياسية وأضافت إليها حريات وحقوق أخرى تتماشى مع المبادئ الديمقراطية، وتساهم بخلق تكامل بينها وبين الحقوق التقليدية وذلك بهدف الحفاظ على مبدأ الإستمرارية في المشاركة السياسية، هذه الأخيرة لم تتوقف عند الإنتخاب أو الإنتماء إلى الأحزاب السياسية، بل بجب أن تستمر إلى ما بعد ذلك، مكرسة الدور الرقابي للأفراد على الأداء الحكومي ومن ذلك الجهات المنتخبة من قبلهم وما إلى ذلك، فالعبرة بالمشاركة السياسية هي الاستمرارية وهذا ما هدفت إليه الدساتير لهذه الحقوق الحديثة.

فإلى جانب حرية الرأي والتعبير والحق في تأسيس وتكوين جمعيات وحق المشاركة في تدبير الشأن العام نجد أن التشريع الوضعي قد اتجه نحو توسيع لائحة الحقوق السياسية، وذلك من خلال إضافته الحق في الحصول على المعلومة.

والمعلوم أن الإعلانات والوثائق العالمية والإقليمية المعنية بحقوق الإنسان وحرياته السياسية للإنسان، قد كفلت هذه الحقوق، ومما جعل غالبية الدساتير في العالم تكرس هذه الحقوق باعتبارها ترجمة للمبادئ الديمقراطية، غير أن موقف الدساتير يختلف من دولة إلى أخرى بحسب الفلسفة السياسية التي تتبناها وطبيعة نظام الحكم في تلك الدولة ونرى ضرورة تنظيم هذه الحقوق في الدساتير في فقرة خاصة بها مع تحديد الحقوق السياسية أما التفصيلات فيترك تنظيمها للقوانين.

و عن مكانة الحقوق السياسية، فقد تطورت هذه الحقوق في دساتير المغرب، سواءمن حيث الشكل أو من حيث طبيعة هذه الحقوق، فمن جهة تم توسيع هامش الإهتمام والتنصيص الدستوري على الحقوق والحريات السياسية التي ضمنتها دساتير فترة حكم الملك الراحل الحسن الثاني، كما تم أيضا إقرار حقوق سياسية جديدة تطلبها القرن الواحد والعشرون أيمانا من المغرب بضرورة الإنفتاح أكثر والإستفادة أكثر من التطور الذي يشهده مجال حقوق الإنسان بصفة عامة والحقوق السياسية على وجه الخصوص، محيلا بذلك على المرجعيات الدولية لحقوق الإنسان ومقتديا بخطى الدول المتبقدمة في هذا المجال.[2]

[1] -علي صبيح التميمي "فلسفة الحقوق والحريات السياسية و موانع التطبيق : دراسة تحليلية في الفلسفة السياسية ، دار أمجد للنشر والتوزيع ، الطبعة الأولى سنة 2016، ص. 49 وما بعدها .

[2] - عادلة الوردي – الحقوق السياسية بالمغرب بين النص القانوني والممارسة العملية – أطروحة لنيل الدكتوراه ، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والإجتماعية – فاس، السنة الجامعية 2016-2017، ص. 125.

أ: حرية الرأي والتعبير:

تعني حرية التعبير إفساح المجال وتمكين كل إنسان في أن يعبر عن وجهة نظره وما يجول في فكره بمختلف وسائل التعبير شفاهة، أو كتابة ،الغاية منه تحقيق الخير والمصلحة للأمة والإنسانية، وبهذا فإن حرية التعبير هي أن يعلن الإنسان عن جملة أفكاره وقناعاته التي يعتقد فيها الصواب والصلاح له ولغيره، وباعتبار حرية التعبير حقا، فهو ينتج عن عضوية الإنسان داخل المجتمع الإنساني باعتباره جزء منه، ومسؤولا مكلفا فيه وهو مدعو للإسهام برأيه وفعله، إثراء للتجربة الإنسانية وتحصينا لها من العثرات والنواقص.[1]

ويتضمن الحق في حرية الرأي والتعبير حريتين متلازمتين لا يقبل الفصل بينهما أو ممارسة إحداهما دون الأخرى(حرية الرأي و التعبير) ، وأن ضمان ممارسة هذا الحق يعد بمثابة الركن والأساس لبناء المجتمع الإنساني، وتطويره واستمرار بقائه، وتمتع الأفراد به، وإشراكهم في إدارة الحياة العامة.. وإبداء الرأي بضوابط تراعي قيم المجتمع وأمنه واستقراره.[2]

وبذلك تعد حرية التعبير وإبداء الرأي من قبيل الحقوق المقدسة للإنسان، والتي تعتبر حرية الصحافة أهم تجسيداتها باعتبارها حرية مضمونة، حيث يتجاوز مفهومهذه الاخيرة الإطار الضيق الذي يتم حصره فيه في الكثير من الأحيان، لأن ممارسة هذه الحرية لا يمكن أن تتم بشكل جدي، إلا إذا توفرت مجمل الشروط، من ضمانات لحرية التعبير، واحترام التعددية السياسية والثقافية والأيديولوجية، وتوفير الحق في الحصول على المعلومات والمعطيات التي تهم المواطن حول سير الشأن العام، والحق في الوصول إلى وسائل الإعلام السمعية والبصرية وتوفير الخدمة العمومية في هذه المرافق، ومحاربة احتكار الصحافة والإعلام من طرف مجموعات سياسية ومالية نافذة.[3]

---

[1]- جعيط كمال الدين، "الإسلام وحقوق الإنسان في ضوء المتغيرات العالمية"، م س، ص. 235.

[2]- نزار أيوب، "حرية الرأي والتعبير في السلطة الوطنية الفلسطينية: دراسة في ضوء المواثيق الدولية لحقوق الانسان والتشريعات الفلسطينية ، دار النشر مؤسسة الحق"، رام الله فلسطين ، 2001، ص. 15.

[3]- تتفق الدراسات الصحفية، على أن الانطلاقة الأولى لحرية الرأي والتعبير، بمفهومها الحديث، جاءت عبر المادة 11 من ميثاق حقوق الإنسان والمواطن في فرنسا عام 1789، وذلك إثر قيام الثورة الفرنسية.

وفي المؤتمر الدولي للصحافيين، المنعقد في كوبنهاغن في عام 1946، أشار هؤلاء إلى «أن حرية الصحافة هي مبدأ أساسي للديمقراطية».

وعلى مستوى الجهد الدولي في هذا المجال، أعلنت الجمعية العامة في دورتها الأولى، المؤرخ في 14 دجنبر 1946: «إن حرية الإعلام حق من حقوق الإنسان الأساسية، وهي المعيار التي تقاس به جميع الحريات، التي تكرس الأمم المتحدة جهودها لها».

و أيد مؤتمر الأمم المتحدة، المعني بحرية الإعلام، والمعقود في جنيف، في الفترة من 23 مارسإلى 21 أبريل 1948، المفاهيم الواردة في قرارات الأمم المتحدة: 59 (الدورة - 1)، و110 (الدورة - 2)، و127 (الدورة. 2)، وسعى إلى التوفيق فيما بينها.

وفي 10 دجنبر سنة 1948، صدر الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، الذي نص في مادته التاسعة عشرة على حق كل فرد في: «التمتع بحرية الرأي والتعبير، ويشمل هذا الحق حريته في اعتناق الآراء دون مضايقة، وفي التماس الأنباء والأفكار، وتلقيها ونقلها إلى الآخرين، بأية وسيلة، ودون اعتبار للحدود».

وبالرجوع إلى دستور 2011 نجد أنه قد أفرد لها فصلا مستقلا و قائم الذات و هو الفصل 25 الذي ينص على أن " **حرية الفكر والرأي والتعبير مكفولة بكل أشكالها .**

حرية الإبداع والنشر والعرض في مجالات الأدب والفن والبحث العلمي والتقني مضمونة "

بل الأكثر من ذلك فقد وسع الدستور الجديد من مجالات الحماية الدستورية للحق في التعبير و ذلك في الفقرة الثانية من الفصل 28 الذي خصصه لحرية الصحافة، حيث نصت الثانية منه على "للجميع الحق في التعبير، ونشر الإخبار والأفكار والأراء، بكل حرية، ومن غير قيد، عدا ما ينص عليه القانون صراحة "

ب: حرية الاجتماع وتأليف الجمعيات:

يقصد بها حق الأفراد في التجمع في أي مكان وزمان للتعبير عن آرائهم سواء عن طريق الخطب أو الندوات أو المحاضرات أو المناقشات وتتضمن هذه الحرية أيضا حق الأفراد في تشكيل الجمعيات المنظمة

وتوالى بعد ذلك صدور الإتفاقات والمواثيق التي تعترف بحرية الإعلام، كالإتفاقية الأوروبية للحفاظ على حقوق الإنسان وحريته لعام **1950**، والإتفاقية الدولية حول الحقوق المدنية والسياسية لعام **1966** (المادة **19**). وقد جرى التوافق مؤخرا بين رجال الفكر والصحافة، على اعتبار الثالث من ماي، يوما عالمية لحرية الصحافة .

ومما يلاحظ، أن هيئات الأمم المتحدة وجدت صعوبة في توضيح وتطوير مفهوم حرية الرأي والتعبير، والاتفاق على القيود المشروعة لتلك الحرية، والتوصية باتخاذ تدابير فعالة من أجل إعمالها. وحتى **31** دجنبر **1982**، لم يكن قد اعتمد مشروع الإتفاقية بشأن حرية الإعلام الذي أعده مؤتمر الأمم المتحدة في جنيف سنة **1948**.

وفي دراسة جرت ما بين عام **1950** - **1979**، عن حرية الصحافة، ادعى ويفر، أن معظم المتحدثين في دول العالم الثالث اعتقدوا بأنه ليس بالإمكان إعطاء حرية الصحافة لعدة عوامل تهم دولهم منها: مخلفات الاستعمار، وتدني مستوى التعليم بين السكان، والصراعات العقائدية والقبلية، والوضع الاقتصادي في العالم، ونظم المعلومات. فحرية الصحافة بالنسبة لهم تؤدي إلى تعطيل قدرة الحكومة على القيام بمسؤولياتها، ومن ثم تعم الفوضى في الداخل.

وفي السنوات التالية، برز اهتمام رئيس إلى تنفيذ البرنامج الدولي لتنمية الإتصال، و إقامة نظام عالمي جديد للإعلام والإتصال، عن طريق التعاون بين منظمة الأمم المتحدة للتربية والعلوم والثقافة، وغيرها من المؤسسات الدولية، ولا سيما الاتحاد الدولي للمواصلات السلكية واللاسلكية.

وقد أكدت الجمعية العامة، في قرارها الصادر في **18** دجنبر **1978**، الحاجة إلى إقامة نظام عالمي جديد للإعلام والإتصال أعدل و أنجع، يستهدف تعزيز السلم والتفاهم الدولي، ويقوم على التداول الحر للمعلومات، ونشرها على نطاق أوسع، وبصورة أحسن توازنا.

واعتمد المؤتمر العام لليونسكو في دورته الحادية والعشرين، سنة **1980**، الأسس التي يمكن أن يستند عليها هذا النظام العالمي الجديد. وجاء في الفقرة (و): «تمتع الصحفيين وجميع المهنيين العاملين في وسائل الإتصال بحرية لا تنفصل عن المسؤولية ».

ونصت المادة **19** من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، في الفقرة **3**: «يستتبع ممارسة الحقوق المنصوص عليها في الفقرة **2** من هذه المادة، وواجبات ومسؤوليات خاصة».

للمزيد من المعلومات أنظر الشمري، سليمان جازع، "الصحافة والقانون في العالم العربي والولايات المتحدة"، القاهرة: - الدار الدولية للنشر والتوزيع (الطبعة الأولى)، **1993**، ص. **65** - **66**.

التي لها وجود دائم وتستهدف غاية محدود كما للأفراد حرية الانضمام إلى ما يشاءون من الجمعيات دون إجبار.[1]

و أن الحقوق والحريات الفكرية تكرست بشكل واضح في الإتفاقيات والمواثيق الدولية[4]. ولقد اهتمت دساتير الدول وقوانينها بهذه الحرية إلا أن موقف هذه الدول يختلف بحسب طبيعة نظام الحكم فيها والفلسفة السياسية التي تسير عليها ويلاحظ على الحريات الفكرية إنها حرية نسبية أي ليست مطلقة لأنها دائما تكون مقيدة بالمصلحة العامة للمجتمع لكن يجب على الدولة عدم التشدد والمبالغة بوضع القيود على الحرية بما يفقدها محتواها وبالذات بعد انتشار وسائل الإعلام الحديثة المرئية وغير المرئية. فهذه الحرية تتأثر بالأحوال والظروف السائدة في الدولة سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية.[2]

و قد وسع دستور 2011 من مفهوم تأسيس الجمعيات و أدرج ضمنها الحريات التي تمارس تحت مظلة الجمعيات، وهي حرية الاجتماع والتجمهر والتظاهر السلمي والإنتماء السياسي والنقابي حيث نص الفصل 29 منه على أن " حرية الإجتماع والتجمهر والتظاهر السلمي و تأسيس الجمعيات والإنتماء النقابي والسياسي مضمونة، ويحدد القانون شروط ممارسة هذه الحريات"

و في الأخير لابد من الإشارة إلى أن المشرع الدستوري ضمن في دستور 2011 إلى جانب الحقوق المذكورة حقوقا أخرى، و يتعلق الأمر بالحقوق الاقتصادية والإجتماعية والتقافية و ذلك انسجاما مع موجة الاهتمام العالمي في الإعتراف واقرار بكافة الحقوق المرتبطة بالإنسان كإنسان، كما تضمن الاشارة إلى حقوق شبه دستورية تلزم على حد سواء كل من المشرع والقضاء.

الفقرة الثانية: المبادئ الشبه دستورية

إن الدستور باعتباره أسمى قانون في الدولة لا يتضمن كافة الحقوق، وأن جل القوانين بصفة عامة والقوانين الجنائية بصفة خاصة تتضمن حقوق و حريات غير منصوص عليها دستوريا لكن لها ارتباط بقواعد دستورية والتي يمكن تسميتها بالحقوق الشبه دستورية.[3]

هذا و قد تمت استعارة هذه العبارة (المبادئ الشبه الدستورية) من الفقيه F . lauchaire والتي يعنى بها مجموع القواعد التي ليست لها قيمة دستورية حقيقية، بل تحمل صفة قواعد قانونية عادية لكنها

[1]- عادلة الوردي، "الحماية القانونية والقضائية للحرية تأسيس الجمعيات بالمغرب على ضوء المقتضيات الدستورية الجديدة"، المجلة المغربية للسياسات العمومية، العدد الثالث، **2015**، ص. **167**.

[2]- أعمال الأمم المتحدة في ميدان حقوق الإنسان، الحملة العالمية لحقوق الإنسان، المجلد الثاني، جنيف: مركز حقوق الإنسان، **1990**، ص. **538 - 560**.

[3]-**Aurelie Cappello, La constitutionnalisation du droit penal , op , cit , p 257**

محمية من الدستور بطريقة غير مباشرة، الأمر الذي يعطيها قوة ملزمة اتجاه المشرع،[1] و يعتمدها القضاء في رقابته على الدستورية بعد أن يستخلصها من الفكرة العامة للدستور والروح التي تهيمن على نصوصه، والتي تسمى بالمبادئ العامة للقانون .[2]

كما تعرف هذه المبادئ بأنها " مبادئ مشروعة يستنبطها القضاء من المقومات الأساسية للمجتمع و قواعد التنظيم القانوني في الدولة، ويقررها في أحكامه باعتبارها قواعد قانونية ملزمة، و على هذا الأساس تعتبر هذه المبادئ من عناصر المشروعية، بحيث يتحتم على السلطات العامة الإلتزام بها، وتعتبر الأعمال الصادرة عنها بالمخالفة لأحد هذه المبادئ باطلة لخروجها على مبدأ المشروعية"،[3] في حين يعرف الأخر بأنها مجموعة القواعد القانونية التي يستنبطها القضاء من بين القواعد القانونية المعمول بها سواء كانت نصوصا تشريعية أو قواعد عامة موجودة في مقدمات الدساتير و إعلانات الحقوق.[4]

و يذهب الفقه إلى القول بأن أساس المبادئ العامة للقانون إنما يتمثل في ضمير الجماعة والروح العامة للتشريع، إذ يستقي منهما القضاء هذه المبادئ، مستعينا في ذلك بقواعد قانونية قائمة و أسس نظام الحكم الدولة و وثائقها القانونية والسياسية التي تتضمن الخطوط العريضة والإتجاهات العامة لسياسية الدولة، بحيث تكون المبادئ القانونية بمثابة تفسير من جانب القضاء للضمير العام للجماعة و لإرادة المشرع.

والحقيقة أن المجال يكون مفتوحا أمام القاضي الدستوري لإقرار المبادئ العامة للقانون لسببين:

أو لهما . طبيعة القواعد الدستورية التي تصاغ في الغالب على صورة أحكام عامة تنظم أمورا كلية، لذلك يمكن للقاضي أن يضع مبادئ عامة من خلال التفسير.

وثانيهما . عدم كفاية النصوص الدستورية التي يمكن أن يقاس عليها لبيان مدى دستورية التشريعات، و هناك زيادة كبيرة في حجم التشريعات لسبب اتساع نشاط الدولة و امتداد تلك التشريعات لمجالات لم تكن معروفة من قبل و ربما لم تأخذ بالحسبان عند وضع الوثيقة الدستورية، و لذلك يشكل صعوبة أمام القاضي الدستوري في تحديد النص الدستوري المدعى مخالفته.[5]

و قد اجتهد القاضي الدستوري في المغرب هو الأخر في تفسير النصوص الدستورية و استنبط مجموعة من المبادئ التي تمثل قيدا على سلطة المشرع، ومن ثم تنتفي قرينة الدستورية عن التشريعات التي

---

[1] - **françois luchaire, la protection constitutionnel des droit et libertés, economica 1987 ; p241.**

[2] - حسين حبرحسين الشويلي: قرينة دستورية التشريع منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، لبنان **2018**، ص. **224**.

[3] - سامي جمال الدين، تدرج القواعد القانونية و مبادئ الشريعة الاسلامية دار المعارف، الإسكندرية، مصر **1986**، ص. **91**.

[4] - عبد المجيد ابراهيم سليم السلطة التقديرية للمشرع – دراسة مقارنة – دار الجامعة الجديدة الاسكندرية مصر **2010**، ص. **467**.

[5] - عبد المجيد ابراهيم سليم مرجع سابق، ص. **63**.

يضعها في حالة تجاوزه لتلك المبادئ، ومن بينها انتظام سير المرافق العمومية حيث أشار المجلس الدستوري **".... يجوز استثناء أن تتجاوز النفقات الإعتمإذات المفتوحة في قانون المالية حين يتعلق الأمر بالدين العمومي والدين العمري و بأجور الموظفين .... وذلك لاعتبارات ترتبط بضرور انتظام سير المر افق العمومية الذي يعد في حد ذاته مبدأ ذا قيمة دستورية ".**[1]

إضافة إلى ذلك توجد طائفة من المبادئ فوق الدستورية أو ذات قيمة أعلى من الدستور، هي قواعد دستورية تعطى بوصفها قواعد تمس قضايا كبرى ومصيرية، ذات أبعاد استثنائية في الدولة، و تتعلق بحقوق ومصالح ومستقبل كل فئات المجتمع دون استثناء، حصانة استثنائية تجاه التغيير والتعديل، تفوق تلك التي تعطي لغيرها من قواعد دستورية، بحيث يكون تعديلها أو تغييرها أو أيقافها، هو تعديل الدستور أو تغييره أو تعطيله، مما يجعله أمرا بالغ الصعوبة على السلطات الحاكمة، و بذلك تنتج قواعد دستورية أسمى من قواعد الدستور الأخرى، و أكثر سموا من القوانين العادية.[2]

و بهذا تختلف المبادئ فوق الدستورية عن المبادئ العامة للقانون، من حيث المصدر ومن حيث القوة الملزمة. فالمبادئ العامة للقانون هي مبادئ يستخلصها القاضي الدستوري من تقريب نصوص الدستور ومن تفسيره للنصوص الدستورية مسترشدا بالنظام القانوني للدولة، ولذلك تسمى في بعض الأحيان "روح الدستور". وهي في كل أحوال تدرج قيمتها القانونية لا تتعد القيمة القانونية للنصوص الدستورية المكتوبة فهي تقف عند حد ما يمكن أن يستخلص استخلاصا موضوعيا من نصوص الدستور. لذلك يمكن تعديلها عن طريق المشرع الدستوري.[3]

لذلك نجد المشرع الدستوري المغربي، كرس المبادئ فوق الدستورية من خلال نصه في الفصل 175 من دستور 2011 على أنه، " لا يمكن أن تتناول المراجعة الأحكام المتعلقة بالدين الإسلامي، و بالنظام الملكي للدولة، و بالإختيار الديمقراطي للأمة، و بالمكتسبات في مجال الحريات والحقوق الأساسية المنصوص عليها في هذا الدستور. يعني إدراج هذه المسألة في الدستور لا يمكن أن يشمل أو يمس تعديل الدستور بالمبادئ فوق الدستورية ـ لا يمكن تعديلها ، و يبقى بذلك القاضي الدستوري هو الضامن الأول للمبادئ فوق الدستورية، التي تسهر على ضمان الدولة الدستورية بدستورها و بما فوق دسورها، حتى في الحالات التي سيتم فيها تعديل الدستور.

كما أن القاضي الدستوري ملزم بالإنضباط لهذه الأسس الدستورية، من أجل مراقبته لأي تعديل دستوري مرتقب، كما يمكنه أيضا أن يستنبط هذه المعايير من مبادئ بعيدة المدى أو المبادئ الأساسية، أو

---

[1] - قرا المجلس الدستوري رقم **250** بتاريخ **24** أكتوبر **1998**، منشور بالموقع الإلكتروني للمحكمة الدستورية، https://cour-constitutionnelle.ma

[2] - صالح أزحاف: القضاء الدستوري وسؤال الدولة الدستورية مطبعة الأمنية الرباط، الطبعة الأولى، **2020**، ص. **99**.

[3] - زكي محمد النجار، فكرة الغلط البين في القضاء الدستوري، مرجع سابق، ص. **145**.

من البنيان الأساسي للدستور، و هذه المبادئ وإن كانت لا تعكسها النصوص الدستورية بشكل صريح، فإنه يمكن استخلاصها بطرق غير مباشرة من خلال عمق مضامين الدستور.

و في هذا الصدد، أكد المجلس الوطني لحقوق الإنسان أن تحديد الأهداف ذات القيمة الدستورية، لا يمكن أن يتم إلا بشكل متدرج، من أجل تأمين الفعلية والإعمال بواسطة القانون للمقتضيات الدستورية التي تنص على أهداف محددة و عبر اجتهاد القضاء الدستوري ليقدم على سبيل المثال، بعض الأهداف ذات القيمة الدستورية، كتحقيق مبدأ المناصفة و ضمان الحماية القانونية للأسرة والطفل، و ضمان تكافؤ الفرص للجميع و تيسير تمتع الأشخاص بالحقوق والحريات المعترف بها للجميع.[1]

وتعتبر هذه المبادئ ملزمة للسلطة القضائية والسلطة التنفيذية على حد سواء، فهي لا تشكل فقط تفسير للمبادئ الدستورية المباشرة بل تشكل أسس للأطروحات الدستورية،فهي تقوم بملء الفراغات الدستورية وفي ظروف معينة تؤدي إلى إحداث التزامات قانونية مهمة،[2] ومن بين هذه المبادئ نجد مبدأ التقاضي على درجتين ومبدأ حياد القاضي ومبدأ الإستعانة بمحام:

أ-: مبدأ التقاضي على درجتين:

يعد مبدأ التقاضي على درجتين من المبادئ الأساسية التي تتبناها النظم القضائية المعاصر من خلال دوره الأساسي المتمثل في تحقيق الأمن القضائي والذي تعتبر الثقة المشروعة أحد مظاهره، و ذلك من خلال إمكانية إعادة طرح النزاع أمام محكمة أعلى درجة من جديد لتفصل فيه بحكم نهائي حائز من حيث المبدأ لقوة الأمر المقضي به.[3] و يعتبر هذا المبدأ إحدى أهم الضمانات لتحقيق المحاكمة العادلة كما يعد ضمانة إضافية لحقوق المتقاضين وفي مقدمتهم المتهم، سيما في التنظيم القضائي الذي يأخذ بنظام القاضي الفرد في الدرجة الأولى والقضاء الجماعي في الدرجة الثانية، فمن جهة إذا علم القاضي أن حكمه معرض للطعن فيه عمل بحرص أكبر على توخي الحقيقة، وبذل جهذا أكبر في دراسته القضية واستقصاء عناصرها والتدبر فيها، ومن جهة ثانية يكون القضاء الجماعي في مرحلة الإستئناف عاملا مهما لتفادي الأخطاء القضائية.[4]

فالأحكام القضائية بصفة عامة معرضة للوقوع في أخطاء عفوية من جهة، كما أن أحد الأطراف قد يتعذر عليه تقديم أوجه دفاعه أمام المحكمة المختصة من جهة أخرى، لذلك فإن مختلف التشريعات

[1] - مذكرة المجلس الوطني لحقوق الإنسان المتعلقة بالقانون التنظيمي للمحكمة الدستورية، مارس 2013، ص. 6.

[2] Luc B. Tremblay, Les principes constitutionnels non ecrit : Fondement épistémologique et normatif, Université de Montréal, Canada,2009 p1.

[3] -بوحموش عمر: الإصلاح القضائي بين النظرية والتطبيق، دار السلام ، الرباط سنة 2000، ص. 134.

[4] - جندي عبد المالك: الموسوعة الجنائية، المجلد الأول، دار المؤلفات القانونية، دار إحياء التراث العربي، 1976، ص. 205.

تأخذ بمبدأ الطعن في الأحكام، واحتراما لقدسيتها، وضمانا لإستقرار الأوضاع الإجتماعية، قيد المشرع استعمال طرق الطعن بآجال وإجراءات، ويجب احترامها تحت طائلة عدم قبول الطعن.[1]

كما يستجيب الإستئناف لجملة من الأهداف تتعلق بفلسفة القانون وفكرة العدالة ذاتها: فهو كطريق طعن في الأحكام القضائية يتيح المجال لمن تضرر من قضاء أو ل درجة، لإعادة طرح النزاع مجددًا بهدف فحصه وتمحيصه من لدن قاض أعلى درجة وأكثر خبرة ودراية ليقوم بإصلاح ما صدر من عيوب سواء تعلقت بالإجراءات أم بتقدير الوقائع أم بإعمال القانون، ولذلك يستجيب لفكرة التظلم من قضاء معيب صادر عن أو ل درجة[2]، كما يواجه من النواحي العملية مثالب القضاء الصادر عن بشر ليس معصومًا أو منزهًا عن الخطأ والنسيان، ويهيئ السبيل لإستدراك أو جه الخلل والقصور فضلا عن الغش والتضليل الذي قد يقع فيه الخصوم أو يقترفونه كيفما اتفق.[3] وبهذا وذاك، تتحقق أهداف الدور التقليدي لهذا النظام الذي تكرس له منذ نشأته.[4]

وليس لمبدأ التقاضي على درجتين قيمة دستورية مباشرة، غير أنه يحظى بحماية دستورية غير مباشرة. فإذا كان مبدأ المساواة عامل للحد من التمييز، فإنه أيضا عنصر مهم في تعزيز الضمانات القانونية الممنوحة للمتقاضين كما هو الحال بالنسبة لمبدأ التقاضي على درجتين.[5]

هذا ونجد أن المجلس الدستوري الفرنسي،قد تعرض لهذا المبدأ ، ففي قرار صادر بتاريخ12-02-2004 في المادة الجنائية أكد المجلس على أن" **مبدأ التقاضي على درجتين لا يحمل قيمة دستورية حقيقية ... ومع ذلك فإنه محمي من الدستور بطريقة غير مباشرة من خلال مبدأ المساواة**"،[6] وهو بالتالي ملزم إلى حد ما للمشرع.

كما أكد على ذلك قرار المجلس الدستوري المغربي في نفس السياق حينما نص على "وحيث إن حق التقاضي يعد من الحقوق الأساسية المخولة للمواطنين وضمانة رئيسية لإعمال مبدأ سيادة القانون، وأن مبدأ المساواة أمام القانون، الذي من مظاهره المساواة بين المواطنين في الولوج إلى مرفق القضاء، يستلزمان

---

[1] - إلياس الهواري احبابو: مبدأ التقاضي على درجتين وترجمته وفق نظام التقاضي المغربي، https://revuealmanara.com/، تاريخ الإطلاع: **16-2-2020.**

[2] -عباس العبودي: شرح أحكام قانون أصول المحاكمات المدنية، ط**1**، ص. **369.**

[3] - نبيل إسماعيل عمر: الطعن بالاستئناف وإجراءاته في المواد المدنية والتجارية، منشاة المعارف بالإسكندريّة، **1980**، ص.**7.**

[4] - محمد نور شحاتة: نطاق النزاع في الاستئناف في المواد المدنية، دار النهضة العربية، القاهرة، **1988**، ص. **9.**

[5] **- ferdinand, mélin- soucramanien, le principe d'égalité dans la jurisprudence du conseil constitutionnel, economica, presses universitaire d'aix marseille1997 p300.**

[6] **- cons. Const, 12/02/2004 ; n 2004-491 DC.**

أن توضع رهن إشارة المواطنين، المحاكم الضرورية والقضاة اللازمون لجعل حق التقاضي المخول دستوريا للمواطنين حقا مكفولا فعليا.[1]

ب: حياد القاضي:

يعتبر القضاء الطبيعي، أحد ضمانات حق الإنسان في المثول أمام قاضيه الطبيعي، وأحد ضمانات تحقيق المحاكمة العادلة بل يجب إسقاطه على أرض الواقع أمام الجهاز القضائي المحايد دون وساطة، و أن حياد القاضي يقصد به تطبيق القاعدة القانونية المحققة للعدالة، من خلال عدم الميل إلى كفة أحد الخصوم دون الأخر عند النظر في النزاع المعروض عليه، فلا يجوز أن يكون طرفا في النزاع أو تكون له مصلحةما فيه، كما لايصح له أن يكون الخصم والحكم في آن واحد.[2]

و قد جاء في الفصل 109 من دستور 2011 على أنه " يمنع كل تدخل في القضايا المعروضة على القضاء، و لا يتلقى القاضي بشأن مهمته القضائية أي أو امر أو تعليمات و لا يخضع لأي ضغط .

و يجب على القاضي كلما اعتبر أن استقلاله مهدد ، أن يحيل الأمر إلى المجلس الأعلى للسلطة القضائية

و يعد كل إخلال من القاضي بواجب الإستقلال والتجرد خطأ مهنيا جسيما، بصرف النظر عن المتابعات القضائية المحتملة.

و يعاقب القانون كل من حاو ل التأثير على القاضي بكيفية غير مشروعة ".[3]

و بالرجوع إلى مدونة القيم القضائية نجدها قد تضمنت بالإضافة إلى ديباجة 10 مبادئ تتضمن مجموعة من القيم والتقاليد والأعراف التي تحكم سلوك القاضي و يتعين عليه الإنضباط لها من أجل أداء رسالته على الوجه الأكمل و أنه بالرجوع إلى المادة 40 من النظام الأساسي لرجال القضاء الجديد التي تنص (يؤدي كل قاض عند تعيينه لأول مرة في السلك القضائي وقبل الشروع في مهامه اليمين التالية" :أقسم بالله العظيم أن أمارس مهامي بحياد وتجرد وإخلاص وإتفان، وأن أحافظ على صفات الوقار والكرامة، وعلى سر المداولات، بما يصون هيبة القضاء واستقلاله ، وأن ألتزم بالتطبيق العادل للقانون، وأن أسلك في ذلك مسلك القاضي النزيه"

---

[1] - قرار المحكمة الدستورية رقم **16\992**، منشور بالموقع الإلكتروني للمحكمة الدستورية، **https://cour-constitutionnelle.ma**

[2] - وديع الفاخوري – حرية القاضي في تكون عقيدته و قرينة البراءة تو افق أم تنافر– مجلة القصر العدد **15**، سنة **2006**، ص. **80**.

[3] نص الفصل **266** من ق.م ج.م (يعاقب بالعقوبات المقررة في الفقرتين الأولى والثالثة من الفصل **211** على - **3** :الأفعال أو الأقوال أو الكتابات العلنية، التي يقصد منها التأثير على قرارات رجال القضاء، قبل صدور الحكم غير القابل للطعن في قضية ما.

2- الأفعال أو الأقوال أو الكتابات العلنية، التي يقصد منها تحقير المقررات القضائية، ويكون من شأنها المساس بسلطة القضاء أو استقلاله.

ونظرا لأهميتها فقد جعلها المشرع موضوع يمين قانونية قبل مباشرة القاضي مهامه، قاصدا من ذلك خلق ميثاق غليظ بين القاضي و ربه، ويمكن القول بأن الحياد قيمة أخلاقية متأصلة في سلوك القاضي تدور معه وجودا وعدما و يمكن تجسيدها بكل بساطة في ذلك الجومن الثقة والمصداقية والطمأنينة الدي يخلقه القاضي في محيط عمله، و تماشيا مع مبدأ الحياد سن المشرع المغربي نصوصا قانونية أخرى تخدم المبدأ وتفعله، كالإحالة من أجل التشكك المشروع أو من أجل المصلحة العامة .

وأنه بالرجوع إلى الإجتهاد القضائي المقارن نجد أن المحكمة الأو روبية لحقوق الإنسان أكدت على ذلك حين أقرت "الحياد يستلزم من القضاء البحث عن الضمانات الكافية من أجل استبعاد جميع الشكوك المشروعة" [1] كما أن المجلس الدستوري الفرنسي أقر أن حياد القاضي يتجلى من خلال المعرفة الدقيقة بالملف قبل إحالة إصدار الحكم.[2]

ج: الحق في الإستعانة بمحام:

ومن بين أهم هذه المبادئ الشبه دستورية نجد حق في الإستعانة بمحام، إذ يعتبر من بين تجليات وتمظهرات مبدأ قرينة البراءة وعنصر من عناصر المحاكمة العادلة، فإذا كان الهدف من إقامة العدالة هو الوصول إلى الحقيقة لضمان تطبيق قانون العقوبات وتعويض المتضرر من الجريمة، فإنه لا يجوز الوصول إليها إلا من خلال إجراءات قانونية منصفة تحترم كافة الضمانات المكفولة للمتهم،[3]

وهذا ما تضمنته المحاكمة العادلة كمبدأ عام، وكقيمة اجتماعية لابد من الشعور العام بإقرارها لكونها تحقق التوازن بين حق المجتمع في أمنه وحماية مصالحه وحق الفرد في الحرية وفي الدفاع عن نفسه، لأن الغاية النهائية من فرض قواعد الإجراءات الجنائية هو توفير العدالة أيا كانت نتيجتها، أي سواء كانت في اتجاه البراءة أم الإدانة،[4] ومن هنا تبرز أهمية كفالة حقوق الدفاع لمن توجه ضده الإتهامات، فالعدالة الجنائية تقتضي ألا يلقى القبض على الفرد أو يعتقل ويتابع ويحاكم دون أن يعلم بالأفعال التي اقترفها والتي استوجبت كل هذه الإجراءات الماسة بحريته الفردية وهي ضمانة تصاحب المتهم في كل مرحلة من مراحل الدعوى العمومية.[5]

لذلك نجد أن الحق بالإستعانة بمحام بمثابة الدرع القوية لحماية تمتع الإنسان بالحريات العامة، وحق مقرر لفائدة الدولة كذلك، حيث يعتبر حق الحصول على محام من الحقوق الأساسية للدفاع، إذ

---

[1] -**CEDH "Incal contre Turauie "09-06-1998 requete n° 22678/93 ,www.legifrance.gov.fr**

[2] - **Décision n° 2017-666 QPC du 20 octobre 2017 in, www.conseil-constitutionnel.fr**

[3] - أحمد فتحي سرور، "القانون الجنائي الدستوري"، م.س، ص. **434.**

[4] - مشارى خليفة العيفان، "دور الدولة في تأكيد حق المتهم في الاستعانة بمحام"، مجلة الحقوق، عدد **2** سنة **2011** ص. **155.**

[5] - يوسف وهابي، "إعادة التكييف الجنائي وحقوق الدفاع على ضوء قانون المسطرة الجنائية الجديد"، مجلة محاكمة، ع الثاني، ماي **2006**، ص **15**

يعد ضمانة أساسية للمتهم خلال مرحلة البحث والتحقيق، حيث إن المتهم مهما كانت ثقافته وذكاؤه، قد لا يكون لديه القدرة على الإلمام بنصوص القانون وأحكامه،[1] أضف إلى ذلك أن رهبة الإتهام قد تؤثر سلبا على المتهم، الأمر الذي يؤكد أنه وسيلة لكفالة وتحقيق العدالة الجنائية.[2]

ولهذا فق نصت عليه مختلف الإتفاقيات الدولية كالعهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية والميثاق الإفريقي والإتفاقية الأمريكية والإتفاقية الأو روبية،[3]كما أكدت عليه مجموعة من المؤسسات كالمجلس الدستوري الفرنسي[4] والمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان ومجلس حقوق الإنسان، ففي قرار لهذا الأخير الذي أكد على أنه "يحق لجميع المشتبه فيهم والمتهمين، سواء أكانوا محتجزين أم غير محتجزين، الإتصال بمحام والإستعانة بمشورته منذ للحظة الأولى لبدء التحقيق الجنائي معهم. والشخص الذي يقبض عليه أو يحتجز ينبغي أن يكون قادرا على الإتصال بمحام حالما يبدأ حرمانه من حريته. ولهؤلاء أيضا أن يحصلوا على المساعدة من قبل محام أثناء التحقيق معهم من جانب الشرطة وقاضي التحقيق، حتى إذا كانوا يمارسون حقهم في التزام الصمت".[5]

كما أكدت ذلك المحكمة الدستورية المصرية في قرارها الذي جاء فيه "ضمانة الدفاع هي التي اعتبرها الدستور ركنا جوهريا في المحاكمة المنصفة التي تطلبها في المادة 67 منه كإطار للفصل في كل اتهام جنائي تقديرا بأن صون النظام الإجتماعي ينافيه أن تكون القواعد التي تقررها الدولة في مجال الفصل في هذا الإتهام مصادمة للمفهوم الصحيح لإدارة العدالة الجنائية إدارة فعالة، وانطلاقا من إنكار ضمانة الدفاع أو فرض قيود تحد منها، إنما يخل بالقواعد المبدئية التي تقوم عليها المحاكمة المنصفة، والتي تعكس

---

[1] - خالد النميلي" :دور المحامي في ترسيخ دولة الحق والقانون"، مجلة المعيار، عدد 37 يونيو 2007،ص. 3.

[2] -pour pouvoir comprendre l'action judiciaire il faut un interpréte et un guide .il s'agit ordinairement d un avocat il doit donc pouvoir étre assisté d un conseil qui l'oriente le conseille dans ses choix. le recours à ce profetionnel à tous ceux qui qui ne disposent pas des moyens financiers nécessaire: Gerad Lopez; Serge Portelli; Sophie Climent:Les droits des victimes; victimologie et psycotraumatologie; dalloz; 2003, P. 26.

[3] - sylvie carotenuto, le statut constitutionnel de l'avocat, LPA 23/06/2003 ; n124 ; p153, voir également philippe kirkorian, le statut constitutionnel de l'avocat défenseur, PAL 2007, n336 , P 3.

[4] - أكد المجلس الدستوري الفرنسي على ضرور تواجد الدفاع في مرحلة التحقيق و مرحلة الحكم إضافة إلى مرحلة تطبيق العقوبة، وذلك من خلال ضمان:

-حرية المر افعة.

-حرية التخابر مع الموكل.

- حرية المراسلات.

للمزيد من الإطلاع انظر:

www.conseil-constitutionnel.fr in Con const 02_03_2004 n ° 2004 _492 DC

[5] - قرار مجلس حقوق الإنسان عدد 39\19 الصادر بتاريخ 12-03-2012.

https://www.libyanjustice.org/news-arabic/lqrr-mjls-l-mm-lmthd-lhqwq-lnsn

نظاما متكامل الملامح يتوخى صون كرامة الإنسان وحماية حقوقه الأساسية، ويحول بضماناته دون إساءة استخدام العقوبة بما يخرجها عن أهدافها" .[1]

أما الدستور المغربي شأنه شأن الدستور الفرنسي لم يتضمن أي إشارة مباشرة إلى الحق في الحصول على محامي طوال مراحل الدعوى العمومية.[2] لهذا يرى بعض الفقه أن هذا المبدأ ليس له قيمة دستورية حقيقية بل هو محمي بطريقة غير مباشرة من خلال مبدأ قرينة البراءة وضمانات المحاكمة العادلة،[3] و أنه بالرجوع إلى مقتضيات الفصل 120 مندستور 2011 الذي نص على أن (حقوق الدفاع مضمونة أمام الجميع) وهنا الحديث طبعا عن حق الدفاع أمام جميع المحاكم، والذي يعطي للشخص من الوقت ومن التسهيلات ما يكفيه لإعداد دفاعه و للإتصال بمحام يختاره بنفسه، وأن يخطره بحقه في وجود من يدافع عنه إذا لم يكن له من يدافع عنه، ذلك أن تعيين المحامي لا ينبغي أن يكون يقتصر على الحضور الشكلي.

و في الوقت الراهن أصبح تواجد المحامي خلال مرحلة البحث التمهيدي و خصوصا أثناء وضع المشتبه فيه في الحراسة النظرية[4] أمرا ملحا ، وذلك بتمكين المحامي من حق الإطلاع على الملف، والإستماع إلى المشتبه بحضور المحامي، وتحديد وقت الإتصال المحامي بالموكل يحدد لنا الدور الذي يمكن أن يلعبه والذي يشكل نوع من الضمانة النفسية للمشتبه فيه و هذا ما أكد عليه المجلس الدستوري المغربي في قراره الذي جاء فيه (... إن حق الدفاع ينطوي على حقوق أخرى تتفرع عنه، من ضمنها حق الإطلاع والحصول على الوثائق المدرجة في ملف الإتهام المتوفرة لدى النيابة العامة، مراعاة لمبدأ التكافؤ بين سلطتي الإتهام والدفاع). **قرار المجلس الدستوري رقم 921 بتاريخ 13 غشت 2013.**

وتنظيم المشرع المغربي لهذا الحق في قانون المسطرة الجنائية يبرر هذا التوجه، فبالرجوع إلى قانون المسطرة الجنائية خاصة المادتين 66 و 80 نجد أن المشرع نص صراحة على هذا الحق إلا أنه جاء مقرون بمجموعة من الشروط كقيود مسبقة تؤدي إلى تقويض هذه الضمانة، كإلزامية الإذن المسبق وتوقيت الإتصال بالمحام وإمكانية تأخير الإتصال به في بعض الحالات.

[1] - حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 25 لسنة 8 قضائية دستورية مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا، الجزء الخامس، المجلد الأول، ص. 344.

[2] - **aurélie cappello, la constitutionnalition du droit penale ; op cit ; p417**.

[3] - الفصل 23 من الدستور.

[4] -**Cons .const 30 -07-2010 (n° 2010 -14 /22 QPC) , in www.conseil-constitutionnel.fr**

كل هذه القيود تأكد لنا أن هذا المبدأ لا يحمل قيمة دستورية حقيقية[1]، فلو كانت لهذا المبدأ قيمة دستورية مباشرة بالمعنى الذي أشارنا إليه سابقا لما تم إيراد هذه القيود، لذلك فإننا اليوم في أشد الحاجة إلى حضور المحامي إلى جانب المتقاضي ضمانا لحقوق الدفاع نظرا للتشعب المتزايد الذي تشهده المادة القانونية والناتج عن التضخم الكمي للقواعد القانونية إذ يكون من الصعب على غير المحامي – بالنظر لكفاءته المعرفية والمهنية – الإلمام بها مع تقتضيه من تأويل وتقديم الخاص عن العام وغير ذلك من الأمور التي تعد من ذات وطبيعة تطبيق القاعدة القانونية على وقائع وجوهر النزاعات المطروحة أمام القضاء ، فالإنتقال بنص القانون من تجرده إلى تطبيقاته العملية ليس بالأمر الهين.

كما يتطلب أن تكون النصوص القانونية التي تنظم دور المحامي خلال فترة المحاكمة واضحة وهذا ماجعل القاضي الدستوري الفرنسي يصدر قراره بتاريخ 03-07-2010 والذي أقر بعدم دستورية المواد 62،63 والفصل 77 من قانون المسطرة الجنائية الفرنسي الذي جاء فيه " لما كانت المادة 63 من قانون المسطرة الجنائية الفرنسي منحت إمكانية ربط الإتصال إبتداءا من وضع المتهم تحت الحراسة النظرية، مع العلم أن هذه المدة غير واضحة ومحددة في 30 دقيقة "

الفقرة الثالثة: دور المشرع الدستوري في صياغة النص الجنائي

تقوم سياسة التجريم والعقاب على التوازن بين فكر فلسفي اجتماعي يحدد مضمون حق الدولة في العقاب و فكر دستوري يحدد قيمة الحقوق والحريات، فالدولة من أجل حمايتها للمجتمع و حقوق الافراد و حرياتهم تمتلك سلطة التجريم والعقاب وممارسة هذا الحق يقيد حقوق الأفراد وحرياتهم، وأن هذا القيد يعتمد على ما يتمتع به الفرد من حقوق و حريات ومصالح اجتماعية و قيمتها في النظام القانوني للدولة، لذلك يتعين على الدولة من خلال التشريع التوفيق بين مصالح مختلفة.[2]

وانطلاقا من أهداف و غايات النص العقابي التي يسعى المشرع لتحقيقها من خلاله، والتي من أهمها الحماية الجنائية للمصالح الإجتماعية و إرضاء الشعور الإجتماعي بالعدالة من خلال ما يحدثه توقيع الجزاء العقابي بمرتكب الجريمة من أثر،[3] يتمتع المشرع بسلطة تقديرية واسعة في اختيار الأفعال التي تقدر أنها تمس بحقوق ومصالح جديرة من وجهة نظره بالحماية الجنائية الموضوعية. و في تقدير عقوبتها كذلك

[1] - بخلاف المشرع الدستوري التونسي الذي نص على دسترة مهنة المحاماة من خلال مقتضيات الفصل **105** منه والذي جاء فيه " المحاماة مهنة حرة مستقلة تشارك في إقامة العدل والدفاع عن الحقوق والحريات. يتمتع المحامي بالضمانات القانونية التي تكفل حمايته وتمكنه من تأدية مهامه"

[2] - عباس عبد الرزاق مجلي السعيدي -ظوابط استحداث النص الجزائي الخاص دراسة تحليلية - المركز العربي للنشر والتوزيع سنة **2018**، ص. **129**.

[3] - عادل يوسف الشكري الأحكام العامة لإلغاء النص العقابي مكتبة زين الحقوقية والأدبية لبنان الطبعة الأولى **2017**، ص. **9**.

و هو ما يجعل السلطة التشريعية بمنأى في كثير من الأحيان عن الرقابة الدستورية. فلا تخضع للرقابة القضائية فيما تصدره من تشريعات إعمالا لسلطتها التقديرية، ما لم تخالف أهداف الدستور .

ودور المحكمة الدستورية في استجلاء المخالف لأهداف الدستور في ضوء القواعد والضوابط الموضوعية التي يحددها يفترض أن يكون هذا الإخلال ظاهرا جليا بحيث يكشف عن عدم التناسب في التجريم والعقاب، دون أن يتطلب الأمر إجراء مراجعة للسلطة التقديرية للمشرع والتي تقوم على اعتبارات الملاءمة في اختيار أنسب الوسائل لتحقيق المقاصد التي سعى إليها الدستور[1] غير أن تلك السلطة تنعدم، و يبدأ الحديث عن الإختصاص المقيد للسلطة المختصة بالتشريع في إلتزام النص على تلك الأفعال بالضوابط التي يضعها الدستور، و على ذلك يمكننا القول بأنه: إذا كانت سلطة المشرع التقديرية في التدخل بالتجريم والعقاب تتسم بالإتساع، فإن سلطته في صياغة هذه النصوص تتسم بالتقييد بوجوب الإلتزام بالضوابط والقواعد الدستورية في مجال التجريم والعقاب، فتتنوع تبعا لذلك مظاهر تحديد المشرع الدستوري للنصوص العقابية. و يمكن حصر ها في الشكل الآتي:

أولا: تحديد النص العقابي:

يرتبط تطبيق نصوص قانون الجنائي بحقوق الإنسان و حرياته الشخصية، التي لا يجوز التضحية بها في غير ضرورة تمليها مصلحة اجتماعية لها اعتبارها، و ذلك لأن الحرية الشخصية تأتي في مقدمة الحريات العامة باعتبارها ضرورية للتمتع بغيرها من الحريات، بل تعد شرطًا في كثير من الأحيان لوجود غيرها من الحريات و كل قيد يفرض على هذه الحرية بطريق مباشر أو غير مباشر يتخذ شكل الجزاء الجنائي، يتمخض عقابا مقتضيا هذا الجزاء لأكثر صورة الرقابة القضائية على الدستورية حدة.[2]

فالنصوص العقابية تضبطها مقاييس صارمة ومعايير حادة تلتئم و طبيعة هذه النصوص -المنشئة للجريمة والمحددة للعقاب- في اتصالها المباشر بالحرية الشخصية التي أعلى الدستور قدرها، مما يفرض على المشرع الجنائي إلتزاما أن ينتهج الوسائل القانونية السليمة سواء في جوانبها الموضوعية أو الإجرائية، لضمان ألا تكون العقوبةأداة عاصفة بالحرية بقدر من أن تكون إنسانية. [3]

---

[1] - أشرف توفيق شمس الدين، "الضوابط الدستورية لنصوص التجريم و العقاب في قضاء المحكمة الدستورية العليا ج **1**، بحث منشور في موقع مركز العاصي للتحكيم التجاري "**www .alassy.net** "، ص. **2**.

[2] - عروض المراقابة على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية"، مركز رينيه جان دبوي للقانون و التنمية بدون ذكر لمكان و سنة النشر، ص. **266**.

[3] -.و يقصد بإنسانية العقوبة الجنائية **Peine humanitaire** ألا يكون للعقوبة أثر سالب لكرامة الإنسان. فليس لكون الفرد قد هوى في طريق الجريمة أن يعاقب ويعامل بما يهدر كرامته وأدميته. وعلى هذا أكدت المادة الخامسة من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان حينما نصت على أنه "لا يجوز إخضاع شخص للتعذيب أو لعقوبات قاسية أو غير إنسانية أو حاطه بالكرامة". وإلى هذا أشار المشرع الدستوري المصري عام **1971**في المادة **42**بقوله "كل مواطن....يحبس ...تجب معاملته بما يحفظ عليه كرامة الإنسان ولا يجوز إيذاؤه بدنياً أو معنوياً. كما لا يجوز...حبسه في غير الأماكن

فالعدالة الجنائية في جوهرها، هي ما ينبغي ضمانه من خلال قواعد محددة تحديدا دقيقا و منصفا و يفترض ذلك توازنا منطقيا بين مصلحة الجماعة في استقرار أمنها، ومصلحة المتهم في ألا تفرض عليه عقوبة ليس لها أي صلة بالفعل الإجرامي أو تفتقر هذه الصلة إلى الدليل عليها، و لا يجوز بالتالي أن تنفصل العدالة الجنائية عن مقوماتها التي تكفل لكل متهم حد أدنى من الحقوق التي لا يجوز النزول عنها أو التفريط فيها، و لا أن تخل بضرورة أن يظل التجريم مرتبطا بالأغراض النهائية للتجريم.

وإذا كانت السياسة الجنائية تحدد الأصول الواجب اتباعها للوقاية من الإجرام بتدابير تتخذ سواء على المستوى الفردي أوعلى المستوى الجماعي، والمبادئ اللازم السير عليها في معاملة المجرمين تفاديا لإجرامهم من جديد في حين تتولى السياسة العقابية تحديد المبادئ التي يتوقف عليها تبيان العقوبات، و تطبيقها ثم تنفيدها باعتبار أن التجريم لا يمكن أن يقوم بدون عقوبة [1] وهو ما يتطلب من الدولة وفق هذا التعريف سن سياسة وقائية شاملة من شأنها أن تحول دون وقوع الجرم، واعتماد خطة للتنمية الاقتصادية والإجتماعية والثقافية، وتحسين مستوى المعيشة لدى مواطنيها وتأسيسا على ذلك يتعين دائما استظهار ما إذا كان النص الزجري يحترم كافة المعايير والشروط المقبولة اجتماعيا وقانونيا و إلا أصيب بالعوار الدستوري ويجعله عرضة للإبطال.[2]

و قد أقر المشرع الدستوري هذا المبدأ في الفصل 23 (**لا يجوز إلقاء القبض على أي شخص أو اعتقاله أو متابعته أو إدانته إلا في الحالات و طبقا للإجراءات التي ينص عليها القانون**...) و أعاد القانون الجنائي نفس الحكم في مقتضيات المادة من مجموعة القانون الجنائي حين نص (**لا يسوغ مؤاخذة أحد على فعل لا يعد جريمة بصريح القانون و لا معاقبته بعقوبات لم يقررها القانون**) مما يتطلب معه أن يكون النص العقابي واضح وجلي بالنسبة للجميع، إضافة إلى صياغة نص عقابي يهدف إضافة إلى تحقيق الردع العام والخاص، إصلاح الجاني وإعادة تأهيله.

ثانيا: وضوح النصوص العقابية:

الخاضعة للقوانين الصادرة بتنظيم السجون". وهذا أيضا ما رددته المادة **40** من قانون الإجراءات الجنائية حين نصت على أنه "لا يجوز القبض على أي إنسان أو حبسه إلا بأمر ...كما تجب معاملته بما يحفظ عليه كرامة الإنسان ولا يجوز إيذاؤه بدنياً أو معنوياً".

للمزيد من الاطلاع انظر: أحمد شوقي أبو خطوة، شرح الأحكام العامة لقانون العقوبات، دار النهضة العربية سنة **2002** ،ص. **356.**

[1] - امنة أيت حسين – مقاربة السياسة الجنائية من خلال مبدأ الشرعية – مقال منشور بالمجلة الدولية للأبحات الجنائية و الحكامة الأمنية العدد **3** سنة **2000**، ص. **256**.

[2]- حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر بجلسة **1** يناير سنة **2000** في القضية رقم **195** لسنة **20** قضائية ص **6** منشور في الموقع الرسمي لجامعة منيسوتا، مكتبة حقوق الإنسان،**hrlibrary.umn.edu/arabic/aradoc.html** تاريخ الإطلاع: **12-02-2019**

إن الأساس في لغة التشريع الجنائي أن يتحقق الفهم والإفهام بحياد واستقلال و بكل دقة تضمن الشرعية و فصل السلط،[1] وأنه من القواعد المبدئية التي يتطلبها الدستور في النصوص العقابية، أن تكون مصاغة بشكل مضبوط وواضحة[2] ذلك أن غموض مضمون النص العقابي مؤداه أن يحال بين محكمة الموضوع و بين إعمال قواعد منضبطة تعين لكل جريمة أركانها و تقرر عقوبتها، فأكثر ما يهدد الحرية الشخصية، أن يكون النص العقابي مجهلا بمعناه.[3]

والنصوص الجنائية، فضلا عن غموضها قد تتسم بتمييعها، فلا تنحصر دائرة تطبيقها بالأفعال التي يجوز تأثيمها وفقا للدستور، بل تجاوزها إلى أفعال رخص الدستور بها، لذلك كان لزاما أن يكون النص العقابي واضحا كي لا تتسع دائرة التجريم، و ليبقى دوما في إطار الدائرة التي يكفل الدستور في نطاقها قواعد الحرية المنظمة. والتي تختل ضمانها من خلال نصوص عقابية تفتقر إلى الحد الأدنى من المعايير اللازمة لضبطها، و صار مفترضا أن تصاغ النصوص العقابية في حدود ضيقة محددة تعريفا بالأفعال التي جرمها الدستور، و تحديدا لماهياتها، لضمان ألا يكون التجهيل بها موطئا للإخلال بحقوق كفلها الدستور للمواطنين.[4]

فالفكرة الأساسية في صياغة النصوص الجنائية هي أن تقول ما تعنيه بدقة، فمبدأ الشرعية الجنائية يقتضي تحديد الجرائم والعقوبات تحديدا نافيا للجهالة، بأن تكون الألفاظ محددة للمدلولات والمعاني بلا إفراط أو تفريط، بحيث لا تضيق بها ولا تتسع لأكثر منها و هذا ما جعل المحكمة الأو روبية في قرارها الصادر بتاريخ 25 مارس 1993 والمتعلق بالدعوى التي رفعها السيد Kokkinakis ضد بلد اليونان

---

[1] مولاي عبد الرحمن قاسمي – قواعد في صياغة النص الجنائي كمدخل للإصلاح مقال منشور بالمجلة الدولية للأبحاث الجنائية و الحكامة الأمنية القانون الجنائي بين الثبات و التطور العدد الثالث سنة **2000**، ص. **484**.

[2] - انظر حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر في القضية رقم **105** لسنة **12** قضائية دستورية ص **166** والدي جاء فيه: (أن غموض النص العقابي يعني أن يكون مضمونه خافيا على أوساط الناس باختلافهم حول فحواه و مجال تطبيقه و حقيقة ما يرمي إليه، فلا يكون معرفا بطريقة قاطعة بالأفعال المنهي عن ارتكابها، بل مجهلا بها و مؤديا إلى انهامها. و من ثم يكون إنفاذه مرتبطا بمعايير شخصية قد تخالطها الأهواء، و هي بعد معايير مرجعها إلى تقدير القائمين على تطبيقه لحقيقة محتواه و إحلال فهمهم الخاص لمقاصده محل مراميه التي غالبا ما يجاوزونها التواء بها أو تحريفا لها لينالوا من الأبرياء. وبوجه خاص فإن غموض النص العقابي يعوق محكمة الموضوع عن إعمال قواعد صارمة جازمة تحدد لكل جريمة أركانها و تقرر عقوبتها، بما لا لبس فيه، وهي قواعد لا ترخص فيها و تمثل إطارا لعملها لا يجوز اقتحام حدوده، كذلك فإن غموض النص العقابي يحمل في ثناياه مخاطر اجتماعية لا ينبغي التهوين بها. و يقع ذلك لأن تطبيقه يكون انتقائيا منطويا على التحكم في أغلب الأحوال و أعمها، و لأن المواطنين الذي اختلط عليهم نطاق التجريم و التوت بهم مقاصد الشرع، يقعدون عادة. حذر العقوبة و توقيا لها. عن مباشرة الأفعال التي داخلتهم شبهة تأثيمها. و إن كان القانون بمعناه يسوغها. بل أن الإتجاه المعاصر المقارن في شأن النصوص العقابية يؤكد أن الأضرار المترتبة على غموضها، لا تكمن في مجرد التجهيل بالأفعال المنهي عنها، بل تعود. في تطبيقها. إلى عنصر أكثر خطرا و أبرز أثرا، يتمثل في افتقارها إلى الحد الأدنى من الأسس اللازمة لضبطها و التي تحول كأصل عام بين القائمين على تنفيذها و إطلاق العنان لنزواتهم أو سوء تقديراتهم).

[3] -يدكر بورتاليس **Potalis** في خطابه الاستهلالي لقانون العقوبات لعام **1810** أنه * في القضايا الجنائية يجب أن تكون القوانين دقيقة لاستبعاد الاجتهاد القضائي انظر:

F. Desportes : « derecho penal publico » Ecuadour ed 16 anos 2009 p 215

[4] - عادل يوسف الشكري - الأحكام العامة لإلغاء النص العقابي مرجع سابق، ص. **272** و ما بعدها.

Grèce والذي جاء فيه (أن المادة 7-1 من الإتفاقية لا تقتصر على منع التطبيق بأثر رجعي للقانون الجنائي ضدا على المتهم كما نصت بشكل أعم على مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات الذي يأمر بعدم تطبيق القانون الجنائي على نطاق واسع على حساب المتهم و لاسيما عن طريق القياس، و يترتب على ذلك أن الجريمة يجب أن تكون محددة بوضوح بموجب القانون). [1]

أما اللجوء إلى استعمال العبارات الفضفاضة فإن ذلك يخالف المعنى الحقيقي للشرعية الجنائية التي تستلزم وضوح قصد المشرع و بهذا يتحقق للأفراد الإستقرار القانوني و حتى لا نقع في متاهات الغموض والعموميات. و يتبين ذلك جليا في النصوص العقابية الخاصة بالجرائم السياسية والجرائم الارهابية، إذ إن الفوارق فيها بين المباح والمحظور يعتريه بعض الغموض والإبهام. فمثلا حرية التعبير عن الرأي تعد أمرا مباحا بل و حقا مقررا بمقتضى أحكام الدستور[2] أما إذا تجاوزت حدودا معينة فإنها تصبح محظورة بل جريمة ومعاقب عليها. لذلك كان لزاما على المشرع بيان المعيار الذي يميز ـ بوضوح و شفافية ـ بين المباح والمحظور حتى تتضح هذه الحدود و هذا أمر يساعد إلى حد كبير في كشف غموض بعض أنواع الإجرام الغير محدد تشريعيا .

غير أنه و أمام التطور التكنولوجي الهائل والذي نتج عنه الزيادة في ظاهرة الإجرام الإلكتروني الشيئ الذي استوجب معه أنه في كل مرة تظهر جريمة جديدة يطرح مشكل مبدأ الشرعية مما يؤدي بالقانون الجنائي للظهور بمظهر المستدرك لهذه الاحداث المتسارعة والمتأخر عن الركب، ومن الحلول المقترحة هو ترك النصوص المجرمة فضفاضة لتسع أي نوع مستقبلي من الجرائم لكن هذا الحل وجد في تصادم مباشر مع مبدأ التفسير الضيق للنصوص القانونية الجنائية[3] مما يمكن أن يثار مسألة دستورية هاته النصوص.

ثالثا: المحدد الدستوري للزمن الجنائي:

الأصل في النصوص العقابية أنها لا تطبق إلا على ما يقع من تاريخ نفاذها و لا تنعطف أثارها على ما وقع قبلها، إعمالا لقاعدة عدم رجعية النصوص الأشد،[4] غير أن سريان النصوص العقابية على وقائع اكتمل تكوينها قبل نفاذها، وإن كان غير جائز أصلا إلا أن إطلاق هذه القاعدة يفقدها معناها .

ذلك أن الحرية الشخصية وإن كان يهددها القانون العقابي الأسوء إلا أن هذا القانون يرعاها و يحميها إذا كان أكثر رفقا بالمتهم، و يتحقق ذلك من خلال إنهاء تجريم أفعال أثمها قانون عقابي سابق، أو

---

[1] -**CEDH de 25 mai 1993 n 52 – 1993** .

[2] - نص المشرع الدستوري على حرية الرأي و التعبير في الفصل **25** من دستور **2011** و الدي جاء فيه "حرية الفكر و الرأي والتعبير مكفولة بكل أشكالها"

[3] - هشام العزوزي الادريسي: مبدأ الشرعية الجنائية و التكنولوجيا الجديدة ، م. ا.ج. ح. د، العدد **33** سنة **2020**.

[4] أحمد فتحي: سرور القانون الجنائي الدستوري، مرجع سابق، ص. **462**.

عن طريق تعديل تكييفها التشريعي، أو تغيير بنيان بعض العناصر التي تقوم عليها بالشكل، الذي يمحو عقوبتها كلية أو يجعلها أقل بأسا، مع الأخذ بنظر الإعتبار أن غلو العقوبة أو هوانها، إنما يتخذ على ضوء مركز المتهم في مجال تطبيقها بالنسبة إليه.

و بناء عليه، فإن إنكار الأثر الرجعي للنصوص العقابية، يفترض أن يكون تطبيقها في شأن المتهم مسيئا إليه، فإن كانت أكثر فائدة لمركزه القانوني في مواجهة سلطة الإتهام، فإن رجعيتها تكون أمرا وجوبيا. ومن ثم نكون أمام قاعدتين تجريان معا و تتكاملان عند التطبيق: **أو لهما**، أن مجال سريان النصوص العقابية ينحصر أصلا في الأفعال اللاحقة لنفاذه، فلا يكون رجعيا كلما كان أشد وقعا على المتهم. و **ثانيهما**، حتمية سريان النصوص العقابية اللاحقة على وقائع كانت تؤثمها نصوص سابقة، كلما كانت النصوص الجديدة أكثر يسرا للمتهم، و أخف وطأة عليه.

و قد صرحت المحكمة الدستورية العليا في مصر بالمعنى المتقدم حين قالت في حكم لها: (و لما كان المقرر قانونا و عملا بنص المادة 5 من قانون العقوبات، أن يعاقب على الجرائم بمقتضى القانون المعمول به وقت ارتكابها، إلا أنه يستثنى من ذلك حالة صدور قانون أصلح للمتهم بعد وقوع الفعل وقبل صدور حكم حائز لقوة الأمر المقضي، فإنه يغدو جديرا بالإتباع دون غيره، وبالتالي ينحصر مجال سريان القانون الأحدث على الأفعال اللاحقة لنفاذه، فلا يسري بأثر رجعي كلما كان أشد وقعا على المتهم، كما يسري القانون الأحدث على الوقائع كان يؤثمها قانون سابق، كلما كان القانون الجديد أكثر يسرا للمتهم، فينشئ له مركزا جديدا من خلال رد ما ارتكبه إلى دائرة المشروعية).[1]

والنصوص العقابية التي يجري مقارنتها ببعض لتحديد الأصلح منها للمتهم، يفترض اتفاقها جميعا مع أحكام الدستور، و تزاحمها على محل واحد و تفاوتها فيما بينها في عقوباتها، فلا تغلب من صور الجزاء التي تتعامد على المحل الواحد، إلا تلك التي تكون في محتواها أو شرائطها أو مبلغها أقل بأسا و أهون أثرا، و أيسر تطبيقا.

و تأسيسا على ما تقدم يمكن القول: بأنه إذا كان النص العقابي الملغي، الذي اقترف في ظله الفعل، غير دستوري،امتنع تطبيق النص الجديد على الوقائع التي حدثت قبل صدوره وإلا كان إعمال النص الجديد وإن كان في مصلحة المتهم على الوقائع السابقة على نفاذه انتهاكا لمبدأ شرعية التجريم والعقاب، لأنه سيسحب على أفعال غير مؤثمة في الأصل، و لذلك فإن قاعدة النص الأصلح للمتهم لا تطبق، إلا بافتراض دستورية النصين السابق واللاحق.

[1] - حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر بتاريخ **01- 04- 2012** في القضية رقم **183** سنة **31** قضائية دستورية.

و إنه بالرجوع إلى مقتضيات الفصل 49 والفصل 52 من القانون الجنائي المغربي نخلص إلى مجموعة من المبادئ والتي يمكن أيجازها بالتالي:

1 - عندما ينص القانون الجديد على عقوبة أقل قسوة من تلك التي قررها القانون القديم، يتطلب أن تعامل النصوص القانونية التي تهدف إلى الحد من أثار تطبيق القانون الجديد في شأن الجرائم التي تم ارتكابها قبل نفاذه، والتي لم يصدر فيها بعد حكم حائز لقوة الأمر المقتضي، بوصفها متضمنة إخلالا بالقاعدة التي لا يجوز للمشرع على ضوئها أن يقرر للأفعال المجرمة غير عقوبتها التي تقتضيها الضرورة بوضوح فلا تجاوز متطلباتها، و ذلك مراعاة لتغير نظرة المجتمع والمشرع للعقوبة المقررة.

2 - أن تجريم المشرع العقابي لأفعال بذواتها، لا ينفصل عن عقوباتها التي يشترط لتوقيعها أن تكون مشروعة في ذاتها، وبضرورتها وبامتناع رجعية النصوص العقابية التي قررتها كلما كان مضمونها أشد قسوة، ومن دون أي إخلال بحقوق الدفاع التي تقارنها، و لا تتعلق هذه الضوابط بمجملها بالعقوبات التي توقعها السلطة القضائية فقط، و لكنها تمتد لكل صور الجزاء التي يتمخض عقابا، و لو كان المشرع قد فوض مهمة النطق به إلى جهة غير قضائية.[1]

3 - أن النصوص العقابية التي يتعين تطبيقها بأثر فوري على الأفعال اللاحقة لنفاذها، هي تلك التي تكون عقوبتها أشد قسوة من تلك التي قدرتها النصوص القديمة.

أن إلغاء النص العقابي يقتضي إيقاف تنفيذ العقوبة على المدانين بمقتضى أحكام نهائية و إطلاق سراحهم كنتيجة لتغير نظرة المجتمع لذلك الفعل الجرمي و ضرورة الأخد بعين الإعتبار لتقدير السلطة التشريعية ذاتها، و هذا ما ينسجم مع المنطق السليم.

المطلب الثاني: تجليات دسترة القانون الجنائي.

إذا كانت حماية الحقوق والحريات تتقرر بحسب الأصل في الدستور و ليس في القانون الجنائي أو قانون المسطرة الجنائية فإن إغناء المضمون المادي للنصوص الدستورية نتج عنه الإعتراف بالفرد وبحقوقه كجزء من المعادلة الدستورية، وذلك بتقرير بعض الضمانات لحماية الفرد من سلطة الدولة، وأصبحت المبادئ والقواعد الدستورية تحدد طبيعة العلاقة بين الفرد والدولة ومن خلالها يمكن التحكم في مضمون قواعد القانون الجنائي.[2]

[1] - أحمد فتحي سرور الحماية الدستورية للحقوق و الحريات، مرجع سابق، ص. **479**.

[2]- منذر عنبتاوي، "الإنسان قضية وحقوق"، تونس منشورات المعهد العربي لحقوق الإنسان **1991**، ص. **53**.

و أن ملاءمة القوانين العادية مع المبادئ الدستورية المشكلة لكتلة الحقوق والحريات وعلى رأسها مبادئ ذات طبيعة جنائية سواء ارتبطت بالجانب الموضوعي أو المسطري أضحت أمرا ضروريا ، خاصة أنه في ظل المناداة المتزايدة باحترام حقوق الدفاع وقرينة البراءة، وبصفة عامة ضمانات المحاكمة العادلة، فرض منح مجموعة من المبادئ الموجهة لقانون المسطرة الجنائية أهمية متزايدة عبر دسترتها.

و بإلقاء نظرة على تاريخ القانون الجنائي وكيف وصل الأمر إلى احتكار الدولة لحق العقاب، وجعله أكثر انضباطا مع الإرادة العامة للشعب المتمثلة في الدستور، وتأكيد حماية الحقوق والحريات والمصلحة العامة من خلال إحداث توازن فيما بينها، حيث تتواجد إشكالية العلاقة بين الدولة والفرد بدءا بالتوقيف والمتابعة والحكم بالإدانة، وصولا إلى تنفيذ العقوبة، و التي من خلالها تتجلى تمظهرات دولة القانون وإلتزامها بالضوابط الدستورية.[1]

والتشريع الجنائي[2] في مقصده الحقيقي، يهدف إلى تحقيق الأمن الإجتماعي، الذي يشمل أيضا الأمن الحقوقي حيث يلعب المشرع الدستوري دورا هاما في توجيه المشرع الجنائي نحو تجريم الإعتداء عليها حينما يكون من الضروري إضفاء الحماية الجنائية لهذه المصالح والقيم الدستورية سواء تمثلت في الحقوق والحريات أو غيرها من المقومات الأساسية للمجتمع.

و يتضح هذا الدور من خلال التزام السلطات الدولة باحترام الحقوق والحريات التي يحميها الدستور و يتخد موقفا إيجابيا منها عبر تجريم المساس بها بالإضافة إلى مراعاة القيم الدستورية الأخرى التي تعتبر ضرورية لاستمرار الدولة ومؤسساتها، ومن هذا المنطق فإن التأثير الدستوري على المشرع الجنائي نحوالتجريم وتحديد المصالح المحمية و نطاقها وفق ما تمليه الضرورة الإجتماعية يقصد ضمان الفعالية لهذه الحماية.

غير أن طبيعة الفكر القانوني السائد داخل الدولة يختلف باختلاف النظام السائد فيها - حيث اعتبرت دلماس مارتي أن كل دولة يحكمها تنظيم قانوني معين يختلف بين الليبرالي والسلطوي والاستبدادي،

---

[1]- سحر محمد نجيب، "التنظيم الدستوري لضمانات حقوق الإنسان وحرياته-دراسة مقارنة في بعض الدساتير العربية"، دار الكتب العربية، مصر، **2011**، ص. **17**.

[2] - إذا كان التشريع الجنائي يجرم كل السلوكات التي تمس الأمن الإجتماعي و المعاقبة عليه، فإنه يحمي الحقوق و الحريات أيضا، و من تمظهرات هذه الحماية ما هو متعلق بحقوق الإنسان في كنهها الدولي، و أخرى مرتبط بالحريات و الحياة الشخصية، المتأصلة من القيم و العادات و الممارسات اليومية للمجتمع، إضافة إلى ارتباطه الوثيق بالمتغيرات العالمية من خلال المحاربة الدولية للجريمة، خاصة و أن تحديات هذه الأخيرة لاسيما في تجلياتها و أنماطها الحديثة، شكلت مطلبا ملحا لمراجعة و إصلاح المواجهة التشريعية لها، مع مراعاة الصحوة غير المسبوقة التي تعرفها بلادنا، خاصة بعد صدور دستور **2011**، الذي تضمن في ثناياه مبادئ و مستجدات جنائية غاية في الأهمية، فالفرد لا يتنازل عن حريته إلا بالقدر اللازم لاستقرار الحياة في المجتمع، وكل طغيان أو تعسف يتجاوز القدر اللازم لحماية النظام العام في المجتمع، يعتبر جريمة لا يمت للعدالة بصلة، و يجب محاربته من خلال مقتضيات القانون الجنائي للمزيد يمكن الإطلاع على:

نور الدين العمراني: منظومة التجريم في ضوء مسودة مشروع القانون الجنائي، المستجدات و مواطن القصور، المجلة المغربية للقانون الجنائي و العلوم الجنائية، العدد **3** مطبعة المعارف الجديدة الرباط **2016**، ص. **41**.

إلا أن احتكام الدولة لأحد هذه النماذج لا يعني أنها تستغني عن باقي الأنظمة الأخرى حيث يمكن لها أن تمزج بين أسلوبين داخل نظام قانوني معين- [1] ففي الدولة التي يحكمها الفكر الشمولي أن حجم المساس بالحقوق والحريات لصالح الدولة يزيد على حساب الفرد، أما في ظل هيمنة الفكر المتشبع بروح ومقتضيات حقوق الإنسان، فإن تنظيم ممارسة حق الدولة للعقاب يخضع لقيود دستورية لا تملك الدولة إلا سلطة نسبية في تحقيق أهدافها لتحمي جميع المصالح القانونية سواء تمثلت في الحقوق والحريات أوفي المصالح الإجتماعية.

إلا أن مواجهة المعيارين الجنائي والدستوري وتفاعلهما داخل النظام القانوني خصوصا في ظل التوسع المضطرد للقانون الجنائي يطرح سؤالا كبيرا حول مركز **الفرد فهل مصيره يتلاشى ليحل محله سيادة المجتمع**؟ ليبقى معيار التدخل ضرورة اجتماعية يقتضيها الصالح المشترك ،و التي تبرر تراجع الحرية في مختلف مجالات الحياة الإجتماعية، وجعل المناداة بوضع القيود الدستورية على حق الدولة في ممارسة حق العقاب أمرا ملحا من خلال التزام سلطاتها المختلفة بالشرعية الدستورية، باعتبار أن هذا الأمر هو ما يميز الدولة القانونية عن الدولة البوليسية التي لا تلتزم باحترام القانون وتتجاهل الفرد

وتأسيسا عليه تعتبر المرجعية الدستورية أصلا مؤطرا للقانون الجنائي، على أساس أن الدساتير تتضمن المبادئ والتوجهات المتعلقة بالحريات والحقوق، والمجال الجنائي يعتبر أهم أداة لحمايتها ، حيث تستمد القوانين الجنائية إلزاميتها ومشروعيتها من إرادة الأمة أو الشعب، و باعتبار القانون الجنائي آلية المواجهة التشريعية للجريمة، يجدر به عدم مخالفة الشرعية التشريعية، بملاءمته للمقتضيات الدستورية، وإحقاق التوازن بين القواعد التي تغلب الأمن والنظام العام، أخذا بعين الإعتبار الإلتزامات الدستورية الجديدة والتعهدات الدولية للمملكة المعبر عنها،[2] كآليات لتحقيق هدف المشرع الجنائي.[3]

وقد حرص الدستور المغربي في فصله السادس على سيادة القانون، وتأكيد بعض المبادئ المتعلقة بالقانون الجنائي، ومما استحدثه دساتير المملكة على الإلتزام بمواثيق ومبادئ حقوق الإنسان كما هي متعارف عليها عالميا، وكان ذلك الاستحداث متأثرا ببعض التجارب الدستورية التي قطعت شوطا كبيرا في هذا المجال، والمهم في هذا النص الجديد أنه وضع أسسا لا يستطيع المشرع العادي أن يتجاوزها من ذلك مثلا أن الدستور يوجب في الفصل 23 من الدستور الإلتزام بالشرعية الدستورية للقانون الجنائي، ومنها عدم إلقاء القبض أو الإعتقال أو إنزال العقاب إلا حسب الإجراءات المنصوص عليها في القانون، والفصل

[1]- ميراي دلماس مارتي، محي الدين أمزازي، "التحولات الممكنة للسياسات الجنائية العربية"، دراسة قام بها المجلس الوطني لحقوق الإنسان، **2013**، ص. **10** وما بعدها.

[2] - أحمد قليش – جرائم القانون الدولي وحقوق الإنسان من خلال مسودة مشروع القانون الجنائي -، المجلة المغربية للقانون الجنائي والعلوم الجنائية، العدد **3** مطبعة المعارف الجديدة الرباط **2016**، ص. **161**.

[3] - محمد عبد النباوي – تأملات في السياسة الجنائية بالمغرب واقع وأفاق، المجلد الأول، الأعمال التحضيرية أيام **11,10,9** دجنبر **2004** مكناس، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، العدد **3** مطبعة فضالة المجمدية **2004**، ص. **117**.

6 من الدستور الذي ينص على عدم رجعية القانون، وبهذا يكون للمتهم في بلادنا حقوق دستورية، وعلى ذلك لا يستطيع نص قانون عادي أن يبيح للسلطة العامة مخالفة الدستور.[1]و هو ما أقره المجلس الدستوري في قراره الذي جاء فيه "... إن تحقيق الأهداف الواردة في الدستور يجب أن يتم دون الإخلال بالمبادئ الدستورية". [2]

وإنطلاقا من أن احترام حقوق الإنسان يعد من أهم وسائل الوقاية من الجرم.[3] ومن كون أن الحماية الجنائية للحقوق والحريات تعد من اختصاص المشرع العادي، إلا أن حركة المشرع في هذه الحماية تخضع لأحكام الدستور، وأن الشرعية الدستورية تؤثر في القانون الجنائي في ثلاثة محاور :

1-القانون الدستوري كعامل في تحديد شرعية الجرائم والعقوبات.

2-القانون الدستوري عامل في توجيه القانون الجنائي.

3- القانون الدستوري يحدد نطاق القانون الجنائي.[4]

ونظرا لأهمية المبادئ الجنائية وصداها الدستوري كأساس لمكانة الفرد داخل القانون الجنائي تعزز دسترة القانون الجنائي وتؤكد وظيفته في حماية الفرد والمجتمع حين تكتمل عناصر دولة القانون وتتم مأسستها بإقرار دستوري يروم تقييد سلطة الدولة في العقاب قصد حماية الحريات الفردية وأمن المجتمع من خلال الملاءمة بين قطبي المعادلة، من خلال ترسانة جنائية تحترم المبادئ الدستورية في إطار نظام قانوني ترابي لتقييد سلطة العقاب وجعلها مصدر وجودها واستمرارها من خلال ما تحمله من قيم ومبادئ تكون إطارا مرجعيا لصياغة مشروعية سلطة الدولة في العقاب وتحديد العلاقة بين الفرد والدولة والتي تجد أهم تطبيقاتها في المادة الجنائية، لذلك يعد القانون الجنائي أحد دعائم النظام القانوني للدولة،[5] فعلاقة الفرد بالسلطة تخضع لضوابط من خلال الإعتراف بالشخصية القانونية للفرد، في إطار قواعد عامة ومجردة تضمن المساواة التي تعتبر ركيزة أساسية ثم مركز الفرد في علاقاته بالسلطة بأن تصدر عن الهيئة المختصة وفق التراتبية المعيارية للقاعدة القانونية.[6]

غير أن التوجه الجديد للسلطة العقاب أصبح ينذر بإمكانية أن تتنازل عنه الدولة شيئا فشيء، بعدما كان متمركزا في الماضي في يد الدولة، خاصة بعدما قررت المندوبية العامة لإدارة السجون وإعادة الإ

---

[1] - عبد الواحد الدافي – طبيعة الاساس الدستوري للقانون الجنائي، مرجع سابق، ص. **29**.

[2] - قرار المجلس الدستوري رقم **943** بتاريخ **25** يوليو **2014**

[3]- أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق و الحريات م س،ص. **480**.

[4] - أحمد فتحي سرور الحماية الدستورية للحقوق و الحريات، مرجع سابق، ص. **376**.

[5] - محمد سعيد: نمور دراسات في القانون الجنائي، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع **2004**، الطبعة الاولى، ص. **573**.

[6]- **Jean Pardel , « La condition juridique du detenu», Editions Cujas, paris 2006, p.75.**

دماج خوصصة المؤسسات العقابية، هي عملية تقوم على التعاقد بين الحكومة وبين شركات ومؤسسات القطاع الخاص من أجل إنشاء وإدارة وتشغيل المؤسسات العقابية، أو تقديم بعض الخدمات المحددة، وذلك من أجل تقليل التكلفة الاقتصادية، وتحسين مستوى الخدمات المقدمة.

إضافة إلى ذلك اتجهت الدولة من خلال مشروع القانون الجنائي إلى إشراك المجتمع المدني في الشق العقابي بعدما كان دورها قديما يقتصر في البعد الوقائي، حيث تضمن هذا المشروع عقوبة العمل من أجل المنفعة العامة والتي تم إسنادها إلى الهيئات الحقوقية من أجل تأهيل وإعادة إصلاح المحكوم عليه من جهة، ومن أجل أنسنة العقوبة من جهة ثانية.

إن كل هذه المجهودات لا تكفي وحدها إذا لم يتم تحديد تجليات دستورية القانون الجنائي، وهو ما سنعمل على تبيانه في المبحث الموالي.

المبحث الثاني: تأثير المشرع الدستوري في صياغة النص الجنائي

إن الفرع القانوني الذي يتكفل بالمسائل المتعلقة بتنظيم العقاب في المجتمع سواء فيما يتعلق بمظاهره الشكلية أو الموضوعية هو القانون الجنائي، ومن ثم مبدئيا فإن هذه المسائل لا تدخل ضمن اهتمامات النص الدستوري، وأن المبررات الأساسية في وجود العديد من المبادئ الدستورية المكرسة لمجال القانون الجنائي نجدها في تطور القانون والقانون الجنائي بشكل خاص، قد تكرست عبر هذا التطور العديد من القيم ، كان لازما من أجل الحفاظ عليها إعطاء العديد من المبادئ التشريعية قيمة دستورية.[1]

لذلك باتت الدساتير موجهة للتشريعات الحديثة، و بالنسبة للمغرب فإن المقتضيات التي أتى بها دستور 2011 تعد و بحق مرتكزا أساسيا لا يمكن تجاهله لأي إصلاح حقيقي للقانون الجنائي المغربي،[2] لأنه قدم حلول عميقة إلى درجة أصبح الحديث فيها لدى العديد من الانظمة القانونية المقارنة عن الدور المتميز الذي يلعبه القضاء الدستوري في رسم وتحديد ملامح السياسة الجنائية بشكل عام[3] من خلال مختلف الإجتهادات والتأو يلات التي يراكمها في مجال حماية الحقوق والحريات الدستورية، خاصة في

[1] - عبد المجيد زعلاني: مبادئ دستورية في القانون الجنائي " محاضرة ألقيت في ندوة الحريات العامة و التطور السياسي في الجز ائر مقال منشور على الموقع الاكتروني www.asjp.cerist.dz/en/article/96825 تاريخ الإطلاع 12-09- 2020 .

[2] - العربي بوبكري: من المسودة إلى مشروع القانون 1016 أي أفق لإصلاح عميق للقانون الجنائي المغربي مقال منشور بالمجلة الدولية للأبحاث الجنائية و الحكامة الامنية العدد الثالث سنة 2020، ص. 181.

[3] - للإطلاع حول المزيد بخصوص دور القضاء الدستوري في رسم السياسة الجنائية أنظر المقالين التاليين:

- Christine LAZERGES, « Le rôle du Conseil constitutionnel en matière de politique criminelle », Cahiers du Conseil constitutionnel n° 26, Dossier: La Constitution et le droit pénal, août 2009, publié sur le site internet du C.C.F.Voir aussi de méme auteur: Le Conseil constitutionnel acteur de la politique criminelle, à propos de la décision n° 2004-492 DC du 2 mars 2004, RSC, 2004 p.725.

علاقتها بالمجال الزجري وأيضا الجانب المسطري منه، وهو ما يؤكد الدور المتميز الذي نتمنى أن يصل إليه القضاء الدستوري المغربي من خلال ما هو مأمول منه ،حيث نجد اجتهاد المحكمة الدستورية يكرس هذا التوجه في قرارها الذي جاء فيه " –يحق للمشرع، باعتباره المختص بوضع السياسة الجنائية، تتبع كيفيات تنفيذ السياسة الجنائية[1] قصد تعديل المقتضيات المتعلقة بها وتطويرها إذا اقتضى الأمر ذلك"[2]

الفقرة الأولى: دستورية القواعد الجنائية

لقد شكل النص على المبادئ الجنائية ضمن الوثيقة الدستورية طفرة كبرى في مجال الحقوق والحريات، و جعل ممارسة سلطة العقاب ضمن النطاق القانوني الشكلي والموضوعي طبقا لتوجهات دستورية وقانونية محددة، فالوثيقة الدستورية هي أهم مصدر للحقوق والحريات، وأن القانون الجنائي ينظر إليه دائما على أنه المجال الذي يضيق فيه استعمال الحق وتحد فيه الحريات وذلك حفاظا على النظام العام.[3]

وهو ما يتجلى في أبعاد العلاقة بين القانون الجنائي والدستور، ولهذا اسندت للقضاء الدستوري الدور المحوري في إجلاء الغموض عن هذه المبادئ وإعطائها مدلولها الدستوري كمرجعية يلزم الإستناد عليها في الترسانة الجنائية لوضع حد للتحكم عبر الإلتزام المشرع الدستوري بمعايير حقوق الإنسان والحريات الأساسية لضمان فعاليتها،[4] وأن الشرعية الدستورية تفيد بأن أي قيد على الحقوق والحريات لابد أن يصدر وفق تشريع و وفق إجراءات محددة و صارمة،[5]

إن فعالية القانون الجنائي تقاس بمدى استناده إلى المبادئ الدستورية المعاصرة- مبدأ الشرعية، مبدأ المساواة، عدم الرجعية، ضمانات المحاكمة العادلة...- والمتجسدة في ثقافة حقوق الإنسان، حيث

---

[1] - حيث أنه جاء في قرار المجلس الدستوري رقم **992\16** م .د " وحيث إن صلاحية وضع السياسة الجنائية، التي تعد جزءا من السياسات العمومية، من خلال سن قواعد وقائية وزجرية لمكافحة الجريمة، حماية للنظام العمومي وصيانة لسلامة الأشخاص وممتلكاتهم وحرياتهم، وكذا تحديد الكيفيات والشروط القانونية لممارسة قضاة النيابة العامة لمهامهم، تظل من الصلاحيات المخولة إلى السلطة التشريعية التي يعود إليها أيضا تقييم هذه السياسة، طبقا لأحكام الدستور".

[2] - قرار رقم **991/2016** بتاريخ **15** مارس **2016**(**5** من جمادى الاخرة **1437**)، منشور بالموقع الإلكتروني للمحكمة الدستورية،

https://cour-constitutionnelle.ma

[3] - يرى الدكتور أحمد فتحي سرور أن:"....قوة التأثير الذي تتسم به قواعد القانون الجنائي على السلوك الإجتماعي لا تخفي طابعه الحقيقي، وهو حماية المصلحة الإجتماعية. وتتجلى هاته المصلحة في قانون العقوبات بما يفرضه من أنماط السلوك المختلفة لحماية المصالح والقيم الإجتماعية وحماية الحقوق والحريات، بما يفرضه من جزاء قانوني لضمان احترام هذه الأنماط"، ويضيف أن فعالية قانون العقوبات في أداء هاته الوظيفة يتوقف على معيارين هما مدى حسن تعبيره عن المصالح والقيم الحالية للمجتمع، ومدى تنظيمه للجزاء الجنائي".

- أنظر أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، م س، النسخة الإلكترونية، ص. **366**.

[4] **Françoise Tulkens et Michel Van de Kerchove: La justice pénale: justice imposée, justice participative, justice consensuelle ou justice négociée ? Presses de l'Université Saint-Louis 1996 p 112.**

[5] - د . يحي الجمل، القضاء الدستوري في مصر، دار النهضة العربية، مصر،سنة ،**2008**، ص. **8** و **9**.

ترتكز عليها الدولة في ضبط الأفعال المجرمة وعقوباتها وتتصدى لكل فعل مشين يؤدي إلى خلق اضطراب في الوسط المجتمعي، باعتبار قواعده من أهم الفروع القانونية التي تصبو إلى تحقيق أهداف حيوية تتصل بالكيان الإجتماعي والسياسي، فمن الناحية السياسية تعمل على احترام المبادئ التي ينشدها دستور الدولة، وذلك عن طريق مؤسسات سياسية وثقافية ودينية ومنه تحقيق فعالية تلك القواعد الجنائية وتوظيفها أيضا في تحقيق الصالح العام والحفاظ على كيان الدولة.[1]

هكذا و يعتمد المشرع المغربي في صياغته للنص الجنائي على مجموعة من الآليات التي تساعده على إنجاح هذه المهمة، حتى ينسجم مع توجهات السياسة الجنائية، التي يعتزم من خلال تقنيات التجريم، منطلقا في ذلك من مجموعة من المصالح المجتمعية التي تجعل من ضمن اهتماماته الأولى، واجب التدخل لحمايتها، باحترام مجموعة من القيم التي استطاع الوعي المجتمعي أن يقبلها، كأسلوب حضاري ينبغي تقييم السلوك وفقه أو التخلي عن بعض مقتضياته إما لأن الزمن تجاوزها أو لأنها أصبحت غير مسايرة لتوجيه عالمية حقوق الإنسان.[2]

كما تتسم قواعد هذا الفرع القانوني بقوة تأثيرها على السلوك الإجتماعي، ويتجلى ذلك في القانون الموضوعي في قسمه الخاص أساسا الذي يفرض أنماطا من السلوك ورتب عقوبة على مخالفتها، كما يتمظهر تأثير القانون الإجرامي فيما ينظمه من قواعد إجرائية تمس حقوق وحريات المواطنين في سبيل كشف الحقيقة التي يتطلب الوصول إليها سلوك مسار الدعوى العمومية، التي تعد حدثا غير عادي في حياة الشخص.

لذا فإقرار حق سلطة الدولة في العقاب لا يفهم منه التضحية بحقوق الأفراد وحرياتهم، بل يعني أن نعمل على ضمان التوازن المطلوب بين أطراف هذه الدعوى، لأن بدونه تفقد المنظومة الجنائية فعاليتها، بل تفقد معه الدولة القانونية مصداقيتها، لذا يجب أن يتجاو ب التجريم والعقاب وكذا مباشرة الإجراءات الجنائية مع مقتضيات حمأية الحقوق والحريات في جميع صورها وأشكالها، وبدون هذه الحماية يكون التجريم والعقاب والاجراءات الجنائية إذاة بطش وتحكم، فتفقد الحقوق والحريات معناها وجوداها.

وتتجلى أهمية ضمان الحقوق والحريات في أن النظام العام يقتضي تقييد حرية الفرد من خلال التجريم والعقاب، فالتجريم يمس حرية الفرد في مباشرة أنواع معينة من السلوك لأنه يخضعه لضوابط اجتماعية معينة، هذا بالإضافة إلى العقاب، فإنه يمس الحرية الشخصية للفرد.

---

[1]- عبد الواحد الدافي، مرجع سابق، ص. **34**.

[2] - بوتشكوشت سعيد – مظاهر حماية حقوق الإنسان من خلال فلسفة التشريع الجنائي المغربي - المجلة المغربية للأنظمة القانونية و السياسية العدد **15** دجنبر **2018**، ص. **201**.

والمشرع الجيد هو الذي يحدد بدقة في إطار سياسة جنائية عقلانية، الأفعال الخطيرة والأكثر تهديدا، أو مساسا بالنظام العام الإداري، والإقتصادي والسياسي، وعلى السلطات العامة أن تختار بين قواعد الحياة الإجتماعية تلك التي تؤدي انتهاكها إلى تطبيق القانون الجنائي.[1]

وهكذا يتضح أن خصوصية القانون الجنائي أدت إلى وجود العديد من المبادئ الجنائية ذات الطبيعة الدستورية "مبدأ الشرعية، عدم رجعية القوانين، حماية الحياة الخاصة، حماية حرمة الجسد كمدخل لتكريس الكرامة الجنائية، توفير ضمانات للمحاكمة كمعيار على عادلة النظام الجنائي وانصافه..."باعتبارها مؤشر على تطور القانون الجنائي وانفتاحه على العلوم الدستورية حتى صارت هذه الأخيرة المؤطر المرجعي للقانون الجنائي، وذلك لنظرا لما يحمله في طياته من مخاطر على الحريات استلزم معه ضرورة وجود ضمانات دستورية تعمل على توفير الضمانات الكافية لتسهيل عملية التوازن المطلوب بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة.

ذلك لأن التوجه الجديد الذي أضحى يحكم الدساتير المعاصرة هو اعتبار علاقة بين القانون الدستوري والقانون الجنائي علاقة ذات طابع بنيوي وتاريخي من خلال تأثير النسق الدستوري على النسق الجنائي، هذا التأثير يبرز من خلال الحرص على تقرير مجموعة من الحقوق والحريات رغبة من المشرع الدستوري في وضع قيود على المشرع العادي فيما يسنه من قواعد وأحكام امتثالا منه للحدود الدستورية كإطار مرجعي لتأسيس علاقة تكاملية بين النص الدستوري والنص الجنائي، وذلك في أفق تدعيم البناء القانوني والمؤسساتي لدولة الحق والقانون، والتي يحتل فيها الدستور قمة الهرم القانوني والموجه الشرعي لكل الأنظمة القانونية في الدولة ، بحيث لا يجب أن يتجاوزه أو يخالفه التشريع الجنائي باعتباره أدنى منه في الهرم القانوني، لذلك يبقى القانون الجنائي مدينا للدستور في تطوره واستمرار فاعليته.[2]

من أمثلة هذه القيم الإطار الذي يمارس في نطاقه سلطة التجريم والعقاب المرتكزة على مبدأ الشرعية الجنائية في بعدها الدستوري الذي يستلزم ضرورة التوازن ورسم نطاق الحريات وعدم التضحية بها مهما كانت الأسباب إيمانا بأن هذا الحد الأدنى لا يتعارض مع مصلحة المجتمع، بل يسهم في تحقيقها عبر الإلتزام بالشرعية الدستورية وتوافر مضامينها داخل النصوص الجنائية، رغم بعض مظاهر المساس بمقومات الشرعية الجنائية ويأتي في مقدمتها فتح المجال أمام التنظيم[3]،و التضخم التشريعي وغموض

[1] -**Bouloc Bernard , Matsopoulou Hartini – droit penal general et procedure penal 16 eme edition Sirez Paris Dalloy 2006 p 12**.

[2] -**Daniel Mayer "l apport du doit penal constitutionnel au droit penal en France " R.S.C.D.P.C .N 3 ;1988 p 197.**

[3]- فريد السموني، تحديث التشريع الجنائي م س، ص. **44**.

النصوص التجريمية، والإتجاه أحيانا إلى تطبيق القوانين الجديدة ذات الطابع فوري تمتد إلى الأفعال المرتكبة قبل دخولها حيز التنفيذ.

فالجريمة تنشئ للدولة حقا في عقاب الجاني ويتولى قانون الجنائي تحديد مضمون هذا الحق، بينما يبين قانون الإجراءات الجنائية كيفية الحصول عليه في إطار الشرعية الدستورية، ويعد هدف تحقيق فاعلية العدالة الجنائية غاية المشرع الجنائي، فقانون الإجراءات الجنائية يهدف إلى حماية المصالح الإجتماعية في الدولة من خلال التوفيق وإقامة التوازن بين مصلحتين تبدو متعارضتين هما مصلحة المجتمع في كشف الحقيقة والقبض على المجرمين وإدارة العدالة الجنائية على نحو فعال يحقق السرعة والردع من ناحية، ومصلحة الفرد عندما يكون متهما في أن تصان كرامته وأن تضمن له حقوقه في الدفاع عن النفس وإثبات براءته وألا تطغى الرغبة في إدارة العدالة الجنائية على حقوق الفرد وحرياته الأساسية من ناحية أخرى[1] ،لذلك يعد دسترة وضائف القانون الجنائي أحد تعبيرات تلاقح القانون الدستوري و القانون الجنائي

الفقرة الثانية: دسترة وظائف القانون الجنائي

إن وظيفة القانون الجنائي حمائية، إذ يهدف إلى تحقيق الأمن الإجتماعي والأمن الحقوقي و ذلك انطلاقا من تجريم كل السلوكات التي تمس الأمن الإجتماعي والمعاقبة عليها، فإنه يحمي الحقوق والحريات أيضا من تمظهراتها ما هو مرتبط بالحريات والحياة الشخصية.[2]

وأن فعالية القانون الجنائي ترتكز على محورين أساسين هما:

أولا ـ مدى حسن تعبيره عن المصالح والقيم الحالية للمجتمع.

ثانيا ـ تنظيم الجزاء الجنائي.

أولا: القانون الجنائي انعكاس لارادة للمجتمع:

القانون الجنائي جزء من النظام القانوني العام الذي هو مجموع القواعد القانونية السائدة في الدولة تتمثل في حماية المصالح الإجتماعية سواء كانت من المصالح العامة التي تمس كيان الدولة والمجتمع أو من المصالح الخاصة التي تتعلق بحقوق الأفراد ومصالحهم،[3] ويعمل المشرع على تحديد المصالح الجديرة بالحماية الجنائية كلما وجد أن من الأجدر أن يستعين بوسيلة جنائية لحماية مصالح الجماعة ككل، وإن

[1]- أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق و الحريات م س، ص. **480**.

[2] - إدريس السفياني و محمد لفريخي - القانون الجنائي المغربي أصوله و اساسيات تطوره – المجلة المغربية للإدارة المحلية و التنمية عدد **124** سنة **2015**، ص. **202** و **203**.

[3] - أحمد فتحي سرور القانون الجنائي الدستوري، م س، ص.**9** .

وصفت بأنها ذات لون اجتماعي أو سياسي أو اقتصادي أو إداري،[1] الشيء الدي يفرض على القانون الجنائي التطور انطلاقا من تطور أنماط الحياة والعلاقات الإجتماعية لنخلص إلى مسأيرة النظام القانوني لهذا التغيير السريع والمزعزع لبعض القيم في بعض الأحيان والمسئ للأفراد و استقرار المجتمعات في أحايين عدة، وأن استحضار مبدأ الشرعية الجنائية في علاقته مع التطور المجتمعي نجد كون أن هذا المبدأ بدأ يفقد بريقه، و أصبحت هده القاعدة تتعرض شيئا فشيئا للمعارضة والانتقاد.[2]

يعتبر القانون الجنائي الخاص هو محرر السياسة الجنائية التي تعتمد عليها الدولة في التميز بين أفعال الإنسان المباحة و غير المباحة، لهذا السبب فإن نطاق هذا القانون ظل يتسع أو يضيق حسب المبادئ التي ترجع أصولها التاريخية إلى الدين أو الأخلاق أو الأيديولوجية أو القيم، والدولة تراقب دائما سلوك الأفراد إزاء المصالح المحمية قانونا فإذا كان هذا السلوك يستحق العقاب ترفع الصفة الشرعية عليه لتجريمه، أولا يستحق العقاب فترفع صفة التجريم و تجعله مباحا و ذلك حسب ما تقتضيه الظروف الإجتماعية المستجدة أو التي يفرزها التطور الإجتماعي والاقتصادي والسياسي.[3]

وأن أهم ما يعيق التشريع الجنائي الحالي النظرة التجزيئية لاحتواء ظاهرة الجريمة و بالأساس غياب الملاءمة الكاملة والشاملة مع مبادئ و قواعد حقوق الإنسان بحيث يظهر من خلال التعديلات الجزئية التي أدخلت عليه طيلة المدة التي عمر فيها . و هي ليست بالقصيرة . والتي مازالت ممتدة إلى الآن والتشتت الذي مازال يهيمن على مقتضياته . أن أهم ما يسترعي بالإهتمام ضرورة الإهتداء إلى فلسفة تشريعية جنائية تنبع أولا من حسم الإقتناع بأن الجريمة ظاهرة اجتماعية و إنسانية لا يمكن اختزال مواجهتها بالتشريع الجنائي فقط، و بإظهار كثير من الشدة في توظيف هذا الأخير،[4] ومما تجدر الإشارة إليه أن القانون الجنائي يمر حاليا بأزمة التكيف مع متطلبات المجتمع، فهو يواجه صدمة التغيرات السريعة التي تمس مصالح المجتمع و قيمه، الأمر الذي يقتضي أن يواجه القانون بصفة دائمة هذه التغيرات وأن يداو م على التعايش مع تطور المجتمع الذي يحيا فيه.

ثانيا - تجليات حق الدولة في ممارسة العقاب الجنائي:

إذا كان القانون الجنائي هو مجموعة القواعد القانونية التي تضعها الدولة لبيان الأفعال التي تستوجب التجريم والعقوبات والتدابير الوقائية المستحقة على مرتكبيها، فإنه في نفس الوقت يعكس

[1] - عبد الفتاح مصطفى القاعدة الجنائية دراسة تحليلية لها على ضوء الفقه الجنائي المعاصر دار النهضة العربية 1967، ص. 9-10.

[2] - هشام العزوزي الإدريسي: مبدأ الشرعية الجنائية و التكنولوجيا الجديدة مقال منشور بالمجلة الدولية للأبحاث الجنائية و الحكامة الامنية العدد الثالث سنة 2020، ص. 285 .

[3] - زكر اياء الخياطي - طبيعة الحماية الجنائية للقيم الإجتماعية- مقال منشور بمجلة العلوم الجنائية، مكتبة الرشاد العدد5 و6 سنة 2019، ص. 101.

[4] - فريد السموني – تحديث التشريع الجنائي، مرجع سابق، ص. 44.

السياسة الجنائية للدولة في مكافحة الظاهرة الإجرامية والوقاية منها في مرحلة تاريخية معينة[1] ولضمان ذلك ينهج المشرع المغربي نظاما فعالا غايته حمأية المصالح العليا للمجتمع وفق قيمه الراسخة، في تناغم مع حماية و ضمان حقوق الإنسان كما هو متعارف عليها عالميا تهدف ربط المقتضيات الجنائية بالواقع الإجتماعي و تواكب تجريم كل الظواهر الإجرامية الجديدة.

إن ما يميز القانون الجنائي بكامله بحثه الجدي عن تحقيق التوازن بين ضرورة حمأية الحرية الفردية، و تأمين الدفاع الكافي عن النظام المجتمعي، من خلال الحد من الحرية في التصرف مقابل احترام مبدأ شرعية التجريم، أخدا بعين الإعتبار مدى الحطورة التي يمثلها الجاني،[2] ومعتمدا على تقنيات تتكيف مع مدى خطورة المساس بالمصالح المحمية، وما يمكن أن يضيفه – في بعض الأحيان- الواقع من خطورة أكبر على الجريمة، حيث يتخلف الحد الأقصى للعقوبة المقررة عن تحقيق الزجر الكافي،[3] وبذلك تصبح خاصية و تقنية التشديد معطى يتحكم في العقوبة الخاصة بمجال هده الجرائم، التي تتنوع في المجتمع و تفرض في المقابل تقنيات تجريم محتلعة للسيطرة عليها.

إن التوازن الذي يقيمه القانون الجنائي بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة يرتكز على فكرة النظام العام الذي يهدف إلى حماية الإجتماعية سواء كانت مصلحة عامة أو مصلحة خاصة طالما أن هذه المصلحة تشبع حاجة اجتماعية جديرة بالحماية، فالقانون الجنائي بفرعيه الموضوعي والشكلي يوازن بين المصلحتين ما يهم المجتمع ويضمن سيره وفاعليته، وعليه يمكن القول أن هناك توافقا حقيقيا بين القيم التي يتضمنها النظام العام وتلك التي يحميها القانون الجنائي، أي يصبح من محددات النظام العام عبر وصفه لأشكال السلوك المنهي عنها، وبالتالي تناول كل نصوص القانون والتأكيد على أن كل النصوص التي يتضمنها لها خلفية مرتبطة بالنظام العام وترتبط به، وقد أكد المجلس الدستوري الفرنسي على أن حماية النظام العام هدف ذوقيمة دستورية يجب التنسيق بينه وبين سائر المبادئ والأهداف الدستورية.

وأن القانون الجنائي يجب أن يساير الفكر الحقوقي العالمي، الدي يعتبر حماية حقوق الإنسان من المرتكزات التي يقوم عليها والتي ينبغي حمايتها و ضمانها من أي تعسف [4] لأن الإلتزام بمبادئ حقوق الإنسان

---

[1] - الطيب الشرقاوي: السياسة الجنائية – مفهومها وأليات وضعها وتنفيدها والحطوط العريضة للسياسة الجنائية القائمة بالمغرب، المناظرة الوطنية حول واقع وأفاق السياسة الجنائية المجلد الثاني منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية ، سلسلة الندوات والأيام الدراسية العدد 4 ,2005، الصفحة. 31 وما يليها.

[2] -Chavanne Albert – les circonstances aggravantes en droit franais – revue internationnal de droit penal volume 36 n 3 1965 p 527.

[3] -Louis favoreau: la constitutionnalisation du droit penal et la procédure penal ;vers un droit constitutionnel pénal , op cit , p 177.

[4] - الحسن هوداية: خرق حقوق الدفاع خلال الدفاع خلال مرحلتي البحث التمهيدي والتحقيق الإعدادي الجزء الأول الطبعة الأولى مطبعة دار السلام الرباط، 2010، ص. 3.

يشكل مسألة جوهرية في مسار بناء دولة الحق والقانون، الذي يعني ضرورة خضوع الفعل أو الإمتناع لنص من نصوص التجريم، ما يعني حصر مصادر التجريم والعقاب في مصدر واحد، هو النص القانوني الجنائي،[1] وخضوع كافة التنظيمات السياسة بالدولة للقانون، واستنادا عليه يجب على الإدارة ومختلف الهيئات الأخرى ومنها القضاء، احترام أحكام القانون في كافة تصرفاتها الإيجابية والسلبية، الصريحة والضمنية على حد سواء.[2]

وأن المشرع الجنائي كثيرا ما يوظف العقاب في حمايته للمصالح الإجتماعية و لا يتوانى عن حماية هذه الحقوق والحريات بثلاثة أساليب:

الأسلوب الأول: يكمن في الحماية الجنائية للحقوق والحريات، من خلال تجريم الأفعال الماسة بها والمعاقبة عليها، مثل المساس بالحق في الحياة الخاصة، أو الحق في الحياة، أو الحق في سلامة الجسم، أو الحق في الحرية الشخصية، وتنطوي هذه الحماية الجنائية في ذات الوقت على حماية النظام العام الذي يتأثر من المساس به، ومن المساس بالحقوق والحريات، و هكذا فحسب النظرية النفعية للفقيه " **جيرمي ببتنام** " فمن التضحية بالحرية الفردية هو المنفعة التي يمكن أن تعود على أكبر قدر من الأفراد في المجتمع.

الأسلوب الثاني: تتم فيه الحماية الجنائية للحقوق والحريات من خلال التوازن فيم بينها من ناحية و بين المصلحة العامة من ناحية أخرى.

الأسلوب الثالث: يتجسد في ضمان التمتع ببعض الحقوق والحريات كقيد على الإجراءات الجنائية، تتخذ لاقتضاء حق الدولة في العقاب تحقيقا للمصلحة العامة.

والقانون الجنائي، يعتبر أهم قانون بعد الدستور، لأنه يمس الأفراد والحريات والحقوق والمجتمع والدولة والعقيدة والتاريخ، كا أنه يمس مفهوم النظام العام، وكذا تمثل المجتمع للجريمة والعقاب، فعلى اعتبار أنه يعود لفترة بداية الستينيات من القرن الماضي، فإن أقل ما يقال عنه، هو أنه قانون غير متناغم مع دستور المملكة لسنة 2011، فهناك مجتمعات تمر من مرحلة انتقالية، مثل المجتمع المغربي، اضطرابا قيميا، يتجلى في انهيار واختلال بعض القيم، دون أن تعوض بقيم جديدة.

كما أننا نجد بعض القواعد القانوننة الجنائية التي تتميز بنزعة عقابية متشددة، ترتكز على مفهوم الخطورة الإجرامية، ولا تستحضر غاية الإدماج والإصلاح، والتي من شأنها أن تحول الدولة من

[1] - عبد الواحد العلمي: المبادئ العامة للقانون الجنائي المغربي – الجزء الاول الطبعة الأولى مطبعة النجاح الجديدة الرباط **1990**، ص. **86**.

[2] - نسرين الرحالي – الضمانات المخولة لتطبيق مبدأ الشرعية الجنائية – مجلة المتوسط للدراسات القانونية و القضائية العدد **2** دجنبر **20116**، ص. **134** و**135** .

حامية تحارب الهشاشة والفقر وتعمل عى التنمية البشرية، في إطار سياسة جنائية وقائية، إلى دولة ترغب في التشدد و التركيز على الخطورة الإجرامية .

وقد أشار القاضي الفرنسي **Denis Salas في كتابه** "إرادة العقاب. مقالات في الشعبوية الجنائية"، الذي حلل التيارات الموجودة داخل المجتمعات الديمقراطية، والمسماة ب "الشعبوية الجنائية" وهي التيارات التي تحاو ل أن تستثمر في الخوف وحاجة المواطن إلى الأمن، كالخوف من انتشار الإرهاب والهجرة السرية، والجريمة المنظمة، لدفع المجتمع إلى المطالبة بالأمن أكثر من الحرية، ليتجاو ب الفاعلون السياسيون مع هذا المطلب بالعمل عى تشديد العقوبات.

ولعل أفضل تجسيد لهذه العملية حالة الولايات المتحدة الأمريكية التي تضاعفت فيها الساكنة السجنية ثماني مرات خلال السنوات الأربعين الأخيرة.[1]

لذلك فإن السياسة الجنائية لا تكفي لمحاربة الظاهرة الإجرامية في عمقها، بل وكما أو ضح ذلك المؤتمر السادس لهيئة الأمم المتحدة بشأن مكافحة الجريمة المنعقد سنة 1980، الذي نص عى أن استراتيجية منع الجرمية لا يمكن أن يقتصر على نظام القضاء الجنائي لوحده. إذ أن أكثر السياسات تأثرا، تتمثل في توفر حلول للمشاكل الإجتماعية والإقتصادية والثقافية التي تؤثر على قطاعات كبرى من السكان.

[1] - محمد أحداف – الشعبوية في السياسة الجنائية أو شعبوية العقاب – مقال منشور بمجلة المحاكم المغربية العدد **173** اكتوبر **2020**، ص. **74** و مابعدها.

الفصل الثـــاني: الضمانات العامة لحقوق الإنسان وحرياته

لقد حرصت الدساتير المختلفة على أن تتضمن في جانب منها الحقوق والحريات لاسيما تلك المتعلقة بالحقوق المدنية والسياسية، و الحقوق والحريات المتعلقة بالمجالات الإقتصادية والإجتماعية والثقافية، غير أن مجرد تقرير الحقوق والحريات لن يكون له قيمة حقيقية دون تقرير ضمانات حقيقية لممارسة تلك والحقوق والحريات.[1]

لذلك يكاد يتفق الكل في الوقت الراهن على اتساع نطاق الإهتمام بحقوق الإنسان سواء أفقيا على مساحة أوسع من المهتمين والفاعلين الحقوقيين أو عموديا من جانب السلطات أو المؤسسات التي تعد نفسها مسؤولة عن ضمان حقوق الإنسان،ويأتي هذا الإهتمام من زوايا متعددة لعل أبرزها:

- أن حقوق الإنسان و الحريات الفردية والجماعية قد غدت شأنا عالميا بعد أن ظلت في القرن الماضي شأنا وطنيا محصورا إدراكه عند قلة من المفكرين والباحثين.

- أن العناية بهذه الحقوق قد انتقلت من ميدان المبادئ الأخلاقية والنظريات الفلسفية والإيديولوجية السياسية إلى ميدان الممارسة الواقعية من جانب الأفراد و الجماعات، وبات التساؤل ليس عن تقنين الحقوق واكتساب الشرعية الدستورية فحسب، بل عن طلب الوسائل القانونية والشرعية لضمان حسن تطبيقها، وعن إنشاء آليات مناسبة لرقابة وممارسة هذا التطبيق ولردع الانتهاك ضمن هذا الإطار.[2]

ومن أجل هذا الغرض ومواكبتا للتطور الملحوظ الذي شهدته مسألة حقوق الإنسان عموما، لم يعد أي نظام دستوري يكتسب الطابع الديمقراطي، إلا إذا كفل للأفراد جميع حقوق المواطنة، على رأسها الحق في التقاضي، دفاعا عن حقوقهم وحرياتهم أمام مختلف جهات القضاء العادي والإداري والدستوري، وبدون هذا الحق المحوري ضمن قائمة حقوق الإنسان تظل الحقوق الدستورية غير مضمونة، وغير مشمولة بالحماية القضائية، وعرضة للانتقاص ما بين سلطة تشريعية تقيد من حدود استعمالها، وسلطة إدارية تتعسف في منع ممارستها بدعاوىحفظ النظام ، ولايخفى أن وجود القضاء الدستوري وإن كان غير

[1] - **Jean Morange ;" droit de l homme et liberte public" 5 edition ; press universitaire de France 2000 p 102**

[2]- نجيب الأعرج، "استقلالية السلطة القضائية مدخل لتحقيق محاكمة جنائية منصفة"، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية-فاس، السنة الجامعية **2013-2014**، ص. **3**.

كاف لوحده في تحقيق الاستقرار وخلق الشعور العام بالعدل والإنصاف والحماية الكاملة للحقوق والحريات،غير أنه يبقى من أهم المعايير الدولية المعتبرة في دولة الحقوق والحريات.

ومن أجل رصد كل هذا سنخصص (**المبحث الأول**) للضمانات التشريعية لحقوق الإنسان، ثم ننتقل في خطوة ثانية إلى دراسة الضمانة القضائية التي خولها المشرع للمواطنين والمواطنات من أجل حماية حقوقهم وحرياتهم المكرسة في متن الوثيقة الدستورية(**المبحث الثاني**).

المبحث الأول: الضمانات التشريعية لحقوق الإنسان

ارتبطت الضمانات التشريعية وجودا وعدما بوجود المجتمعات المنظمة، فإذا وجدت الديمقراطية وجدت معها الحرية، هذا الأمر الذي يفسر اهتمام الفلاسفة في العصور القديمة بأشكال الحكومات، حيث لاحظوا أنه كلما كانت الحكومة ديمقراطية إلا وتمتع الفرد بالحرية والمساواة مع الأخرين، واللتان شكلتا أهم الضمانات القديمة في الحضارات المختلفة.

ومع تطور الديمقراطيات في العصور الوسطى تطورت معها الضمانات لزيادة أثر الدين بظهور الإسلام وتطور دور الكنيسة، فالإسلام بمبادئه وقيمه أقر ما جاءت به الشرائع السابقة وأكد على حقوق الأفراد وحرياتهم، وأنهم ولدوا أحرارا وهم متساوون فيها دون أدنى تمييز بينهم ولأي سبب.

وفي هذا العصر وجدت حريات كثيرة لم تكن معروفة من قبل منها حرية العقيدة، حرية الرأي والفكر، والحقوق والحريات الإجتماعية والاقتصادية فإذا وجدت إحداها من قبل فلم تكن بالشكل الذي جاء بها الإسلام.

ومن ناحية أخرى قامت هذه الحقوق والحريات على العدالة بين الأفراد ولا تمييز بينهم، من خلال محاكمة قانونية عادلة، ومع زيادة السلطة التنفيذية في الحكومات الحديثة بدأ الخطر يحدق بالحقوق والحريات جميعا ،لذلك شكلت الديمقراطية نقطة البداية للحقوق والحريات بحق لما فيها من ضمان تمتع الأفراد بها وعدم المساس بها من جانب السلطة أو الأفراد، فهي تعني اشتراك الأفراد في الحكم وإدارة شئون البلاد، وهذا يكفي لضمان عدم انتهاكها وإهدارها لأنه لن يقدم على ذلك لأهميته داخل الجماعة.

ولأهمية هذه الضمانات زخرت بها كل الدساتير كما أنها تعبر عن مدى تطور الدستور ومدى حمايته للحقوق والحريات ومدى قيمتها للإنسان وقيمة هذه الضمانات في التمتع بها وتفعيلها وكفالتها، إلى أن ظهر ما يسمى بحقوق الشعوب لتعبر بصفة خاصة عن الحق في السلام والتنمية والبيئة والثقافة واحترام حق الفرد في المطالبة بالقيم العالمية في إطار التضامن.[1]

و إذا كان التنصيص على الحقوق والحريات في صلب الوثيقة الدستورية يبقى ذو أهمية، فإنه لا يبدو في حد ذاته كافيا لتأمين الحماية اللازمة لها من احتمال انتهاكها، كما لا يضمن إمكانية تفعيلها في الحياة اليومية للناس . لهذا لا يقف المشرع الدستوري عند حد تسجيل هذه الحقوق والحريات بل تعمل، بالإضافةإلى ذلك، على وضع الآليات التي تسمح بكفالة احترام ممارستها و تقيد نزوع السلطات العامة نحوالحد منها، وفي هذا السياق يطرح التساؤل التالي:

[1]- سحر محمد نجيب: التنظيم الدستوري لضمانات حقوق الإنسان وحرياته-دراسة مقارنة في بعض الدساتير العربية م س، ص. 155.

إلى أي حد استطاع المشرع المغربي أن يوفر الضمانات القانونية منها والدستورية من أجل حمأية الحقوق والحريات؟ ثم ما هي طبيعة هذه الضمانات ؟

من أجل الجواب على هذا السؤال سنخصص (**المطلب الأول**) للضمانات الدستورية، و (**المطلب الثاني**) للضمانات القانونية .

المطلب الأول:الضمانات الدستورية لحقوق الإنسان.

تتجلى أهمية حقوق وحريات الأفراد في ضرورة النص عليها والعمل على ضمانها في الوثيقة الدستورية، فالدستور عندما يضمن هذه الحقوق والحريات فإن هذا يعني إعطاء أفضلية لها بوصفها حقوق ممتازة تسمو على أي تشريع أو قانون يتناقض معها.

وانطلاقا من ذلك فإن الضمانات التي ترد في الدستور تكون واضحة الدلالة في معناها فكل ما يحرم الدستور إتيانه من أعمال وتصرفات تشكل مساس أو اعتداء على حقوق وحريات الأفراد يعد ضمانة قوية لها، هذا يعني أن الضمانات الدستورية لحقوق الإنسان وحرياته تعد ضمانة أساسية مهمة لتحقيق الأفراد لحقوقهم وحرياتهم كما أن وجود النصوص الدستورية المكتوبة الضامنة لحقوق وحريات الإنسان يجعل سبيل الإعتداء عليها أكثر صعوبة ومشقة من حالة عدم النص عليها، لذلك نجد ان مبدأ فصل السلطات و استقلال السلطة القضائية من أهم الضمانات التي يمكن ان توفر حماية دستورية لهاته الحقوق.

الفقرة الأولى: فصل السلطات ضمانة لحماية الحقوق والحريات

أولا: مفهو م فصل السلط:

لم يتردد رواد الثورة الفرنسية في اعتبار فصل السلطات هو شرط الحكومة الدستورية، والطريقة الأمثل للحيلولة دون الخطر المزدوج الذي يهدد كل دولة والمتمثل في انتهاك قاعدة دستورية، وإصدار قوانين استبدادية، [1] لذلك يعد مبدأ الفصل بين السلطات[2] أداة قياس مدى ديمقراطية هذا النظام السياسي أو

[1] -**Michel Troper: « la sepration des pouvoir et l histoir constitutionnelle francias » LGDJ ,1973 P 122 .**

[2]- من االمؤكد أن مبدأ الفصل بين السلطات قد غدا منذ الثورة الفرنسية أحد المبادئ الدستورية الأساسية التي تقوم عليها النظم الديمقراطية الغربية بوجه عام، وينسب أصل هذا المبدأ إلى الفلسفة السياسية للقرن الثامن عشر، حيث ظهر في ذلك الوقت كسلاح من أسلحة الكفاح ضد الحكومات المطلقة . التي كانت تعمد إلى تركيز جميع السلطات بين يديها. وكوسيلة أيضا للتخلص من استبداد الملوك وسلطتهم المطلقة، وذلك ولا يذكر مبدأ الفصل بين السلطات إلا مقترنا باسم الفقيه والفيلسوف الفرنسي مونتيسكيو **Montesquieu** لما أبرزه من أهمية لهذا المبدأ، وما حدده له من صياغة وأسلوب في التوضيح، وذلك كله على النحو المبين في مؤلفه المشهور"روح القوانين **Esprit des Lois** الصادر سنة **1748** وموضوع سلطات الدولة ووظائفها "سبق أن تناوله العديد من الفلاسفة والفقهاء من قديم، وخاصة أفلاطون وأرسطو، كما أن موضوع فصل السلطات تلقى اهتماما ظاهرا من الفقيه الإنجليزي جون لوك **John Locke**، وذلك في أعقاب ثورة سنة **1688** في مؤلفه عن "الحكومة المدنية **Civil Gouvernemen** الصادر سنة **1690**.

ذلك والذي يتحدد مفهومه في **"المبدأ الذي يقضي بإسناد خصائص السيادة التي تختلف بعضها عن بعض إلى أفراد وهيئات مختلفة ومستقلة عن بعضها البعض، ولما كانت الأمة هي مصدر السلطات فهي التي تسند هذه الخصائص المختلفة والمستقلة إلى الهيئات المختلفة والمستقلة".**[1]

هذا يعني أن مبدأ الفصل بين السلطات يتميز بخصائص أساسية وهي:

عدم جواز إسناد أكثر من وظيفة من وظائف الدولة الثلاثة إلى شخص واحد.

لا يجوز لأية هيئة من هيئات الدولة الثلاث أن تمارس وظائف الهيئات الأخرى أي لا يجوز للوزراء مثلا أن يمارسوا سلطات تشريعية.

أن أي هيئة من هيئات الدولة الثلاث لا يجوز لها أن تتدخل أو تشرف على ممارسة الوظائف الأخرى لهيئة أخرى، مثلا يجب أن تكون السلطة القضائية مستقلة عن السلطة التنفيذية .

ومبدأ الفصل بين السلطات يحقق ميزتين هما:

أولا ـ تنفيذ ما يقع ضمن اختصاصاتها من وظائف الدولة، حيث تتولى الهيئة التشريعية سن القوانين بينما السلطة التنفيذية تتولى تنفيذ القوانين، أما السلطة القضائية فإنها تتولى الفصل في الخصومات بين الأفراد.

ثانيا ـ منع ما من شأنه أن يؤدي إلى الإضرار بالمصلحة العامة، فيمكن للسلطة التنفيذية أن تعترض القوانين التي تسنها السلطة التشريعية إذا ما وجدت أنها تتعارض مع الصالح العام وللقضاء أيضا أن يعترض القرارات التي تصدرها السلطة التنفيذية إذا ما وجدتها مخالفة للقانون أي حق بالرقابة القضائية على أعمال الإدارة.[2]

ولقد كان لأفكار "مونتيسكيو" حول فصل السلطات صدى كبير، و أثر بالغ، حيث تداولها المفكرون، ونادى بها الفقهاء، إلا أن خلافا قد نشأ بين فقهاء القانون العام حول حقيقة مفهوم هذا المبدأ ومدلوله الصحيح، فالبعض فهمه على أنه يعني الفصل المطلق بين السلطات، وأن هذا هو السبيل الوحيد لتحقيق غاية المبدأ الأساسية في منع التعسف والإستبداد بالسلطة، إلا أن الغالبية العظمى من الفقهاء، قد فهمت المبدأ على نحو أخر، وهو أنه يعني الفصل المرن بين السلطات، أي فصلا مع التعاون بين السلطات، ومع تبادل الرقابة فيما بينها .

لكن، و أيا ما كان الخلاف حول مفهوم مبدأ الفصل بين السلطات ومدلوله، فمن الثابت أن المبدأ قد غدا منذ الثورة الفرنسية تيارا جارفا، ونشيدا عالميا، واعتبره الجميع أحد الأعمدة أو الأركان الرئيسية لقيام الحكم الديمقراطي.

« - **tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser ; il va jusqu'à ce qu'il trouve des limites. Qui le dirait! la vertu même a besoin de limites. », Montesquieu (), De l'Esprit des lois. Deuxième partie (livres IX à XIII), p 46 documents produits en version numérique par Jean-Marie Tremblay**.

http://www.uqac.uquebec.ca/zone30/Classiques_des_sciences_sociales/index.html .

[1]- عبد الكريم علوان – النظم السياسية و القانون الدستوري – الطبعة الأولى دار الثقافة للنشر و التوزيع عمان الأردن **1999**، ص. **217** .

[2]- سحر محمد نجيب – التنظيم الدستوري لضمانات حقوق الإنسان و حرياته - دراسة مقارنة في بعض الدساتير العربية، مرجع سابق، ص: **78** .

ويقوم مبدأ الفصل على قاعدتين هما:

التخصص الوظيفي: ويتعلق بضرورة تعدد الهيئات الحاكمة وذلك بتوزيع العمل الحكومي عليها، هذا يعني أن كل هيئة من هذه الهيئات الحاكمة تتخصص بوظيفة معينة من وظائف الدولة القانونية الثلاثة فواحد تختص بالتشريع وأخرى التنفيذ وثالثة بالقضاء.[1]

الإستقلال العضوي: ويتعلق بضرورة تحديد العلاقة بين هذه الهيئات الثلاثة، التشريعية والتنفيذية والقضائية على أساس الإستقلال العضوي أي أن تكون كل "هيئة مستقلة عن الهيئة الأخرى عند ممارستها لأعمال وظيفتها استقلالا تاما فلا يكون لغيرها من الهيئات أن تتدخل في سير عملها أو تخضعها لرقابتها فعلى ذلك إذا تحقق التخصص الوظيفي والإستقلال العضوي" وهذا يعني قيام الفصل بين السلطات العامة.[2]

إن مبدأ وحدة النظام القانوني في الدولة ومقتضيات سير الإدارة الحكومية في سير دولة واحدة ذات تحقيق سيادة، ومستلزمات التدرج في التصرفات الحكومية كل ذلك يقتضي تحقيق نوع من الإنسجام والتعأو ن بين الهيئات وبالتالي وجود نوع من التدرج يسمح لواحدة منها بالهيمنة على غيرها وهو أمر لا يمكن أن يتحقق وفكرتي التخصص الوظيفي والإستقلال الوظيفي والإستقلال العضوي.

إلا أن هذا لا يعني الفصل المطلق بين السلطات بحيث أن السلطات مستقلة بعضها عن البعض الأخر وتمارس نشاطها كما تشاء بل أنها تعمل في تعاو ن وانسجام وإشراف متبادل بما يحول دون التجاوز أو العبث بالإختصاص المحدد لكل سلطة.[3]

وعليه فإن هذا المبدأ بأن تستقل كل سلطة باختصاص محدد لها بحيث يحرم على كل سلطة التدخل في الاختصاصات المحددة لكل واحد منها، لكن هذا لا يمنع من وجود تعاو ن ورقابة متبادلة فيما بينها وبما يحول دون التجاوز أو العبث بالاختصاص المحدد لكل سلطة.[4]

---

[1]-سحر محمد نجيب، م س،ص. **79**.

[2]-غازي حسن صباريني، م س،ص. **145**.

[3]- **Sadok BELAID: essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge thèse soutenue le 7 janvier 1970, p, 16 et s.**

[4]-عبد الكريم غلاب: سلطة المؤسسات بين الشعب و الحكم دراسة دستورية سياسية – الطبعة الأولى – مطبعة النجاح الدار البيضاء **1987**، ص. **68**.

ومما تجدر الإشارة إليه أن هناك اختلاف بين مبدأ الفصل بين السلطات وتوزيع وظائف الدولة، وتوزيع السلطة، والسؤال الذي يشار بهذا الصدد هو هل مبدأ الفصل بين السلطات يعني أن السلطة قابلة للتجزئة؟ أم أن الأمر يتعلق بالفصل المجرد فقط ؟.[1]

إن الفصل لا يعني به الفصل بين السلطات لأن سلطات الدولة واحدة لا تقبل التجزئة بل هي الوظائف أي السلطات باعتبارها أداء وظيفي والتي تتولاها أعضاء مختلفون وهو ما يدفع البعض إلى استعمال هذا التعبير على علاقة على الرغم من الخطأ القانوني الذي يتطلب الإشارة الحقيقية القانونية وهي أن السلطات ليست سوى وظائف الدولة المندمجة في أغلب الأحوال مع الأعضاء الذين يمارسونها.

وعليه فإن من الأفضل أن يقال أن المطلب هو استقلال السلطات بدلا من الفصل بين السلطات حيث لم ترد في كتابات **لوك ومونتسكيو** هذا اللفظ. ويبدو لنا أن استعمال هذا المصطلح أو ذاك سواء، فالفهم أن سلطات الدولة وحدة واحدة لا تقبل التجزئة.[2]

ثانيا: دور مبدأ الفصل بين السلطات في حماية حقوق الإنسان وحرياته:

يعد مبدأ الفصل بين السلطات الوسلة الأساسية للحيلولة دون تركيز السلطة في يد واحدة، و بالتالي تحديد العلاقة الناظمة بين الهيئات المختلفة التي تتوزع عليها السلطة في الدولة . ومن تم فإن هذا المبدأ يلعب دورا أساسيا و أصيلا في ضمان حماية حقوق الإنسان [3] وأن المزايا التي يتمتع بها هذا المبدأ محددة في مايلي :

1- صيانة الحريات :

تكمن الضمانة الكبرى للحريات العامة والحقوق الفردية في فصل السلط بغية خلق نوع من التوازن بين السلطات الموكول إليها القيام بوظائف الدولة (التشريع، إدارة، قضاء)، وذلك لمنع تمركز السلطة في يد شخص واحد أو حتى مؤسسة واحدة. فقد أجمع المفكرون في مختلف العصور على أن السلطة المطلقة من شأنها أن تغري إساءة استعمالها حتى قيل إن" السلطة المطلقة مفسدة مطلقة".[4]

---

[1]-عيد أحمد غفول: "الدفع بعدم الدستورية في القانون الفرنسي"، دار النهضة العربية القاهرة، طبعةالأولى، سنة **2011**، ص. **69**.

[2]- عبد الحميد متولي: "القانون الدستوري والأنظمة السياسية مع المقارنة بالمبادئ الدستورية في الشريعة الإسلامية"، دار المصارف بمصر، الطبعة السادسة،مصر**1989**،ص. **221**.

[3] - أحمد بوز: القانون الدستوري لحقوق الإنسان دراسة في الحماية الدستورية للحقوق و الحريات في المغرب و التجارب المقارنة، مرجع سابق، ص. **52**.

[4] - سليمان حمد الطماوي: السلطات الثالث في الدساتير العربية المعاصرة وفي الفكر السياسي الإسلامي، "دراسة مقارنة"، دار الفكر العربي، القاهرة، **1996**، ص. **45**.

و لقد سبق للمفكر الفرنسي مونتسكيو أن أكد أن تطبيق الفصل بين السلطات يجب أن يحقق نوع من التوازن والتعاون والرقابة المتبادلة بين السلطات،[1] وأن القانون يضمن استقرار المجتمع ويهتم بكفالة منح الحرية ،وتعمد الحكومة وهي سبيل المحافظة على الحرية إلى سن القوانين وتنفيذها وتلتزم في نفس الوقت بها ،وهذا أيضا يتفق ومتطلبات الدستور الذي ينص على الفصل بين السلطات التنفيذية والتشريعية والقضائية.[2]

لكن الواقع السياسي للأنظمة السياسية الحديثة يعكس خلاف ذلك حيث لوحظ هيمنة الهيئة التنفيذية على الهيئة التشريعية والقضائية حيث مارست الهيئة التنفيذية صلاحيات تنظيمية واسعة متعلقة بحقوق الإنسان وحرياته وذلك من خلال تجاوزها لإختصاصاتها الممزوجة إليها من الهيئة التشريعية في حالة التفويض التشريعي أو في حالة الظروف الاستثنائية وحالة الطوارئ أو حالة غيبة البرلمان، رغم إشارة الدساتير على ضرورة عرض هذه القرارات على البرلمان خلال فترة محدودة وبالتالي تحول الهيئة التشريعية إلى مجرد هيئة تعمل على صياغة النشاط التشريعي للحكومة.

ولضمان تحقيق التوازن في عمل هذه الهيئات الثلاث والرقابة المتبادلة فيما بينهما يلزم تقرير ثلاث أمور هي:

- ممارسة الرقابة القانونية المنظمة للحقوق التي تسنها الهيئة التشريعية عن طريق الرقابة على دستورية القوانين وبالتالي يجب على الهيئة التشريعية أن تحترم المبادئ الواردة بالدستور والحد من تفويض صلاحيتها للهيئة التنفيذية وبالذات المتعلقة بحقوق الإنسان وحرياته.

- ممارسة الرقابة على أعمال الهيئة التنفيذية برلمانيا وقضائيا، وذلك للتأكد من شرعية الأنظمة والقرارات المتعلقة بحقوق الإنسان وحرياته، بناء على طلب من المتضررين مع الإقرار لهم بحق التعويض عن الأضرار التي لحقتهم من تنفيذ تلك القرارات والأنظمة، فالقرارات والأنظمة التي تسنها الهيئة التنفيذية تفوق خطورتها القوانين المنظمة للحقوق والحريات.[3]

- تحديد السلطات الاستثنائية الممنوحة للهيئة التنفيذية، وبالتالي يلزم على الهيئة التنفيذية أن تحقق مبدأ التوازن بين تلك الحالات الاستثنائية واحترام حقوق الإنسان وحرياته.

[1] - مونتسكيو – روح الشرائع – ترجمة عادل زغير – الجزء الأول – القاهرة **1953**، ص. **228 -229**.

[2]- عبد الحميد متولي، م س، ص. **220**.

[3]- هاشم علوي: "البنيان الدستوري الجديد للسلطة القضائية وحتمية إصلاح شمولي عميق للقضاء"، مطبعة الأمنية،سنة**2012**،ص. **12**.

2- تأكيد مبدأ احترام القوانين وحسن تطبيقها:

وثق مونتسكيو الصلة بين الحرية وبين صفة الشرعية، على أساس أن تحقق شرعية الدولة معلق على صيانة الحرية، ذلك أنه إذا تم حصر التشريع والتنفيذ في يد واحدة تلاشت عن القانون صفته الأساسية بوصفه قواعد محايدة توضع دون النظر إلى الحالات الخاصة وبالتالي تؤثر في حياديتها وعموميتها الأمر الذي يؤدي إلى الجور أو المحاباة وعليه.

و تشغل القواعد الدستورية مركزا متميزا بين القواعد القانونية في الدولة، إذ يعتبر الدستور القانون الأسمى في الدولة، ومن ثم ينبغي أن تلتزم السلطة التشريعية المختصة أصلا بإصدار القوانين العادية بالمبادئ الدستورية الواردة في الوثيقة الدستورية، كما يمثل الدستور السند الشرعي لوجود السلطات الثلاث، التشريعية والتنفيذية والقضائية، كونه هو الذي أنشأها ومنحها اختصاصات ولهذا تسمى بالمؤسسات الدستورية، لأنه يؤسس لها من العدم، ويحدد مهامها والإختصاصات المحجوزة لها.

الأمر الذي يجعلها خاضعة للدستور خضوعا تاما، وملتزمة بأحكامه في كل ما يصدر عنها من أعمال وتصرفات، بحكم سموه وعلوه عليها .فإذا ما خالفت هذه السلطات أحكام الدستور، أو خرجت عن قواعده، فإنها تفقد بذلك سندها الشرعي،[1] وكذا الأساس الذي قامت عليه. وإذا كنا بصدد الحديث عن تطبيق مبدأ الفصل بين السلطات، فإن لذلك قصد يراد من ورائه تضييق اختصاص السلطة التنفيذية بالتشريع في أضيق الحدود، إذا ما مارست سلطة التشريع وفق أداة التشريع بأوامر، تأسيسا على المبدأ القائل بأن"الجماعة للتقرير والفرد للتنفيذ"،[2] وذلك حتى لا تمتد إلى مسائل ومواضيع يكون المشرع الأصلي - من باب أو لى -بصددها مقيدا بحدود دستورية كالحريات العامة للمواطن.

بناء على ذلك، فإن التوصل إلى سياسة تشريعية تتسم بالتوازن، لا يمكن تحقيقها إلا إذا تم الفصل بين المشرع والمنفذ. إذ وبدون هذا الفصل، فإن المنفذ سوف يضع تشريعات تفتقد إلى الحياد، وهو الأمر الذي سوف يؤدي إلى اعتبار هذه التشريعات أداة في يد السلطة التنفيذية. كل ذلك لأجل بناء دولة دستورية كدولة مؤسسات وليست دولة أشخاص، وهو ما يعرف عند أهل الإختصاص بالمؤسسات الدستورية،[3] ومن ثم يطرح الإشكال حول سلطة التشريع بأوامر من قبل رئيس السلطة التنفيذية. فإذا كان المؤسس الدستوري منح اختصاص السلطة التنفيذية بالتشريع أحيانا، فإن التساؤل الذي يطرح نفسه، هل أن

---

[1] - عبد الغني بسيوني عبد الله: النظم السياسية والقانون الدستوري، مرجع سابق، ص. **406**.

[2] - سليمان محمد الطماوي: النظم السياسية و القانون الدستوري، مرجع سابق، ص. **269**.

[3] - لأن الفصل بين السلطات: حسب ما يراه مونتسكيو، وجد لكي توقف كل سلطة السلطات الأخرى عند حدها، و أنه إذا اجتمعت سلطتان أو أكثر في يد سلطة واحدة انعدمت الحرية، ولو كانت في يد الشعب ذاته. ينظر في ذلك.

George BURDEAU, Droit constitutionnel et institutions politiques, 14eme édition L.G.G.J, Paris, 1988, PP 137.138. 170.

ذلك الإختصاص يوازي اختصاص المشرع الأصيل، إذ لا فرق عندئذ بين الأول والثاني، من جهة أولى؟ وهل يمكن التسليم بتلك الموازاة في جميع مجالات التشريع، حتى بخصوص التشريعات العضوية، من جهة ثانية أم أنها تبقى محتفظة بطبيعتها الاستثنائية، وفق ما تقتضيه ظروف تستدعي مواجهة الأوضاع بطريق أسرع ؟وفي كلتا الحالتين يثور التساؤل عن مدى تأثر الحريات العامة كواحدة من مجالات التشريع، للوقوف على أثر الفصل بين السلطتين التشريعية والتنفيذية، على صياغة القاعدة القانونية الملاءمة لدستورية الحريات. لاسيما مع بديهية الفرق بين كل من التشريع؟.

لنخلص على أن مبدأ الفصل بين السلطات يعد أداة قياس مدى ديمقراطية هذا النظام السياسي أو ذاك، والأساس الذي على ضوءه يتم التمييز بين الأنظمة التي تحترم حقوق الإنسان و تلك التي لا تفعل ذلك. و بالتالي باستثناء الدستور السويسري الذي يعتمد مبدأ جمع السلطات[1] لا يكاد يوجد دستور يتجاهل الإشارة إلى هذا المبدأ،[2] غير أن تطبيق مبدأ فصل السلط بشكل صارم غير فاعل في تطبيق حكم الدستور لأنه لا يسمح بوجود القضاء الدستوري لهذا ظهرت الرغبة في ظل دولة القانون إلى ربط مبدأ الفصل بين السلطات بمبدأ الفحص والموازنة فبموجب هذا الربط تم تخويل القضاء الدستوري بالرقابة على دستورية القوانين.[3]

الفقرة الثانية: مبدأ المشروعية ضمانة لحماية الحقوق والحريات

يحكم المجتمع المعاصر مبدأ سيادة القانون أيا كان مصدره و أيا كان مستواه في النظام القانوني، فالقانون ليس مجرد أداة لعمل الدولة، ولكن أيضا الضمان الذي يكفل حقوق الأفراد في مواجهة الدولة، و عليه سوف نتطرق لتحديد مفهوم مبدأ المشروعية، ثم دور مبدأ المشروعية في حماية حقوق الإنسان.

أولا: مفهوم مبدأ المشروعية (سيادة القانون):

يعد القانونيون مبدأ المشروعية أحد أهم الضمانات التقليدية لحماية حقوق الإنسان وحرياته، وأحد أهم تجليات الدولة القانونية، والتي يعرفها بعض الفقه بأنها "**الدولة التي تخضع جميع مظاهر نشاطها سواء أكانت تشريعية أو تنفيذية أو قضائية لحكم القانون**"[4]

ويرى أن المظاهر الأساسية للمدنيات الحديثة إخضاع الدولة بجميع تصرفاتها للقانون حتى غدت الدول الأولى تتباهى فيما بينها بمدى تعلقها بأهداف القانون ورضوخها لمبادئه وأحكامه والقول بنظام الدولة

---

[1]- المادة **177** من الدستور السويسري لسنة **1999**.

[2] - أحمد بوز: مرجع سابق، ص. **52**.

[3] - عصام سعيد عبد أحمد :الرقابة على دستورية القوانين دراسة مقارنة المؤسسة الحديثة للكتاب لبنان الطبعة الأولى **2013** - ص. **208**.

[4] - ثروت بدوي: النظم السياسية، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة سنة **1970** – ص. **149**.

القانونية يعني امتثال جميع الأشخاص الطبيعية والمعنوية والعامة والخاصة في الدولة القانونية من جهة ومن جهة ثانية يملك هؤلاء الأشخاص سلاحا قانونيا لحماية تلك الأحكام كلما تعرضت للنقض أو المخالفة.

وقد وجد الفقه أن الدولة المعاصرة لم تكتف بحماية حقوق الإنسان وحرياته، بل تؤكد على سيادة القانون فيما ينشأ بين الأفراد من علاقات، تلزم بالتأكيد على سيادة حكم القانون في علاقاتهم مع الدولة وما يتفرع عنها لأنه بدون هذا المبدأ يعني أن الحكم للقوة المادية الأمر الذي يؤدي إلى الاستبداد والطغيان.[1]

وهكذا نخلص من هذه التعاريف إلى أن مبدأ المشروعية يقصد به **"خضوع الكافة لحكم القانون سواء أكانوا حكاما أو محكومين المعبر عن الإرادة الحقيقية للأمة"**، ويلاحظ على التعاريف التي أو ردها الفقه بأن البعض قد توسع في مضمون مبدأ المشروعية فجعله شاملا ليوافق بذلك تصرفات المواطنين مع القواعد القانونية السائدة في الدولة وسريانها عليهم سواء في علاقة الأفراد بعضهم مع بعض أو في علاقاتهم مع هيئات أو مؤسسات الدولة، أي بمعنى توافق تصرفات سلطات الدولة ومواطنيها مع القواعد القانونية.[2]

إن النقطة المشتركة ما بين هذا التعاريف هي خضوعها لحكم القانون، لكن السؤال المطروح في هذا الصدد **ما هو القانون الذي يخضع له الكافة لكي تتسم تصرفات الفرد بالمشروعية؟**

و أنه للإجابة على هذا السؤال يرى شراح القانون العام بأنه يقصد به القانون بمعناه العام وليس الضيق، أي يشمل كل القواعد القانونية أيا كان مصدرها سواء كانت مكتوبة أو غير مكتوبة، أي النصوص الدستورية والتشريعات القانونية الصادرة عن البرلمان أو القرارات الإدارية الصادرة عن الهيئة التنفيذية والمبادئ العامة للقانون وقواعد العدالة بصرف النظر عن مرتبتها في السلم القانوني.

ويجدر بنا أن نشير إلى الخلاف الذي ثار بين الفقهاء حول أساس خضوع الدولة للقانون. والذي انقسم فيه الفقهاء إلى ثلاثة آراء حسب المبررات التي ذكروها وهي:

أ - نظرية الحقوق الفردية:

ترى هذه النظرية أن أساس خضوع الدولة للقانون هو وجود حقوق فردية أصيلة سابقة في وجودها وجود الدولة، وبالتالي فهي تسمو عليها وأن الفرد لما انظم إلى لواء الجماعة إلا بهدف حمايتها.

ب- نظرية التحديد الذاتي:

مضمونها أن الدولة تخضع للقانون بإرادتها لأن القانون من صنعها، وعليه فهي التي تحدد مجال نشاطها لأنها صاحبة سيادة.

---

[1]- جميلة بوستاوق: "الأسس الدستورية للعدالة الجنائية"، مرجع سابق - ص. **4**.

[2]- أحمد الرضواني: "مدخل لدراسة القانون الدستوري"، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، ط الأولى **2013** - ص. **90**.

ج- نظرية التضامن الإجتماعي:

تقوم هذه النظرية على أساس أن القانون سابق في وجوده على الدولة، أي أن مصدره خارج ومستقل عن الدولة، وبالتالي يجب أن تخضع له لا سبب صدوره من سلطة عليا، وإنما بسبب اتفاقها مع متطلبات التعايش الإجتماعي والعدالة.[1]

وبصرف النظر عن الأساس الذي يقوم عليه مبدأ المشروعية فإنه لا شك أنه يعد من المبادئ الأساسية للدولة الحديثة، ففي ظله لا تستطيع الدولة ولا الأفراد الخروج على القواعد القانونية الموضوعة مسبقا عند قيامهما بأي عمل أو تصرف ،لأنه سوف تكون أعمالهم وتصرفاتهم غير مشروعة، وبالتالي لا تصبح لها أية إلزامية .

فإذا كان من المسلم به في كافة الأنظمة أن إنشاء القانون وتحديد مضمونه ونطاقه يلزم أن يطابق روح المجتمع ومفاهيمه وأهدافه، فإن القواعد القانونية المشرعة ستكون حتما تجسيدا لتلك المفاهيم والأهداف. فإذا انطلقنا من الأسس التشريعية لوجدنا بأن الأمة هي مصدر السلطات، فسيكون القانون والحالة هذه هو التجسيد الحي لضمان تحقيق تلك الأهداف والغايات، وعلى النحو المذكور فإن الأهداف والغايات ستكون المعيار الأساس لتحديد المشروعية من عدمها والتي على ضوئها يمكن أن نطلق الحكم بأن تصرفات السلطة الحاكمة (الحاكمين) تتسم بالمشروعية من عدمها .

إن مبدأ المشروعية ليس له أي وجود وضمانات تكفل تحقيقه إذا انعدمت المقومات التالية:

- وجود دستور للدولة.
- الفصل بين السلطات.
- خضوع الإذارة للقانون.
- الإعتراف بالحقوق الفردية.
- تنظيم رقابة قضائية.

ولتحقيق الإلتزام الدقيق بمبدأ سيادة القانون من جانب الهيئات أو السلطات العامة و المؤسسات الدستورية، ينبغي شجب وإدانة كل الدعاوى و الإجراءات و المحاولات التي تحاول الإنتقاص منه بدعوى الإجراءات أو الظروف الوقتية أو ما يشابها من إجراءات وشعارات.

ثـانيا: دور مبدأ المشروعية (سيادة القانون) في ضمانة حقوق الإنسان وحرياته:

يتجسد دور مبدأ المشروعية في ضمانة حقوق الإنسان وحرياته بما يأتي:

[1] **-J. GICAQUELÉ, « Droit Constitutionnel et Institutions Politiques », Montchrestien, Delta, 16e éd, 2000. P. 280**.

- منع أي هيئة أو سلطة من سلطات الدولة أن تصدر قرار فرديا إلا في حدود قرار عام (قانون أو لائحة) وضعت مسبقا، الأمر الذي يؤدي إلى تحقيق ضمانة فعالة لحقوق الإنسان و حرياته من التعسف أو الإساءة أو التجاوز في استعمال الهيئات (السلطات) الموجودة في الدولة لاختصاصاتها المحددة لها مسبقا بالقاعدة القانونية القائمة.
- إلتزام سلطات الدولة بذاتها على احترام حقوق الإنسان و الحريات بالعمل على حث الأفراد على ذلك أيضا، فالدولة طبقا لمبدأ المشروعية يلزم أن تخضع لأحكام القانون وأن تحترمه فتضرب لرعاياها المثل الأعلى على احترامها لسيادة القانون لأجل أن تضمن احترامهم لها، ويتحقق تمام خضوع الدولة للقانون بعملها على إعادة صياغة كل الأنظمة والتشريعات الصادرة في فترة اختلال كفتي العدالة وطغيان البعض من أفراد السلطة، على أن الدولة بحكم وظيفتها ينبغي أن تحمي كافة المصالح القانونية، فلا يجوز إهدارها بدعوى المحافظة على مصلحة المجتمع، وإنما ينبغي التوفيق بين المصلحتين ضمن العلاقة الإجتماعية التي تحكم المجتمع الأمر الذي يتطلب حماية حقوق الإنسان وحرياته بوصفها حقوق أساسية للمحافظة على المجتمع، وعليه لا تستطيع الدولة أن تقيد حرية الإنسان للوصول إلى أهداف بعيدة عن غايات الإنسان الحر، وإنما يقع عليها واجب خدمة أو لئك الذين بثوا فيها الحياة وبالتالي أخرجوها إلى حيز الوجود.[1]

إن مبدأ المشروعية يحقق الإستقرار والأمن في المجتمع، فكل فرد في المجتمع يلزم باحترام حقوق الأخرين، ولا يتحقق ذلك إلا عن طريق القانون الذي عده البعض بأنه الأداة الهامة لتحقيق الأمن والإستقرار والعدالة والإنصاف في المجتمع،وعلى ذلك فإن أي إخلال بتلك الأنظمة والقوانين التي ارتضاها المجتمع سوف يؤدي حتما إلى توتر العلاقة بين الأفراد في المجتمع ومن ثم زعزعة الثقة بالبنيان الإجتماعي للمجتمع.[2]

إن أية قاعدة واجبة الإحترام حتى من ذات الهيئة التي أصدرتها، فالبرلمان يحترم القانون الذي سنه، والسلطة التنفيذية تحترم اللائحة أو القرار الصادر عنها ما دام قائما، وعليه فإن إجراء أي تعديل أو إلغاء بالنص العام يلزم إتباع الإجراءات التي ينص عليها الدستور والقانون، لأنه القول بعكس ذلك يعني خرق مبدأ المشروعية وبالتالي الطعن به قضائيا.

هذا يعني أن مبدأ المشروعية يحقق المشروعية الموضوعية أي احترام السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية للقوانين التي سبق إصدارها بقرار فردي من جانب السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية بل

[1]- سليمان الطماوي: "النظم السياسية والقانون الدستوري"، القاهرة، **1981**، ص. **45**.

[2]- جيروم بارونوس – توماس دينس،م س، ص. **68**.

يلزم تطبيقها كلما توافرت شروط تطبيقها،ونخلص إلى القول أن الجميع يخضعون لحكم القانون القائم سواء أكانوا حكاما أو محكومين ما لم يلغي أو يعدل وذلك بإتباع الإجراءات التي تنص عليها القانون.[1]

إن كل قيد على الحريات يلزم أن يصدره تشريع يوافق عليه ممثلوا الأمة، أما القرارات التي تصدرها السلطة التنفيذية، فإن دورها لا يعدو أن يكون مكملا أو تنفيذا لما سنه البرلمان فتقتضي سيادة السلطة التشريعية تقيد السلطة التنفيذية فيما يتعلق بالقواعد التي تسنها وحتى في حالة التشريع عن طريق التفويض في بعض المسائل، فإنه يلزم لهذه اللائحة أن تحدد المجال الذي خصصه لها التشريع، والقول بعكس ذلك يعني تعريض سيادة التشريعية لعدم الإستقرار أو لخطر الزوال، ومن هنا على السلطة التشريعية أن تحدد بدقة مضمون ومدى الإختصاصات التي تمارسها السلطة التنفيذية.

وعليه إن الحماية الحقيقية لحقوق الإنسان وحرياته يتأتى من منع فرض أي قيد على حقوق الإنسان وحرياته إلا عن طريق التشريع الذي يعبر عن الإرادة الحقيقة للأمة، وبالتالي على السلطة التنفيذية أن تحترم التشريع المعبر عن إرادة الأمة عند إصدار اللوائح والقرارات وحتى في حالة التشريع التفويضي– التشريع الفرعي- لأنه يلزم تحديد الحالات و الإختصاصات التي يمكن بموجبها ممارسة هذه الصلاحية مسبقا، لأن القول بغير ذلك يؤدي إلى التحكم و الإستبداد والطغيان وضياع الحقوق والحريات نتيجة لاتحاد صفتي التشريع والتنفيذ في يد واحدة.

إن الخضوع لحكم القانون يعني منع ما يصدر من سلطات الدولة وأجهزتها المختلفة من قرارات تتصادم مع الحقوق والحريات التي منحها المشرع للأفراد، لأن هذه الحقوق والحريات اكتسبت حماية قانونية بإقرار المشرع لها ويكون ذلك بمثابة حكم. وبالتالي لا يجوز لأية سلطة من سلطات الدولة أن تعارض حكما من الأحكام القانونية، وعلى هذا لا تستطيع الدولة أن تقيد حقوق الإنسان وحرياته بموجب قرارات فردية ولا أن تصادر حقا ثابتا للفرد أو الجماعة إلا تحقيقا للمصلحة العامة للمجتمع وتقدير ذلك يعود إلى هيئة تشريعية قادرة على الإجتهاد والتقنين وتتوافر في أعضائها صفات العلم والمحكمة، أما إذا فعلت الدولة ذلك وقيدت حقوق الإنسان وحرياته بقرارات فردية، فإنها تفقد شرعيتها وتنحرف عن تشريعاتها وهذا الإنحراف له تأثير سيئ على حقوق الإنسان وحرياته لأنه يحرم الأفراد من العيش في ظلال الحياة الكريمة الآمنة وفي رحاب العدل و الحرية و المساواة ومنع الظلم و الإستبداد.[2]

ولذا اعتبر سيادة مبدأ المشروعية في قمة الضمانات القانونية لحماية حقوق الإنسان وحرياته لأنه يعد الأساس الوحيد لاكتساب السلطة في الدولة شرعيتها، والعامل إلهام في استقرارها وثباتها، حتى أصبح

[1]- سليمان الطماوي، م س، ص. 70.

[2]-فؤاد العطار: م س، ص. 80.

مطلب هام تنادي به حاليا كافة الأنظمة الديمقراطية، لذلك لا غرابة إذا أكدت الدساتير أن تطبيق مبدأ خضوع الدولة للقانون هو تأكيد للديمقراطية وضمانة أكيدة لحرية الرأي العام.

وعلى ذلك فإن محاولة سعي للحكام للتحأيل على الأحكام القانونية النافذة لمجرد أو بحجة أنها لا تنسجم مع مصلحتها يترتب عليه فقد الحاكم (السلطة) للشرعية اللازمة لبقائه.

إن مبدأ المشروعية يؤدي إلى تحقيق المشروعية الشكلية (مبدأ تدرج التصرفات القانونية الصادرة من سلطات الدولة) وهو يشكل ضمانة مهمة لحقوق الإنسان وحرياته من أي عبث أو تعسف من جانب هيئات الدولة. فكل سلطة أو هيئة يلزم أن تحترم القوانين والقرارات الصادرة عن السلطة التي تعلوها، فالهيئة التنفيذية يلزم أن تحترم القوانين الصادرة عن البرلمان والبرلمان بدوره يلزم أن يحترم النصوص الدستورية الذي يمثل قمة القواعد الموجودة في الدولة ويتم تدرج القواعد القانونية بصورتين أساسيتان هما:

الصورة الأولى: التدرج الموضوعي ويعني به النظر إلى موضوع القواعد من حيث إنشاء أو تعديل أو إلغاء مراكز قانونية والذي يقوم على أساس توافر صفة العمومية والتجريد.

الصورة الثانية: التدرج الشكلي فإنه يقوم على أساس مرتبة أو مركز الهيئة التي أصدرت القواعد القانونية في الدولة وعليه نستمد القاعدة القانونية مرتبتها من سلم التدرج في مرتبة الهيئة السياسية في الدولة.

هذا يعني أن تحقيق التدرج الشكلي والموضوعي يؤدي إلى تحقيق مبدأ سيادة القانون وبدونها لا يمكن تحققه.

إن مبدأ المشروعية يحقق الخصائص التي تمتاز بها القاعدة القانونية الأمر الذي يؤدي إلى ضمانة حقوق الإنسان وحرياته، فالقانون ما هو إلا تعبير عن إرادة الأمة ومن خصائص القاعدة القانونية العمومية والتجريد وعدم سريانه بأثر رجعي وهو معنى للكافة، فإذا توافرت هذه الخصائص في القانون فلا يقع أي اعتداء على حقوق الإنسان وحرياته وبالتالي كما ذكرنا لا يجوز فرض أية قيود على هذه الحقوق والحريات إلا بناء على قانون يجوز على موافقة الأمة، لذا فإن ضمانة تحقق خصائص القاعدة القانونية هو ضمان لحقوق الإنسان وحرياته في الوقت ذاته.[1]

[1]- حافظ علوان حمادي الدليمي: "النظم السياسية في أوروبا الولايات المتحدة الأمريكية"، دار وائل للطباعة والنشر، ط1، عمان، 2001، ص. 56.

المطلب الـثاني: المقتضيات الجنائية ضمانة قانونية لحماية الحقوق والحريات

تعد الضمانات القانونية أهم الضمانات المكتوبة لحماية الحقوق و الحريات ، لكونها تتعلق بإجراءات تقيد حرية الفرد وحقوقه، وقد نظمت من قبل المشرع حتى يضمن عدم مساسها لحقوق الأفراد من ناحية، وعدم طغيان السلطة على هذه الحقوق من ناحية أخرى، تتمثل هذه الضمانات الأساسية في مبدأ الشرعية ومبدأ عدم رجعية القوانين (الفقرة الأولى) ثم بعض المبادئ الجنائية الأخرى الضامنة للحقوق والحريات.

الفقرة الأولى: الضمانات الأساسية

شكل مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات ،ومبدأ عدم رجعية القوانين أهم الضمانات لحماية الحقوق و الحريات

أولا: مبدأ شرعية الجر ائم والعقوبات

يسود التشريعات الجنائية المعاصرة مبدأ جوهري يتمثل في " مبدأ الشرعية "أو كما يسميه البعض من فقهاء القانون بمبدأ المشروعية أو مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، والذي يراد به أن لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص.[1]

حيث لم يكن لمبدأ الشرعية وجود في الحقب التاريخية، حيث كان الملك هو المشرع، و كان القضاة في العصور الوسطى يملكون إلى جانب سلطة التجريم والعقاب سلطة إصدار نصوص قانونية تواكب والنزاعات المعروضة عليهم الأمر الذي كانت له تداعيات خطيرة منها: تحول القضاة من قبس للعدالة إلى جلاد يتلذذ بعذاب المتقاضين ... غير أن هذا الوضع لن يستمر حيث نادى فلاسفة الأنوار بضرورة الحد من هذا الظلم من خلال مطالبتهم إلى اعتماد مبدأ الفصل بين السلطات قصد الحيلولة دون طغيان أحد السلطات على الأخرى، ومن هنا بدأ ميلاد هذا المبدأ،[2] الذي وجد له أساس في التشريع الإسلامي حيث قال الحق عز وجل في محكم أياته ﴿ **وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا** ﴾[3]وهو ما سيتم تأكيده في الدساتير المقارنة المادة (266) من الدستور المصري، الفصل 23 من الدستور المغربي.

والمعلوم أن هذا المبدأ تأسس على دعامتين هما: حماية الحرية الشخصية، وحماية المصلحة العامة مستحضرا كل المقومات القانونية والتي يمكن من خلالها ضمان التوازن المطلوب من خلال مبدأ التناسب.

---

[1] - نجيب الأعرج: مرجع سابق، ص. **197**.

[2] -احمد فتحي سرور: "الوسيط في قانون العقوبات القسم العام"، دار النهضة العربية، **1996**، ص. **187**.

[3] - سورة الإسراء، الآية، **15**.

ففي علاقته بالحرية الشخصية يعد هذا المبدأ حماية لما عاناه الإنسان من تحكم في العصور القديمة ، فالجريمة أو الفعل المجرم يجب أن يكون محدد سلفا من المشرع، حتى يتسنى للأفراد معرفة ما هو مشروع من تصرفاتهم وما هو غير مشروع، كما أنه حدد متى يعد شريكا، ومن متى يعد مسؤولا عن الجريمة، وليس ذلك فقط بل امتد لإقرار المسئولية الجنائية للأشخاص المعنوية في بعض التشريعات .

ومن ناحية أخرى أكدت الدستورية العليا في مصر "أن مبدأ شرعية الجرائم و العقوبات يستند في بنياته وتأكيده على الحرية الشخصية وهي التي تقيد من محتواه ولذا لا يكون نفاذه إلا بالقدر الذي يكفل حمأيته وصيانته".[1]

على أن مفهوم مبدأ الشرعية شهد تطورا تجاوز معناه التقليدي الذي ركز عليه فقهاء ق 18، فلم يعد يقتصر على مبدأ لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص وإنما شمل أيضا كل من الشرعية الإجرائية وشرعية تنفيذ العقوبات.[2]

أما عن حماية المصلحة العامة التي يؤسس عليها المبدأ، فتتمثل في اسناد وظيفة التجريم والعقاب وكذلك الإجراءات الجنائية إلى المشرع وحده تطبيقا لانفراد المشرع بالإختصاص في التجريم والعقاب حماية منه للحقوق والحريات.[3]

كما نجد أن الدستور يبين هذه الحقوق ويحددها ويسند للمشرع تنظيمها وضمانها وحمايتها، بل وتقييدها بما يضمن تحقيق الصالح العام، كما أن المشرع هو الذي يحدد من خلال السلطة التشريعية القيم والمصالح محل الحماية الجنائية، وهذا ما أكدته الدستورية العليا بقولها **"إن القيم الجوهرية التي يحميها قانون العقوبات لا يمكن بلورتها من خلال السلطة التشريعية التي انتخبها ممثلوالشعب وأن تعبيرها عن إرادتهم يقتضيها أن تكون بيدها سلطة التقرير بشأن تحديد الأفعال التي تعد مؤثمة ومعاقب عليها لضمان مشروعيتها ولهذا يعرف الأفراد سلفا القيم والمصالح التي يقوم عليها ويحميها قانون العقوبات لتقوية الروابط الإجتماعية".**[4]

---

[1]- نور الدين العمراني: "منظومة التجريم في ضوء مسودة مشروع القانون الجنائي: المستجدات ومواطن القصور"، المجلة المغربية للقانون الجنائي والعلوم الجنائية، العدد الثالث، **2016**، ص. **41**.

[2] - **Raymond Gassin « la principe de la légalité et la procédure pénale revue pénitentiaire et de droit pénal 2001,n2 , p.300.**

[3]- فتوح عبد الله الشادلي: "شرح قانون العقوبات –القسم العام – الكتاب الثاني، المسؤولية والجزاء "، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية . **1997** ص. **2** .

[4]- رمسيس بهنام: "النظرية العامة للقانون الجنائي"، طبعة ثالثة منقحة، منشأ المعارف الإسكندرية، **1998**، ص. **360**.

وأن مبدأ الشرعية الجنائية يعطي للمشرع الجنائي الممثل في السلطة التشريعية كامل الصلاحية من أجل التدخل و تجريم كل سلوك يهدد التعايش الإجتماعي و يحدث إضطرابا إجتماعيا،[1] ذلك أن المشرع الدستوري عندما عهد إلى السلطة التشريعية تنظيم موضوع معين فلا يجوز لهاته الأخيرة فيما تقره من قواعد أن تنال من الحقوق التي كفل أصلها سواء بنقضها أو الإنتقاص منها، فإهدار هذه الحقوق أو تهميشها هو بمثابة إعتداء على مجالاتها الحيوية التي لا تتنفس إلا من خلالها و بالتالي لا ينبغي أن يكون تنظيم هده الحقوق اقتحاما لفحواها بل ينبغي أن يكون منصفا ومبررا.[2]

و إذا كان الدستور المغربي لسنة 2011 لم ينص صراحة على مبدأ الشرعية، كما هو الشأن سواء بالنسبة لمجموعة من دساتير الدول المقارنة كفرنسا ومصر، فإنه بالرجوع إلى مقتضيات الفصل 23 من الدستور،[3] فيبدوأن المشرع الدستوري في إطار هذا الفصل قد ركز على الشرعية المسطرية عوض الشرعية الجنائية الموضوعية التي ينبغي أن تترجم هي الأخرى بشكل واضح على مستوى النص الدستوري .

غير أنه ومن خلال مقتضيات الفصل 71[4] من دستور 2011 الذي أكد كون البرلمان هو المختص بالتشريع في الميدان الجنائي، وأن الحكومة كاستثناء تتولى مهمة صياغة النصوص الجنائية سواء في الفترات

---

[1] - نص الفصل الأول من القانون الجنائي المغربي على (يحدد التشريع الجنائي أفعال الإنسان التي يعدها جرائم، بسبب ما تحدثه من اضطراب إجتماعي، ويوجب زجر مرتكبها بعقوبات و تدابيروقائية) .

[2] - رمسيس بهنام: مرجع سابق، ص. **134-135**.

[3] - نص الفصل **23** من دستور **2011** على ما يلي (لا يجوز إلقاء القبض على أي شخص أو اعتقاله أو متابعته أو إدانته، إلا في الحالات وطبقا للإجراءات التي ينص عليها القانون. الإعتقال التعسفي أو السري والإختفاء القسري، من أخطر الجرائم، وتعرض مقترفيها لأقسى العقوبات.

يجب إخبارکل شخص تم اعتقاله، على الفور و بكيفية يفهمها، بدواعي اعتقاله وبحقوقه، ومن بينها حقه في التزام الصمت. ويحق له الإستفادة، في أقرب وقت ممكن، من مساعدة قانونية، ومن إمكانية الإتصال بأقربائه، طبقا للقانون.

قرينة البراءة والحق في محاكمة عادلة مضمونان.

يتمتع كل شخص معتقل بحقوق أساسية، وبظروف اعتقال إنسانية. ويمكنه أن يستفيد من برامج للتكوين وإعادة الإدماج.

يُحظَرکل تحريض على العنصرية أو الكراهية أو العنف.

يُعاقب القانون على جريمة الإبادة وغيرها من الجرائم ضد الإنسانية، وجرائم الحرب، وكافة الانتهاكات الجسيمة و الممنهجة لحقوق الإنسان.)

[4] نص الفصل **71** من دستور **2011** على أنه (يختص القانون، بالاضافة إلى المواد المسندة إليه صراحة بفصول أخرى من الدستور، بالتشريع في الميادين التالية: – الحقوق والحريات الأساسية المنصوص عليها في التصدير، وفي فصول أخرى من هذا الدستور؛ –نظام الأسرة والحالة المدنية ؛ –مبادئ وقواعد المنظومة الصحية؛ –نظام الوسائط السمعية البصرية والصحافة بمختلف أشكالها ؛ –العفو العام؛ –الجنسية ووضعية ا\جانب ؛ –تحديد الجرائم والعقوبات الجارية عليها....).

الفاصلة بين الولايات التشريعية أو بمقتضى مشاريع قوانين طبقا للفصل 78[1] من نفس الدستور، لكن الملاحظ أن السلطة التنفيذية أصبحت تستفرد بمهام التشريع الجنائي[2]

ثانيا : مبدأ عدم رجعية القانون:

إن الإستقرار في القواعد القانونية التي تعتبر من متطلبات فكرة الأمن القانوني لا تعني تأبيد القوانين، لأنه يتعارض مع فكرة التطور باعتبار أن القوانين هي المرآة العاكسة لأوضاع المجتمع، فاذا استمرت القوانين دون تعديل لموادها أو إلغائها تماما فإن الهوة تتسع بين ما ينص عليه القانون والواقع المعاش في المجتمع مما يجعله عديم الفائدة ولا جدوى من بقائه. من هنا جعلت تعاقب القوانين من سنة الحياة القانونية للمجتمع باعتبار ان القانون القديم أصبح لا يلبي الطلب فيجب إلغائه بقانون جديد أصلح للمجتمع وهنا تثور مشكلة تطبيق القوانين من حيث الزمان.

ويقصد بهذا المبدأ عدم سريان أحكام القانون الجديد على الماضي سواء بالنسبة للوقائع التي تكون قد حدثت أو المراكز القانونية التي تكون قد تكونت في ظل القانون السابق،[3] أو بالنسبة للآثار التي ترتبت على تلك الوقائع أو المراكز القانونية في ظل هذا الأخير. بحيث إذا كان الفعل مباحا غير مجرم في الماضي فيبقى كذلك ولو جرمه وعاقب عليه النص الجديد وإذا كان النص الجديد سيرفع من عقوبة الفعل عما كانت عليه في النص السابق الذي ارتكب الفعل في ظله فإن مرتكب الفعل سيعاقب بالعقوبة التي كانت مقررة في النص القديم.[4] فهذا المبدأ تقرر بحسب الأصل لحماية حقوق الأفراد وحرياتهم ويكون انحرافا عنه أن تسري القوانين على الماضي.

وقد ساق الفقه الجنائي الكلاسيكي - دعما لقاعدة عدم الرجعية - عدة مبررات يقوم عليها هذا المبدأ الذي تحتمه ضرورات الحفاظ على الحرية الفردية وتأمين الإستقرار في المجتمع باعتباره من بين القيود القانونية الوارد على سلطة الدولة في العقاب،[5] فضلا عن كونه من اعتبارات مبدأ الإنصاف وقيم

---

[1] - نص الفصل **78** من دستور **2011** على أنه (لرئيس الحكومة وأعضاء البرلمان على السواء حق التقدم باقتراح القوانين. تودع مشاريع القوانين بالأسبقية لدى مكتب مجلس النواب، غير أن مشاريع القوانين المتعلقة، على وجه الخصوص، بالجماعات الترابية وبالتنمية الجهوية، وبالقضايا الإجتماعية، تودع بالأسبقية لدى مكتب مجلس المستشارين).

[2] - مثلا نجد القانون **05-52** المتعلق بمدونة السير على الطرق الذي تمت صياغته من طرف وزارة التجهيز و النقل و اللوجستيك، حيث تضمنت هذه المدونة العديد من العقوبات الزجرية التي تمت صياغتها من طرف هذه الوزارة

[3] - حسين الكيرة، المدخل إلى القانون، منشأة المعارف الإسكندرية، **1969**، ص **340**.

[4] - عبد الواحد العلمي: القانون الجنائي المغربي، القسم العام، مطبعة النجاح الجديدة، الرباط، سنة **2007**، ص **88**.

[5] - فتطبيق القانون بأَثَررجعي يؤدي إلى انعدام ثقة الأفراد بالقانون، وهذا ما يجعل القانون أداة هدّامة، لا وسيلة لتنظيم حياة الأفراد، وبناء المجتمع، كما أنّ تطبيق القانون بأَثَررجعي يُؤدي إلى إيجاد حالة من الاضطراب في المجتمع بصورة تَمسُّ استقرار المُعاملات القانونيّة.

العدالة[1]، لذلك يرى الفقيه الفرنسي "Levasseur" أن قاعدة عدم الرجعية قد وضع لحماية الحرية الفردية ولحماية المجتمع في نفس الوقت، فالمشرع هو الذي يقرر وقت وضع القانون الجديد، وما إذا كانت مصلحة المجتمع تقتضي تطبيقه.[2]

كما يستند هذا المبدأ على المنطق، فالقانون يُعتبَر تكليفاً لأفراد المجتمع، سواء كان القانون يحكم أداء عمل مُعيَّن، أو الامتناع عنه، فالمنطق يقضي بأنّه من غير المعقول أن يأمر القانون بأداء أعمال في الماضي قَبل نفاذه، أو صدور أحكامه، كما أنّه يستحيل العمل مُقدَّماً بالقوانين التي سيصدرها المُشرّع، والقاضي بدوره يعود في تطبيق أحكامه إلى قانون نافذ وساري المفعول.[3]

ويرى بعض الفقه أن مبدأ عدم الرجعية يقوم على مبررات أخرى مستوحاة من علم السياسة الجنائية تتصل بالغرض من العقاب الذي يتمثل أساسا في تحقيق الردع بنوعيه الذي لا يرتب أثره المنشود إلا بالنسبة للمستقبل ومن هنا كان بديهيا أن ينصرف الأثر المانع للقانون الجنائي ليس إلى أفعال تمت وانتهت في الماضي وإنما إلى ما سيقع من جرائم في المستقبل ولاشك أن هذا الإعتبار مما يصح التمسك به تبريرا لمبدأ عدم رجعية القانون الجنائي.[4]

وإذا كان مبدأ عدم الرجعية يستند على أسس ومبررات فإن له قيمة دستورية تتجلى من جهة في ما أكد عليه دستور 2011 من أنه "ليس للقانون أثر رجعي"[5] ومن جهة أخرى في كون هاته القاعدة من ضمانات استقرار المعاملات والمراكز القانونية وضمان الأمن القانوني ..

لكن هذا المبدأ لا ينصرف إلى تغيير الإجتهاد القضائي الذي يؤول القانون الجنائي بطريقة أشد فقد جاء في قرار لمحكمة النقض اعتبرت فيه " **في غياب تعديل القانون الجنائي ... فإن مبدأ عدم رجعية القوانين لا يطبق على التأويل القضائي** ".[6]

---

[1] - فتطبيق القانون الجديد على ما صدر قَبل نفاذه يُعتبَر نوعاً من الظلم، وعدم العدل؛ فالقانون لا يجب أن يُلزمَ الأفراد بالخضوع لأحكامه، وقواعده قَبل صدوره، ونفاذه.

[2] -Stefani G ;Levasseur G et Bouloc B « Procedure penal » 18 ed , dalloz paris 2001 p 6

[3] - مهند وليد الحداد: المدخل لدراسة علم القانون مقال منشور على www.jpu.edu.jo/jpu/profile.php?id=214#gsc.tab=0 تاريخ الزيارة 16-03-2017 .

[4] - حسن الجوخدار: تطبيق القانون الجزائي من حيث الزمان- دراسة مقارنة، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ص. 34- 35.

[5] - الفصل السادس من الدستور الجديد لسنة 2011.

[6] - - Cass , crim .30 janvier 2002 n 01 " alors qu'en vertu du principe de non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère, seules les dispositions législatives plus douces s'appliquent aux infractions commises avant leur entrée en vigueur et n'ayant pas donné lieu à une condamnation passée en force de chose jugée ; qu'au sens de la Convention européenne, la loi peut s'entendre aussi bien de la norme législative au sens strict, que de la jurisprudence qui l'interprète ; qu'ainsi, si au moment des poursuites, il résulte de la jurisprudence qui a interprété la loi que les faits ne sont pas légalement punissables, le prévenu ne peut pas être condamné au regard du même texte sur le fondement d'un revirement de jurisprudence, postérieur à la précédente, qui

وبالتالي فمبدأ عدم الرجعية كمبدأ دستوري تظهر الأهمية التي تكتسيها مسألة دسترته في فرض مراقبة المحكمة الدستورية على مدى احترام هذا المبدأ والعمل وفق نطاقه بالنسبة لمختلف فروع القانون خاصة الزجرية منها، وذلك أيضا مع مراعاة الاستثناءات التي تحكمه حيث من الممكن تطبيق القانون بأثر رجعي إذا كان في صالح المخاطبين به.[1] غير أنه بالنسبة للمادة المدنية و بالرجوع إلى النظام القانوني الفرنسي فإن هذا المبدأ له قيمة دستورية فيما يتعلق فقط في بالمادة الجنائية، في حين أنه لا يتوفر في المادة المدنية، إلا على قيمة القانون العادي بحيث يمكن للمشرع أن يقرر تطبيقة بشكل فوري، في ارتباط مع الغايات الموضوعة له.[2]كما يمكن للقانون أن يتضمن مقتضيات رجعية.[3]

وقد سار الإجتهاد المقارن على التأكيد على هاته القيمة حيث ذهب المجلس الدستوري الفرنسي في أكثر من مناسبة إلى القول بعدم جواز معاقبة أحد إلا بموجب نظام منصوص عليه قبل الجرم ومعمول به قانونا قبله كما أكد "أن المبدأ لا يتعلق فقط بالعقوبات المطبقة من قبل المحاكم الزجرية، بل يمتد لكل جزاء ذو طابع عقابي حتى ولو كان صادر من سلطة غير قضائية"[4] وهو نفس الدافع الذي جعل المحكمة الدستورية العليا بمصر تعتبر أن تطبيق مبدأ عدم الرجعية يمتد حتى بالنسبة للعقوبات التأديبية[5]. أما بالنسبة للنظام القانوني الألماني فإن القانوني الأساسي الألماني لا يمنع القوانين الرجعية إلا في المادة الجنائية، فإن المحكمة الدستورية الألمانية قد أخضعت القوانين الرجعية، المتعلقة بباقي القوانين، إلى شرطين:

أن لا تمس هذه القوانين بمبدأ " الثقة المشروعة " للمواطنين في استمرار النظام القانوني.

أن تخدم هذه القوانين مصلحة عليا للجماعة.[6]

---

donne une interprétation plus sévère de la loi en étendant son champ d'application ; qu'en pareil cas, l'application rétroactive du revirement de jurisprudence constitue directement une violation du principe de légalité des délits ; qu'en l'espèce, l'arrêt attaqué s'est fondé sur la dernière interprétation jurisprudentielle, pourtant plus sévère, de l'article 464 du Code des douanes, postérieure à la jurisprudence n'imposant pas d'obligation déclarative aux non-résidents français, pour déclarer le prévenu coupable et a, de ce fait, violé les principes combinés de l'application de la loi pénale dans le temps et de la légalité des délits ; que la cassation devra intervenir sans renvoi ".

[1] - أنوار عشيبة، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، بحث لنيل الماستر في القانون الخاص، كلية الحقوق بفاس، سنة **2013**، ص**91.**

[2] -**Ariane Vidal –Naquet:les garanties legales des exigences constitutionnelles dans la jurisprudence du conseil constitutionnel ; Thèse de doctorat en Droit public; Soutenue en 2004. à Paris 2 .edition Pantheon – asas 2007 p 127**

[3] -**Decision n 80-119 DC du 22 juillet 1980 , loi pourtant validation d actes administratifs**.

[4] **-Conseil constitutionnel français : décision n° 88 -248 du 17 janvier 1989 / decision 504-2004 / decision 155-decembre 1982**.

[5]- أنوار عشيبة، الحماية الدستورية للحقوق والحريات مرجع سابق، ص **90-91 .**

[6] - محمد أتركين –معجم الدستور المغربي – دار النشر المعاصرة ، الطبعة الاولى يناير **2021** ص **1350**

وقد حرص المشرع المغربي على التقيد بهذا المقتضى حينما نص صراحة في الفصل الرابع من القانون الجنائي على أنه "لا يؤاخذ أحد على فعل لم يكن جريمة بمقتضى القانون الذي كان ساريا وقت ارتكابه" وهذه القاعدة لا تعدو ألا أن تكون نتيجة منطقية لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات ولازمة له ينصرف إلزامها إلى سلطتي التشريع والقضاء معا بسبب ما تتمتع به من قيمة دستورية في النظام القانوني المغربي وسبب شمولها بالنص الصريح في عدد من الإعلانات والمواثيق الدولية المتعلقة بحماية حقوق الإنسان.[1]

ورغم ما لهذا المبدأ من قيمة دستورية وقانونية إلا أنه لا يمكن تطبيقه بصفة مطلقة إذ ترد عليه بعض الاستثناءات تفرضها اعتبارات قانونية عدة فتطبيق القانون الأصلح للمتهم مثلا قد وجد من أجل حماية حقوق وحريات المتهم فهذا النص قد يرفع من الصفة الجرمية عن الفعل أو أن يخفف من العقاب أو يسمح بالاستفادة من إيقاف تنفيذ العقوبة السالبة للحرية أو ينشأ أعذار مخففة من العقاب وعلى النقيض من ذلك يطبق النص القديم إذا عمد المشرع في النص الجديد إلى التشديد من العقاب أو أحل جناية محل جنحة أو غيره ولذلك فقد نص عليه المشرع المغربي في ف 6 على أنه "في حالة وجود عدة قوانين سارية المفعول بين تاريخ ارتكاب الجريمة والحكم النهائي بشأنها يتعين تطبيق القانون الأصلح للمتهم"

وإذا كان هذا المبدأ قد تقرر لمصلحة الفرد وصيانة لحريته إلا أن البحث عن النص الأصلح للمتهم يطرح إشكالات خصوصا حين اختلاف الحدين الأدنى والأعلى بالنسبة للعقوبة السالبة للحرية فالنص الجديد يطبق في الحالة التي يكون فيها الحد الأعلى أقل من النص القديم إن كانا متساو يين بالنسبة للحد الأدنى، كما أنه في الحالة التي يرفع فيها النص الجديد الحد الأدنى وينزل بالحد الأعلى أو يرفع هذا الأخير مع إعمال أيقاف التنفيذ أو يتضمن النص الجديد عدة أجزاء بعضها في مصلحة المتهم والبعض الأخر على غير ذلك، ففي هذه الحالات نرى أن المنطق يقتضي مراعاة ظروف المتهم ومدى توافر أسباب إيقاف التنفيذ وكذا مراعاة الأجزاء التي هي في صالح المتهم.[2]

ومن الإستثناءات التي ترد على هذا المبدأ نجد كذلك حالة النصوص العقابية المفسرة وحالة القوانين الجنائية الموضوعية التي يوجد بشأنها نص قانوني خاص يقضي برجعيتها فهذه الحالات كذلك من استثناء من الأصل العام أن القانون يطبق من وقت نفاذه بالنسبة للوقائع التي تستجد بعد ذلك التاريخ ولم تكن خاضعة لسلطانه:

ففي الحالة الأولى قد يحمل التشريع القديم عبارات غامضة يصعب معرفة مقصد المشرع من خلالها، لذلك يلجأ أحيانا إلى إصدار قوانين مفسرة للقانون القديم فيكون لها أثر على الماضي، لأنها جاءت

[1] - عبد الحفيظ بلقاضي، القانون الجنائي المغربي- القسم العام، الطبعة الثانية 2010، ص 138- 139.

[2] عبد الواحد العلمي: شرح القانون الجنائي العام، م س، ص. 90.

لتكشف عن مضمون النص الأصلي، فالقوانين التفسيرية لا تأتي بأحكام جديدة بل هي مفسرة للنص القديم، ومجرد تكملة له فيجوز أن تطبق بأثر رجعي من تاريخ صدور النص محل التفسير.

أما الحالة الثانية – النص صراحة على رجعية القانون- انطلاقا من اعتبارات موضوعية تتعلق بالنظام العام وبغرض تحقيق مصلحة اجتماعية، قد ينص التشريع على سريان أحكامه على الماضي بأثر رجعي، ومثال ذلك قضية الزيوت المسمومة حيث صدر ظهير شريف بتاريخ 29 أكتوبر 1959 في موضوع زجر الجرائم الماسة بصحة الأمة، وقد نص الفصل الأول منه على تطبيق عقوبة الإعدام في حق الأشخاص الذين يقومون عمدا، وبقصد الإتجار، بصنع منتوجات أو مواد معدة للتغذية البشرية وخطيرة على الصحة العمومية، أو يباشرون مسكها أو توزيعها أو عرضها للبيع. كما النص الفصل الثاني وهو الذي يهمنا على أن هذه الجرائم يعاقب عليها بالإعدام ولو ارتكبت قبل صدور هذا الظهير.[1]

الفقرة الثانية: بعض المبادئ الجنائية لحماية الحقوق والحريات

تشتمل هذه الضمانات :**مبدأ اليقين القانوني الجنائي ، و مبدأ عدم التوسع في تفسير القاعدة الجنائية و مبدأ الدقة في التفسير**

أولا: مبدأ اليقين القانون الجنائي:

يعتمد اليقين القانوني على تحديد الجرائم والعقوبات، وهو ما يعد تطبيقا لمبدأ شرعية لما فيه من اختصاص المشرع وحده بالتشريع في مسائل الحقوق والحريات وإحاطة المخاطبين بأحكام القوانين بالتجريم والعقاب فيما يقيد حرياتهم قبل اقتراف أي فعل يؤدي إلى ذلك ما يسمى باليقين القانوني الجنائي الذي يعد الركيزة الثانية لمبدأ الشرعية الجنائية التي توجب أن يكون المخاطبون على وعي و إدراك و إحاطة بكل القواعد القانونية التي تنطوي على مساس بالحرية الشخصية و الحقوق والحريات وليس ذلك فقط بل كل القواعد القانونية الصادرة من السلطة التشريعية، وهذا اليقين تقتضيه الشرعية الجنائية فيما يتعلق بالتجريم والعقاب والإجراءات الجنائية التي تقتضي أن تكون القاعدة مكتوبة واضحة محددة متكاملة حتى تصح تسميتها بخصائص اليقين الجنائي.[2]

أ – التشريع المكتوب:

تعد كتابة التشريع من أهم خصائص اليقين كما أنه شرط تقتضيه الشرعية الجنائية وذلك حتى يكون المخاطبون بالقاعدة القانونية على علم بها، ولما فيه من استقرار للأوضاع القانونية و لأوامر و نواهي

[1] - لطيف الداودي: الوجيز في القانون الجنائي المغربي، المطبعة الوطنية، الطبعة الأولى 2007، ص. 50.

[2] -Mohamed BENJELLOUN, « Droit pénal Général » , Séjilmassa ; meknes , 2004 , p. 130.

المشرع، لذا لا يعد العرف و لا العادة مصدرا للتجريم و العقاب وإن جاز تقنينها بتشريع صادر عن السلطة التشريعية.[1]

ولا يقدح من ذلك اعتماد المشرع في تحيده للنموذج الإجرامي على فروع قانونية غير جنائية مثل القانون المدني في عقود جريمة خيانة الأمانة لقانون التجاري في جرائم الشيك وجريمة التفالس .

ب – التشريعات واضحة ومحددة:

يجب أن يكون التشريع واضحا ومحددا وبعيدا عن الغموض وعدم التحديد لضمان إدراك الأفراد بما هو مجرم من عدمه وما هو مقيد لحرياتهم، لأن الغموض يؤدي إلى التحكم القضائي ،ويعد من قبيل التحديد و الوضوح الجزم في تحديد ضوابط التطبيق كما لوتطلب النص حدوث أفعال معينة في أماكن محددة بعينها و بأوصافها كما لو اشترط العلانية في الفعل الفاضح و الموظف العام في جرائم الرشوة والإختلاس.[2]

ج – تكامل النصوص الجنائية:

تعد القواعد العامة ذات أهمية بالغة في القانون الجنائي والإجرائي لتحديد مضمون الشرعية الجنائية، لأنها تعمل على توضيح أو تكملة النصوص التشريعية وتكامل معناها ومن ثم ضمان التطبيق العام للحقوق و الحريات التي جاءت بها هذه النصوص ويبدو ذلك في أسباب الإباحة و شخصية العقوبة.[3]

د – التفسير الدقيق للنصوص الجنائية:

يقتضي مبدأ الشرعية الجنائية تفسير النصوص الجنائية تفسيرا دقيقا وهو ما يسمى بالتفسير الضيق أو الحر ،حتى لا يتحول القضاة إلى مشرعين وهذا التفسير لا يخرج القاعدة من مضمونها بل يساعدها على التطبيق الصحيح وهذا ما أكدته المادة (111-4 ع) من القانون الحنائي الفرنسي ،بنصها على أن "يفسر قانون العقوبات تفسيرا ضيقا".[4]

ويعد التفسير الدقيق أو الصحيح هو ذلك التفسير الذي يؤدي إلى الوقوف على قصد المشرع وهدفه من النص الجنائي، ولا يجوز للقاضي أن يلجأ للقياس في النصوص التجريمية، كما لا يجوز له أن

---

[1]- عبد الفتاح مصطفى الصيفي: "الجزاء الجنائي دراسة تاريخية وفلسفية وفقهية"، دار النهضة العربية للطباعة و النشر بيروت سنة **1972**، ص. **58**.

[2]- عبد الواحد العلمي، "شرح القانون الجنائي المغربي"، القسم العام، مطبعة النجاح الجديدة، ط الخامسة **2013**، ص. **323**.

[3]- فتوح عبد الله الشاذلي وعلي عبد القادر القهوجي، "شرح قانون العقوبات، القسم العام، النظرية العامة للجريمة، المسؤولية والجزاء الجنائي، الكتاب الأول، دار المطبوعات الجامعية بالإسكندرية مصر **1997**، ص. **376** .

[4]-**Daniel dormoy ,Marina Yetongnon: « la complicité de génocide dans la jurisprudence des tribunaux pénaux internationaux »,Revue québécoise de droit international (Hors-série) ,2007, p70 .**

يجرم سلوكا لم يرد في نص تشريعي قياسا على نص أخر، وهذا ما يجمع عليه الفقه الجنائي والقضاء لتعارضه مع مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، ومن ثم الإضرار بالحقوق والحريات ويترتب على ذلك توسيع أو تضييق نطاق الإباحة.[1]

1- شخصية المسؤولة الجنائية:

تقتضي المسؤولية الجنائية مساءلة المجرم عن فعله الشخصي لا عن فعل الغير، وأن يصدر فعله من إرادة حرة مميزة ، هذا الأمر يتفق مع شرعية الجرائم و العقوبات، فالشخص مسؤول عن فعله أو عن عدم إتيانه فعلا (امتناع) أوجبه القانون، وهو ما يقتضي وجود علاقة مادية بين الجريمة والسلوك الشخصي لمرتكب الفعل.[2]

حيث يفترض الإسناد المادي، مساهمة الشخص بفعله في الجريمة وقيام علاقة سببية من فعله والنتيجة الإجرامية التي يعتمد بما المشرع، وهو ما أكدته المحكمة الدستورية العليا المصرية لضمان الشخصية في المسئولية وأن لا يتحمل العقاب عنها إلا من أدين فيها لا غيره، وفقا لنص المادة 66 من الدستورالمصري ، ولهذا أطلقت عليه محكمة النقض بالمسئولية المفترضة عن فعل الغير واعتبارها مسئولية خاصة أجازتها استثناء من الأصل في القواعد العامة في جرائم النشر وفي حدود ضيقة لعدم التوسع فيه ومن ثم عدم التعرض للحقوق والحريات.[3]

كما تقتضي شخصية المسؤولية عدم الاعتداد بمسؤولية الشخص عن فعل الغير فالشخص إما فاعل وإما شريك ،ومن ناحية أخرى يجب أن يصدر هذا الفعل المجرم أو الامتناع عن إرادة حرة وليدة أهلية جنائية يعتبر بها القانون الإدراك والتمييز، و اشترط هذه الإرادة يعد ضمانا للحقوق والحريات في مواجهة التجريم والعقاب.

2. مبدأ شخصية العقوبة:

هناك ارتباط بين مبدأ شخصية العقوبة من جهة وشخصية المسؤولية من جهة أخرى فمن يسأل عن الجريمة والفاعل إذن هم من يعاقب عنها.[4]

---

[1]- محمود نجيب حسني، " النظرية العامة للقصد الجنائي: دراسة تأصيلية مقارنة للركن المعنوي في الجرائم العمدية "، دار النهضة العربية . القاهرة، الطبعة 3، 1988، ص. 637 .

[2]- أحمد فتحي سرور: م س، ص. 120.

[3]- محمود نجيب حسني: "المساهمة الجنائية في التشريعات العربية"، مرجع سابق، ص. 255.

[4]- عبد العظيم مرسي وزير: "افتراض الخطأ كأساس للمسؤولية الجنائية"، دار النهضة العربية، ط. الثالثة، 1988، ص. 264.

تتحدد شخصية العقوبة في كل من النص التشريعي الذي يحدد الجريمة وعقابها من ناحية والتطبيق القضائي من ناحية أخرى، لما فيه من بعد إضافي يتمثل في شخصية المجرم والغرض من العقاب لا من مجرد النص عليه فقط.[1]

فيما يحقق الحماية و الضمان للحقوق والحريات هو أن يسأل الشخص عن فعله فقط أو امتناعه لا عن فعل الغير،[2] إذ أن شرط المسئولية الأول هو وجود علاقة بين سلوك الشخص و الجريمة حتى يسأل عنها، وهو ما يقتضي توافر عنصرين: أو لهما ـ مساهمة الشخص بسلوكه في الجريمة فاعلا أم شريكا، وثانيهما ـ العلاقة بين السلوك أي الفعل و الجريمة ونتيجته أو هو ما يسمى بالإسناد الذي يجمع بين العنصر الموضوعي و المادي و النفسي في إحداث النتيجة وقدرة الفاعل على التحكم في إحداثها وفقا لنظرية السببية الكافية حتى لا يضار أحد من المسئولية عن فعل غيره أو لا يسأل عن فعل لم يرتكبه .

ثانيا : مبدأ عدم التوسع في تفسير القاعدة الجنائية:

لا شك أن الغاية الكامنة من وراء سن القواعد القانونية، بما هي أداة لضبط السلوك داخل المجتمع، لا تتحقق إلا باستدرار النفع المجتمعي المتواخي منها، ومأتى ذلك، لا يكون سوى عن طريق تطبيق تلك القواعد على ما يندرج تحت مدلولها من وقائع و نوازل.[3]

و ليس ثمة خلاف حول أهمية تلك القواعد كمفترض أو لي لتطبيقها، إذ لا يتصور تطبيق أي قاعدة قانونية دون تفسير مدلوله ما تضمنته من ألفاظ و جمل تمهيدا لإسقاط أحكامها على ما استجد في الواقع.

و تمثلا لهذا الإطار العام، فقد حدد الفقه الجنائي مدلول تفسير القاعدة الجنائية في: "تلك العملية الذهنية التي يتم من خلالها البحث عن دلالة الألفاظ والتعابير التي ترد في النص الجنائي، لتحديد مضمونه ومجال تطبيقه على الحالات المعروضة ".[4]

و أنه على القاضي انتهاج لأسلوب التفسير الضيق الذي يروم معنى النص بالإستعانة في ذلك باللغة و قواعد النحو لا غير، حيث يكون في ظل هذا المنهج، بحسب تعبير جانب من الفقه " مجرد بوق يردد ألفاظ

[1]- محي الدين أمزازي: "العقوبة "، منشورات جمعية تنمية البحوث والدراسات القضائية، مطبعة الأمنية، الرباط، **1993**، ص. **48**.

[2]- محمود نجيب حسني: م س، ص. **259**.

[3] - عبد الرزاق الجباري – مبدأ عدم التوسع في تفسير القاعدة الجنائية نقد الأساس و تجديد المآل في ضوء مبادئ السياسة الجنائية المعاصرة مقال منشور بمجلة القضاء الجنائي العدد **9\10** مطبعة الامنية الرباط سنة **2020**، ص. **14**.

[4] - عبد الحفيظ بلقاضي: مدخل إلى الأسس العامة للقانون الجنائي المغربي – الجزء الأول، الطبعة الأولى،سنة **2003** مطبعة الأمنية الرباط، ص. **113**.

المشرع "،[1] ومرد هذا إلى الخوف من تطبيق القاعدة الجنائية على " حالات تشملها ألفاظ النص من حيث الظاهر "

فالقاضي، في ظل هذا النهج، ليس " أكثر من موزع للعقوبات المقررة قانونا على مرتكبي الأفعال المجرمة قانونا، والتي وضع يده عليها حسب قواعد مسطرية محددة قانونا.[2] غير أن هذا المبدأ قد لاقى بعض الإنتقاد مما أدى إلى ظهور مبدأ أخر المتمثل في مبدأ الدقة في تفسير القاعدة الجنائية

ثالثا : مبدأ الدقة في تفسير النص الجنائي :

أسفرت الإنتقادات لمبدأعدم التوسع في تفسير القاعدة الجنائية، عن تأسيس منهج آخر لتفسير القاعدة الجنائية كرد فعل على منهج التفسير الضيق، و هو ما يسمى ب: " التفسير الغائي " الذي يروم البحث عن علة ومقصد النص الجنائي، إذ إن " النصوص بمقاصدها " [3] كما هو مقرر في مجال التداول المقاصدي.

و قد دافع على هذا المنهج العديد من الفقهاء، خصوصا في مدرسة الدفاع الإجتماعي الحديث التي اعتمدته ضمن مرتكزات فلسفتها، ذلك أن رائدها الفقيه Marc Aneel لا يرى " أي تعارض إطلاقا بين مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات و بين التفسير الواسع للقواعد الجنائية، طالما أن هذا التفسير يطابق مقاصد المشرع،[4]

و هو عين ما رجحه الفقيهان Merle et Vitu بقولهما: " إن من واجب القاضي أن يبحث في إطار النص عن حقيقة إرادة المشرع، فإذا توصل إليها وجب عليه أن يغلبها على المعنى الحرفي، لأنه هذا الأخير عاجز عن الإحاطة بروح القانون."[5]

و قد تبنى الدكتور أحمد فتحي سرور نفس الطرح و دافع عليه قائلا: " إذا كان التجريم والعقاب يستندان إلى القانون، فإنه من غير المفهوم الحديث عن التفسير الضيق أو الحرفي للقانون فالقاضي عندما يفسر القانون لا يعطي رأيه الشخصي، و لكنه يبحث عن المعنى الحقيقي للقانون، و عن قيمة الموضوعية

---

[1] **Merle .R et Vertu .A: Traite de droit criminel, vol 1 ed cujas, Paris 5eme ed 1984 p 249**.

[2] - محي الدين أمزازي: العقوبة، مرجع سابق، ص. **250**.

[3] - أحمد الريسوني – قواعد المقاصد –مؤسسة الفرقان للتراث الإسلامي، مركزدراسات مقاصد الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى سنة **2020** ص. **421**.

[4] -**M.Ancel, Apropos dee quelques discussions recentes sur la regle, rev de science crim 1937 p 678**.

[5] - **Merle .R et Vertu, op, cit p 250**.

كلما أرادها المشرع، (...) ذلك أن المنهج السليم للتفسير هو معرفة إرادة المشرع من خلال الصيغة التي عبر فيها عن هذه الإرادة."[1]

و بناءا على المنهج، فعلى القاضي أن يسعى إلى بيان المعنى الحقيقي للنص الذي صاغه المشرع في ألفاظ و عبارات ذات مضمون محدد وهادف أوحت به السياسة الجنائية تلبية لحاجات ومصالح معينة اقتضت حكمة المشرع ضرورة شمولها بالتجريم والعقاب ".

وقد أضحى مبدأ عدم التوسع في تفسير القاعدة الجنائية متجاوزا في ضوء المرتكزات الفكرية للسياسية الجنائية المعاصرة، و حل محله مبدأ استكناه إرادة المشرع من قاعدة التجريم والعقاب، بغض النظر عما إذا كان هذا التفسير موسعا أو مضيقا، و إنما المهم في الأمر هو مصادفة إرادة المشرع و ليس معارضتها.[2]

ومفاد هذا المبدأ، أن تفسير أي نص جنائي يعين أن يكون دقيق في البحث عن المصلحة المراد حمايتها من قبل المشرع، و دون تجاوزها إلى مصالح أخرى لم ير المشرع ضرورة في حمأيتها جنائيا بمقتضى نفس النص، وبالتالي استجلاء ما قد يشوب هذا الأخير من لبس أو غموض في إطار المصلحة نفسها، وأن هذه النتيجة، لم تأتي من باب الترف الفكري لدى أقطاب الفكر الجنائي الليبرالي، و إنما تأسيسا على جملة من المؤيدات القانونية والواقعية.

المبحث الثاني: الضمانة القضائية لحماية الحقوق والحريات

تتأتى أهمية الضمانات القضائية من كونها أداة لتحويل الضمانات الدستورية (النظرية) إلى ضمانات واقعية يحس بوجودها الأفراد، حيث يمثل القرار أو الحكم الصادر من القضاء عنوان الحقيقة الذي يحقق العدل بني الناس ويحقق سيادة القانون وذلك انطلاقا من مبدأ الإحتكام إلى القضاء (**المطلب الأول**)،[3] فمجتمع بدون وجود القضاء يعد مجتمعا محروما من الضوابط والمقومات التي تحمي الحقوق والحريات من العدوان عليها (**المطلب الثاني**).

[1] - أحمد فتحي سرور- القانون الجنائي الدستوري، مرجع سابق، ص. **96**.

[2] - عبد الرزاق الجباري – مبدأ عدم التوسع في تفسير القاعدة الجنائية، مرجع سابق، ص. **19**.

[3]- محمد الحبيب الفاسي، "مسار القضاء المغربي، " ترجم من الفرنسية من طرف الأستاذين محمد عواد وعائشة عواد حجي، مطبعة الأمنية، سنة **2005**، ص. **32**.

المطلب الأول: مبدأ الإحتكام إلى القضاء

يعتبر القضاء إحدى أهم الدعامات الأساسية لبناء دولة الحق والقانون، والقضاء المستقل هو وحده القادر على إقامة العدل بشكل نزيه بالإستناد إلى القانون ومن ثم يحمي حقوق الإنسان والحريات الأساسية للفرد وتحقيق العدالة والأمن القضائي والمساهمة في إذكاء روح السلم الإجتماعي.[1] ولكي تؤدى هذه المهمة الأساسية على نحو كفؤ يجب أن يكون للعامة ثقة تامة بقدرة السلطة القضائية على الإضطلاع بوظائفها على هذا النحو المستقل والنزيه، بعيدا عن كل أنواع التدخل أو الضغط الذي يمكن أن يتعرضوا له.[2]

وأن الدول الديمقراطية ومن خلال حرصها على استقلال السلطة القضائية عهدت بشؤون القضاء والقضاة إلى مجلس أعلى مكون في أغلبه من القضاة، تكون له الهيمنة علىهذه الشؤون تنظيما وتنفيذا ورقابة، إذ من خلال ذلك يمكن أن يضطلع القضاء بممارسة الأدوار المنوطة منه، إذ لم يعد مجرد مؤسسة تناط إليها مهمة الفصل في المنازعات، انما أصبح قطب الرحى في مسار التنمية "الاقتصادية، الإجتماعية، السياسية..." ومعادلة صعبة لا يمكن تجاوزها خاصة في ظل أنه الحامي الأول للحقوق والحريات .

و أن مبدأ الاحتكام إلى القضاء مرتبط بعنصرين متلازمين ، حيث يتجسد الأول في مفهوم استقلال السلطة القضائية و الثاني في دور هاته الاستقلالية في حماية الحقوق و الحريات .

الفقرة الأولى: مدلول استقلال السلطة القضائية

يقصد باستقلال القضاء "أنه وحده الذي يستعمل بالفصل في المنازعات وبالحكم، ومن ناحية أخرى فإن الإستقلال يعني أن القضاة وهم يؤدون أعمالهم لا يخضعون في ذلك إلا للقانون وحده، ولا يلتقون في هذا الشأن توجيهات من أحد كائنا كان".[3]

و ذلك انطلاقا بأن يكون القاضي حرا في ممارسته لوظيفة القضائية، من أي تدخل من جانب السلطتين التشريعية والتنفيذية على اعتبار أنه شرط ضروري لقيام المجتمع على أساس سيادة القانون،

[1] - محمد بوزلافة: استقلال السلطة القضائية بالمغرب، جمعية عدالة، مطبعة دار القلم، الرباط، 2013، ص6.

[2] - أحمد مفيد: الضمانات الدستورية والقانونية لاستقلال السلطة القضائية، المجلة العربية للسياسات العمومية- العدد 7 سنة 2011،ص 13.

[3] -سحر محمد نجيب، م س، ص. 127.

وأن استقلالية السلطة القضائية ينحصر في مدلولين الأول شخصي من خلال استقلال القضاة كأشخاص، وعدم خضوعهم لأي تدخل كيفما كانت طبيعته وكيفما كان مصدره و الثاني موضوعي من خلال استقلال القضاء كسلطة وكيان عن السلطتين التشريعية والتنفيذية.[1]

وقد حضي مبدأ استقلال السلطة القضائية اهتماما دوليا نظرا لأهمية رسالة القضاء ودورها في إعلان كلمة القانون وحماية حقوق الإنسان. فقد نص الإعلان العالمي لحقوق الإنسان المعتمد بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة بالقرار 217 في 10/كانون الأول /1948 في م/10 منه على أن لكل إنسان الحق على قدم المساواة التامة مع الأخرين، في ان تنظر قضيته أمام محكمة مستقلة نزيهة نظرا عادلا علنيا للفصل في حقوقه وإلتزاماته وأية تهمة جنائية توجه إليه. وتقرر المادة أعلاه أن نزاهة القضاء و استقلاله حق من حقوق الإنسان الأساسية أكثر من كونها امتيازا للسلطة القضائية.

كما نصت الإتفاقية الدولية للحقوق المدنية والسياسية المعتمدة من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة في 16/كانون الأول/1966 في م/14 الفقرة 1على أن جميع الأشخاص متساوون أمام القضاء و لكل فرد الحق عند النظر في أية تهمة جزائية توجه إليه أو في حقوقه وإلتزاماته في أية دعوى مدنية تكون قضيته محل نظر منصف و علني من قبل محكمة مختصة مستقلة حيادية، منشأة بحكم القانون.

وأن الملاحظ، هو أن الدساتير المغربية السابقة وخصوصا دستور سنة 1996، لم تكن تعترف للقضاء بوصف السلطة، بحيث نص الفصل 82 من دستور سنة 1996 على أن: " القضاء مستقل عن السلطة التشريعية وعن السلطة التنفيذية[2] "أما دستور 2011 فيعد بمثابة الولادة التاريخية للسلطة القضائية المغربية، فقد ارتقى بالقضاء باعتبارها سلطة مستقلة بذاتها. حيث جاء فيه على أن " السلطة القضائية مستقلة عن السلطة التشريعية وعن السلطة التنفيذية[3] " كما أنه عمل على إيراد العديد من النصوص التي تؤكد هذا الإستقلال. إذ نص على أنه: " يمنع كل تدخل في القضايا المعروضة على القضاء، ولا يتلقى القاضي بشأن مهمته القضائية أي أوامر أو تعليمات ولا يخضع ألي ضغط. و يجب على القاضي، كلما اعتبر أن استقلاليته مهدد، أن يحيل الأمر إلى المجلس الأعلى للسلطة القضائية[4] " .كما أنه نص على أنه: " لا يلزم قضاة الأحكام إلا بتطبيق القانون ولا تصدر أحكام القضاء إلا على أساس التطبيق العادل

[1] - نجيب الأعرج: مرجع سابق، ص. **18**.

[2] -الفصل **86** من دستور سنة **1996**، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم **157.96.1** في **23** من جمادى الأولى **1417**(7 أكتوبر **1996**،) الجريدة الرسمية عدد **4432**،بتاريخ **1996/11/21**.

[3] -الفصل **107** من دستور سنة **2011**.

[4] -الفصل **109** من دستور سنة **2011**.

للقانون". كما قرر" بأن يتولى القاضي حماية حقوق الأشخاص والجماعات وحرياتهم وأمنهم القضائي وتطبيق القانون.[1]

وتنزيلا لهذا المبدأ الدستوري فقد تم إصدار القانون رقم 108.13 المتعلق بالقضاء العسكري، والذي حل محل كل من قانون القضاء العسكري، وقانون العدل العسكري لسنة 1956،حيث أعيد النظر في الإختصاص النوعي للمحكمة العسكرية. وتوضيح طبيعتها القانونية وإعادة تنظيمها بجعلها مستقلة ومتخصصة، وإدماجها في المنظومة القضائية العادية، وتعزيز مبدأ احترام استقلال السلطة القضائية، وتعزيز ضمانات المحاكمة العادلة، وتقوية حقوق المتقاضين، بما ينهج مع التوجيهات الدولية.[2]

وبتاريخ 24 مارس 2016 صدر كل من القانون التنظيمي رقم 13.100 المتعلق بالمجلس الأعلى للسلطة القضائية والقانون التنظيمي رقم 13.106 بمثابة النظام الأساسي للقضاة، كما صدر تكملة لهما النظام الداخلي للمجلس الأعلى للسلطة القضائية بتاريخ 16 أكتوبر 2014. وظهير 30 غشت 2017 بتنفيذ القانون رقم 17.33 المتعلق بنقل اختصاصات السلطة الحكومية المكلفة بالعدل إلى الوكيل العام للملك لدى محكمة النقض بصفته رئيساً للنيابة العامة، وهي الخطوة التي كانت ضرورية نحو الإستقلال القضائي التام.[3]

وأن استقلال القضاء لا يكفي الإقرار به فقط في النصوص الدستورية والقانونية، بل يلزم تحقيقه واقعيا، وذلك بوضع المقومات التي تكفل تحقيق كيانه واستقلاله، لذلك نجد أن الصلاحيات التي تقررت اعتمدها أساسا على ميثاق إصلاح منظومة العدالة تضمنت 6 أهداف إستراتيجية على رأسها الهدف الأول المتعلق بتوطيد استقلال السلطة القضائية، والتي تضمن بدوره 41 توصية تم تجسيدها تشريعيا إلا ما كان من بعض التوصيات التي ينتظر تنظيمها بمقتضى مشروع المسطرة الجنائية.[4]

كما تجسدت أهم الإصلاحات الضامنة لاستقلال السلطة القضائية في العديد من المقتضيات، وهكذا على صعيد مكونات المجلس الأعلى للسلطة القضائية، فقد تم المزج بين المنتخب والمعين (10 مقابل 10، و بين القضاة وغير القضاة (القضاة 13و غير القضاة 07)إضافة إلى تمثيلية النساء بما يتناسب مع حضورهن في سلك القضاة (3 من 10 منتخبين) كما تقرر اعتبار التنافي بين عضوية المجلس وبين العضوية في مكتب مسير لجمعية مهتمة بقضايا العدالة أو فرع من فروعها، أو ممارسة مهنة قانونية

---

[1] -الفصل **117** من دستور سنة **2011.**

[2] - ياسين الكعيوش: استقلال السلطة القضائية في ظل إصلاح منظومة العدالة، ص. **9.**

[3] - عبد اللطيف الشنتوف، خطوة استقلال القضاء في المغرب، **https://carnegieendowment.org/** تاريخ الإطلاع: **12-2- 2021**

[4] - ذ مطفى الرميد: استقلال السلطة القضائية المسار والنتائج مجلة المحامي تصدرها هيئة المحامين بمراكش العدد **70** دجنبر **2017**، ص. **13** وما بعدها.

قضائية أو مهمة عامة انتخابية ذات طابع سياسي أو نقابي، كيفما كانت طبيعتها أو شكلها، كما لايجوز الجمع بين العضوية في المجلس بالنسبة للقضاة المنتخبين، وبين ممارسة المهام القضائية بإحدى المحاكم . كما أنه و لضمان استقلال القضاة المنتخبين من أي تأثير، فقد حددت مدة عضويتهم في خمس سنوات غير قابلة للتجديد، في حين حددت مدة العضوية الشخصيات التي يعينها الملك في أربع سنوات قابلة للتجديد مرة واحدة.

و لعل ما ينبغي الإشارة إليه في هذا المجال هو أن هذه الضمانات لم تقرر – كما يعتقد البعض – كامتياز للقضاة و إنما كتدابير حمائية تشكل في في جوهرها بالنسبة للمتقاضين الضمانة الأساسية للإدارة الجيدة للعدالة، أو بمعنى أخر الضمان الأساس للإدارة الجيدة للمحاكم التي تجسد العدالة [1]

الفقرة الثانية: دور مبدأ استقلال القضاء في حماية الحقوق والحريات

في ظل الديمقراطيات الدستورية، لا تتكفل المحاكم بالفصل في الحالات الفردية فقط، حيث أنها مسؤولة كذلك على تكريس مقتضيات الدستور والقيم الأساسية التي يتضمنها، بما في ذلك سيادة الحق والقانون و حقوق الإنسان، و هي مهام لا يمكن للمحاكم الإضطلاع بها على نحو فعال إلا إذا كانت تحظى بالإستقلالية، فالقضاء المستقل يلعب دورا أساسيا في ترسيخ سيادة القانون و حماية حقوق الإنسان، كما أنه يعتبر خير دليل على نجاح الإنتقال الديمقراطي، خاصة عندما يساهم في ضمان عدم تكرار انتهاكات حقوق الإنسان.[2]

و لضمان ذلك تضمن دستور 2011، العديد من المستجدات في موضوع السلطة القضائية. حيث خصص له في الباب السابع ما مجموعه 22 فصلا (الفصول من 107 إلى 128)، همت ثلاثة محاور أساسية وهي: استقلال القضاء (الفصول107 إلى 112)، والمجلس الأعلى للسلطة القضائية (الفصول 113 إلى 116) وحقوق المتقاضين وقواعد سير العدالة (الفصول117 إلى 128)، و تترجم هذه الفصول الإنتقال بالقضاء من طابع الوظيفة إلى سلطة قضائية مستقلة بداتها، إذ أن هذه الإستقلالية من شأنها تدعيم أسس العدالة بمعناها العام لأنه لا يمكن تصور دولة ديمقراطية دون استقلابية القضاء، وأن القضاء الدستوري أكد على ضرورة احترام هذا المبدأ من خلال العديد من قراراته منها مثلا :" ...حيث إن لجان تقصي الحقائق القائمة تنتهي مهمتها عندما تكون الوقائع التي تتصدى لها موضوع متابعات قضائية ليس فقط حين يتعلق الأمر بمتابعات شرع في إجرائها بعد تشكيل اللجنة، بل كذلك إذا كانت المتابعات

[1] - عبد الواحد الجراري – الضمانات الأساسية لستقلالية القضاء – مجلة الملحق القضائي العدد 34 مارس 2002 ، ص. 6.

[2] - سعيد بنعربية: إصلاح السلطة القضائية في ضوء الدستور الجديد و المعايير الدولية منشورات المجلس الوطني لحقوق الإنسان، سلسلة الندوات، الرباط 1-2 مارس 2012، ص. 23.

جارية قبل تشكيلها ولم يقع الإنتباه لذلك في حينه، مراعاة لمبدأ استقلال القضاء الذي في ضوئه يجب فهم وتفسير ما ينص عليه الفصل 40 من الدستور في هذا الشأن"،[1]

لذلك يعد مبدأ استقلال القضاء ضمانة وسيلة أساسية وفعالة لحماية حقوق الإنسان وحرياته باعتباره الجهة المخول لها الفصل في المنازعات التي تقع بين الأفراد أو بينهم وبين أجهزة الدولة المختلفة، فهو يهدف بطبيعته إلى حماية الشرعية و يساهم في إدكاء روح السلم الإجتماعي، وأن استقلال القضاء يعد ضمانة مهمة لتحقيق دولة القانون، الأمر الذي يشكل ضمانة مهمة لحقوق الإنسان وحرياته، لذلك يجمع الفقهاء على أن استقلال القضاء هو الدعامة الأساسية لحكومة ديمقراطية حقيقية، وأن دولة بدون وجود سلطة قضائية مستقلة استقلالا حقيقيا يعد مجتمعا محروما من ضوابط القانون، تلك الضوابط التي تحمي الحقوق والحريات من الغصب و العدوان و الأقليات الذي يقع عليها. وقد حددت المحكمة الدستورية مبادئ وشروط استقلاليتها، إذ جاء في قراره بمناسبة بثه في القانون 106.13 المتعلق بالنظام الأساسي للقضاة: " وحيث إن الإستقلال عن السلطة التشريعية وعن السلطة التنفيذية شرط جوهري للإنتماء إلى السلطة القضائية، الأمر الذي يحول دون إمكان تولي من لا ينتمي إلى السلطة القضائية لمهام قضائية وبالأحرى رئاسة هيئة أساسية فيها تتمثل في النيابة العامة ".[2]

فأول شرط للانتماء للسلطة القضائية يتمثل في الإستقلالية عن السلطة التنفيذية والسلطة التشريعية، وهو ما يعني أن تقلد مهام قضائية مثل رئاسة النيابة العامة يلزم ان يقوم به أحد المنتمين للسلطة القضائية ويمنع على باقي المنتمين للسلطات الأخرى أن يتقلد هاته المهام لما فيها من مساس باستقلالية هاته السلطة،[3] وهو الأمر الذي أكده أيضا في قراره الصادر بمناسبة نظره في دستورية القانون التنظيمي المتعلق بالمجلس الأعلى للسلطة القضائية، بخصوص مهام التفتيش:" وحيث إن مبدأ استقلال

---

[1]- قرار رقم **95/92** م د، ملف رقم **95/59**، صادر بتاريخ **10** نونبر **1995**، منشور بالموقع الإلكتروني للمحكمة الدستورية: **http://www.cour-constitutionnelle.ma**.

[2] - قرار المجلس الدستوري رقم **16/992** م د، ملف عدد **16/1474**، صادر بتاريخ **15** مارس **2016**، منشور بالموقع الإلكتورني للمحكمة الدستورية:

http://www.cour-constitutionnelle.ma

[3] - تميزت النقطة المتعلقة باستقلالية النيابة العامة عن وزارة العدل بنقاش مطول سواء داخل المجتمع، أو داخل لجنة العدل والتشريع بمجلس النواب سواء أثناء قراءة المشروع المذكور أعلاه قراءة أولى أو القراءة الثانية(المادة **20** بالمشروع لحظة إيداعه بمكتب المجلس، التي أصبحت المادة **25** بعد إدخال مجموعة من التعديلات على المشروع المذكور)، بحيث انقسمت الآراء بهذا الخصوص على مستوى هاته اللجنة إلى ثلاث:

- يدافع الرأي الأول عن تبعية النيابة العامة لوزارة العدل.

- الرأي الثاني يدافع عن استقلالية النيابة العامة عن وزارة العدل.

- الرأي الثالث قائل بضرورة إيجاد حل وسط والتوفيق بين الر أيين.

لمزيد من التفاصيل بخصوص مناقشة المشروع على مستوى لجنة العدل والتشريع بمجلس النواب، يمكن الرجوع لتقرير اللجنة دورة أكتوبر **2015** السنة التشريعية الخامسة الولاية التشريعية التاسعة، منشور بالموقع الإلكتروني لمجلس النواب.

السلطة القضائية عن السلطتين التشريعية والتنفيذية، المقرر في الفصل 107 من الدستور، يقتضي إسناد مهمة تفتيش الشؤون القضائية – التي لا تكتسي صبغة إذارية أو مالية محضة – إلى جهة تنتمي إلى السلطة القضائية".[1]

لذلك فإن استقلال القضاء يحقق الضوابط التي لا غنى عنها للقول بوجود دولة القانون وهي:

أولا: الفصل المطلق بين الإذارة الشخصية والقانون:

ثانيا: ضبط القاعدة القانونية الأعلى لما دونها من القواعد:

ثالثا: وحدة النظام القانوني:

إن استقلال القضاء يحقق وحدة قضائية:

وأن التحول الريادي والعميق الدي جاء به الباب السابع من الدستور في الفصول 107 إلى غاية الفصل 128 سارت في توجهات هيكلية يمكن إجمالها في :

1- تثبيت استقلالية السلطة القضائية على ركائز صلبة والتي ترتكز في جانب مهم على شخص القاضي من خلال مستواه السوسيوثقافي و تحليه بالقيم القضائية التي تقوم عليها الممارسة القضائية السليمة، التي يضع القانون ضوابطها وخاصة النظام الأساسي لمهنة القضاء.

2- التأسيس لضمان الأمن القضائي و ذلك من خلال دسترة الحق في محاكمة عادلة، وضمانات حقوق الدفاع، و دسترة قاعدة سموالإتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان التي صادق عليها المغرب على القوانين الوطنية، و دسترة مبدأ التعويض عن الصرر الناتج عن الخطأ القضائي.[2]

وأخيرا فإن استقلال السلطة القضائية يعد مؤشرا على مستوى الممارسة الديمقراطية وعلى درجة التمتع بحقوق الإنسان وحرياته الأساسية، وعلى الإستقرار السياسي والإجتماعي في تلك الدولة، وقد أكدت هذه الحقيقة المواثيق والإعلانات الدولية المهتمة بحقوق الإنسان وحرياته، فأقرت المادة الثامنة من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان أن "لكل إنسان اللجوء إلى المحاكم الوطنية المختصة لإنصافه الفعلي من أية أعمال انتهاك للحقوق الأساسية التي يمنحه أياها الدستور والقانون".

[1] - قرار المجلس الدستوري رقم، **16/991** م.د، ملف عدد **16/1473**، صادر بتاريخ **15** مارس **2016**، منشور بالموقع الإلكتروني للمحكمة الدستورية.

[2] - هاشم العلوي – ركائز السلطة القضائية المستقلة في أحكام دستور **2011** و التحديات الآنية المطروحة أمام المشرع – إصلاح السلطة القضائية، مرجع سابق، ص. **59-60**.

والملاحظ أن الدستور المغربي في بابه السادس، وهو بصدد حديثه عن العلاقة بين السلط، اكتفى بعرض العلاقة بين الملك والسلطة التشريعية، والعلاقة بين السلطتين التشريعية و التنفيذية، و لم يتطرق إلى العلاقة القائمة بين هاتين السلطتين و السلطة القضائية، ويترتب عن فصل السلطة القضائية والسلطة التشريعية ما يلي:

- لا يجوز أن تكون الأسئلة البرلمانية موضوع قضايا مطروحة على القضاء.

- لا يجوز إدراج أعمال السلطة القضائية أثناء المناقشة البرلمانية.

- لا يجوز تشكيل لجان برلمانية للتحقيق في قضأيا مطروحة أمام القضاء.

أما بالنسبة لإستقلال السلطة القضائية عن السلطة التنفيذية، فإن مقتضيات الفصل 109 من الدستور المغربي تقضي بأنه يمنع كل تذخل في القضايا المعروضة على القضاء، و لايتلقى القاضي بشأن مهمته القضائية أي أو أمر أو تعليمات و لا يخضع لأي ضغط.[1]

انطلاقا من هاته المقتضيات الدستورية يثار التساؤل التالي: هل يمكن الحديث عن استقلال فعلي و حقيقي للقضاء ؟ وأن الجواب مرتبط بالفهم الحقيقي لإشكالية فهما مجتمعيا و سياسيا و فهما سياقيا.[2]

غير أنه يمكن القول أن دستور فاتح يوليوز 2011 و إن كان يضمن استقلال السلطة القضائية في الفصل 107 منه والذي ينص على أن (السلطة القضائية مستقلة عن السلطة التشريعية و عن السلطة التنفيدية) و على أن(الملك هو الضامن لاستقلال السلطة القضائية)، فإنه يظل من الأمانة

[1] - عزالدين بن المعطي الماحي – الدوالانشائي للاجتهاد القضائي في المادة المدنية - مطبعة الامنية الرباط سنة **2021**، ص. **115**.

[2] - وفي ختام هذه النقطة أود أن أستحضر حالات مادية حدثت في دول عريقة في الديمقراطية مست باستقلال القضاء، فعندما نأخذ موقف المحكمة العليا في أمريكا التي رفضت اعتبار سجناء " كو انتانامو" سجناء حرب أو سجناء عاديين يستفيدون من القو انين الجاري بها العمل في أمريكا وأعطت بالتبعية لذلك، شرعية لتطبيق سنه وزير الدفاع وقع عليه أليس هذا تدخل للسلطة التنفيذية في سلطة القضاء ؟ وعندما نأخذ مثلا تصويت البرلمان الإنجليزي على قانون يعطي الحق للسلطة في الاحتفاظ ببعض المعتقلين عدة شهور بدون محاكمة، أليس هذا تدخلا للسلطة التنفيذية و التشريعية في الإستقلال القضاء؟ وعندما يستدعي البرلمان الفرنسي قاضيا للتحقيق ليسأله حول قرار إحالة أصدره يتعلق بعدة متهمين حوكموا من بعد بالبراءة و يقول له رئيس اللجنة في البرلمان: " أنت تحكم باسم الشعب الفرنسي و أنا أمثل الشعب الفرنسي لهذا طلبنا الاستماع إليك في هذا البرلمان " . أليس هذا التدخل للسلطة التشريعية في استقلال القضاء؟ وعندما يضغط الرأي العام على وزيرة العدل الفرنسية من أجل أن تطلب من الوكيل العام للجمهورية أن يستأنف حكما بطلاق زوجين بالرغم من قبول هذين الأخيرين لذلك الحكم، و يضطر إلى أن يستصدر أمرا استعجاليا يمكنه من مباشرة الطعن. أليس هذا تدخلا في استقلال القضاء؟ وعندما يقدم " بيرلسكوني " قانونا للبرلمان بعدما نجح في الانتخابات من أجل سن قاعدة يوقف بها المتابعات الجارية . أليس هذا تدخلا في استقلال القضاء؟ هذه الحالات أوردها:

عبد الكبير طبيح، نظرة حول نقاش الدائر بخصوص مفهوم استقلال القضاء في بعض الدول الديقراطية، مجلة المحاكم المغربية ع **116**، س **2008**، ص **215-216**.

العلمية و المسؤولية الوطنية بأن العديد من العوائق القانونية والواقعية مازالت تحول دون تحقيق استقلال جهاز السلطة القضائية[1] .

و في الأخير لابد من الإشارة إلى ان القدرة التشريعية والمؤسساتية لمجال الحقوق والحريات سواء فيما يخص المجهود الدولي أو الوطني تطورت بشكل تصاعدي ومثير للجدل داخل البلدان التي تراهن على تحقيق الرفاهية والبناء الديمقراطي الذي يصبح فيه الفرد مواطنا يؤمن بواجباته تجاه السلطة ومنتجا في الآن نفسه . لذلك، يمكن القول بمعنى أدق، أن مقاربة الحصيلة الفكرية والنظرية والتشريعية والمؤسساتية تبدومنطقية ومقبولة في ظل تطورات الحاصلة على الأصعدة السياسية والاقتصادية والإجتماعية والتغيرات الطارئة على الأدوار والوظائف الإنسانية.

المطلب الثاني: رقابة القضاء الدستوري آلية لحماية الحقوق والحريات

تشكل الحماية الدستورية للحقوق الحريات الأساسية نواة هامة في الدراسات الدستورية المعاصرة، ولذلك حاول المشرع الدستوري ومن تم القضاء الدستوري إرساء وسائل ومكنات حقيقية لتفعيل سبل تلك الحماية، والتي لا يمكن تحقيقها إلا بضمان جودة القاعدة الدستورية، باعتبارها آلية فعالة لإمداد الدستور بصفتي الثبات والديمومة، الأمر الذي يساعد بشكل مباشر في بناء دولة القانون، ذلك لأن هذه الجودة تستهدف استقرار المراكز القانونية وثبات العلاقات في المجتمع، سواء بينا الأشخاص العامة أو الخاصة، لذا نجد أن معظم الدول تُضمن في دساتيرها هاته الحقوق، حتى لا تطالها التغيرات والتحريفات، التي يترتب عنها المساس بالمراكز القانونية للمواطنين.[2]

الفقرة الأولى: أثر صياغة التشريع في ضمان التناسب بين الحقوق والحريات

تعتبر العدالة الدين الأول المتخلد بذمة الدولة مقابل منحها امتياز السيادة، وكنتيجة لذلك كان لازما على النظام القانوني الذي تسير عليه الدولة القانونية أن يقوم على ضمان تحقيق المعادلة الصعبة: الموازنة بين الحقوق والحريات الفردية من جهة، وبين المصلحة العامة من جهة أخرى، الأمر الذي يمكنه تحقيقه عند احترام مبدأ التناسب عند حماية كلا من الإثنين، وأن المشرع في مقام حمايته للحقوق والحريات يحرص على ضمان التوازن بين مقتضيات هذه الحماية وبين ما يتمتع به الغير من حقوق

[1] - محمد الادريسي العلمي المشيشي: إصلاح السلطة القضائية في ضوء الدستور الجديد و المعايير الدولية، منشورات المجلس الوطني لحقوق الإنسان سلسلة الندوات، الرباط 1-2 مارس 2012، ص. 14.

[2]- خالد روشو: "جودة القاعدة الدستورية ضمانة لحماية الدستور"، مقال منشورمجلة القانون الدستوري والعلوم الإدارية، العدد الرابع، شتنبر2019 المركزالديمقراطي العربي، ألمانيا – برلين، ص. 54.

وحريات، إضافة إلى حرصه على التوازن بين هذه الحماية وبين المصلحة العامة المتمثلة في النظام العام، إذ أن هذا الاخير يقتضي كلما تطلب الأمر تقييد حرية الفرد من خلال التجريم والعقاب.[1]

فإذا كانت قواعد التجريم المقرر في القاعدة الجنائية مرتبطة بما يحدثه الفعل الجرمي من إضطراب إجتماعي، فإن هذا الإضطراب هو الذي يقرر العقوبة الملاءمة له، بتعبير آخر إن ملاءمة المصلحة محل الحماية مع القواعد الأخلاقية والإجتماعية والاقتصادية والسياسية...، لا يمكن تصورها بعيدة عن الضرورة الإجتماعية، فهي ليست قيمة جامدة، بل متغيرة بتغير الظروف باعتبارها(**الضرورة الإجتماعية)** تقترن بضرورة حماية القيمة دستورية، إذ أن المشرع عندما يستخدم سلطة العقاب، فإنه يهدف إلى حماية المصالح الإجتماعية عن طريق سلطة القانون، [2] إذ لا يمكن إقرار عدالة القانون إلا إذا كان منصفا و كافلا لأهدافها. لذلك يتعين على المشرع أن يراعي عند صياغته للقاعدة القانونية احترام مبدأ الدقة والوضوح، كما يفترض عليه من جهة ثانية عند صياغته لأي خطاب قانوني أن يستحضر المبادئ والأسس الناظمة لمبدأ التناسب.

وعليه يحتل مبدأ التناسب أهمية كبرى كونه يسعى إلى ضمان التوازن عند صياغة النص التشريعي بين الحقوق والحريات، لذلك سوف نتطرق إلى التعريف بمبدأ التناسب ومعيره (**أولا**) ثم إلى تبيان حدود التناسب بين الحقوق والحريات (**ثانيا**).

أولا: مبدأ التناسب و معاييره :

إن تجليات مبدأ التناسب القانوني[3] principe de propotionnalité تتمظهر في حماية الحقوق والحريات والمصلحة العامة، لكي يكون معيارا لتحقيق التوازن وضمانا لوحدة النظام، والذي يقتضي

---

[2]- ذهبت المحكمة الدستورية العليا بمصر في إحدى قراراتها إلى التأكيد على أنه مفهوم الدولة القانونية وفقا للدستور هي التي تقرر للمقيمين على إقليمها الحقوق والحريات الأساسية التي إلتزمت بها الدول الديمقراطية دعوى رقم **35** لسنة **17** قضائية دستورية جلسة **1997.8.2** موقع المحكمة **www.hccourt.org**، تاريخ الإطلاع **29** نونبر **2020** على الساعة **17.09**.

[2]- **B. BOULOC, R. CARO, R. HASTINGS, Ph. ROBERT, F. SCHIR et J.BORRICAND, « Problèmes actuels de science criminelle » VI, Presse universitaire d'Aix-Marseille, 1993, p. 19.**

1- بوادر مبدأ التناسب ظهرت منذ القرار الصادر بتاريخ **19-02-1909** في قضية **Abbé Olivier** الذي اعتبر فيه مجلس الدولة الفرنسي أن القرار البلدي القاضي بمنع تنظيم تظاهرات دينية و إقامة مواكب جنائزية فيها يقع ارتداء ملابس ذات إيحاءات دينية قرارا غير شرعي بالنظر إلى كونه غير متناسب مع الغاية وكذلك الظروف والملابسات التي دفعت برئيس البلدية إلى اتخاذه.

-Pauline Gervier la limitation des droits fondamentaux constitutionnelles par l ordre public prix de thèse du conseil constitutionnel 2014 ; prix de thèse de l école et jurisprudence ; lextenso édition n 588 p 179 « le maire est charge par l art 97 de la loi du garantie par les lois il résulte des travaux préparatoires de la loi de 9 décembre 1905 et de ceux de la loi du 28 décembre 1904 sur les pompes funèbres que l intention manifeste du législateur a été spécialement en ce qui concerne les funérailles de respecter autant que possible les habitudes et les traditions locales et de n'y porter atteinte que dans la mesure strictement nécessaire au==maintien de l ordre … alors qu'il résulte de l'instruction que dans la commune aucun motif tiré de la nécessité maintenir l'ordre sur la voie public ne pouvait être invoqué par le maire pour lui permettre de

وجود علاقة منطقية ومتماسكة بين مختلف العناصر التي تتكون منها القاعدة القانونية الواحدة، ويتحقق ذلك من خلال مجموعة من الأفكار التي تمثل منطق التجانس والتوازن وعدم التحكم،[1] لذلك يمكن تعريف معنى التناسب في الإصطلاح القانوني بوجه عام" **بأنه تعبير عن التو افق بين الفعل وردة الفعل**"،[2] ويرى البعض "**أن التناسب هو الملاءمة التي يتخذها المشرع بين جسامة الجريمة وألم العقوبة للوصول إلى الهدف المطلوب**" وعرفه بعضهم "**... آلية لمر اقبة التوازن المنشإ من قبل المشرع، بين حماية حقوق الأفراد و إشباع إكراهات التنظيم الإجتماعي ...، فالقاضي الدستوري، يتحقق بواسطتها من مدى دستورية التحكيمات التشريعية، و أثرها في الحقوق الأساس**".[3]

ويفترض في مبدأ التناسب تحديده (1) ثم تحديد المعايير المحددة له حتى يكون له تأثير في توجيه سلطة المشرع (2).

1 - تحديد مبدأ التناسب:

يقوم التناسب أساساً على وجود علاقة منطقية بين شيئين يعبر عنها بالتماثل أو التكافؤ، وهو لن يكون إلا نسبياً حين يتعلق الأمر بإقامة علاقة مقارنة بين قيم مختلف، إذن فالتعريف العام للتناسب يدور حول عنصرين، أحدهما ثابت يشتمل على العلاقة بين طرفي قياس، والأخر متغير يتمثل في مدى أو درجة العلاقة بين هذين الطرفين، ومن ثم يمكن الكشف عن عدة صور للتناسب يكون فحواها مختلفاً، غير أن هناك خاصية مشتركة تجمع بينهما تتمثل في وجود علاقة تلازم منطقية تقود إلى تصور مجرد إيجابي للتناسب كالمعقولية ،هذين التصورين تتجسد أسقف التناسب بمعناه النسبي وليس الدقيق والمطلق.

---

réglementer , dans les conditions fixées par son arrêté ,les convois funèbres et notamment d'interdire aux membres du clergé , revêtus de leur habits sacerdotaux ».

2- للمزيد للتفصيل أنظر: خالد روشو،مرجع سابق، ص. 54 ومايليها .

[2] **- لفظ التناسب مشتق من أصل كلمة نسب والنسب يعني القرابة، وانتسب واستنسب، أي ذكر نسبه، وناسبه أي شاركه في نسبه، وتناسباً أي تماثلاً وتشاكلاً، واستنسب الشيء وجده مناسباً ملائماً، وإيقاع التعلق والارتباط بين شيئين، والتماثل بين علاقات الأشياء .والكميات . والنسبة تعني الصلة، والتناسب التشابه انظرن منظور، لسان العرب، دار المعارف للنشر، القاهرة، ص. 4450.**

.واصطلاحا للتناسب في الإصطلاح عدة معان، فمنهم من عرفه بانه تعبير عن صلة تتسم بالتو افق أو التوازن بين شيء وآخر، في إطار العلاقات المعتادة التي يفترض أن تكون عليها تلك الصلة ووفقاً لتعريف آخر فهويعني وجود ملائمة ظاهرة بين الفعل ونوع الجزاء الموقع على مرتكبه

للمزيد من الإطلاع انظر، مايا محمد نزار،" الرقابة القضائية على التناسب في القرارالإداري"، ط 1، المؤسسة الحديثة للكتاب، 2013 ص 13.

[3] **-Maria Sakellaridou: la proportionnalite ;principe directeur de l arbitrage entre les droits fondamenteaux et l interet general VIII congre mondial de l A.I.D.C - la constitution et les principes - Mexico. decembre 2010, in www.juridicas.unmax.mx/wccl/fr/g9.htm pp 1,2 .**

ويقصد بالتناسب في نطاق التشريع هو العلاقة بين سبب التشريع ومحله، أي مدى التوافق والتقارب والتناسق بين الحالة الواقعية والقانونية التي جعلت السلطة المختصة تفكر في إصدار تشريع معين لتنظيم وحكم هذه الحالة، وبين محل أو موضوع التشريع ذاته، أي الأثر القانوني المراد تحقيقه من وراء إصدار هذا التشريع ألا وهو المصلحة العامة،[1] غير أنه في بعض الأحيان يمكن أن نجد عدم تناسب ظاهري من خلال التفاوت الواضح في حماية الحقوق والحريات، هذا الأمر قد ينتج عن خرق للهدف أو الخطأ في التقدير أو عدم وجود مبرر أو عدم الوضوح في السمة البارزة.

و على عكس بعض الدساتير المقارنة،[2] لا نجد في الدستور المغربي،[3] تنصيصا على التناسب كآلية قضائية توفيقية، يمكن إعمالها في حالة تنازعية المبادئ المضمنة في الدستور، أو في حالة تدخل المشرع لتنظيم الحقوق و حمايتها، والذي قد يؤدي إلى المس بمبادئ أخرى مضمونة أيضا دستوريا [4] الشيء الذي جعل من المجلس الدستوري الفرنسي يكرس كون مبدأ التناسب له قيمة دستورية ، حيث جاء في إحدى قرارته " الحد الذي يطال ممارسة الحريات ... يجب أن يكون ضروريا، متلائما ومتناسبا مع الغاية المستهدفة [5]"

غير أنه بالنسبة للمادة الجنائية، فلا شك أن ضابطا الضرورة والتناسب في التجريم والعقاب يهدفان إلى الموازنة بين القواعد التي تعبر عن القيم الإجتماعية السائدة في المجتمع ودرجة الإضطراب الإجتماعي، الذي يتفاوت بتفاوت الفعل الجرمي، وهذا يعني أن التناسب بمعناه العقابي يعني أن يكون هذا الأخير متلائماً مع الظروف الشخصية للجاني، والظروف الموضوعية للجريمة لكي تأتي العقوبة ثمارها وتحقق وظائفها، الشيء الذي يفسر أن العقوبة يجب أن تكون متناسبة وحالة الجاني وظروف جريمته،

---

[3]- تميم طاهر أحمد الجادر،" التوازن في القاعدة الجنائية"، مصدر سابق، ص. **45**.

[2] - الدستور السويسري، نص في فصله **36**، على أن " يجب تو افر أساس قانوني لكل تقييد لحق أساسي. ويجب النص على القيود الهامة في قانون اتحادي .وتستثنى من ذلك حالات الأخطار الكبيرة والمباشرة و وشيكة الحدوث.

2 .كل تقييد لحق أساسي يجب أن تبرره المصلحة العامة أو حماية الحقوق الأساسية للآخرين.

3يجب أن يتناسب كل تقييد لحق أساسي مع الهدف المنشود.

4. .جوهر الحقوق الأساسية مقدس إلى أبعد الحدود.

www.constituteproject.org/constitution/Switzerland_2014.pdf?lang=ar

[3] - أشار المشرع الدستوري إلى مبدأ التناسب في غير شقه الزجري من خلال الفصل **10** من دستور **2011** "ويضمن الدستور، بصفة خاصة، للمعارضة الحقوق التالية: حيزا زمنيا في وسائل الإعلام العمومية يتناسب مع تمثيليتها؛

و الفصل **40** "على الجميع أن يتحمل، بصفة تضامنية، وبشكل يتناسب مع الوسائل التي يتوفرون عليها، التكاليف التي تتطلبها تنمية البلاد، وكذا تلك الناتجة عن الأعباء الناجمة عن الآفات والكوارث الطبيعية التي تصيب البلاد."

[4] - محمد أتركين – معجم الدستور المغربي – مرجع سابق، ص. **328**.

[5] **Decision n 2009-580 du 10 juin 2009 ,loi favorisant la difusion et la protection de la creation sur intenet ;in: www.conseil-constitutionnel.fr**

إذ ليس للمشرع أن يعترف بعقوبة قاسية تجرح الشعور العام، لأنها لن تعبر عن فكرة الجزاء العادل كما استقرت في أذهان الناس.

وتجدر الإشارة إلى أن أهمية مبدأ التناسب قد تعاظمت في الدراسات العقابية إلى حد صيرورته أحد موجهات السياسة الجنائية،[1] إذ كلما تناسبت العقوبة المقررة مع الجرم المرتكب كلما ازداد ذلك من القيمة الإقناعية للقاعدة الجنائية بما يكفل تحقيقها لوظيفة الردع المرجوة منها، ولمبدأ التناسب بين الجريمة والعقوبة أهمية متنامية في فرنسا وصلت إلى حد اعتباره من ضمن لوازم مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، وقد أشار إعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر في فرنسا سنة 1789 إليه في مادته الثامنة، حيث يؤكد نص هذه المادة وجوب ألا تتضمن القاعدة المجرمة سوى العقوبات الضرورية، أي تلك العقوبات اللازمة والمتناسبة مع خطورة السلوك غير المشروع، والمصلحة المعتدى عليها، وذلك بقدر ما أصابها من ضرر أو ما تعرضت له من خطر، أو بالنظر إلى ما وقع من الفاعل من خطأ، واستنادا إلى مبدأ التناسب المشار إليه في المادة المذكورة أعلاه، فقد قرر المجلس الدستوري في فرنسا اعتبار بعض النصوص القانونية مخالفة للدستور على أساس عدم تناسب الجزاء على ما وقع من مخالفة للقانون.[2]

2 - المعايير المحددة لمبدأ التناسب:

في الحقيقة إن موضوع وضع معيار محدد للتناسب يواجه صعوبات عديدة لأن تحديده أمر لا يخلو من الدقة نظرا لتعدد الإعتبارات التي يجب مراعاتها للقول بالتناسب من عدمه، لهذه الأسباب تعددت المعايير التي يمكن الأخذ بها لتحقيقه، فثمة معيار موضوعي(أ)، وأخر شخصي(ب)، وثمة معيار مختلط يجمع بين المعيارين السابقين معاً مع التنسيق بينهما وفق خطة علمية.

أ- المعيار الموضوعي للتناسب:

مقتضى هذا المعيار أن يكون هناك تناسب بين الألم الذي تنطوي عليه العقوبة وجسامة النتيجة المترتبة على الفعل الإجرامي، ويفترض هذا التناسب قيام صلة بين سلوك الجاني وبين النتيجة الجرمية إذ وفقاً للمعيار الموضوعي، فإن العقوبة يجب أن تكون متناسبة مع درجة جسامة ماديات الجريمة بصرف النظر عن نصيب إرادة الجاني من الخطأ، وهذه نتيجة منطقية لوظيفة العقوبة كجزاء رادع فيه زجر للجاني، أي أن جسامة العقوبة وفقاً للمعيار الموضوعي يجب أن توازي جسامة الجريمة إعمالاً لمبدأ

[1] - محمد الزلايجي، "مبدأ التناسب في سياسة التجريم دراسة مقارنة"، دار الفكر العربي، الطبعة1، سنة 2016، ص. 56.

[2] **Conseil Constitutionnel decision 2010- 103 QPC 17 Mars 2011 (Considérant que, selon la société requérante, cet article en tant qu'il prévoit une majoration du montant des droits de 40 % en cas de mauvaise foi du contribuable porte atteinte aux principes de nécessité, de proportionnalité et d'individualisation des peines, qui découlent de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 .)**

العدالة، فالعقوبة هي الجزاء العادل للمجرم عن جريمته، وبالتالي يجب أن تلحق به ألماً يتناسب مع ما يسببه من ضرر للمجتمع.[1]

وقد كان التناسب في أو ل الأمر أخلاقي ثم تحول إلى تناسب اجتماعي، وتطور أخيرا إلى تناسب قانوني، ويرجع الفضل في ظهور هذا المعيار إلى فقهاء المدرسة التقليدية الذي تركزت دراستهم على الجريمة دون المجرم، إذ أن المجرم هو شخص سوي في جميع الأحوال ولا يفقد سويته إلا إذا نقص إدراكه أو اختياره، وبما أنه كذلك فالقانون الجنائي تقتصر دراسته على الجريمة دون المجرم، وملاءمة العقوبة يتحدد نوعاً ومقدارا على ضوء جسامة الجريمة، فكلما كانت الجريمة جسيمة كانت العقوبة شديدة دون اعتبار لظروف الجاني، إلا أن الأخذ بهذا المعيار أدى إلى نتائج غير مقبولة، فالجرم الجسيم في ظل هذا المعيار يرتب عقوبة قاسية ولوكان حظ فاعله من الخطأ ضئيلاً، في حين أن الجرم البسيط يرتب عقوبة بسيطة ولو انطوى على درجة خطأ و إثم كبير في حق فاعله، وذلك لأن فقهاء المدرسة التقليدية أقاموا أسس التجريم والعقاب على قواعد موضوعية بحتة لم يراعى فيها شخصية الجاني والظروف التي دفعته إلى الإنحراف وارتكاب الجريمة،[2] مما أدي إلى التفكير في اعتماد معيار أخر.

ب- المعيار الشخصي للتناسب:

إذا كان التناسب وفقاً للمعيار الموضوعي يقوم على أساس جسامة الفعل المادي، فإن التناسب في ظل المعيار الشخصي مبناه خطورة الجاني متمثلاً فيما صدر عنه من أفعال إجرامية، فالمعيار الشخصي لا يكتفي بقيام الرابطة السببية المادية بين السلوك والجاني نفسه، وبالتالي فإن قوام المعيار الشخصي هو الركن المعنوي للجريمة.

ويرجع الفضل في ظهور هذا المعيار إلى المدرسة الإيطالية الوضعية التي اهتمت بدراسة شخصية الجاني وظروفه المختلفة، إذ يرى أصحابها أن الشخص لا يرتكب الجريمة إلا نتيجة لعوامل داخلية وخارجية، مما يعني وجوب مسائلته في ضوء هذه الظروف، فسلوك الجاني يكشف عن مدى خطورته الإجرامية على المجتمع، إذن فأساس المسؤولية الجنائية لدى أنصار هذه المدرسة هي الخطورة الإجرامية، لذلك يذهب أنصار المدرسة الإيطالية الوضعية إلى أن العقوبة يجب ألا تكون متناسبة مع جسامة الفعل، إنما مع مدى الخطورة التي يكشف عنها سلوك الجاني لكي تحقق العقوبة أهدافها.[3]

---

[1] - يونس كوجيل، "المعاملة العقابية بمراكز الإصلاح والتهذيب"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المتخصصة في القانون الخاص، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والإجتماعية بفاس، السنة الجامعية **2008-2009**، ص. **25**.

[2] - حمد خلف، "مبادئ علم العقاب"، مطابع الثورة للطباعة والنشر بنغازي، الطبعة الثالثة **1978**، ص. **24**.

[3]- خليل الإدريسي، "السياسة العقابية بالمغرب، أي تأهيل؟"، بحث لنيل دبلوم الدراسات العليا المتخصصة في علوم التربية، جامعة محمد الخامس كلية علوم التربية الرباط، شعبة علم النفس التربوي، وحدة إعادة إدماج الجانحين والتأهيل المهني، السنة الجامعية **2004/2003**، ص. **34**.

وقد تبلورت فكرة الخطورة الإجرامية وتعددت صورها حتى أصبحت نواة لنظرية الركن المعنوي التي تعد أحد أهم نظريات القانون الجنائي، وعلى هذا فلم يعد مقبولا في النظم القانونية المعاصرة أن يقرر المشرع عقوبة شديدة متى كان حظ الجاني من الخطأ ضئيلاً أي غير ذي خطورة إجرامية، وذلك بصرف النظر عن جسامة الفعل المادي، على اعتبار أن تلك التشريعات أصبحت تدرك أن الجانب النفسي الذي يربط الجريمة بفاعلها لا يقل أهمية عن الجانب المادي، وأن ثمة عوامل نفسية قد تزيد أو تنقص من درجة جسامة ماديات الجريمة، وقد ترتب على ذلك أن العقوبة في التشريعات الحديثة أصبحت تدور بين حدين أعلى وأدنى حتى يتمكن القاضي من تحديد أفضل نقاط التوازن بين الجريمة بجانبها المادي والنفسي من جهة والعقاب من جهة أخرى، أي بعبارة أخرى حتى يتمكن القاضي من تحديد القدر المناسب من إيلام العقوبة والصورة المناسبة من المعاملة العقابية للمحكوم عليه،[1] وأمام الانتقادات التي وجهت للمعيارين الموضوعي والشخصي ظهر المعيار المختلط الذي مزج بينهما.

ج- المعيار المختلط للتناسب:

هذا المعيار تبنته المدارس التوفيقية التي حاولت التوفيق بين المعيار الموضوعي المتمثل في جسامة الجريمة الذي أخذت به المدرسة التقليدية، والمعيار الشخصي المتمثل في شخص المجرم وخطورته الإجرامية الذي أخذت به المدرسة الوضعية، وذلك من خلال الجمع بين المعيارين السابقين، بحيث تتناسب العقوبة مع جسامة الفعل المادي ومع درجة الخطأ **"الخطورة الإجرامية"** الذي يكشف عنه سلوك الفاعل، وذلك من خلال منح القاضي سلطة تقديرية في فرض العقوبة المتناسبة مع جسامة الجريمة وخطورة الفاعل في نطاق الحدود القانونية.[2]

ولقد انقسم الفقه إلى اتجاهين في تعريف الخطورة الإجرامية " الإتجاه الإجتماعي، الإتجاه النفسي"فنجد أن الفقيه **Garofalo** (الإتجاه الإجتماعي)قد عرفها بأنها" **أهلية المجرم الجنائية ومدى تجاوبه مع المجتمع في تقدير مدى توفر الخطورة يجب أن يجري وفقاً لمدى تحقق الأهلية الجنائية ومدى توفر الأحوال الإجتماعية التي يمكن أن يفترض أنها سوف توقف خطورته."**

أما أنصار المذهب النفسي فركزوا على الجانب النفسي للجاني وعرفوها بأنها"حالة نفسية تتكون لدى الشخص نتيجة لعوامل داخلية وخارجية تجعله أكثر ميلاً لارتكاب الجريمة في المستقبل".[3]

---

[1]- عبد القادر الكيحل، "المعاملة العقابية بالمغرب دراسة تحليلية نقدية مقارنة للقانون **98.23** المتعلق بتنظيم وتسيير المؤسسات السجنية"، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة سيدي محمد بن عبد الله كلية العلوم القانونية والاقتصادية والإجتماعية فاس، السنة الجامعية **2014/2013**،ص. **45**.

[2] - أمينة عتيوي،" شرعية تنفيذ الجزاء الجنائي"، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في الحقوق، شعبة القانون الخاص، جامعة القاضي عياض، مراكش، السنة الجامعية **2001/2002**،ص. **33**.

[3] - محمد رمضان بارة، "مبادئ علم الجزاء الجنائي"، دار الكتب القانونية، بنغازي ليبيا، الطبعة الأولى **1998**، ص. **34**.

لذلك فليس هناك ما يمنع من الأخذ بالمعيارين السابقين معاً في ظل تشريع واحد بحيث تتناسب العقوبة مع جسامة الفعل، ومع درجة الخطورة التي يكشف عنها سلوك الفاعل،[1] ذلك أنه إذا كان للتناسب المادي أهميته الخاصة على اعتبار أن غالبية التشريعات تعتمد عليه في تصنيف العقوبات، فإن للتناسب الشخصي دوره هام كذلك، إذ أن التعمق في إدراك الصلة النفسية بين الفاعل وقدر الخطورة التي تنطوي عليها نفسيته قد يؤدي إلى تعديل في مفهوم المعاملة العقابية، ومؤدى ذلك إنجاح المعاملة العقابية وتحقيقها للهدف المنشود ألا وهو إصلاح الجاني وتقويمه.[2]

وعلى العموم، فإن فكرة التناسب تشكل قيدا على السلطة التقديرية للمشرع، بل وحتى على القاضي الجنائي فهما ملزمان بتحقيق التناسب حينما يستخدمان هذه السلطة من خلال التوفيق بين حماية القيم والمصالح الإجتماعية الجوهرية للمجتمع وبين حماية حقوق وحريات الأفراد .[3]

ثانيا: التناسب بين الحقوق والحريات وبين المصلحة العامة:

إن ضمان سمو الحقوق و الحريات رهين بسمو الدستور، إذ هذا الأخير يعد برنامج سياسي في أقصى الحالات ملزم على المستوى الأخلاقي أو مجرد مجموعة من النصائح التي يتلقاها المشرع والتي يكون حرا في الأخذ بها من عدمه.[4]

ومن هذا المنطلق وباعتبار الحرية حق من حقوق الأفراد الأساسية المهمة جدا والتي لها تجليات متعددة منها أن يتمكن الشخص من استعمال قواه وفعاليته البدنية والعقلية والمعنوية وتوسيعها كيفما يشاء، على أن لا يخل بالمصلحة العامة أو بحقوق الأخرين، أو بالمراكز القانونية للأفراد لتمكنهم من مطالبة السلطة بالامتناع عن القيام بعمل ما في بعض المجالات، وعرفت أيضا بمجموعة من الحقوق المعترف بها والتي عدَّت أساسية في مستوى حضاري معين و وجب أن تتمتع بوضعها هذا بحماية تكفلها الدولة وتضمن عدم التعرض لها وبيان وسائل حمايتها.

---

[1] - (إن تحديد العقوبة و تفريدها في نطاق الحدين الأدنى و الأقصى المقررين في القانون المعاقب على الجريمة المرتكبة يخضع لسلطة المحكمة التقديرية التي تراعي في ذلك خطورة الجريمة المرتكبة من ناحية، و شخصية المجرم من ناحية أخرى، و لها أيضا أن تمنح المتهم التمتع بظروف التخفيف – ما لم يوجد نص قانوني يمنعها – كلما تبين لها أن الجزاء المقرر للجريمة في القانون قاس بالنسبة لخطورة الأفعال المرتكبة أو بالنسبة لدرجة إجرام المتهم) قرار عدد **1163** المؤرخ في **02-12-2015** في الملف الجنائي عدد **2015\5\6\10596** منشور بمجلة القضاء الجنائي عدد **10\9** سنة **2020**.

[2] -عبد القادر الكيحل، المعاملة العقابية بالمغرب دراسة تحليلية نقدية مقارنة للقانون **98.23** المتعلق بتنظيم وتسيير المؤسسات السجنية"، م س، ص. **56**.

[3]- د محمد الزلايجي، مبدأ التناسب في سياسة التجريم دراسة مقارنة م س، ص .**91**

[4] -**Charles eisenmann la justice constitutionnelle et la haute cour constitutionnelle d Autriche; paris aix en province econimica presses universitaires d aix Marseille 1986 p. 22.**

ومن هذه المفاهيم لمعنى الحرية يتبين أن للإنسان أن يتصرف ويفعل ما يشاء بشرط أن لا يضر بمصلحة الأخرين (المصلحة العامة)، أي أن يكون ضمن القانون والنظام العام والإذاب، وأن الحق أو الحرية وإن كانت مكفولة دستوريا،[1] فإنها ليست مطلقة، بل إن لها قواعد تحكمها وضوابط تلجمها، إذ أن الفرد وهو يمارس حقه أو حريته قد يذهب بعيدا إلى الحد الذي يطغى فيه على حقوق وحريات غيره وهذا الأمر غير جائز، لذلك كان لابد من ضمان عدم الإعتداء على حقوق وحريات الغير عند ممارسة هذه الحقوق.[2] وهذا ما نحاه القضاء المقارن من خلال عدة اجتهاذات قضائية.[3]

إن الحرية ترتبط بالمساواة ارتباطا وثيقا فإحداهما لا تنفصل عن الأخرى، في أي ناحية من نواحيها، فكلمة الحرية شيء واسع ولم يكن واحدا في كل وقت، بل يختلف بالنظر إلى مستوى تقدم المجتمعات البشرية والعوامل التاريخية والإعتبارات الإجتماعية العديدة التي ترتبط وتحيط بالبشر، لذلك ينبغي أن تسند الحرية من حيث أساسها وفي كل أنواعها على أساس وهو مبدأ المساواة والإهتمام بالمصلحة العامة.[4]

وأن مبدأ التناسب هو المعيار الحقيقي لتحقيق التوازن ضمانا لوحدة النظام القانوني في حمايته للحقوق والحريات،[5] مما يقتضي وجود علاقة منطقية ومتماسكة بين مختلف القواعد القانونية وبين مختلف العناصر التي تتكون منها القاعدة المنطقية الواحدة، وتحديد هذه المعاملة يتم بحسب ما تقرره من وسائل لإستعمال الحقوق والحريات، في تحقيق الهدف منها، وكما في حالة الإعتداء على النفس أو

---

[1] - أنظر الباب الثاني الحقوق والحريات من الدستور المغربي لسنة **2011** من الفصل **19** الى غاية الفصل **40** منه .

[2] - فقد قضى المجلس الفرنسي بأنه يمكن تقيد حرية التعبير لصالح احترام الكرامة الإنسانية أو احتراما لحرية الغير، وكذلك فقد أكدت المحكمة الدستورية العليا المصرية أن حرية العقيدة في أصلها تعني ألا يحمل شخص على قبول بعقيدة غير مؤمن بها أو التنصل من عقيدة دخل فيها أوتحامل على غيرها، بل تتسامح الأديان فيما بينها، ويكون احترامها متبادلا، ولا يجوز كذلك في مفهوم الحق حرية العقيدة أن يكون صونا لمن يمارسونها أضرارا بغيرها.

.أنظر . :احمد فتحي سرور، "الحماية الدستورية للحقوق والحريات، مرجع سابق، ص. **158**.

وحنان براهيمي،" اجتهاد القاضي في مجال الحقوق والحريات في ظل الإتفاقيات الدولية"، مجلة الاجتهاد القضائي، كلية الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة محمد خضيرة، الجزائر، العدد **8**، ص. **89**.

[3] - أكدت المحكمة الدستورية العليا في مصر على ذلك من خلال قرارها رقم **22** لسنة **8** قضائية دستورية **1992** الذي جاء فيه " يلتزم المشرع بتحقيق التوازن بين مختلف القيم الدستورية التي تحمي الحقوق و الحريات أو التي تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة "

كما جاء في قرار المجلس الدستوري الفرنسي " أن حرية التعبير يقيدها احترام حرية الغير أو حماية النظام العام أو مراعاة الدفاع الوطني " قرار عدد **84**- **217** الصادر بتاريخ **18**-**09**-**1986**.

[4] - وقد عبر العميد ريفيو في قوله أن القضاء حين أكد بكل قوة مبدأ المساواة، قد أعطى الأولوية للاهتمام بالمصلحة العامة، وقد أدرج المجلس الدستوري الفرنسي تحت فكرة المصلحة العامة العديد من المصالح سواء أكانت اقتصادية أو اجتماعية أوثقافية أو غير ذلك أنظر: أحمد فتحي سرور، "الحماية الدستورية للحقوق والحريات"،م س، ص. **233**.

[5]- **La propotionnalite implique que certain moderation, une adeqution, ou une certain equite des mesures legislatives * decis 103 QPC 17 mars 2011 ;in: www.conseil-constitutionnel.fr.**

المال، فإن حق الدفاع عن النفس أو المال في مواجهة اعتداء الغير عليهما، قائم على أساس التناسب بين الإعتداء الحاصل والدفاع القائم عن هذه الحقوق.

وارتباطا بذلك توجد اعتبارات سياسية واجتماعية تتداخل في تحقيق التوازن بين الحقوق والحريات من جهة ومن جهة أخرى كيفية تحديد العدالة الدستورية المعايير المعتمدة لمبدأ التناسب.

2- دور الظروف الإجتماعية في تحقيق التوازن:

تلتزم الدولة بتحقيق أمن المجتمع واستقراره وسلامته، ولأجل ذلك فإنها تشرع القوانين التي تحمي حقوق الفرد وحرياته وجميع مصالحه،[1] في ظل دستور يسمو على القوانين ويحدد قيمة الحقوق التي يجب حمايتها من خلال مبادئ عليا تسود المجتمع وتهيمن على النظام العام فيه فضلا عن نصوص الدستور، فتؤثر وتتأثر بالمعتقدات والجوانب السياسية والاقتصادية والإجتماعية والقانونية هذه المبادئ العليا هي روح الدستور والتي يمكن استخلاصها أحيانا من روحه، وأحيانا من طبيعة المرحلة الحضارية التي يمر بها المجتمع والأيديولوحية السائدة فيه والتي من المفروض على المشرع أن يحترمها ولا يتجاوزها عند وضع نصوص القانون،[2]

لهذا كانت الضرورة الإجتماعية والتناسب بين قدر المساس بالحقوق والحريات والمصالح المحمية ضابطين متكاملين لتحديد التوازن في مجال التجريم، وكذلك إلتزام المشرع بمراعاة معيار الضرورة والتناسب عند وضع الضوابط التي تحكم هذا المعيار، فالهدف من القانون هو تحديد هذا التناسب، فالضرورة تقدر بقدرها فلا يتم التضحيةبأي حقوق أو حريات لحساب حقوق وحريات أخرى وكذلك لا يجوز التشديد في العقوبة بما يزيد من الهدف منها.[3]

إلا أن التناسب لا يعني المساواة بين التجريم والعقاب، بل يقدر على نحو واقعي مما يعني أن ارتكاب الجريمة من شخص لا يعني إيقاع نفس العقوبة علي أي شخص ارتكب نفس الفعل، لأن الظروف الشخصية تختلف كحالة العود مثلا واختلاف المعاملة الجنائية من مقتضيات العدالة، فالقضاء يزن في دولة القانون بميزان الشرعية باعتبارها الحصن الحصين للتأكد من احترام مبادئ العدالة والمشروعية، وأن رقابة القضاء هي المظهر العملي الفعال لحماية مبدأ الشرعية وسيادة القانون، فهو الذي يتكفل بتقيد جميع السلطات العامة، كما يعمل أيضا على ردها -السلطات-إلى حدود المشروعية،[4] لذلك فإن ارتباط

---

[1]- محمد الحلبي،" شرح قانون العقوبات"، مرجع سابق ص. **16**.

2- نعمان الخطيب، "الوسيط في النظم السياسية و القانون الدستوري"، دار الثقافة النشر و التوزيع، عمان ط، الإصدار الثاني **2004** ص. **590** و**591**.

[3]-أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق و الحريات م س،ص. **235**.

[4]- أكدت المحكمة الدستورية العليا في مصر في حكم لها "حقوق الإنسان وحرياته لا يجوز التضحية بها في غير ضرورة تمليها مصلحة اجتماعية لها اعتبارها، وأن القانون الجنائي يحدد ما لا يجوز التسامح فيه من مظاهر سلوك الأفراد و أنه تسيطر عليها بوسائل يكون قبولها اجتماعيا ممكنا فان

المشرّع بالحقوق الأساسية وضمانه لها من خلال الولاية القضائية الدستورية يعد السمة المميزة للدول الديمقراطية، بالرغم من إخضاعه أحيانا السياسة للقانون، وذلك بسبب الإفتقار إلى الموضوعية التي تؤثر على تفسير الحقوق الأساسية، لذا تضطلع المحكمة الدستورية بدور محوري وأساسي في تحديد مبدأ التناسب.

2- التناسب بين المعاملة القانونية والهدف من القانون:

يجب أن ترتبط المعاملة القانونية بالهدف من القانون، من خلال الإرتكاز على مراعاة المصلحة العامة، ويتفق هذا المعيار مع ما جرى عليه قضاء المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان التي طالما أكدت بأن الهدف من القانون هو المعيار الأساسي إن لم يكن الوحيد للحكم في موضوع المساواة ، وقد اتجه القضاء الدستوري في ألمانيا والنمسا إلى التحقيق من أن الإختلاف في المعاملة القانونية الذي أحدثه التنظيم التشريعي كان ضروريا ومتناسبا مع الهدف الذي توخاه القانون.

واستظهرت المحكمة الدستورية الألمانية العلاقة بين المعاملة القانونية والهدف من القانون في قولها بأن سبب الإختلاف في المعاملة يجب أن يكون موضوعيا ومعقولا لا بطريقة تحكمية وعامة، إضافةإلى ارتباطه بطبيعة وذاتية الأوضاع الواقعية محل التنظيم التشريعي، وذلك مع مراعاة المعنى والهدف من التنظيم التشريعي المعني، واستقر قضاء المحكمة الدستورية الإسبانية على أن الإختلاف في مراعاة عند وحدة المراكز القانونية يجب أن تبنى على أساس موضوعي معقول، كما أكدت محكمة التحكيم البلجيكية في هذا المقام على ضرورة وجود علاقة تناسب وثيقة بين الوسائل المستخدمة (المعاملة القانونية) والأهداف المتوخاة من القانون.[1]

وهذا ما سار عليه كذلك المجلس الدستوري الفرنسي الذي استقر على التحقق من ما إذا كان الإختلاف في المعاملة القانونية جاء متكيفا مع أهداف المشرع، وقد استقر ما إذا كان هذا المجلس على استخلاص انتهاك مبدأ المساواة عند التحقق من وجود خطأ ظاهر في تقدير المشرع المتناسب أو تفاو ت واضح أو وجود عدم تناسب مبالغ فيه. واستخلص البعض من الرقابة الدستورية على التناسب أنها بديل عن الرقابة على انحراف السلطة التشريعية. وفي هذا المعنى عبر البعض قائلا بأن المساواة يمكن تحقيقها بإحدى وسيلتين الأولى لا تقيم أي تمييز بصفة عامة مجردة (المساو ة بمعنى الضيق) والثانية تقيم تمييزا بشرط أن يكون هذا التمييز ضروريا على نحويفترض تلاءم الوسائل أي المعاملة المختلفة مع الأهداف أي الهدف من القانون.

كان متجاوزا تلك الحدود التي لا يكون معها ضروريا عدا مخالفا للدستور" حكم المحكمة الدستورية العليا في **1997.9.15** في القضية عدد **48** لسنة **18** قضائية دستورية.

[1] - عصمت عبد المجيد بكر، أصول تفسير القانون بغداد سنة **2004**، ص. **56**.

كما عنيت محكمة العليا الأمريكية بالربط بين المعاملة القانونية والهدف الذي يتوخاه المشرع وأكدت المحكمة الدستورية العليا الأمريكية في عدة أحكام لها الإرتباط بين المعاملة القانونية والهدف من القاعدة القانوني التي قررتها وكانت الأحكام الأولى تشير إلى وجود الإرتباط (المعقول) بين المعاملة والهدف من القانون ثم اتجهت الأحكام بعد ذلك إلى عدم اشتراط ارتباط وثيق بين المعاملة والهدف وأنه لا بد من توفير قسط من المرونة لذا المحكمة في استخلاص هذا الإرتباط إلا أن أحكام المحكمة العليا اتجهت بعد ذلك إلا اشتراط الإرتباط الوثيق بين المعاملة المتميزة والهدف من التشريع اربتاطا يفوق مجرد مرونة وأن وسائل مشرع في تقرير المعاملة يجب أن تقود بالضرورة إلى تحقيق أهداف التشريع وليس إلى مجرد ارتباط المعقول وذهبت بعد ذلك أحكام أخرى تكتفي بأن تكون معاملة متعلقة بالاهداف بصفة جوهرية [1]

ومع تزايد أزمة معيارية القانون عمل المجلس الدستوري على التصريح بعدم دستورية القوانين لأية حمولة معيارية، أو ذات الحمولة المعيارية غير اليقينية من خلال قرراه الصادر بتاريخ 21 أبريل 2005 حين اعتبر أن مقتضى تشريعيا مخالف للدستور لخلوه و بشكل بين من أي حمولة معيارية،[2] والمفتقدة لأي أثر قانوني[3] و هذا نفس التوجه الذي سار عليه المجلس الدستوري المغربي الذي أشار كون ديباجة القانون التنظيمي المتعلق بالمجلس الاقتصادي والإجتماعي لا تعدوأن تكون مجرد أفكار.[4]

3- التناسب بين المعاملة القانونية والمصلحة العامة:

قد يتطلب التوازن بين الحقوق والحريات العامة من جهة والمصلحة العامة من جهة أخرى إعطاء تفوق على المصلحة العامة وفي هذه الحالة يجب أن تتناسب المعاملة القانونية مع المصلحة العامة ولو أدى ذلك إلى التمييز بين المراكز القانونية المتماثلة.

وقد أشار بعض الفقه الفرنسي إلى أنه المصلحة العامة كسبب للتمييز في المعاملة يمثل خصوصية ذاتية في المنازعة الدستورية[5] أما بالنسبة للمحكمة الدستورية الألمانية قد اتجهت إلى أن انتهاك مبدأ المساواة يتحقق بوضع تنظيم خاص لا يستند إلى سبب معقول un motife raisonnable يستخلص من

---

[1] - حسين حبرحسين الشويلي – قرينة دستورية التشريع – دراسة مقارنة بيروت لبنان الطبعة الاولى **2018** ص **269**

[2] -**Decision n 2005 -215 du 21 avril 2005, loin organique et de programme pour l avenir de l ecole**.

[3] -**Decision n 82- 142 du 27 juillet 1982, loi pourtant reforme de la planification**.

[4] - قرار المجلس الدستوري رقم **10\786** م د (القانون التنظيمي رقم **09-60** المتعلق بالمجلس الاقتصادي و الإجتماعي) بتاريخ **2** مارس **2010**.

[5] - حيث أكد المجلس الدستوري الفرنسي في قراره عدد **580- 2009**" الحد الذي يطال ممارسة الحريات ... يجب أن يكون ضروريا، متلائما و متناسبا مع الغاية المستهدفة ".

"**L'article 10 de la loi déférée confie au tribunal de grande instance le pouvoir d'ordonner les mesures nécessaires pour prévenir ou faire cesser une atteinte à un droit d'auteur ou un droit voisin. Le législateur n'a pas méconnu la liberté d'expression et de communication en confiant ce pouvoir au juge. Il appartiendra à la juridiction saisie de ne prononcer, dans le respect de cette liberté, que des mesures strictement nécessaires à la préservation des droits en cause.**"

طبيعة الأشياء أو حين لا تكون له قيمة أخرى واضحة une valeur éclirant تجعل التمييز في المعاملة مشروعا فإذا لم يتوافر هذا السبب يكون التمييز تحكميا كما ذهبت محكمة التحكيم البلجيكية إلى انه لا يجوز تقرير معاملة واحدة لمراكز قانونية مختلفة ما لم يبرر ذلك سبب موضوعي منطقي objéctive raisonnable واتجهت هذه المحكمة إلى أن المشرع يجب أن يوازن بين مختلف الأهداف فإن هذه الأهداف قد تكون عامة أو أكثر تحديدا (أي متعلقة بالمصلحة العامة) ومنها الهدف المالي والهدف الإجتماعي وغير ذلك من الأهداف كالأمن القانوني وحماية الأسرة وسير التحقيق وحماية البيئة وفعالية إدارة الجيش.

وفي هذا الإتجاه ذاته قضت المحكمة الدستورية الإسبانية بأن محاكمة بعض كبار مسؤولين في الدولة (أعضاء البرلمان والوزراء ورئيس الحكومة وغيرهم)أمام محاكم قضائية خاصة لا تعتبر انتهاكا لمبدأ المساواة لأن هذه المعاملة خاصة لا ترجع إلى أسباب شخصية تتعلق بأشخاص هؤلاء المسؤولين وإنما ترجع إلى تقييم اعتبار وخصوصية الوظيفة التي يشغلونها والتي تتعلق بالمصلحة العامة.

كما بنت المحكمة الدستورية العليا المصرية في العديد من أحكامها [1] بناءا على مقتضيات الصالح العام في مجال وضع الشروط التي تتحدد بها المراكز القانونية أو في مجال تحديد هدف الذي يسعى المشرع لبلوغه من وراء تنظيم التشريع وهو ما يكشف عن اعتبارها مصلحة العامة هي الأولى بالرعاية في مجال التوازن مع غيرها من الحقوق والحريات عند تقرير المعاملة الواجبة عند تعدد المراكز القانونية

ثالثا: تحديد العدالة الدستورية لمبدأ التناسب:

في هذا السياق، يظهر مبدأ التناسب كأداة جدلية من المتوقع خلال ممارسة المحكمة الدستورية أن تفي بمهمتها في تفسير وتطبيق الحقوق الأساسية بأكثر الطرق عقلانية ممكنة، دون الاستيلاء على سلطات المشرع، لكن اعتقد أن تطبيق المحكمة الدستورية لمبدأ التناسب، لابد وأن ينطلق من خلال الإجابة عن الأسئلة التالية:

1- ما هو الدور الذي يلعبه مبدأ التناسب أمام المحكمة الدستورية عند التعامل مع الرقابة على دستورية القوانين؟

2- ما هي الشروط المحددة التي ينص عليها مبدأ التناسب عند استخدامه في التحكم في دستورية القوانين الجنائية؟

[1] - " و حيث إنه لما كان من المقرر أن للمشرع سلطة تقديرية في تنظيم الحقوق و الحريات بما لا معقب عليه في تقديره مادام أن الحكم التشريعي الذي قرره لتلك الحالات قد صدرت به قاعدة عامة مجردة لا تنطوي على التمييز بين من تساوت مراكزهم القانونية، و لا تهدر نصا في الدستور، كما أنه يملك لمقتضيات الصالح العام وضع شروط موضوعية تتحدد بها المراكز القانونية، التي يتساوى بها الأفراد أمام القانون، بحيث يكون لمن تو افرت فيهم هذه الشروط، دون سواهم، أن يمارسوا الحقوق التي كفلها لهم المشرع " قضية رقم **21** لسنة قضائية المحكمة الدستورية العليا "دستورية " بتاريخ **29** أبريل **1989**.

3- هل يوجد اختلاف بين حكم الصلاحية والحكم على الشرعية الخارجية لقانون جنائي أو القوانين الأخرى، حتى إذا كان مبدأ التناسب يستخدم للتأثير على كليهما؟

4- ما طبيعة الظروف التي ينبغي أن تتحكم في دستورية التدخلات الجنائية للمشرّع؟

أ- مبدأ التناسب أمام المحكمة الدستورية:

إن أهم صورة لاستخدام مبدأ التناسب هي تلك التي تتم فيها مقارنة مصدرين- هما القانون والدستور- حيث يمكن من خلاله اكتشاف عدم التوافق بينهما مستعينا في ذلك بمعيار الحل الهرمي،[1] ولكن في بعض الحالات لا تتطابق هذه الصورة البسيطة مع الإستدلال الأكثر تعقيدًا، الأمر الذي يجب على المحكمة الدستورية القيام به عند مراجعة دستورية القوانين، إذ هناك بعض التمظهرات تعد صعبة الحل وذلك بناء على سببين:

أولا: عدم تحديد المحتويات المادية للدستور، مما يجعل من الصعب تحديد ما يأمر به الدستور أو يحظره أو يسمح به، والذي لا يستدل منه في حد ذاته كما هو الحال في المثال المنصوص عليه في (المادة 20 من الدستور) الذي ينص على الحق في الحياة فهذا الأخير يشمل فقط بعدا أيجابيا (**الحق في الحفاظ على حياة المرء**) بينما لايتضمن بعدا سلبيا حول إقرار واجب الدولة في عدم فرض التغذية القسرية على السجناء المضربين عن الطعام، يمكن القول آنذاك أنه، بسبب عدم التحديد هنا "**أن الدستور يتحدث بصوت غيرواضح**".[2]

ثانيا: تعقيد المنطق الذي ينطوي عليه اختبار دستورية القوانين يرجع إلى حقيقة أن الدستور نفسه يقدم مبادئ توجيهية معيارية لا تتفق مع بعضها البعض، حيث أنها تحتوي على مبادئ عرضة للتصادم، إما في الملخص أو بمناسبة حالات محددة، كما هو الحال الحق في التجمهر والحق في المرور في هذه الحالات، لذلك تكمن الصعوبة في أن "**الدستوريتحدث بأصوات متعددة**"،[3] ومن أجل حل هذا النوع من التصادمات، تستخدم المحاكم الدستورية عادة بنية جدلية تعرف بمبدأ التناسب، والتي بموجبها يمكن اعتبار تدخل المشرع في الحقوق الأساسية صحيحًا بما في ذلك:

1) أنه يسعى لتحقيق غرض شرعي دستوريًا،

---

[1]- مصطفى قلوش، "المبادئ العامة للقانون الدستوري"، بابل للطباعة والنشروالتوزيع الطبعة الرابعة الرباط،بدون سنة،ص. **34**.

[2]-**Cuestión debatida en la STC 120/1990, (Huelga de hambrepresos GRAPO), en la que el Tribunal opta por una respuesta negativa al sostener que "no es posible admitir que la Constitución garantice en su art. 15 el derecho a la propiamuerte y, porconsiguiente, carece de apoyo constitucional la pretensión de que la asistencia médicacoactiva es contraria a ese derecho constitucionalmente inexistente" (F.J. 7).**

[3]- **José Juan Moreso, La indeterminación del derecho y la interpretación de la constitución, Madrid, Centro de EstudiosPolíticos y Constitucionales, 1997, pág. 87.**

2) تشكل وسيلة مثالية لتحقيق ذلك،

3) ضروري، لأنه لا توجد وسائل أخرى أقل ضررا ومتساوية ملاءمة لتحقيق نفس الغرض،

4) هناك تناسب بين التضحيات والفوائد التي تم الحصول عليها بتدبير التشريع.

وعلى الرغم من أنه لا يمكن القول بأن هذا هو الهيكل الجدلي الوحيد المفيد في حل الإصطدامات بين الحقوق الأساسية والمبادئ الدستورية الأخرى، فهو الأكثر إرضاء حتى الأن، لأنه هو الذي يجعل من الممكن ربط التفسير الدستوري بدرجة أكبر مع نظرية الجدال القانوني، والتي بدورها تساهم إذا ما استخدمت بشكل جيد في جعل قرارات المحكمة أكثر عقلانية، وذلك ليس لأنها تقضي على التقديرية الحتمية التي يثبت بها المحتوى النهائي للحقوق الأساسية في القضايا صعبة، ولكن من أجل الحد من هذه التقييمات وأنواعها التي يتطلب من المحكمة أن تعطي أسباب جيدة لدعم خياراتها في التقييم.

و هذا ما شدد عليه بعض الفقه، حين اشترط لإعمال منهج التناسب القواعد التالية:

- إن تقييد إحدى الحقوق الدستورية، يجب منطقيا، أن يساهم في تحقيق قيمة دستورية و تفعيلها
- إن المس بحق ذي قيمة دستورية، يجب أن يكون ضروريا لتحقيق غاية منافسة يرمي هذا الإجراء إلى خدمتها .
- إن تطبيق مبدأ التناسب بالنسبة إلى حالة واقعية، يجب أن يكون برغماتيا وموضوعا في سياقه، كما يجب أن ينبني، أساسا على وقائع تجريبية و على نتائج مفترضة.[1]

باختصار، يمثل مبدأ التناسب بنية جدلية تسمح للمحكمة أن تستند إلى تفسير ما هو الأمر الأساس للحقوق أو تمنع أو تسمح للمشرّع في الحالات الصعبة، حيث يوجد تصادم بين المبادئ الدستورية التي تقدم أسبابًا، وضد التدخل التشريعي المحدد في الحقوق الأساسية، ثم تنتقل بعد ذلك إلى فحص المتطلبات المحددة التي تتضمنها هذه الإذاة الجدلية عند التوقع بشأن التحكم في دستورية القوانين الجنائية.

ب- مبدأ التناسب والرقابة الدستورية على القو انين الجنائية:

إن تطبيق مبدأ التناسب يفترض وجود تصادم بين المبادئ الدستورية والقوانين العادية، لذلك سيكون من باب أولى التحقق من وجود مثل هذا التصادم، من خلال تحديد الحقوق الأساسية التي يتأثر

[1] **-Luc .B.Trembly: le fondement normative du principe de propotionnalite en theorie constitutionnelle in http// papyrus.bib.umontreal.ca/xmlui/bitstream/handle/1866/3128/05-Tremblay.pdf, p. 81.**

بها القانون الجنائي، سواء من خلال الجرم الوارد في معيار السلوك أو عن طريق تحديد نوع العقوبة المنصوص عليها في القانون ومدتها.

إذ أن كل جزاء عقابي يشتمل على دلالات موصومة لا توجد عادة في الجزاءات المفروضة من خلال قوانين أخرى مدنية ، ذلك أن كل نظام عقابي يحتفظ به المجتمع للخطورة الفعلية للفعل الجرمي و الذي يؤثر في الحقوق و الحريات الانسانية ليتم تحديد المصطلح الثاني للتصادم عندما يتم فحص الشرعية الدستورية المرتبطة بالتدخل الجنائي .

ولهذا، من الضروري، أولا وقبل كل شيء، أن يحدد ما هو الحق أو الحقوق القانونية التي يسعى المشرع إلى حمايتها من خلال تدخلاته، وبعد ذلك، للتحقق مما إذا كانت الحماية الجنائية لهذه الحقوق غير محظورة بموجب الدستور، وذلك عندما لا نجد مبدأ دستوري يوفر تغطية دستورية ظاهرية للتدبير وبدلاً من ذلك هناك قواعد تعمل من المنطق كقوانين وتحظر السعي وراء أغراض معينة.[1]

وإن التناسب باعتباره الصلة التوافقية بين سبب التشريع ومحله، فإنه يعتمد على مبادئ فرعية يمكن إيجازها فيما يلي:

1- المبادئ الفرعية للتناسب:

- **الملاءمة**: الهدف الأول من المبادئ الفرعية للتناسبية هو التحقق من أن التدبير التشريعي يشكل وسيلة مناسبة للمساهمة في تحقيق الغرض المنشود،[2] ذلك لأنه يشكل الحل الوحيد عندما يكون من الممكن إنشاء علاقة "**سببية إيجابية** "بين التدبير الذي يعتمده المشرع وبين الهدف التشريعي، غير أنه على العكس من ذلك، فقد يكون هذا الإجراء غير ملائم، الأمر الذي تكون له نتيجة عكسية"**سببية سلبية**".

-**الحاجة:** بعد إثبات مدى ملاءمة التجريم والعقوبة المقررة من قبل السلطة التشريعية، فإن الحاجة إلى التدخل التشريعي تبقى مرتبطة بالحقوق الأساسية المتأثرة بالتدخل التشريعي، ويعتبر هذا الإجراء الذي يعتمده المشرع ضروريا عندما لا توجد وسائل بديلة، ولا يشترط فيها أن تكون مناسبة على حد سواء،[3] أو أكثر اعتدالا من منظور موضوع الحقوق الأساسية، لذا تنقسم إلى: الحاجة لمعيار السلوك، ثم الحاجة إلى معيار جزاء.

[1]-أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق و الحريات م س،ص. **245**.

[2]-**Vid. Bernhard Schlink, Abwägung im Verfassungsrecht, Berlín, Duncker & Humblot, 1976, pág. 193; Carlos Bernal, El principio de proporcionalidad…, citado, pág. 724**.

[3]-**"Los delitos de peligrohipotético", Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1981, págs. 825-847, y acogido luego por buena parte de la doctrina penal española.**

الحاجة لمعيار السلوك: اتخدت الجريمة أشكالا مختلفة تتماشى مع البنى الاحتماعية و الاقتصادية و ان ارتفاع الجرينة ارتبط بشكل أساسي بالمتغيرات السياسية و الإجتماعية و الاقتصادية الشيء الذي أثر في تحديد المعيار الاساسي للسلوك الاجرامي ،الذي يتطلب تحديد الافعال الجريمة المستحدثة بغية السيطرة عليها عن طريق تجريم هاته الأفعال ، فعدم وجود أي بديل مناسب بنفس القدر لحماية الحق القانوني، ويكون أقل ضررا على الحق الأساسي المتأثر بالحظر الجنائي، وبالتالي عندما يتعلق الأمر بالسعي إلى إيجاد بدائل تنظيمية تحد من نطاق السلوك المحظور الذي يضر أو يمثل خطراً أكثر على المصالح المحمية قانونا، يفترض هذا أن يعرض على الحكم المتعلق بضرورة أن يكون معيار السلوك جزءاً جيداً من المتطلبات المرتبطة في المسائل الجنائية،[1] في هذه الحالة قد يكون البديل الذي يقارن بالمقاضاة القياسية، إما في رفع القيود أو التحرير الكامل للسلوك المحظور، أو في البحث عن البدائل التي تقلل من نطاق المحظور، لأجل ذلك فإنه لحماية الحق القانوني يكفي أن نختار، على سبيل المثال بين الخطر الملموس بدلاً من المجرد، من خلال أشكال عمومية نشيطة وغير مستبعدة، و عن طريق أنواع متعمدة بدلاً من تحكمية.

لكن مقارنة هذه الوسائل البديلة مع القاعدة التي تجري مقاضاتها لا تشكل أي مشكلة من وجهة نظر المجتمع، لأن أي تخفيض أو تقليص للنصوص العقابية يترجم إلى زيادة في مجال الحرية القانونية للأفراد، غير أنه لا يحدث نفس الشيء عند إجراء المقارنة من منظور ملاءمتها في حالة توسيع نطاق الأفعال الإجرامية، فمن حيث المبدأ، فإنه يمثل تقدمًا في حواجز الحماية للحق القانوني، وبطريقة لا تسمح بموجب هذا المنظور، بإيجاد بدائل تشريعية تكون قادرة على تحقيق نفس الدرجة من الملاءمة، وبالتالي وانطلاقا من هذا العنصر الهام، لابد من صياغة تشريع على درجة من الفعالية.

- الحاجة إلى التجريم:

إن القانون لا ينشأ إلا في بيئةاجتماعية ، فإنه يتغير بتغير هذه البيئة من أجل أن يواكب حاجاته الجديدة ، و يساير اتجاهاته الحديثة ، و لذلك فإن المشرع غالبا ما يتذخل من وقت إلى آخر فيعدل القانون القائم أو يغيره حتى ينسجم مع الظروف الجديدة المستحدثة[2] و أن الحديث عن مبدأ التناسب في شقه العقابي، يتضمن المتطلبات المرتبطة بمبدأ التبعية في المسائل الجنائية، والتي تتطلب في جانبها الخارجي البحث عن بدائل للقانون الجنائي، بينما تتطلب في أبعادها الداخلية البحث عن العقوبات البديلة.

[1]-**Gloria Patricia Lopera "–Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales Mesa UniversidadEafit (Medellín, Colombia page269 publicada en Jueces para la Democracia, 53, 2005 Agencia Española de Cooperación Internacional y la Universidad Eafit.**

[2] - عوض أحمد الزعبي – المدخل إلى علم القانون ، الطبعة الأولى ، إثراء للنشر والتوزيع ، عمان الاردن سنة **2010** ص **23**

ووفقاً لما ذُكر أعلاه تنقسم الحاجة إلى ضرورة التجريم إلى مرحلتين: في البداية، يهدف إلى التحقق مما إذا لم تكن هناك وسائل خارجة عن القانون قادرة بشكل كافٍ على حماية الحق القانوني وأقل ضرراً على الحقوق، وفي المحطة ثانية بمجرد التأكد من أن الآليات غير الجنائية ليست كافية للوصول للحماية القانونية، يجب إثبات أن فئة و مدة العقوبة التي يوفرها المشرع هو الحد الأدنى اللازم للإمتثال للغرض الوقائي.

وهكذا فمن الضروري البحث عن وسائل بديلة تقع خارج نطاق القانون الجنائي، لأن عامل الحاجة يثير العديد من الإشكاليات فيما يتعلق ببدائل العقوبات "**تدابير السياسة الإجتماعية، الوساطة ، وتدابير مر اقبة الشرطة، وما إلى ذلك**"إذ أن الحيز المتاح للنظر في مراقبة الدستورية محدود للغاية، بالإضافة إلى ترجمة الخيارات السياسية الجنائية مختلفة جدا وأحيانا تتعارض جذريا مع تلك التي عبر عنها البرلمان، إذ يمكن الحديث عن إمكانية عدم وجود تجانس بين مقاصد الصياغة النص التشريعي من طرف البرلمان، مع ما هو صادر عن المحكمة الدستورية، وعلى الرغم من أن غياب مثل هذه الإجراءات لا يشكل في حد ذاته سبباً كافياً لإعلان أن القاعدة الجنائية غير دستورية، كما هو غير ضروري، فإن التحقق من إضفاء الطابع الجنائي على فعل معين لا يعدو في حد ذاته تدخل إيجابي إذ توجد داخل المنظومة الجنائية أفعال طالها التجريم بالرغم من كونها تشكل نزاعات ذات طابع مدني،[1]

وعلى العموم، من بين العقوبات البديلة المعمول بها على الصعيد المقارن والتي من شأنها أن تقلل من التضخم التشريعي- الانفجار التشريعي الذي تعتبره الأستاذة دلمارس مارتي في حوارها مع الأستاذ محي الدين أمزازي، من أهم الإشكالات التي أصبحت تعاني منها المنظومة التشريعية، خاصة بعدما تم إقحام المادة الجنائية في كل شاردة و واردة، الأمر الذي يمكن أن يقلل من نجاعتها- نجد إعمال التعويض العقابي، وهو أسلوب معتمد في التشريعات الأنجلو– أمريكية مثل كندا، الولأيات المتحدة الأمريكية...، حيث يمكن للقاضي المدني إضافة إلى إمكانية الحكم عن المخطئ بتعويض يوازي حجم الضرر الناتج عن خطئه، الحكم عليه بتعويض عقابي كجزاء له عما أحدثه من ضرر بطريقة غير مباشرة للمجتمع.[2]

إن المقارنة بين العقوبات الجنائية والعقوبات البديلة من منظور ملاءمتها تؤدي إلى التشكيك في افتراض زيادة الفعالية التي تصاحب القانون الجنائي بسبب شدة عواقبها القانونية، ويرجع ذلك إلى حقيقة أنه في حالة الجزاءات المدنية أو الإدارية، يتم التعويض عن انخفاض قوتها من خلال قدر أكبر من اليقين في فرضها .

[1]- مجيد حميد العنبكي، "فكرتا المصلحة والحق"، مجلة دراسات قانونية، بيت الحكمة، بغداد، **12** فبراير **2018**، العدد **45**، ص.**34**.

[2] - محي الدين أمزازي و دلماس مرتي: مرجع سابق، ص. **45**.

وفي الأخير، يجب الإشارة إلى أن التدخل العقابي من قِبل المشرع عندما يقدم جزاءً جنائيًا بدلاً من (أو كإضافة) العقوبة جنائية خارج نطاق العقوبات المدنية، لا ينتج أي انخفاض كبير في عدد الإنتهاكات المرتكبة، وفي هذه الحالة يمكن الإستنتاج أن تجريم السلوك لم يكن يعني زيادة في الفعالية الوقائية، [1] وبالتالي لابد من تحديد مدى أهمية العقوبات البديلة في الحد من انتشار الظاهرة الإجرامية ام العكس ،[2] وعلى هذا الأساس يجب أن تعالج المقارنة بين العقوبة الجنائية التي تمت المقاضاة عليها والعقوبة البديلة الجنائية البديلة من أربعة جوانب هي:

أ) عدد مواقف الحقوق الأساسية المتأثرة بعقوبة واحدة وأخرى.

ب) أهمية وجودها.

ج) كثافة تأثيره.

د) الضمانات التي ترافق فرضها.

فعندما يثبت أن العقوبة الجنائية الإضافية أقل ضرراً ولها آثار وقائية مماثلة مما هو قائم في القانون الجنائي، فلا يمكن تبرير الحاجة في اللجوء إلى التجريم إلا في الحجج التي تنادي بالأهمية الإجتماعية للحق القانوني، والتي يمكن أن تنخفض قيمتها من خلال اعتماد آليات غير جنائية، غير أن الحاجة إلى الحفاظ على العقوبات الجنائية للتعبير عن الرفض ضد سلوك إجرامي، يكشف عن استخدام رمزي للقانون الجنائي.

2- شدة السيطرة على دستورية القوانين الجنائية:

إن المطالب التي تنبثق عن مبدأ التناسب تضعف إلى حد كبير عندما نتحرك من الحكم بشأن الشرعية الخارجية إلى الحكم على الصلاحية الدستورية لقانون جنائي ومع ذلك، فمن الضروري تحديد المدى الذي يجب أن تكون فيه هذه الشروط مؤهلة، إذا كان بحكم تلك الهوامش التشريعية، فإن الرقابة التي يمكن للمحكمة تنفيذها يجب أن تقتصر فقط على إثارة البواعث التشريعية، وهذا بالضبط أحد الأسباب التي تبرز لصالح استخدام مبدأ التناسب في السيطرة على الدستورية هو أنه هيكل من الجدال الذي يسعى من خلاله إلى التوفيق بين احترام حرية تكوين المشرع مع الرقابة المادية على قراراته التي تسعى

[1]-**Tomás Vidal Marín, "El derecho al honor y su protecciónd esde la constitución española", Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000,p 247**.

[2]- **José Cid Moliné, "Garantías y sanciones Argumentos contra la tesis de la identidad de garantías entre las sanciones punitiva", Revista de Administración Pública, 140, 1996, págs. 131-172, aquí pág. 157**.

إلى أقصى قدر من الفعالية من الحقوق الأساسية ، تحقيقا لهذه الغاية يتم إدخال التخرج في شدة السيطرة على قرارات المشرع، اعتمادا على شدة تأثيرها على الحقوق الأساسية .

والمعلوم أن كلا من الفقه والمحكمة الدستوريةالألمانيين- التي تناولت بدورها هذا العنصر من الفقه الأمريكي-قد قسموا مبدأ التناسب إلى ثلاث مستويات:[1]

المستوى الأول: السيطرة أو الأدلة الخفيفة:

تستخدم ضد التدخلات البسيطة في الحقوق الأساسية، وفي هذه الحالة يقع عبء الجدل وإثبات عدم دستورية الإجراء على المدعي بناءً على افتراض دستورية القوانين.

المستوى الثاني :السيطرة المتوسطة أو المبررة:

تنطبق على التدخلات المتوسطة في الحقوق الأساسية، كما هو الحال في المستوى السابق، يقع عبء إثبات عدم دستورية التدبير على عاتق المدعي، إذ يجب أن تكون درجة الثقة في النص محل دفع بعدم الدستورية متوسطة، في الإتجاه المعاكس، سيتم تبرير تدخل المشرع إذا كان مبنياً على أسس معقولة.

المستوى الثالث :السيطرة الصارمة أو المكثفة:

ينطبق ذلك بخصوص القوانين الجنائية التي لها علاقة بالحقوق الأساسية بصفة خاصة في هذه الحالة، فإن عبء الإثبات يقع على عاتق المشرع، الذي يجب أن يدعم التدخل على أساس المباني التجريبية التي لها درجة عالية من اليقين، وقد كان استخدام هذا المنهج من قبل المحكمة الدستورية الإسبانية فيه احترام تجاه إرادة المشرع، وهو مجال يخصع لقناعة المحكمة في علاقته مع ارادة المشرع .[2]

وأنه في نظام ديمقراطي المفوض حصرا إلى السلطة التنفيذية رسم ملامح السياسة الجنائية، و لا أحد يمكن أن يحل محل لها في هذا العمل، اذ يحذر عدم معرفة التأمين على قدرة وقائية من القانون الجنائي أو وجود وسائل بديلة أقل ضررا بشأن تأهيل السلوك الإجرامي وتحديد عقوبة على النحو المناسب، فإن إغفال مبدأ التناسب يؤدي إلى حرمان السلطة التشريعية من الكلمة الأخيرة بشأن هذه المسائل، مما يدفع المحكمة إلى تطبيق مبدأ التناسب في رقابتها للقوانين الجنائية، حيث لا ينبغي أن يؤدي إلا إلى استبعاد تلك التدخلات التي لا يمكن التنبؤ بها بشكل واضح أو غير ضروري أو غير متناسب بشكل كبير.

---

[1] **Robert Alexy, "A Theory of Constitutional Rights "1st Edition oxford university 2010 págs. 56**

[2]- **EUGENE F . MI L L E R , Hayek's The Constitution of Liberty , Printed and bound in Great Britain by Hobbs the Printers , 2010 , p.34.**

ومع ذلك، من الممكن معارضة العديد من الحجج ضد هذا الشكل غير المتسق من الحكم في دستورية القوانين الجنائية في المقام الأول، لأن قرارت المحكمة الدستورية القاضية بعدم الدستورية تقوض عمل البرلمان، وهو تحفيز ثقافة عامة تداولية، إذ يجب على الأغلبيات البرلمانية أن تبرر للمواطنين أسباب تصرفهم، هذا التشجيع لا يبقى إلا إذا كانت السيطرة على قراراته ،التي تتطلب شيئًا أكثر من الإعتماد على الصياغة التشريعية للنص الجنائي التي لا يتضح زيفها أو الإمتناع عن اعتماد تدابير غير دستورية بشكل علني، حيث أنه في هذه الحالة يستطيع المشرع الإعتماد على أي قرار يتبناه طالما أنها تحترم الحد الأدنى من العقلانية حتى يمكن اعتبارها دستورية .

ثانياً: إن الرقابة التي لا تخدم سوى الرد ضد فرضيات اللاعقلانية التشريعية الواضحة أو تحدي الدستور المكشوف غير كافية للتعامل مع نوع الخلافات التي تنشأ عادة في الأوضاع الطبيعية، والتي يجب أن تصمم من أجلها آليات الرقابة على السلطة في دولة دستورية.[1]

ثالثًا: يؤدي الحد الأدنى من الرقابة إلى إضعاف الصلة بين المشرع والحقوق الأساسية، من خلال إدخال اختلاف كبير بين ما تضمنه هذه الحقوق وإمكانية جعل هذه المحتويات فعالة ضد المشرع.

وأخيراً يجب ملاحظة أن القانون الجنائي باعتباره أشد آليات الرقابة الإجتماعية المتاحة للدولة يجب أيضًا فرض رقابة دستورية أكثر صرامة، لأن اللجوء إلى القانون الجنائي لا يعبر عن خيار لأي أداة من أدوات السياسة التشريعية، بل الرغبة في استخدام أقوى أداة متاحة للدولة لتأديب سلوك المواطنين، ليس فقط بسبب الصرامة الخاصة من عقوباتها –أو الحرمان من الحرية وغيرها من المواقف الأساسية الضرورية للفرد لكي يتطور بشكل كامل في المجتمع - ولكن أيضًا بسبب العبء الرمزي المرتبط بتعريف السلوك كجريمة وعقوبة معينة كعقوبة.

ولكن لا ينبغي بناء نموذج متطلب لمراقبة القوانين الجنائية على أساس جعل دستورية قرارات المشرع الجنائي خاضعة لشرط أن تكون مبنية على أماكن آمنة، بالنظر إلى هامش عدم اليقين الذي لا مفر منه والذي يصاحب السياسة الجنائية، سيكون بمثابة منع البرلمان من التشريع في هذا المجال أو تخويل المحكمة لإبطال جميع قراراتها، لذا ينبغي توضيح هذا النموذج حول العناصر التالية: إسناد مسؤولية عبء الإثبات إلى المشرع، واعتماد منظور ما بعد التشريع، والحاجة إلى جودة الصياغة التشريعية ، وأخيراً، أن تكون لهذه الصياغة درجة عالية من الاحتمال.

إن إسناد عبء الإثبات على المشرع يقتضي بمجرد تحديد شروط التحدي أن يظهر من خلال ممثليه، للدفاع عن دستورية القاعدة التي تجري مقاضاتها، والتي يجب عليه أولاً وقبل كل شيء تمكين

[1]- **Víctor Ferreres,Justicia constitucional y democracia, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, págs. 180**.

المحكمة والأطراف المتدخلة الأخرى من هذه العملية الدراسات التجريبيةو الاعمال التحضيرية وغيرها من المعلومات التي كانت بمثابة أساس لاعتماد القرار، ثانياً، يجب عليه أن يهتم بالإشارة إلى ما يلي:

1) الأهداف التي يتبعها من خلال تدخله،

2) الأسباب التي تجعل التدبير المعتمد وسيلة مثالية للمساهمة في تحقيقه،

3) إذا تم اعتماد بدائل العقوبات لابد من طرح الأسباب التي أدت إلى ذلك،

4) الحجج التي تدعم التناسب بين الفوائد والتضحيات الناجمة عن التدخل، وفرض هذا العبء من الإثبات والدليل هو نتيجة لا يمكن تجنبها للإعتراف بالمقاو مة المعيارية للحقوق الأساسية ولطابعها الملزم للمشرع، ملزمة بتبرير أي قيود عليهم، وبالمثل، فإنه يسمح بالتحقق مما إذا كان القاعدة قيد المحاكمة يحظى بتأييد البرلمان الحالي، حتى يمكن فهم أنه إذا لم يبدِ المشرّع دفاعًا عن القاعدة، فذلك لأنه لا يحظى بالفعل بدعم الأغلبية الذي سيتوقف عن الإستفادة من افتراض دستوريته المنسوبة إليه بسبب شرعيته الديمقراطية.[1]

الفعالية: يجب عند محاكمة القوانين الجنائية مراعاة المعرفة الموجودة وقت المحاكمة الدستورية (منظور ما بعد) وليس فقط في ضوء المعرفة المتاحة في الوقت الذي تم فيه تمرير القانون (المنظور السابق)، فالفرق بين الرؤيتين يبرز عند تقدير المشرع حول مدى ملاءمة، الضرورة أو تناسب التدبير، ضوء الظروف المعرفة الحالية، أي وقت إقرار القانون، غير أنها لم تعد كذلك عند الحكم على دستوريتها، بسبب تغير في الواقع الإجتماعي أو المعلومات المتوفرة حول هذا الواقع.

إن سبب تبني منظور ما بعد الوظيفة في هذه الحالات يتم توفيره من خلال المطالبة بفعالية الحقوق الأساسية، التي لا تقتصر على وقت الموافقة عليه "القانون"، ولكنها تمتد طوال الوقت الذي تظل فيه نافذة، مما يفرض على كل من المشرع والقاضي الدستوري واجب ضمان الحفاظ على توافق القانون مع الحقوق الأساسية في كل وقت، لذلك، فمن الضروري أن تأخذ المحكمة الدستورية في الإعتبار نتائج البحوث بشأن آثار التدبير في فترة ما بعد المرحلة التشريعية وغيرها من المعلومات ضرورية من أجل إقامة أي اختلافات بين توقعات المدلى بها من قبل المشرع والآثار الحقيقية لتدخله.

من ناحية أخرى، فإن قرارت المحكمة الدستورية ليست لها طبيعة ذاتية وإنما موضوعية، بمعنى أنها لا تهدف إلى مقاضاة المشرع ولكن مضمون النص التشريعي، وبالتالي فالإعلان المحتمل بعدم الدستورية وبطلانه ليس بسبب عيب سقط فيه المشرع عند صياغته للنص، بل هو آلية تقنية تنظيمية تهدف إلى

[1]- **RIVERO (J.) et MOUTOUH (H.), Libertés publiques, Tome I, 9ème éd., PUF, Coll. Thémis, 7 Paris, 2003, p. 20**.

ضمان سيادة الدستور على بقية النظام، وبالتالي، بالنظر إلى أن عدم الدستورية لا يمثل عقوبة مفروضة على المشرع لأنه أخطأ في تشخيصه، فإنه لا معنى له أن يقتصر على النظر فقط في ما يمكنه معرفته وتوقعه، ولكن من الضروري مراعاة كل ما يسمح بتحديد معيار يحافظ على شرعيته الدستورية في لحظة مقاضاته من خلال جودة الصياغة التشريعية ، أي أن استخدام مبدأ التناسب فيه إعادة تقييم للدور الذي تلعبه الصياغة في التحكم في دستورية القوانين، لاسيما فيما يتعلق بأحكام الملاءمة والضرورة، حيث دستورية القوانين لهاالقدرة على تحقيق أغراض معينة في حالة عدم وجود تدابير أخرى أقل ضررا و فعالية لتحقيق نفس الغرض.

إن إدخال هذه التحليلات، التي تتم من خلال تطبيق مبدأ التناسب، ينطوي على مراجعة المفهوم التقليدي لحكم الدستور كحكم بسيط للمقارنة بين النص الدستوري و باقي القوانين الأخرى،[1] بالإعتماد على الأسس في مراقبة دستورية القوانين (حقائق عامة، توقعات الهيئة التشريعية)، و ذلك من خلال "القناعات الإجتماعية المقبولة عموما"

إن هذا المطلب لدعم الصياغة التشريعية في المعرفة المتخصصة يعزز أيضًا معايير العقلانية التشريعية الموجودة بالفعل (شرط أن تسبق المشاريع قراءة المسائل الجنائية بدراسات عن حاجتها، وفرصها وتكلفتها)، بالإضافة إلى مما يحفز الإهتمام بعواقب القوانين الجنائية وتقييمها في مرحلة ما بعد التشريعي من ناحية أخرى، على الرغم من أن عدم الامتثال لهذا المطلب ليس حجة كافية لإبطال التدخل الجنائي للمشرع، إلا أنه يضعف درجة اليقين المنسوبة إلى الصياغة التي تدعم هذا التدخل.

-**درجة التأكد من صياغة النص:** يجب أن تخضع التدخلات الجادة في الحقوق الأساسية، بما في ذلك تلك التي تنفذ من خلال القانون الجنائي لرقابة مادية مكثفة، والتي تتطلب بموجبها دعم التدبير الذي يحاكم أفعال معينة، من خلال التأكيد كون ان النصوص القانونية تدعم عدد من الإجراءات التنظيمية ذات جودة معرفية عالية، مع وجود أيضا درجة عالية من الاحتمال.[2]

ويجب أن تستكمل هذه المعايير العامة للتقييم بمعايير موجهة تحديداًإلى تحديد درجة اليقين في الأماكن التجريبية المعنية بالتحكم في دستورية القوانين الجنائية، وعلى أي حال، فإن هذا اليقين الأقل من المباني التجريبية المتعلقة بملاءمة وضرورة القاعدة التي تجري مقاضاتها سيكون له أهمية في الترجيح الذي يتم في تجربة التناسب بالمعنى الدقيق، حيث ينبغي مراعاة أحد المتغيرات التي ينبغي مراعاتها. تعيين القيمة للمبادئ التي تتدخل فيه هو يقين المباني التجريبية التي تم التأكيد عليها أو ضد التدخل، فسحب الاستاذ جاك شوفالي فإن صياغة النصوص القانونية هي العلم التطبيقي للتشريع الذي يبحث في تحديد أفضل

[1]-**FAVOREU (L.) et al., Droit des libertés fondamentales, Précis Dalloz, Droit public et science politique, 4ème édition, Paris, 2007, p. 16**.

[2]- احمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات م س،ص. **432**.

الكيفيات لإعداد و صياغة و إصدار و تطبيق النصوص القانونية بغية إعطاء هذه النصوص صبغتها القانونية.

وفي الختام تجدر الإشارة إلى أن دور مبدأ التناسب في المراجعة الدستورية للقوانين الجنائية لازم أن يتطور مع البيئة الإجتماعية الأكثر تعقيدا، التي تحدد محاكمة التناسب كشرط للموازنة بين شدة العقوبة والجريمة، إذ من خلاله يمكن رؤية حدود الرقابة الدستورية على القوانين "كجسم إشرافي للقدرة العقابية" بشكل واضح، فمبدأ التناسب يسعى إلى مساءلة دستورية القوانين بكم كبير من الأسئلة التي لا تتضمن إجابات قاطعة -**التي يجب أن تكون محمية من خلال القانون الجنائي، والتي ينبغي أن تستخدم تقنيات الصياغة لحماية صك الحقوق القانونية، إن أمكن السعي أدوات بديلة، وما إلى ذلك**- وعلى أساسها، فالكلمة الأخيرة في ظل نظام ديمقراطي تعهد إلى السلطة التشريعية وليس للمحكمة الدستورية.[1]

الفقرة الثانية: مناط اختصاص القضاء الدستوري برقابة الإنحراف التشريعي

إن عيب الإنحراف التشريعي مثل الإنحراف بالسلطة الإدارية يتعلق بعنصر الغاية من التشريع، فكما أن القرارات الإدارية عليها أن تستهدف الصالح العام أو الغرض المحدد الذي يعنيه القانون أحيانا وهو المسمى بقاعدة تخصيص الأهداف، أيضا عيب الإنحراف التشريعي يتعلق بالغاية من القوانين وهي استهداف الصالح العام في مجموعه أو أحيانا الغاية المخصصة التي يكون قد حددها الدستور لبعض القوانين،[2] وإذا كان الإنحراف في استعمال السلطة الإدارية هي من خلق مجلس الدولة الفرنسية باعتبارها تعد سببا من أسباب إلغاء القرارات الإدارية منذ زمن بعيد، فإن فكرة الإنحراف التشريعي[3] ليست قديمة جدا لدى فقهاء القانون الدستوري.[4]

وقد يترتب على الإنحراف التشريعي حق القضاء في الحكم بعدم دستوريته، ومن هنا تثور عدة تساؤلات، أو لها عن مفهوم الإنحراف التشريعي، وما هي المنطقة أو المجال الذي يقع فيه الإنحراف التشريعي؟ وهل يعتبر الإنحراف التشريعي وجه مستقل عن أو جه عدم الدستورية أم لا؟ وأيضا إذا كانت

---

[1]-**VíctorFerreres, Justicia constitucional y democracia ;op,cit , pág. 180.**

[2]- الدكتور عبد الرزاق السنهوري، "مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية"، مقال منشور بمجلة مجلس الدولة مصر يناير **1952**، ص. **66**.

[3]- وأن أول من بين فكرة الانحراف التشريعي هو الفقيه الفرنسي **Barthlelemy**، اذ أشار إليها بصدد قانون **7** يوليوز **1907** الخاص بتسريح المكبر لمجندي **1903**، فقد ذهب إلى أن القصد الحقيقي من وراء هذا التشريع هو معاقبة مجندي الفرقة **17** مشاة، فالمشرع وإن كان في إصداره تشريعا يتصف بالعمومية والتجريد في ظاهره لكنه في الحقيقة كان يخفي عقوبة مقنعة أراد تطبيقها على مجندي **17** مشاة بأثررجعي،ولكن الفقيه عبد الرزاق السنهوري من أو ائل من أتى بفكرة الانحراف التشريعي بشكل واضح ومتكامل كي تشكل عيا دستوريا، الى جانب العيوب الدستورية الأخرى، وذلك في بحث له بعنوان "مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية، انظر عبد المنعم عبد الحميد إبراهيم شرف، المعالجة القضائية والسياسية للانحراف التشريعي،رسالة دكتوراه،كلية الحقوق،جامعة القاهرة،**2011**،ص **29**.

[4]- رومان خليل رسول، "اختصاص القضاء الدستوري برقابة الانحراف التشريعي-دراسة مقارنة-"، دار الفكر الجامعي، ط **2019**، ص.**7**.

السلطة التشريعية هي التي تقوم بالإنحراف التشريعي، فما هي العوامل التي تؤدي إلى قيامه؟ وأخيرا كيف يمكن للقاضي الدستوري أن يثبت الإنحراف التشريعي إذا أثبت ذلك؟ فما الأثر الذي يترتب عليه؟[1]

أولا: مفهوم الإنحراف التشريعي:

لبيان وتوضيح الإنحراف التشريعي، نرى من الملائم أن نعرض أولا إلى تعريف الإنحراف التشريعي ومدلوله، سواء في اللغة أما في الاصطلاح، وبعد ذلك نتناول معيار الإنحراف التشريعي، وأخيرا نحاول إلقاء الضوء على العوامل التي تؤدي إلى قيام الإنحراف التشريعي.

1- مدلول الإنحراف التشريعي:

على رغم من أن جانبا من الفقه قد تناول فكرة الإنحراف التشريعي، إلا أن غالبيتهم لم يحالوا أن يضعوا تعريفا له، وكل ما فعله هؤلاء الفقهاء أنهم كانوا يتساءلون هل يمكن للمشرع أن يسعى – وهو يستعمل سلطته- إلى تحقيق غأية أخرى غير تلك التي من أجلها منح هذه السلطات.[2]

والمقصود بالإنحراف لغة: الإنحراف عن الشيء، أي مال عن الإعتدال والإنحراف عن الشيء أي ماله عنه، أما في الاصطلاح القانونية يرتبط معنى الإنحراف التشريعي بمعناه اللغوي، حيث يفصح لفظه عن مدلوله فهو في جوهره خروج المشرع عن الغاية المتعين عليه استهدافها، وهي المصلحة العامة، إذا أن عيوب التشريع المتمثلة أركانه في الإختصاص والشكل والمحل وعيب السبب وأخيرا عيب الغاية من التشريع، أي الغاية من القانون تعد من موجبات الإبطال أو الإمتناع عن التطبيق حسب الصلاحيات المعطاة للقضاء الدستوري أو القضاء عموما.[3]

ويعرف الإنحراف بالسلطة بصفة عامة، بأنه استعمال إحدى السلطات العامة لصلاحيتها بشكل معتمد، لتحقيق هدف أخر غير الهدف الذي منحت من أجله تلك الصلاحيات، وهناك من عرفه بأنه **"هو أن تتجه السلطة التشريعية وهي بصدد استعمال سلطاتها التقديرية إلى تحقيق هدف أخر غير ذلك الذي من أجله منحها الدستور هذه السلطة"**وأيضا يمكن تعريفه بأنه **"عيب من عيوب عدم الدستورية يتحقق عندما يسعى المشرع من وراء استعمال سلطته التقديرية في التشريع الوصول إلى غاية غير التي يهدف الدستور إلى تحقيقها".**[4]

---

[1]-عبد الرزاق السنهوري مخالفة التشريع للدستور و الإنحراف في استعمال السلطة التشريعية مرجع سابق، ص. **59**.

[2]-محمد ماهر أبوالعنين، "الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته"، الكتاب الثاني، المركز القومي للإصدارات القانونية، ط **1**، **2013**، ص. **4و5**.

[3]- محمد رفعت عبد الوهاب، "رقابة دستورية القوانين (المبادئ النظرية والتطبيقات الجوهرية)"، دار الجامعة الجديدة، **2011** مصر، ص. **128**.

[4]- شعبان أحمد رمضان، "ضوابط و آثار الرقابة الدستورية القوانين"، دار النهضة العربية، القاهرة، **2000**، ص .**412**.

وغني عن البيان أن الإنحراف التشريعي يقوم بالموازنة بين الغرض الحقيقي عن التشريع والغرض من التشريع الذي أعلنه المشرع، حيث أن المشرع هو الذي أفصح عن غرضه الظاهر، فإذا أثبتنا أن هذا الغرض الظاهر لا يتطابق مع الغرض الحقيقي، كان هناك انحراف وما الكشف عن التصرف المستتر في أغلب حالات الإنحراف التشريعي إلا مظهرا أن المشرع استند إلى اختصاصه الظاهر بأمر من الأمور ليعالج أمرا أخر غير مختص به، أو أمر لا يجوز له أن يتطرق إليه وليس من مؤدى الإنحراف أنه يبحث في التصرف الخفي من حيث صحته أو بطلأنه، بل الحكم هنا على الغاية الحقيقية التي تؤدي التوصل إليها إلى إظهار العيب الحقيقي في القانون.[1]

ويذهب الفقيه السنهوري إلى أن الإنحراف التشريعي يأتي بمثابة مرحلة تطور ثالث تتوج مرحلتين سابقتين تتمثلان في نظرية التعسف في استعمال الحق ونظرية الإنحراف في استعمال السلطة الإدارية، فمتى تصورنا تعسف الشخص في استعمال حقه، ثم تصورنا انحراف الإدارة في استعمال سلطاتها الإدارية، فما الذي يمنع من ذلك من أن نتصور انحراف البرلمان في استعمال سلطته التشريعية؟ [2]

ففي المجال التشريعي يجب أن يسعى المشرع لتحقيق المصلحة العامة باعتباره المعبر عن الإدارة العامة والمجسد للسيادة الشعبية، وإلا كان غير دستوري، فالسلطة التشريعية - رغم تمثيلها للشعب - ليست بمنأى عن الإنحراف بالسلطة، فكما قد تستهدف مصدر القرار الإداري تحقيق غايات غير شرعية، فالمشرع أيضا يمكن أن يصدر نصوصا تهدف تحقيق غايات معينة دون تحقيق الصالح العام

وبالإضافة إلى ما سبق، فإن الإنحراف التشريعي كعيب إلغائي يدور مع فكرة المصلحة العامة التي هي الغاية من التشريع، وفكرة الصالح العام كهدف للتشريع هي فكرة غير ثابتة بل تحديد مدلولها هو أمر عسير المنال بالنظر إلى مرونة هذه المصلحة واختلافها باختلاف الزمان والمكان، وذلك بحسب الفلسفة السياسية والإجتماعية والاقتصادية السائدة، بل وتبعا للقيم والتقاليد والعادات التي يسير عليها المجتمع في كل دولة، مما أضفى على فكرة المصلحة العامة غموضا، ادى إلى اختلاف مدلول الفكرة بين رجال القانون والسياسة والاقتصاد والفلسفة.[3]

وبالرغم من أن اصطلاح المصلحة العامة يقابله اصطلاح المصلحة الخاصة، إلا أن التعارض بينهما ليس بالأمر الحتمي، فقد تدخل المصلحة الخاصة في تركيب المصلحة العامة باعتبارها أحد عناصرها أو مكوناتها، فليس من المنطقي القول بأنه لتحقيق المصلحة العامة يلزم محاربة المصالح الخاصة والقضاء عليها، ولذا فإن المصلحة العامة تتحقق نتيجة الموازنة بين المصالح العامة والخاصة والترجيح بينها على

[1]-محمد ماهر أبو العنين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته م س،ص. **6**.

[2]-إبراهيم محمد صالح الشرفاني، "رقابة المحكمة الدستورية على السلطة التقديرية للمشرع"، منشورات الحلبي الحقوقية،بيروت،**2012**، ص. **371**.

[3]-عبد الرزاق السنهوري، مخالفة التشريع للدستور و الإنحراف في استعمال السلطة التشريعية، م س،ص. **59**.

أساس العدل، فبدونه لا تتحقق المصلحة العامة، ومن تم يتعين النظر إلى المصالح الخاصة جميعها دون استثناء للتوصل إلى أعلى قدر من التوفيق بينها، وفقا لنهج الحق وسنن العدالة، ومن ناحية أخرى فإن تحقيقا لمصالح الشخصية للفرد ذاته لا تتحقق على نحوكامل إلا بتحقيق مصلحة المجتمع ككل متماسك، وبالتالي يلزم على الفرد أن يسعى إلى تبادل الأخذ والعطاء مع المجتمع، وبالتالي تعديل مصالحه الخاصة حتى يتسنى التئامها في وحدة متجانسة، لأنه بغير هذا التعديل تتضارب المصالح الخاصة فيما بينها تضاربا ينتهي بتدمير بعضها بعضا.[1]

وعندما نبحث عن دور المشرع في تحديد هذه الفكرة "**أي الصالح العام**" نجد أنه صاحب الإختصاص في تحديد أو جه الصالح العام الذي يهدف القانون إلى تحقيقها، أي أن المشرع له الحق في تحديد الصالح العام من بين المصالح الخاصة العديدة المتصارعة والمتناقضة، وهو لذلك يملك تحديد الصالح العام المفروض على الجماعة في وقت معين، ولكن المشكلة في كيفية ضمان المصلحة العامة .

غير أن المشرع عادة لا يظهر من الأغراض، إلا تلك التي تتفق مع الصالح العام بمعناه الواسع مستغلا في ذلك سلطته في اختيار أي هدف يتفق من الصالح العام، ومن هنا كانت أهمية الإنحراف التشريعي البالغة في أنه يؤدي إلى كشف الغرض الحقيقي من التشريع ليس فقط، لأن هذا الغرض الحقيقي لا يتفق والصالح العام، ولكن لأن الغرض نظرا لصلته الوثيقة بموضوع أو محل القانون ينطبق عليه ويضحى القانون غير دستوري بعد أن كان في ظاهره صحيحا، لأن القانون أصبح يخالف نصوص الدستور، ولكن هذه المخالفة لم يتسنى اكتشافها إلا بعد التوصل إلى الغرض الحقيقي من التشريع.[2]

ومن هنا نتساءل عن أي منطقة أو مجال يمكن أن يقع فيه الإنحراف التشريعي؟ وللإجابة على ذلك يتجه بعض الفقه إلى أن الإنحراف في استعمال سلطة الإذارة لا يتصور أن يحدث، إلا عندما يكون للإذارة سلطة تقديرية، أما إذا كانت الإدارة محددة فلا يتصور انحراف في استعمالها، ولكن تتصور مجاوزة حدودها فتكون هناك مخالفة للقانون، ونستطيع أن ننقل هذا المبدأ إلى فكرة الإنحراف التشريعي، فنقول أن منطقة هذا الإنحراف هي المنطقة التي يكون فيها للمشرع سلطة تقديرية.[3]

وتأسيسا على ما سبق، إن انحرف المشرع في استعمال السلطة التشريعية "**وهي السلطة التقديرية التي منحها له الدستور**"سعى لتحقيق غاية أخرى غير تلك التي من أجلها منحه الدستور كان مشوبا بالإنحراف التشريعي، وهكذا فإن عيب الإنحراف لا يقوم إلا إذا كان للمشرع سلطة تقديرية في سن القوانين، فإذا كانت سلطة المشرع مقيدة وجاوز المشرع هذه السلطة المقيدة كان التشريع باطلا لمخالفته

[1]-محمد باهي أبوبونس، "القضاء الدستوري"، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية،**2014**،ص. **389**.

[2]- ماجد راغب الحلو، "دستورية القوانين"، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية،**2016**،ص. **315**.

[3]- محمد مصطفى حسن، "المصلحة العامة في القانون والتشريع الإسلامي"، مجلة العلوم الإدارية، السنة **25**، العدد الأول، يونيو**1983**،ص. **9**.

لنص الدستور الذي رسم للمشرع السلطة المحددة، وليس لأنه مشوب بالإنحراف التشريعي، حيث أن الإنحراف –كما سبق القول- لا يوجد إلا حيث تكون سلطة المشرع سلطة تقديرية.[1]

وإيضاحا لما سبق، إن تحديد طبيعة سلطة المشرع في ممارسة اختصاصه التشريعي، يتراوح بين سلطة منعدمة وأخرى مقيدة وثالثة تقديرية، فالأولى تحدد في مجالات يمتنع على المشرع اعتبارها تقيدا، فإن تدخل بتنظيمها فلا يعد فعله ترديدا لما صاغه المشرع الدستوري من أحكام لها، أما الثانية هي السلطة المقيدة للمشرع، فتعكسها النصوص الدستورية التي تعنى بالتنظيم، إذ تفرض عليه طائفة من القيود لابد أن تلتزمها، أما عن الثالثة وهي السلطة التقديرية، فأساسها النصوص الدستورية تعهد للمشرع بالتنظيم دون أن تلزمه بأي قيد يمكن أن ينال من سلطته في شأن ما ينظمه.[2]

إن السلطة التقديرية في المجال التشريع تعني حرية المفاضلة بين البدائل أو خيارات موضوعية بالنسبة للتنظيم التشريعي الذي يهدف إليه، دون أن تفرض الدستور عليه طرق بذاته يجب عليه إتباعها، أو توجيها محددا يتعين التزامه، فالبرلمان يحوز السلطة التقديرية عندما تكون له حرية تنظيم موضوع ما واختيار البدائل المطروحة بحسبانه ممثلا للشعب، وهناك من عرف السلطة التقديرية للمشرع بأنها حرية المشرع في المفاضلة وفق أسس منطقية بين البدائل تتزاحم جميعا على تقدم حلول مختلفة في الموضوع الواحد، وتدور جميعا في إطار المصلحة العامة ليختار من بينها أقلها تقيدا للحقوق التي ينظمها وأعمقها اتصالا بالأغراض التي تستهدفها، وهنا من عرف أنها تعني حرية المشرع في التقدير والاختيار بين عدة بدائل كلها مشروعة ومتفقة مع النصوص الدستور ومبادئه وروحه.[3]

فالإنحراف يوجد حيث توجد السلطة التقديرية، وإذا كان الأصل بالنسبة للإدارة هو القيد والتقدير هو الإستثناء، فإن العكس هو الصحيح بالنسبة للسلطة التشريعية، فالأصل في عملها هو التقدير، أما الحالات التي تكون فيها مقيدة في استثناء وفي حدود ضيقة،[4] ،وهكذا يتضح أن المشرع يتمتع بسلطة تقديرية، ولكنه إذا استعمل هذه السلطة لتحقيق غأية أخرى غير تلك التي من أجلها منحه الدستور هذه السلطة، كالإضرار بفرد معين بذات، فإنه يكون قد انحرف في استعمال السلطة التشريعية ذلك العيب الذي لا يوجد إلا حيث تكون سلطة المشرع التقديرية.[5]

---

[1]- سامي جمال الدين، "أصول القانون الإداري"، منشأة المعارف، الإسكندرية،**2004**، ص. **15**.

[2]-محمد ماهر أبوالعنين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته م س،ص. **313**.

[3]-عبد الرزاق السنهوري، مخالفة التشريع للدستوروالانحراف في استعمال السلطة التشريعية م س،ص. **25**.

[4]-عبد المنعم عبد الحميد إبراهيم شرف،م س،ص. **138**.

[5]-وعلى سبيل المثال المادة **15** من دستورجمهورية مصر العربية العام **2014**،حيث ذكر فيه "الإضراب السلمي حق ينظمه القانون".

2- خصائص الإنحراف التشريعي:

يتميز الإنحراف التشريعي بعدة خصائص تميزه عن سائر العيوب الدستورية الأخرى التي قد تلحق أو تصيب بالتشريع كعيب الإختصاص والشكل والمحل، والمعلوم أن من أهم خصائص الإنحراف التشريعي أنه عيب خفي، احتياطي، ثم أنه عيب قصدي.

أ- الإنحراف التشريعي عيب قصدي:

خلافا لسائر العيوب التي قد تنسب لنصوص القانون، لا يكون عيب الإنحراف التشريعي إلا عيبا قصديا، فعندما يخالف المشرع قاعدة موضوعية من قواعد الدستور، فإن هذه المخالفة أو تلك لا تنم بالضرورة عن اتجاه إرادة المشرع لارتكاب تلك المخالفات، فقد يقع في المخالفة عمدا أو تحدث المخالفة رغما عنه كالخطأ في فهم قواعد الدستور أو عدم وضوح قواعده، وتنظر جهة الرقابة لتلك المخالفات سواء وقع فيها المشرع عمدا أو عرضا.[1]

إن الطابع القصدي لعيب الإنحراف التشريعي يتعلق بانصراف قصدها وتعدمها لتحقيق غأية أخرى غير تلك التي كان يجب عليها السعي إلى تحقيقها، فالمشرع في عيب الإنحراف التشريعي يعمد إلى تحقيق غأية أخرى غير تلك التي من أجلها منحه الدستور، فعنصر القصد هو ما يميز الإنحراف التشريعي عن عيب التشريع الأخرى، وهذا القصد يجب إقامة الدليل عليه، لأنه لا يفترض، بل يجب إثبات أن المشرع قد تعمد تحقيق غأية أخرى غير تلك التي كانت يجب عليه استهدافها.[2]

ب - عيب الإنحراف التشريعي عيب خفي ومستتر:

عندما تتجه إرادة المشرع إلى إقرار قانون ما، فإنه يعلن الأسباب التي دفعته لإقرار هذا القانون، غالبا ما يكون ذلك من خلال المذكرة الإيضاحية للقانون ودائما ما تكون الأهداف المعلنة للتشريع تبتغي وجه المصلحة العامة ويتحقق بها هدف مشروع، لكن البحث عن النية الحقيقية للمشرع وكشف الغاية الحقيقية للقانون يتضح الغرض الذي أضمره وأراد تحقيقه من وراء تدخله، فإذا كانت النية الحقيقية تتفق مع الهدف المعلن وتوافق مقاصد الدستور، كان التشريع سليما في غايته مبرأ من عيب الإنحراف بالسلطة، أما إذا كانت النية الحقيقية للمشرع تختلف عن الغرض المعلن وتهدف إلى تحقيق أغراض ذاتية كتطبيق القانون على حالة معينة بالذات، كان المشرع متجاوزا إطار سلطته منحرفا به.[3]

---

[1]-محمد باهي أبويونس، م س،ص. **358**.

[2]-رمزي الشاعر، "القضاء الدستوري في مملكة البحرين"، دون ذكر للناشر، **2003**، ص. **487**.

[3]-عوض المر، "الرقابة القضائية علة دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية"، مركز زينية، جان دبوي للقانون والتنمية، دون ذكر السنة، ص. **1390**.

إن عيب الإنحراف التشريعي تكمن خطوته في أنه عيب خفي، حيث أن السلطة التشريعية تحرص غالبا عدم مخالفة ظاهرة صريحة فالتشريع المخالف لروح الدستور، وإنما يستتر فيه المشرع لإنتهاك حرمة الدستور.[1]

وبناء على ما سبق، فإن عيب الإنحراف التشريعي يتميز عن العيوب الأخرى بأنه عيب خفي ومن هنا كانت صعوبة الكشف عنه، والذي يتطلب ليس فقط الوقوف عند ظاهر النص، وإنما البحث عن الغرض الحقيقي من وراء إصدار المشرع للقانون، وذلك لأن التشريع المشوب بعيب الإنحراف سليم في ظاهره، بحيث أننا لو وقفنا عند هذا الظاهر لكان التشريع غير مخالف للدستور وهذا القول يأباه المنطق القانوني السليم والهدف من الرقابة على دستورية القوانين، وذلك فإن البحث عن وجود الإنحراف التشريعي، إنما يحقق الغرض من الرقابة الدستورية القوانين، بحيث أننا إذا تركنا المشرع يسن القوانين، التي تبدوسليمة في ظاهرها فاسدة في باطنها، فإننا بذلك نترك المجال واسعا له لإصدار ما يشاء من التشريعات التي تنتهك الحريات بل تنقص منها، وهذا ما لا يجب ولذلك فإن البحث عن وجود الإنحراف التشريعي إنما هو البحث عن أخطر العيوب التي تصيب التشريع.[2]

ج - عيب الإنحراف عيب احتياطي:

إن من أهم الخصائص التي تميز عيب الإنحراف التشريعي عن غيره من العيوب الدستورية أنه عيب احتياطي، وهذه الخاصية إنما هي نتيجة، إذ لا يمكن أن يلجأ إليه القاضي إلا عند خلوالقانون من سائر العيوب بحيث لوأنه لوكان عيب الإنحراف عيبا ظاهرا كسائر العيوب لما كان عيبا احتياطيا.[3]، وإن إبطال تشريع معين لهذه المخالفة لا يعني بالضرورة أن السلطة التشريعية غير أمينة على مسؤوليتها، بل ربما كان وقوعها في هذه المخالفة بعد بحث معمق منها للنصوص الدستورية، ومقابلة بينها وبين نص التشريع الذي أقرته.

ثانيا: معيار الإنحراف التشريعي:

يتعلق الامر بمعياريين الاول موضوعي و الثاني ذاتي :

[1]- سامي جمال الدين، "القانون الدستوري والشرعية الدستورية على ضوء قضاء المحكمة الدستورية العليا"، ط**2**، منشأة المعارف، الإسكندرية، **2005**، ص. **128**.

[2]-عبد العزيز محمد سالمان، "رقابة دستورية القوانين"، دار الفكر العربي، نصر، ط**1**، **1995**، ص. **90**.

[3]-محمد باهي أبويونس، م س،ص. **399**.

1- المعيار الموضوعي للانحراف التشريعي:

يتجه بعض الفقه إلى القول أن اتخاذ معيار موضوعي محض بالنسبة للإنحراف التشريعي يبرره أمران.[1]

أولا: إن الواجب هو أن نفرض في الهيئة التشريعية وهي تعلوفي النزاهة والتجرد عن الفرد وهو يباشر حقوقه الخاصة وعن رجل الإدارة وهو يمارس سلطته الإدارية، أنها لا تصدر في جميع تشريعاتها إلا عن المصلحة العامة، لاسيما أنها هيئة مشكلة من عدد كبير من الأعضاء يصعب تواطؤهم على الباطل، وهي هيئة تنوب عن الأمة فيفرض فيها التجنب عن الأغراض الذاتية.

ثانيا: أن الأولى في نظرية الإنحراف في استعمال السلطة التشريعية، اتخاذ معيار موضوعي ثابت ومستقر، لا نخطئ في فهم معناه ولا نختلف في تفسيره في حاجة إليه، بل لاشك في أن حاجته إليها تزيد كثيرا عن حاجة التصرف المدني في نظرية التعسف في استعمال الحق، وعن الحاجة إلى القرار الإداري في نظرية الإنحراف في استعمال السلطة الإدارية.

وكما أنه حتى لوأصدر البرلمان قانونا وكان قصده من وراء هذا التشريع هو أن يضر أو يفيد بعض الأفراد أو بعض الهيئات- ويقع ذلك في بعض الأحيان- فإن البرلمان يحرص دائما على إلباس هذا القانون ثوبا ذلك من المصلحة العامة، كما أنه لا يذكر لهذا التشريع من الأسباب، إلا ما يمت لهذه المصلحة.

واتجه الرأي في الفقه،[2] من المؤيدين للمعيار الموضوعي إلى القول أن عيب الإنحراف التشريعي لا يتحدد وفقا للمعيار الذاتي، بل على ضوء معيار موضوعي، يستمد من دلائل مادية تكشف عن هذا الإنحراف وتتمثل بصفته الأساسية جميع الوثائق التي تواكب إعداد التشريع المطعون بعدم دستوريته للإنحراف التشريعي، أو صاحبت إصداره كتقارير اللجان البرلمانية التي تبين الأسس التي يقوم عليها مشروع القانون المعروض، ومبرراته الواقعية والقانونية، والأغراض التي تستهدفها والوسائل التي يتخذها في تحقيقها، كالمذكرة الأيضاحية التي ترافق القانون بعد إقراره من السلطة التشريعية، وتقدير هذه الدلائل بيد المحكمة الدستورية التي ينبغي أن تقيمها باعتبارها متساندة ومتكاملة، ولا تنظر لوثيقة منها منفصلة عن غيرها، أو منعزلة عن سياقها مستلهمة في ذلك فهمها لفكرة المصلحة العامة، والإلتزام بتحريها حتى تسلم النصوص القانونية من شائبة الإنحرافات التي يتعين أن تتجرد من التشريعات جميعا باعتبار أن المصلحة العامة يجب دائما أن تكون رائدها وهدفها.[3]

[1]-عبد الرزاق السنهوري، مخالفة التشريع للدستور والإنحراف في استعمال السلطة التشريعية، م.س،ص. **66**.

[2]-محمد ماهر أبوالعنين، م س، ص. **231**.

[3]-عبد المنعم عبد الحميد إبراهيم شرف، م.س،ص. **209**.

وإلتزام المحكمة الدستورية بمعيار موضوعي في تطبيق فكرة الإنحراف وكذلك في تحديد ضوابط هذه الفكرة وإطارها –أمر حتمي- إذ يستحيل على هذه المحكمة، بل ولا يجوز لها أن تتقصى النوايا الذاتية لأعضاء السلطة التشريعية وذلك لأمرين:

الأمر الأول:

أن المحكمة الدستورية لا تجري تحقيقا في شأن يتعلق بعمل السلطة التشريعية، ولكن مهمتها الأساس التي أولها الدستور أياها تقتصر على فرض رقابتها القضائية على دستورية القوانين وفق ضوابط موضوعية لا تنحرف بالمحكمة عن مهمتها الأصلية، التي عبر عنها أحد رؤسائها بقوله" **إن للرقابة القضائية التي تمارسها المحكمة على دستورية القوانين واللوائح حدودا لا يجوز تجاوزها وأنها لا تقتحم منطقة تباشر فيها السلطتين التشريعية والتنفيذية اختصاصاتها التشريعية التقديرية، ولا تستهدف مزاحمة أيهما غي ولأيتها الدستورية، أو الانتقاص منها، انما الأمر في هذه الرقابة مرده إلى القيود التي فرضها الدستور أو الحقوق التي كفلها باعتبار أن هذه القيود، وتلك الحقوق هي محل الرقابة القضائية ومنطقها، تلك الرقابة التي تباشرها هذه المحكمة أمينة على مسؤوليتها متفهمة لمراميها، مقيدة بضوابطها مستجيبة لمتطلباتها**".[1]

الأمر الثاني:

إن القرينة الدستورية تفترض تطابق النصوص التشريعية مع أحكام الدستور، بل أنه يمكننا القول أن كل قرينة ممكنة ينبغي أن تكون لصالح التشريع المطعون فيه ما لم تنقض هذه القرينة بدليل قطعي بذاته نافيا –على وجه الجزم- لدستورية المحكمة ولأيتها بطريقة غير مسؤولة، تنزلق معها للأمة إلى تحري الأغراض الشخصية للسلطة التشريعية التي تفترض تمثيلها للأمة في مجموعها، بل أن تلك المهمة وهي أعمال المعايير الذاتية في شأن عيب الإنحراف التشريعي يستحيل تطبيقها عملا، ذلك أن عملية قرار القوانين تسبقها وتعاصرها مراحل معقدة يستحيل معها القطع بالنوأيا الذاتية التي تؤثم تشريعا بذاته.[2]

2- المعيار الذاتي للانحراف التشريعي:

اعتبر بعض الفقه أن معيار الإنحراف التشريعي هو معيار ذاتي، لأن السلطة التشريعية تحت ستار المصلحة العامة والذي شبهه بعض الفقه بأنه غرفة مظلمة لا أحد يعرف أن تبدأ وأين تنتهي إلى إصدار التشريع في صورة عامة ومجردة إلى الإضرار بفرد أو فئة معينة بذاتها، فلا يمكن الكشف عن الغرض

[1]-عبدالرزاق السنهوري، مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية، م.س،ص. **68**.

[2]-عادل عمر شريف، م س، ص. **374**

الحقيقي للسلطة التشريعية إلا من خلال البحث عن النوايا والأغراض الحقيقية والنفسية من التشريع، مما يجعل هذا المعيار هو معيارا ذاتيا.[1]

و أنه عندما يمارس البرلمان سلطته التشريعية، فالحكومة مطالبة لإثبات هذا الإنحراف ليتسنى القول بأن التشريع الذي صادق عليه البرلمان باطل، مما سيحول دون إصداره وفقا لما هو مرسوم له في الدستور والقوانين التنظيمية والنظاميين الداخليين للبرلمان. [2]

ولقد حدد المشرع المغربي من خلال المواد 78-86 مسطرة ممارسة التشريع بشكلها العام، لكن ميز بين نوعين من القوانين، القانون التنظيمي والعادي مع العلم أن القوانين التنظيمية باعتبارها مكملة للدستور أحاطها المشرع بمجموعة من الإجراءات، حتى لا تكون محل طعن أو عدم القبول من المحكمة الدستورية، لأنه لا يصدر الأمر بتنفيذ القوانين التنظيمية إلا بعد المصادقة عليها من طرفها "المحكمة الدستورية" ناهيك عن أن الحجم الزمني الذي يستغرقه تشريع نص قانوني يتطلب ثمان عشر مرحلة متكاملة.

كما أنه لابد من تفعيل مبدأ الانسجام التشريعي بحيث لا يجوز للبرلمان في نفس الوقت التصديق على قانوني يتضمن مقتضيات متعارضة يستحيل معها تطبيقها.

إن أو جه مخالفة القانون للدستور اقتبسها فقهاء القانون من أو جه عدم مشروعية القرارات الإدارية، وسبب الإقتباس مرده أنه في نطاق الرقابة الدستورية نرتد في الجوهر والأساس إلى مبدأ المشروعية في معناه الواسع الذي يتطلب احترام كافة السلطات العامة في الدولة للقواعد القانونية التي تتضمنها المشروعية وسيادة القانون.

فالوظيفة التشريعية تكمن في وضع قواعد قانونية تقدر فيها الوقائع السياسية والإجتماعية والاقتصادية، فلابد للمشرع تحديد القيمة الإجتماعية التي يراد تحقيها من خلال القاعدة القانونية المشرعة فبحصر المشرع الدستوري للقواعد الموضوعية خصوصا تلك المتعلقة بالحقوق والحريات، يكون على المشرع ضرورة التقيد والإلتزام بما يورده الدستور من قواعد مطلقة لا يمكن تقييدها إلى جانب بعض الحقوق التي لا يملك مشرع القانون تجاهها سوى حق تنظيمها، بقصد تمكين الأفراد من ممارستها، لذلك لا يجوز أن يناهضها أو ينتقض منها وهو في مجال تنظيمها لأن عمله سيكون مشوبا بالإنحراف. [3]

---

[1]- علي السيد الباز، "الرقابة الدستورية على القو انين في مصر مع المقارنة بالأنظمة الدستورية الأجنبية"، رسالة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، **1989**، ص. **469**.

[2]- مصطفى بنشريف، "التشريع ونظم الرقابة على دستورية القو انين"، منشورات الزمن، العدد**1**،سنة**2015**، ص. **44**.

[3]- نجيب سحر محمد، "التنظيم الدستوري لضمانات حقوق الإنسان وحرياته – دراسة مقارنة في بعض الدساتير العربية"، دار الكتب القانونية مصر **2011**، ص. **217**.

إن السلطة التشريعية في إطار ممارسة اختصاصاتها تحت ستار المصلحة العامة قد تصدر تشريعا في صورة عامة ومجردة وينتج عن ذلك ضرر بفئة بذاتها أو فرد معين، مما يطرح التساؤل حول إمكانية مسائلة الدولة عن الأخطاء التشريعية؟

الفقرة الثالثة: مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة التشريعية

الأصل في السلطة التشريعية،[1] عند تنظيم حقوق الأفراد وحرياتهم أنها سلطة تقديرية، إلا أن هذا لا يعني إطلاق هذه السلطة في سن القوانين دون التقيد بالحدود والضوابط التي نص عليها الدستور، فإذا كان إلى عهد قريب لا يمكن مساءلة الدولة عن أعمال التشريع تأسيسا كون سن القوانين يعد من أسمى مبادئ سيادة الدولة وكذا على ضرورة احترام مبدأ الفصل بين السلط، فإنه أمام تعاظم تدخل الدولة في شتى المجالات، وأمام ظاهرة التضخم التشريعي كل ذلك عمل على إقرار مسؤولية الدولة عن الإعطاب التشريعية، وإذا كان المشرع المغربي لم يفرد نص خاص حول مسؤولية الدولة عن سن القوانين،[2] مما جعل النقاش يثار حول مدى إمكانية مساءلة الدولة عن سن القوانين من عدمه عند صياغتها للنصوص القانونية .

أولا: عدم مسؤولية الدولة عن القوانين :

يستند التوجه الذي يقر بعدم إمكانية مساءلة الدولة عن أعمالها التشريعية على حجج متعددة أهمها :

أ- نظرية سيادة الدولة:

بما أن السلطة التشريعية تمثل سيادة الأمة، فيجب ألا تسأل عما تصدره من تشريعات، فالتشريع يمثل السيادة في المجتمع، فضلا عن أن السماح بمبدأ المسؤولية عن القوانين يشل يد المشرع، فحسب روسو فإن السيادة لا تتجزأ ولا يمكن التنازل عنها غير أن هذا المفهوم لم يعد مقبولا – في الوقت الحالي – بحيث أن الدولة أصبحت مقيدة وتمتعها بالسيادة لا يتعارض مع إمكانية مساءلتها، بل من المفروض باعتبارها كذلك "صاحبة السيادة" أن تكون قدوة.[3]

---

[1]- أن الوظيفة التشريعية قد تميزت في المغرب منذ دستور **1962** والى حدود إقرار دستور **2011** بأنها مبادرة بين الملك والبرلمان والحكومة , وان دستور **2011** وسع من نطاق المبادرة التشريعية ولأول مرة حق المعارضة المشاركة الفعلية في مسطرة التشريع (الفصل العاشر الفقرة **5** من الدستور) وكذا التنصيص على أحقية المواطنات والمواطنين في تقديم ملتمسات في مجال التشريع (الفصل **14** من الدستور).

[2]-باستثناء مقتضيات الفصلين **79** و**80** من قانون الإلتزامات والعقود المغربي المؤسسين لمسؤولية الدولة التقصيرية ومسؤولية موظفيها حيث ينص الفصل **79** من ق.ل.ع.م (الدولة والبلديات مسؤولية عن الأضرار الناتجة مباشرة عن تسيير إدارتها وعن الأخطاء المصلحية لمستخدميها) وينص الفصل **80** من نفس القانون على (مستخدموالدولة والبلديات مسؤولون شخصيا عن الأضرار الناتجة عن تدليسهم أوعن الأخطاء الجسيمة الو اقعة منهم في أداء وظائفهم).

[3]- مليكة الصاروخ، "القانون الإداري دراسة مقارنة"، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، الطبعة الأولى، سنة **1990**، ص.**448**.

ب- مبدأ الفصل بين السلط:

شكل هذا المبدأ أساسا للدفع بعدم مسؤولية الدولة عن القوانين، فتقرير اختصاص القضاء الإداري في البث في مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة التشريعية من شأنه المساس بجوهر العملية التشريعية، وبالنتيجة الإخلال بمبدأ الفصل بين السلط. ومن مؤيدي هذا التوجه الفقيه أيسمان EISEMMANN الذي أكد على أن السلطة القضائية منفصلة عن السلطة التشريعية ولا يحق لها إيقاف أعمال هذه السلطة أو عرقلتها.[1]

غير أن هذه الفكرة يمكن الرد عليها. فمبدأ الفصل بين السلط لا يعني أن الدولة وبصفة عامة ستكون متحررة من إلتزامها بتعويض الضرر اللاحق بالغير سببه المشرع بموجب قانون. كما أن السلطة القضائية أثناء بثها في المسؤولية الدولة عن القوانين، لا تتدخل في أعمال السلطة التشريعية فهي لا تقيم النشاط التشريعي، بل تدرس نتائج قانون صادر من لدن الدولة والضرر الذي ألحقه بالضحية.

كما قد تقوم فكرة عدم مسؤولية الدولة عن التشريعات على انتفاء صفة الخصوصية التي يجب أن تتوافر في الضرر حتى يمكن طلب التعويض عنه، وذلك لأن القوانين تضع قواعد عامة مجردة، وهذه الحجة ليست صحيحة من الناحية العملية، لأن بعض قواعد القوانين يقتصر ضررها على عدد قليل من الأفراد، مثال ذلك القانون الذي يحرم صناعة من الصناعات أو يجعل حكرا للدولة.

في حين يذهب البعض إلى القول بأن عدم مسؤولية السلطة التشريعية مستمدة من عدم مسؤولية أعضاء هذه السلطة، فالدساتير تقرر عدم مسؤولية الأعضاء ضمانا لاستقلالهم فيما يبدونه من آراء، وإذا كان لا يمكن مؤاخذة الجزء، فإنه لا يمكن مساءلة المجموع، وهذه الحجة بالرغم من قوتها ظاهريا، الا أنها غير مقنعة موضوعيا، لأن إسناد المسؤولية لعضو البرلمان كفرد ليست متوافرة في البرلمان كمجموعة، كما أن عدم مسؤولية الأعضاء فيما يعلنونه من آراء وأفكار مقررة بالنصوص صراحة وليس هناك نصوص فيما يتعلق بعدم المسؤولية عن القوانين الصادرة عن السلطة التشريعية.

يقول البعض أن أساس المسؤولية هو الخطأ ولا يمكن تصور وقوع السلطة التشريعية في أخطاء، لأنهاهي التي تحدد -عن طريق القواعد الحقوقية العامة والمجردة- الخطأ والصواب، ولكن الواقع أن الخطأ ليس هو الأساس الوحيد للمسؤولية، كما أنه لا يمكن تنزيه المشرع بصورة دائمة عن الوقوع في الخطأ، وهذا ما دفع الكثير من الدول إلى إنشاء مؤسسات حقوقية مهمتها رقابة مسؤولية القوانين.

يدعي البعض أن إجازة التعويض عن الأضرار التي تسببها القوانين يثبط من عزيمة المشرع في المضي بطريق الإصلاح، وهذا الادعاء يمكن دحضه باعتبار أن الضرر الذي يعوض عنه هو الضرر الخاص الذي

[1] - CH. Eisemmann ; l'esprit des lois et la séparation des pouvoirs ; Mélanges carré de malberg ; 1933 ;p163.

يصيب عددا من الأشخاص وقيمة التعويض في هذه الحالة لا تكون كبيرة لدرجة تؤدي إلى تثبيط همة المشرع، مما يثور معه هل من الممكن مساءلة الدولة عن اعمالها التشريعية .؟

ثانيا: مسؤولية الدولة عن سن القوانين:

إن ظهور نظرية المسؤولية بدون خطأ كأساس قانوني للمسؤولية حل إشكال إقامة مسؤولية الدولة عن الأضرار التي تترتب عن القوانين التي تصدرها، وبالتالي لم يعد التردد طبع موضوع تقرير مسؤولية الدولة عن تسيير مرافقها متى تبين أن هناك ضرر أصاب الغير.[1]

وبعد إقرار مسؤولية الدولة عن القوانين حاو ل الفقه استخلاص أسس هذه المسؤولية، حيث ذهب بعض الفقه joss و hourio إلى اعتبار نظرية الإثراء بلا سبب كأساس لمسؤولية الدولة عن القوانين حيث يرى الفقيه HOURIO أن المسؤولية تقوم في حالة وجود قانون يتضمن احتكار الدولة لنشاط ما يثريها بلا سبب[2].

غير أن الفقيه DUEZ يعتبر نظرية الإثراء بلا سبب ليس لها دور أساسي في قيام المسؤولية بل تلعب دور مساعد فقط، فاعتبر الإثراء بلا سبب كأساس لقيام مسؤولية الدولة سيؤدي إلى حصر هذه المسؤولية في القوانين التي تهم المجال الاقتصادي[3].

أما الأستاذ DELVOLVE فقد اعتبر مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة هو الأساس الوحيد لمسؤولية الدولة عن القوانين، وهو ما أكده القضاء الفرنسي في قضية "لافلوريت" حيث علل موقفه بأنه لا يوجد في النص القانوني ولا في الأعمال التحضيرية الخاصة به أو في ظروف القضية ما يسمح بالقول أن المشرع قصد تحميل المدعية عبئا غير عادي، إذ من المفروض أن هذا العبء يتحمله الجميع وعلى قدر المساواة. ويستند هذا المبدأ إلى فكرة مفادها أنه لم يعد مسموحا أن يتحمل بعض الأفراد وحدهم تبعات الأضرار التي تسببها أنشطة السلطات بغية تحقيق المصلحة العامة[4].

---

[1]- يعد القرار الصادر عن مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ **14-01-1938** في قضية **la fleurette** بقيام مسؤولية الدولة عن القوانين التي تصدرها والذي جاء فيه (لا يوجد في النص القانوني ولا في الأعمال التحضيرية الخاصة به أوفي ظروف القضية ما يسمح بالقول أن المشرع قصد تحميل المدعية عبئا غيرعادي , إذ من المفروض أن هذا العبء يتحمله الجميع وعلى قدرالمساواة .

[2] - صوفيان شعبان، نطاق مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة التشريعية، مجلة العلوم السياسية والقانون، العدد **24**، المجلد**04**، أكتوبر **2020**، المركزالديمقراطي العربي، برلين، ص**255**.

[3] **DUEZ, La Responsabilité de la puissance public, thèses, Nouvelle Edition Dalloz, Paris, 1938, p87.**

[4] - زكرياء خليل، "مسؤولية الدولة عن أعمال التشريع بين المقتضيات القانونية والاجتهاد القضائي دراسة في فرنسا والمغرب"، ملحق خاص – العدد (**2** – (الجزء الثاني – صفر/ ربيع الأول **1439**هـ- نوفمبر **2017** م **400** أبحاث المؤتمرالسنوي الرابع – «القانون أداة للإصلاح والتطوير»- **9 / 10** مايو**2017**م،ص**381** .

في حين ذهب فريق أخر إلى إقرار المسؤولية اعتمإذا عن القوانين التي تخرق الإتفاقيات والمعاهذات الدولية لاسيما المعاهذات التي تبرمها الدولة مع مجموعة الاتحاد الأو روبي، حيث أكد القضاء الفرنسي عند النظر في قضية Gardedieu [1] على مسؤولية الدولة عن القوانين في الحالة التي تكون مخالفة لمقتضيات الإتفاقيات الدولية التي صادقت عليها فرنسا، وقضت بتعويض على الضرر الذي سببه القانون المعارض للاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان،[2]أما فيما يخص الجهة القضائية المختصة للبث في هذا النوع من القضأيا، فقد أقرت محكمة التنازع بموجب قرارها الصادر في 31-03-2008 بأن القضايا المتعلقة بمسؤولية الدولة عن القوانين تدخل في صميم المحاكم الإدارية الفرنسية[3].

وقد شكل قرار مجلس الدولة الفرنسي قي قضية GARDEDIEU نقطة تحول في موقف القضاء من مسألة مسؤولية الدولة عن الأضرار التي تسببها القوانين، ولإقرار مسؤولية الدولة عن أعمال التشريع لابد من شروط يمكن إجمالها فيما يلي:

1- عدم إقرار أي تعويض:

يعد التعويض المكانة القانونية التي من خلالها يمكن إلزام الدولة والإذارات التابعة لها إذاء مبلغ معين أو القيام بعمل أو الإمتناع عن عمل نتيجة ضرر صادر عن جهة إذارية، فحكم القضاء يدور مع إرادة المشرع وجودا وعدما، حيث إذا ما قرر تعويضا، فالقضاء ملزم بالإستجابة لذلك في حدود القانون ارتباطا بتعليل خطأ الإذارة، لكن سكوت المشرع لا يمكن تفسيره على أساس رفضه التعويض، بل يمكن للقضاء إقرار التعويض على أساس مبدأ مساواة المواطنين في تحمل التكاليف والأعباء العامة. وهو ما أكده القضاء

[1] - **GARDEDIEU هو مواطن فرنسي كان منخرطا في صندوق التقاعد المستقل لجراحي الأسنان، وبتاريخ 27-02-1985 صدر مرسوم يقر بزيادة مبلغ الاشتراك الأدنى الإجباري لمنتسبي الصندوق، غير أن GARDEDIEU اعتبر أن هذه الزيادة غير قانونية، وهكذا استمر في دفع قسط الاشتراك القديم. وفي سنة 1994 قضت المحكمة بعدم قانونية هذا المرسوم لأنه لم يحظى بمو افقة أغلبية المشتركين خرقا لأحكام قانون التأمين الإجتماعي، غير أنه بتاريخ 25-07-1994 صدر قانون متعلق بالتأمين الإجتماعي والذي نص على سريان الاشتراكات المحدد في قانون 27-02-1985. وعلى إثر هذا القانون قضت محكمة شؤون التأمين الإجتماعي بإلزام السيد GARDEDIEU بأداء مبلغ الفرق في الاشتراكات الواجبة عليه. ثم قام GARDEDIEU برفع دعوى التعويض ضد الدولة عن الضرر الذي أصابه من القانون. وبعد رفع القضية إلى مجلس الدولة أكد هذا الأخير مسؤولية الدولة بسبب تطبيق قانون مخالف للاتفاقيات الدولية.**

_CE, Ass., 8 fév. 2007, Gardedieu, n° 279522, Lebon p. 78, concl. L. Derepas.

François Gilbert, le conseil d'Etat consacre la responsabilité de l'Etat du fait des lois contraires aux engagements internationaux. www.blogdroitadministratif.net, le 22/03/2017 à 00h14. Jean Sirinelli, Responsabilité Pour Faute Du Fait Des Lois ?

[2] François Gilbert, le conseil d'Etat consacre la responsabilité de l'Etat du fait des lois contraires aux engagements internationaux. www.blogdroitadministratif.net, le 22/03/2017 à 00h14. Jean Sirinelli, Responsabilité Pour Faute Du Fait Des Lois ?

[3] T. confl., 31 mars 2008, n° 3631, Société Boiron c/ Direction générale des douanes et droits indirects, au Lebon 553 ; RJEP août-sept. 2008, p. 18, note M. Collet.

في قضية LA FLEURETTE،[1] حيث صدر قرار بتاريخ 14-01-1938 يمنح الشركة تعويض عن الضرر غير العادي الذي أصابها جراء قانون 09-06-1934، وقد علل القضاء موقفه هذا بكون أنه لا يوجد في النص القانوني ولا في الأعمال التحضيرية الخاصة به أو في ظروف القضية ما يشير إلى أن المشرع قصد تحميل المدعية الأعباء التي أنشأها هذا القانون[2].

2- وجود مصلحة مشروعة:

إن اشتراط المصلحة في الدعوى تنزيها لساحة القضاء عن العبث وتوفيرا لوقته وجهده وبحثا عن جدية الدعوى وسدا لباب الدعاو ى الكيدية، وعدم خروجها عن الغاية التي رسمها القانون، وهي كونها وسيلة لحماية الحق أو المركز، لذلك يشترط الحكم بالتعويض أن تكون المصلحة التي يحميها القانون مشروعة أي يشترط، ان تكون جديرة بالحماية القانونية، ومن تم إذا كانت هذه المصلحة غير مشروعة فلا يمكن الحكم بالتعويض، ويوجد إجماع فقهي وقضائي حول ضرورة أن تكون المصلحة قانونية، فالمصلحة التي يعتد بها هي المصلحة القانونية فيكون الغرض من الدعوى أو الطلب أو الدفع حماية هذا الحق المشروع.

وهكذا رفض القضاء الفرنسي تعويض شركة GRANDE PECHE رغم الضرر الذي أصابها جراء قانون 9 أبريل 1935 بسبب عدم مشروعية المصلحة. حيث كانت الشركة تقوم بتهريب المشروبات الكحولية إلى الولأيات المتحدة الأمريكية، إلا أنه بصدور قانون 9 أبريل 1935 المنظم لعملية تصدير المشروبات الكحولية، لم يعد بإمكان الشركة تهريب منتوجها إلى الولايات المتحدة الأمريكية.[3]

---

[1] - و تتخلص وقائع هذه القضية في أن المشرع الفرنسي أصدر في **29** يونيه **1934** قانون يحرم صناعة الكريمة إلا من اللبن الخالص و ذلك لحماية منتجات الألبان و القائمين عليها، و قد ترتب على صدور هذا القانون أن اضطرت شركة لافلرويت إلى وقف إنتاجها، حيث كانت تنتج نوعا من الكريمة الصناعية يطلق عليها اسم الجوادين **La gradine**، يتكون من خليط الحليب و صفائر البيض و زيت الفول السوداني، مما أصاب الشركة بخسارة جسيمة، رفعت الشركة دعوى للمطالبة بالتعويض، و في تقريره المقدم، انتهى مفوض الحكومة إلى ضرورة رفض الدعوى، و ذلك استنادا إلى مسلك مجلس الدولة السابق المستقر على أن سكوت المشرع عن تقرير التعويض يعد قرينة على إرادة المشرع في رفض التعويض، غير أن المجلس لم يأخذ بوجهة نظر مفوض الحكومة، و خرج على ما استقر عليه، بأداء بذلك عهدا جديدا أن سكوت المشرع لا يعني بالضرورة رفض التعويض، و قد أقام المجلس حكمه على أساس مبدأ المساواة أمام التكاليف العامة، لأن النشاط الذي كانت تزاوله الشركة كشروع و لم يكن ضارا بالصحة العامة و أنه ليس في نصوص القانون و لا في الأعمال التحضيرية و لا في ظروف الدعوى و لا في ظروف الحال ما يستفاد منه أن المشرع أراد تحميل الشركة بعبء غير عادي، و أن هذا العبء قد تقرر لصالح العام، فمن الواجب أن تتحمله الجماعة، فإذا كان المشرع قد رأى أن منع ذلك النشاط الدولة الصادر في **21** يناير **1944** في قضية **Caucheteux et Desmont** و الذي قضى فيه بتعويض إحدى الشركات بالرغم من سكوت المشرع عن الأضرار التي أصابتها من جراء صدور قانون يمنع استعمال الجلوكوز في صناعة البيرة.

[2] **Marceau Long, Prosper Weil, Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, 18e édition 2011, p312.**

[3] زكرياء خليل، "مسؤولية الدولة عن أعمال التشريع بين المقتضيات القانونية والاجتهاد القضائي دراسة في فرنسا والمغرب"، ملحق خاص – العدد (**2** – (الجزء الثاني – صفر/ ربيع الأول **1439**هـ - نوفمبر **2017** م **400** أبحاث المؤتمر السنوي الر ابع – «القانون أداة للإصلاح والتطوير»- **9 / 10** مايو **2017**، ص. **42**.

CE 14 janv. 1938, Compagnie Générale De Grande Pêche, Précité: Exportation Frauduleuse D'alcool - Lebon 23 ; S. 1938.3.25, note Laroque ; D. 1938.3.41, note Rolland.

3-أن يكون الضرر مباشر ومحقق:

إن الضرر الذي يعتد به هو الضرر الشخصي المباشر والمحقق بمعنى أنه قد وقعا فعلا وليس احتماليا، كما يشترط أن يترتب الضرر مباشرة على صدور القانون، أما الضرر غير مباشر فلا يمكن التعويض عنه. كما يجب أن يكون الضرر غير عادي أما الضرر العادي والمألوف لا يتم التعويض عنه.

ثالثا: موقف القضاء المغربي من التعويض عن أعمال السلطة التشريعية :

طبقا لمقتضيات الفصل 70 من الدستور المغربي ،فإن البرلمان بغرفتيه مجلس النواب و مجلس المستشارين يمارس اختصاصه الاصيل و المتعلق بالتشريع ، إلا أنه يثور السؤال حول هل المغرب كدولة ديمقراطية و بما خول الدستور للسلطة التشريعيةمن صلاحيات أصلية في سن القوانين ، يتجه نجو تكريس مسؤولية الدولة عن أعمالها التشريعية تماشيا مع قاعدة ربط المسؤولية بالمحاسبة ؟[1]

لا يوجد نص قانوني يقر مسؤولية الدولة عن أخطاء التشريع،[2] إلا أن القضاء المغربي وبناء على توسعه في الإجتهاد أقر مسؤولية الدولة من خلال القرار الصادر عن محكمة الإستئناف الإدارية بالرباط بتاريخ 09-01-2012 تحت عدد 43 في الملف الإداري عدد 08-08-137 والذي قضى بالتعويض بناء على مبدأ التكافل الإجتماعي تم الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية بالدار البيضاء حيث عللت حكمها **"وحيث إن هذا القرار (القانون) وإن كان يستهدف حماية المواطنين المغاربة فان من شأنه أن يرتب مسؤولية السلطة العامة (الدولة) عن الأضرار اللاحقة بالمدعية، اذ لا يمكن تحميل هذه الأخيرة عبئا خاصا باسم الصالح العام، والقول بخلاف ذلك سوف يؤدي إلى انكسار مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة وبالتالي أمام القانون فهذا الحكم يشكل بدأية تأسيس مسؤولية الدولة عن أعمال القوانين انطلاقا من تطور العمل القضائي الإداري."**[3]

وإن هذا الإجتهاد القضائي في إقرار مسؤولية الدولة عن صياغة النص القانوني من شأنه تجويد العمل البرلماني والعمل الحكومي انطلاقا من الحرص على الحد الادنى من المستوى المعرفي للنائب أو المستشار البرلماني، ثم تغيير منهجية الاشتغال في كيفية صياغة مشاريع أو مقترحات القوانين .

و في الأخير لابد من الإشارة إلى ان القدرة التشريعية والمؤسساتية لمجال الحقوق والحريات سواء فيما يخص المجهود الدولي أو الوطني تطورت بشكل تصاعدي ومثير للجدل داخل البلدان التي تراهن على

---

[1] - محمد مياد – مسؤولية الدولة عن أعمالها التشريعية –مطبعة المعارف الجديدة الطبعة الاولى سنة 2015 ص 16

[2] - زكرياء خليل، "مسؤولية الدولة عن أعمال التشريع بين المقتضيات القانونية والاجتهاد القضائي دراسة في فرنسا والمغرب"، مرجع سابق،ص 56.

[3] -الدكتور محمد الاعرج، "نحو ارساء شروط لقيام مسؤولية الدولة عن القوانين، بحث منشور في المجلة المغربية للادارة المحلية والتنمية عدد 59 سنة 2004، ص. 87.

تحقيق الرفاهية والبناء الديمقراطي الذي يصبح فيه الفرد مواطنا يؤمن بواجباته تجاه السلطة ومنتجا في الآن نفسه . لذلك، يمكن القول بمعنى أدق، أن مقاربة الحصيلة الفكرية والنظرية والتشريعية والمؤسساتية تبدومنطقية ومقبولة في ظل تطورات الحاصلة على الأصعدة السياسية والاقتصادية والإجتماعية والتغيرات الطارئة على الأدوار والوظائف الإنسانية.

و يكمن التحدي الأكثر مناقشة في مستوى الفهم الذي ينطلق منه كل نظام سياسي على حدة، لا سيما إذا تصور الدارس مدى العلاقة التي تربط الحقوق والحريات بطبيعة هذا النظام و توجهاته العامة، علاقة تسمح له في ضبط ديناميتها حفاضا على المكتسب و تحصينا للتشتت المفترض .

وأن اعتماد معايير تشريعية حديثة والبحث عن آليات كفيلة بتحسن النص التشريعي من قبيل الحكامة التشريعية، العقلنة البرلمانية، الإدارة الرشيدة لمؤسسة التشريع وجودة التشريع، بل هناك من الدول التي طالبت **إيزو للتشريع من أجل جودة التشريع**،[1] الشيء الذي يستوجب معه الأخذ بعين الإعتبار عند صياغة النص الحقوق المكتسبة، تجنب المساس بها وكذلك احترام وصيانة الحقوق والحريات، وإلا كان هذا القانون محط دفع بعدم الدستورية التي سوف نتناولها في الباب الثاني

[1]- سيف الدين إمحيطوش، "آليات تعزيز جودة التشريع"، رسالة الماستر القانون والممارسة القضائية، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والإجتماعية السويسي بالرباط، السنة الدراسية **2017-2018**، ص. **3**.

البـاب الثـاني: الدفع بعدم الدستورية وتحديث المنظومة التشريعية

إن الباحث في تاريخ الدول الحديثة من الناحية الدستورية لا يجد صعوبة في الاعتراف بأنه ما من دولة إلا ولها دستورها، وأن مبدأ سمو الدستور يعد من بين أسس ومبادئ الدولة القانونية وهو ما قرره المجلس الدستوري المغربي في قراره الذي جاء فيه " **... احترام مبدأ سمو الدستور يعد، بموجب فصله السادس، من المبادئ الملزمة** ".[1] وأن القانون لا يعبر عن الإرادة إلا في إطار احترامه للدستور [2] وأن أول ما يتطلبه هذا الأمر هو تقرير الوسيلة الناجعة لضمان هذا السمو وعدم الاعتداء عليه من طرف السلطة التشريعية أو التنفيذية ولا يتحقق هذا الغرض إلا باعتناق الدولة لآلية للرقابة على دستورية القوانين.

وتعتبر آلية الرقابة بمثابة محرك الديمقراطية في سبيل إضفاء الشرعية والمشروعية وهو المغزى المراد تحقيقه من خلالها، إذ أن المشروعية في الدولة المعاصرة ترتكز على سيادة الدستور باعتباره أسمى القواعد القانونية في المجتمع سواء من حيث الموضوع أو من حيث الشكل،[3] وأن التأصيل التاريخي لظهور

[1] - قرار المجلس الدستوري رقم **937** بتاريخ **29** ماي **2014**، منشور بالموقع الإلكتروني للمحكمة الدستورية،

https://cour-constitutionnelle.ma

[2] - **Décision N 85_197 du 23 aout 1985، loi sur l'evoultion de la nouvelle –Caledonie، in ; www.conseil-constitutionnel.fr .**

[3] - محمد العلوي، "الدفع بعدم دستورية القوانين في التشريعين المقارن والمغربي"، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية العدد **109.110** مارس –يونيو **2013**، ص. **49** .

الرقابة الدستورية نجده في الشريعة الإسلامية[1]، ثم بذلك ظهرت في بريطانيا [2] وتطورت في الولايات المتحدة الأمريكية[3]، وأخذت بها بعد ذلك الأنظمة الفرنكوفونية ومنها فرنسا.[1]

[1] - إن الأحكام الشرعية في الإسلام يعود مصدرها الأصلي إلى القرآن الكريم والسنة النبوية اللذان يشكلان بحق الدستور الإلهي للأمة الإسلامية، حيث يأتي القرآن الكريم في مرتبة الصدارة ويعد حجة على الناس أجمعين لأنه كلام الله تعالى منزلا على رسوله محمد صلى الله عليه وسلم موجها إلى عباده فنصوصه قطعية من حيث ثبوتها ويؤكد ذلك قوله تعالى " إنا نحن نزلنا الذكر و إنا له لحافظون "سورة الحجر الآية **9**، في حين تعد السنة النبوية أصلا من أصول التشريع أو دليلا من الدلالة الشرعية، يجب الأخذ بها والعمل بمقتضاها إذ أثبتت وصحت عن رسول الله محمد صلى الله عليه وسلم، غير أنه لا يمكن تشبيه القرآن الكريم والسنة بالقواعد الدستورية وفقا للاصطلاحات فقهاء القانون العام المعاصرين، لأن من المسلم به أن للجماعة عنه الاقتضاء أن تغير أو تعدل نصوص دستورها بمطلق حريتها في حين أن القران والسنة لا يمكن تغييرهما أو تبديلهما.

وإن الشريعة الإسلامية جعلت مصالح الناس في تشريع الأحكام، ولعل ما يرشدنا إلى ذلك هو عدم تعرض النصوص للتفريع في العديد من الأصول والاكتفاء بالمبادئ العامة، لكن بعد أن ظهرت حاجة مصالح الأمة إلى تشريعات فرعية أخرى كان أمرا مقضيا ظهور وسيلة لابتكار قواعد تفصيلية وقد عرفت تلك الوسيلة في النظام الإسلامي ب "الاجتهاد" من خلال الاعتماد على الطرق الشرعية في استنباط الأحكام الجزئية والفرعية، هذا الطرق عديدة كالقياس والاستحسان والمصالح المرسلة وغيرها والتي يطلق عليها بالأدلة (أو المصادر) التبعية للأحكام الشرعية التي تستند إلى القران الكريم والسنة النبوية وتستمد جديتها وصفتها من إقرارها بها.

فالقاعدة الأساسية في الشريعة الإسلامية أن الأحكام الشرعية لا تنسخ إلا بأحكام في مثل قوتها أو أقوى منها وحيث أن النسخ الذي يقصد به رفع حكم دليل شرعي أو لفظه بدليل شرعي متأخر من الكتاب والسنة لم يحدث بعد الرسول محمد صلى الله عليه وسلم لذلك لا يمكن أن يقال بأن ما يصدر من الحاكم أو القاضي يكون في درجة القرآن والسنة حتى يمكن أن يغير حكما واردا فيهما، فكل حكم يجيء مناقضا للقرآن والسنة أو إجماع سلف الأمة الصالح يكون باطلا.

للمزيد من التفاصيل انظر: عصام سعيد عبد احمد، "الرقابة على دستورية القو انين دراسة مقارنة"، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، الطبعة الأولى **2013**، ص. **38** وما بعدها.

[2]-تحيل جدور الرقابة الدستورية إلى الإرث السياسي الإنجليزي إلا أن اعتماد إنجلترا على دستور غير مدون قاد إلى استبعاد أقدمية الموروث الانجليزي في تعاطيه مع مسألة الرقابة على دستورية القو انين

للمزيد من الاطلاع انظر: نجيب بحري –تطبيقات القضاء الدستوري المقارن وضمان احترام مبدأ سمو الدستور أي نموذج مغربي على ضوء التجارب المقارنة مقال منشور بمجلة سلسلة المعارف القانونية والقضائية المحكمة الدستورية بالمغرب نحو رؤية استشر افية، العدد **21** سنة **2014**، ص. **10** المغرب.

[3] - يربط الفقه نشأة الرقابة على دستورية القو انين في الولايات المتحدة الأمريكية بحكم القاضي جون مارشال في قضيته ماربوري ضد ماديسون عام **1803**، ويرجع ذلك إلى إقرار هذا الحكم صراحة حق القضاء في بحث دستورية القو انين، وعدم تطبيق القانون المخالف للدستور، متى رأى ذلك، كما أن هذا الحكم حدد أساس هذا الحق ومداه، فضلا عن أنه يعد أول حكم تصدره المحكمة العليا بعدم دستورية قانون اتحادي، وذلك على الرغم من عدم وجود نص دستوري يقر صراحة هذه الرقابة أو ينظمها، وجاء في حيثيات هذا الحكم:

" إن وظيفة القاضي هي تطبيق القانون، وعند تعارض القو انين يتعين على القاضي تحديد القانون الواجب التطبيق، وإذا تعارض القانون العادي مع أحكام الدستور وجب عليه تفضيل النصوص الدستورية على أساس أن الدستور هو الأساس المنظم للسلطات الثلاث في الدولة، ولا يمكن القول بأن القاضي في هذه الحالة قد خرج عن اختصاصه، أو اعتدى على اختصاص السلطة التشريعية، بل على العكس فإن القاضي بعمله هذا إنما يقوم بوظيفته القانونية، وهي معرفته أي قانون يجب تطبيقه في النزاع المطروح أمامه.

وجاء في مكان أخر من حيثيات الحكم قوله: إن الدستور إما أن يكون قانون أعلى مستعصيا على التعديل بالوسائل التشريعية العادية، وإما أن يكون في مستوى واحد مع التشريعات العادية، بحيث يعدل بالوسائل التي تعدل بها تلك التشريعات، فإن كانت الأولى فقد تعين القول بأن ما تصدره الهيئة التشريعية من أعمال مخالفة للدستور لا يمكن أن يكون قانونا على الإطلاق، وإن كانت الأخرى فإن فكرة الدساتير المكتوبة تكون حينئذ عبثا تضيع به الشعوب أوقاتها، محاولة عن طريقه أن تقيد سلطة تستعصي بطبيعتها على التقييد" للمزيد من الاطلاع يمكن الرجوع إلى:

شعبان أحمد رمضان، ضو ابط و أثار الرقابة على دستورية القو انين- دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه كلية الحقوق، جامعة أسيوط مصر، السنة الجامعية **2000 – 2001**، ص. **63** وما بعدها.

وقد انتشرت فكرة الرقابة الدستورية بعد الحرب العالمية الثانية وعمت العديد من دساتير العالم، وكان لاعتماد فرنسا أسلوب هذه الرقابة أثر بالغ في اختيار الدول الافريقية لهذا الأسلوب ولم يتخلف المغرب عن هذا الركب فأنشأ الغرفة الدستورية ثم المجلس الدستوري وأخيرا المحكمة الدستورية [2]

[1] - عندما تم وضع الدستور الفرنسي لسنة 1791 غدا الشغل الأكبر لرجال الثورة الفرنسية البحث عن الوسائل الكفيلة بعدم المس بالدستور أو العبث به، وقدمت بعد هذا التاريخ اقتراحات عديدة بإنشاء هيئة للفصل في دستورية القوانين وحماية الدستور من كل مخالفة فلم تلق القبول. وفي عهد الجمهورية الثالثة 1875-1946 أصر البرلمان الفرنسي على رفض فكرة منح القضاء صلاحية الرقابة الدستورية، وحدث ذلك في الفترة التي تصدرت فيها هذه الفكرة العديد من الدساتير الصادرة بعد الحرب العالمية الأولى، غير أن هذه الفكرة لم تتجسد في نص دستوري في فرنسا إلا مع قيام الجمهورية الرابعة في العام 1946 إنشاء لجنة دستورية ثم مع قيام الجمهورية الخامسة في العام 1958 إنشاء مجلس دستوري.

إلياس جوادي، "رقابة دستورية القوانين دراسة مقارنة"، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى 2009، ص. 14 .

[2]- إن التأسيس التدريجي لمؤسسة القضاء الدستوري ثم الإشارة في أول مشروع للدستور 1908 إلى ضرورة وجود رقابة على القوانين التي تنفذ من طرف " مجلس الشرفاء والأعيان " لينقل مع دستور 1962 ويظهر للوجود في بدايته الأولى على شكل الغرفة الدستورية التابعة للمجلس الأعلى ، المحدث سنة 1957 والتي اهتمت فقط" بالرقابة الدستورية للقوانين التنظيمية والنظام الداخلي للغرف وخصوصا النظر في النزاعات الانتخابية وعملية الاستفتاء". وأخذت الغرفة الدستورية في ظهورها الأول شكل " اللجنة الدستورية المؤقتة " والتي اعتمدت في مرحلتين.

لكن بسبب ضعف المكانة والآليات القانونية المتاحة لفعل " الغرفة الدستورية " وبالتالي غياب القرارات الحاسمة والمؤثرة سيجعل من هذه المؤسسة تظهر بمظهر " حذر ومسالم" لا خطورة منه، إن مثل هذه الصعوبات والمشاكل التي صاحبت عمل " الغرفة " كعدم اختصاصها . في هذه المرحلة . بمراقبة القوانين العادية، سيدفع بدستور 1992 بإلغائها وتعويضها ب " المجلس الدستوري " الشبيه من حيث الاختصاص بالمجلس الدستوري الفرنسي، لكنه يختلف من حيث التركيبة والهيكلة.

إن إحداث المجلس الدستوري جاء في خضم التطورات الإيجابية التي عرفها المغرب منذ بداية التسعينات من القرن العشرين الماضي، فبعد المجلس الاستشاري لحقوق الإنسان ومشروع إحداث المحاكم الإدارية، يأتي التعديل الدستوري 1992 وعليه التأسيس القانوني في 20 فبراير 1994 " للمجلس الدستوري " كتتويج لهذه الآليات الموظفة لإرساء وفتح عهد جديد في المغرب.

وهكذا أصبح "المجلس الدستوري" بعد التأكيد عليه في دستور 1996 يحتل المكانة الرابعة في سلم المؤسسات الدستورية، باعتباره هيئة مستقلة عن القضاء العادي، تتمتع بالإضافة إلى الاختصاصات السابقة . للغرفة . ولأول مرة في المسلسل الدستورية المغربي بسلطة الرقابة الدستورية على القوانين العادية التي تعتبر اختصاصا رئيسيا لكل قضاء دستوري، هذا الاختصاص الجديد ترجم من جهة أحد أهم التوجهات الدستورية في هذه المرحلة والمتمثلة في "عقلنة العمل البرلماني ومن جهة أخرى حاول الإجابة عن إشكال حماية وضمان الحقوق والحريات المنصوص عليها منذ دستور 1962".

وما زاد من استقلالية مؤسسة المجلس الدستوري، كون سلطة قراراته أصبحت " معبر عنها بشكل واضح وصريح " بحيث أخذت . بمقتضى الفصل 81 من الدستور . صفة " القطعية والنهائية، وبالتالي أصبح لها حجية في مواجهة الكل بحيث " لا تقبل قرارات المجلس الدستوري أي طريق من طرق الطعن، وتلزم كل السلطات العامة وجميع الجهات الإدارية والقضائية".

أما بالنسبة لموضوع حق الأفراد في مباشرة الطعن، فنسجل أن جميع الدساتير المغربية من 1962 إلى 1996 أجمعت على أن الأفراد لا يمكنهم التقاضي أمام الغرفة الدستورية أو المجلس الدستوري ولا أمام المحاكم القضائية، كما أنها لم تخص أي جهة قضائية البت في دستورية قانون بمناسبة نظرها في النزاع المعروض عليها. وهكذا فإن العمل بمبدأ الرقابة القضائية اللاحقة على دستورية القوانين لم يكن ممكنا في ظل الدساتير النافذة قبل العمل بدستور سواء عن طريق " الدعوى الأصلية " كطعن مباشر أو عن طريق " الدفع " كطعن غير مباشر.

غير أنه مع المراجعة الدستورية لعام 2011 تم التنصيص صراحة في الفصل 129 منه على إحداث محكمة دستورية تمارس الاختصاص المسند إليها بفصول الدستور وبأحكام القوانين التنظيمية، حيث أضاف الدستور الجديد اختصاصا إلى المحكمة الدستورية لم يكن مألوفا في الدساتير السابقة أو في القوانين العادية، ويتعلق الأمر بالاختصاص المتعلق بالنظر في كل " دفع يعلق بعدم دستورية قانون أثير أثناء نزاع وهذا النوع من الرقابة يعرف بالرقابة عن طريق الدفع أو رقابة الامتناع".أنظر:

عبد الحق بلفقيه القضاء الدستوري بالمغرب –دراسة مقارنة- مقال منشور بمجلة مسالك العدد 38\37 سنة 2012 مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء ص 15

وقد ارتبط القضاء الدستوري –كفكرة وتطبيق – من جهة بشكل وثيق بنمو وتطور حركة الدسترة الجديدة التي تهدف إلى إخضاع أعمال السلطات العامة لمجموعة من الضوابط القائمة داخل النص الدستوري [1] وقد انخرطت مجموعة من البلدان في بناء دستورانية قوامها إقرار دساتير جامدة وإدراج قوائم من الحقوق الأساسية في هذه الدساتير وعلى الخصوص إرفاق ذلك بإنشاء رقابة مكلفة بضمان احترام المعايير الدستورية والحقوق الأساسية.[2]

وأنه نظرا لأهمية الرقابة على دستورية القوانين في حماية الدستور بوجه عام والحقوق الأساسية بوجه خاص فإنه من الضروري تمكين الأشخاص من الوسائل والآليات التي تساعد على تنقية القوانين التي تخالف المقتضيات الدستورية كلما تعلق الأمر بانتهاك للحقوق والحريات، لذلك شكلت المحكمة الدستورية مجالا للمراقبة الدستورية تبتدأ مهمتها منذ إحالة الدفع عليها من طرف محكمة الموضوع أو محكمة النقض وتنتهي كقاعدة عامة بإصدار الأحكام وما تثيره هاته الأخيرة من اشكالات تتعلق بالحجية ونفادها من حيث الزمن إضافة إلى الأثر المترتب عن تلك الأحكام (**الفصل الأول**).

وانطلاقا من التجارب المقارنة ومن خلال الاطلاع على أدوار المجالس الدستورية أو المحاكم الدستورية سواء من خلال اجتهاداتهم أو من خلال الإسهامات المرتبطة بتطوير وتجويد القاعدة القانونية وبناء دولة الحق والقانون فإن انعكاس تطبيق الرقابة الدستورية على المنظومة التشريعية المغربية سوف تكون له تأثير على مستوى مختلف فروع القوانين خاصة الجنائية منها (**الفصل الثاني**).

أحمد مفيد، الرقابة على دستورية القوانين بالمغرب بين دستوري **1996** و **2011** مقال منشور بالمجلة المغربية للمالية العمومية، العدد **2** سنة **2012**، ص. **164**.

أنوار عشيبة، دور القضاء الدستوري في حماية الحقوق والحريات رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص كلية الحقوق بفاس السنة الجامعية **2013/2014**، ص. **51**.

Nadia Bernoussi، la constitution de2011 et le juge constitutionnel، sous la direction d'études internationales، RFDC، n° 91، 2012، p. 479-510.

[1]- عبد الحق بلفقيه، "القضاء الدستوري بالمغرب –دراسة مقارنة-"، مقال منشور بمجلة مسالك العدد **38\37** سنة **2012**، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ص. **15** .

[2]- **Cappelleti M، « le pouvoir des juges، articles choisis de droits judiciaire et constitutionnel comparé » ; PUAM et ECONOMICA ; 1990 ; p. 16-17.**

الفصل الأول: آلية للدفع بعدم الدستورية

إن العمل بمبدأ الرقابة القضائية اللاحقة على دستورية القوانين، لم يكن ممكنا قبل العمل بالدستور المغربي لسنة 2011 سواء عن طريق " الدعوى الأصلية " كطعن مباشر أو عن طريق الدفع الفرعي كطعن غير مباشر، حيث أجمعت جميع الدساتير المغربية من 1962 إلى 1996 على أن الأفراد لا يمكنهم التقاضي أمام الغرفة الدستورية أو المجلس الدستوري، كما أنها لم تختص أي جهة قضائية البت في دستورية قانون بمناسبة نظرها في النزاع المعروض عليها، حيث أن المشرع الدستوري لم يسمح للأفراد ولا المنظمات ولا الأحزاب الطعن بعدم دستورية القوانين عن طريق " **الدعوى الأصلية" وسواء تعلق الأمر بالرقابة السابقة (السياسية) أو الرقابة اللاحقة (القضائية)**.

غير أنه وبموجب الدستور الجديد 2011 تم التنصيص صراحة في الفصل 129 منه على إحداث محكمة دستورية تمارس الاختصاص المسند إليها بفصول الدستور وبأحكام القوانين التنظيمية حيث أضاف الدستور الجديد اختصاصا إلى المحكمة الدستورية لم يكن مألوفا في الدساتير السابقة أو في القوانين العادية، ويتعلق الأمر بالاختصاص بالدفع بعدم دستورية[1] قانون أثير أثناء نزاع ،وهذا النوع من الرقابة يعرف "**بالرقابة عن طريق الدفع أو رقابة الامتناع**".

---

[1] - " ... من الضروري الوقوف على ما كان من أشغال اللجنة الاستشارية لمراجعة الدستور، حيث تم التعرض بوضوح في جلسة عامة للفرق ما بين آليتي الدفع بعدم الدستورية و المسألة الأولية الدستورية. وأن اللجنة ذهبت إلى خيار اعتماد صيغة معدلة لآلية الدفع بعدم الدستورية، فإذا كانت هذه الأخيرة تعني، مبدئيا، النظر في الدستورية من قبل المحكمة التي أثير أمامها الدفع، و اكتفائها باستبعاد و ليس إلغاء الأحكام التي تعتبرها غير دستورية، فإن اللجنة تبنت بالأحرى، بدلا من ذلك في الدستور عبارة " الدفع بعدم الدستورية "، مثلها مثل ما هو عليه الحال في فرنسا، إلى إقرار آلية لتصفية الدعاوى التي سوف يتم إحالتها إلى المحكمة الدستورية، مع فارق وحيد، أن اللجنة فضلت عدم ذكر الاليات القضائية للتصفية في الدستور، و أن حرص أعضاء اللجنة على إعداد دستور مغربي أصيل كان دافعا إلى وضع حدود لأنفسهم بين الدساتير الأجنبية، لاسيما الدستور الفرنسي، الذي ظلت أثاره حاضرة في الدساتير التي سبقت دستور **2011**، و في الحالة التي يكون فيها تقاطع مباشر مع هذا الدستور، كما حصل بين الأحكام المتعلقة بالمسألة الدستورية ذات الأولوية، و الأخرى بشأن الدفع بعدم الدستورية، فإن أعضاء اللجنة فضلوا الصمت بخصوص تحديد هوية المحاكم المعنية بآلية التصفية، على عكس الدستور الفرنسي، لقد فضلوا بشكل ضمني ترك هذه المهمة للمشرع حتى يكون المنتج النهائي هو حصيلة المناقشة البرلمانية، وذلك دون مساس بالتقدير الذي سيعتبر عنه المحكمة الدستورية، بشأن هذه النقطة، في القانون التنظيمي.

و نحن نعلم ما وقع لاحقا، فالمحكمة الدستورية غيرت أو بالأحرى أولت الدفع بعدم الدستورية كمسألة أولية **Question préjudicielle**، هذه الأخيرة، استبعدتها اللجنة عن قصد، و دون أن يمكننا القول إن المحكمة قد ذهبت في قرارها إلى معاكسة النية التأسيسية للجنة، من هذا المنظور فإن قرار المحكمة المغربية جاء صائبا لسببين اثنين: فالدستور لا يذكر من جهة صراحة محاكم التصفية و من جهة أخرى فإن النظرية التي سيتم الدفاع عنها هي أن مفهوم الأعمال التحضيرية لا ينطبق بأي حال من الأحوال على اللجنة الاستشارية و يبرر هذه الأطروحة سببان اثنان على الأقل : أولهما كونها لجنة استشارية ليس إلا، و اقترن وجودها بوجود آلية سياسية اقتسمت معها، بشكل أو بآخر عملية وضع الدستور و أخرها ثبت بعد ذلك أن مداولات اللجنة و التي تم تسجيلها بشكل كبير، وإن لم يكن كليا لم يتم توثيقها بأي حال في محضر رسمي و مصادق عليه فأعمال اللجنة تصنف ضمن فئة الأرشيفات الدستورية و ليس ضمن فئة الأعمال التحضيرية. التي كانت وحدها ستسمح بتشخيص نية واضع الدستور و تحديدها، المفيد للقضاة و الباحثين كما في حالة الدفع بعدم دستورية القو انين التي تم تبنيها ضمنيا في الجوهر داخل دستور **2011**".

للمزيد يمكن الاطلاع على : محمد اتركين مباحث في الفقه الدستوري، مرجع سابق، ص. **139**.

و عليه فالرقابة على دستورية القوانين تنقسم إلى رقابة سياسية قبلية أحيانا و رقابة وجوبية عندما يتعلق الأمر بالقوانين التنظيمية، ورقابة قضائية بعدية وذلك عندما تكون الرقابة اختيارية (**القوانين العادية**)، وفي هذه الحالة نكون أمام رقابة الإلغاء السابقة، فرقابة الإلغاء اللاحقة لا مكانة لها في الدساتير المغربية باستثناء الحالة الفريدة التي قررها دستور 2011 والمتمثلة في الرقابة عن طريق الدفع، لكنه لم يسندها إلى المحاكم بل أوكلها المشرع الدستوري إلى المحكمة الدستورية.[1]

إن ما يميز الرقابة عن طريق الدفع أو رقابة الامتناع كونها في بعض الانظمة المقارنة تمارس من طرف المحاكم العادية، ولا يحتاج الأمر التوجه إلى محكمة متخصصة قد تحدث لهذه الغاية،حيث مثلا لا توجد في الولايات المتحدة مثلا محكمة بعينها مسند إليها النظر في دستورية القوانين فسائر المحاكم تختص بالفصل في عدم دستورية قانون معين إذا أثير من طرف أحد الخصوم أثناء نظرها في دعوى معروضة عليها، فالقاضي ملزم بالجواب على هذا الاعتراض إذا ثبت له صحة مخالفة القانون المذكور للدستور، فإنه يستبعده من التطبيق على النزاع، لكن دون إمكانية التصريح بإلغاء القانون،[2] لكن الدستور المغربي ذهب عكس ذلك، وأسندها إلى المحكمة الدستورية بمقتضى الدستور الجديد

و بخصوص النموذج المغربي، وبمقتضى التعديلات الدستورية تم التأكيد من جديد بأن "**المحكمة الدستورية** " تحتكر مجال الرقابة على دستورية القوانين سواء تعلق الأمر بالرقابة الوقائية (**الرقابة السياسية**) التي تتوخى بأن يصدر القانون بشكل مطابق للدستور، أو تعلق الأمر بالرقابة عن طريق الدفع " **رقابة الامتناع**" وذلك نتيجة للمحدودية التي عرفها المجلس الدستوري من خلال دوره في الرقابة الدستورية والانتقادات الموجهة إلى القضاء الدستورية المغربي مما ترتب عنه أن دفعت المشرع الدستوري إلى النص على مجموعة من التعديلات في دستور 2011 بهدف تجاوز هذه الثغرات وتدعيم دولة القانون، وذلك من خلال النص على إحداث محكمة دستورية وتغيير تكوينها وتوسيع اختصاصاتها (الباب الثامن من الدستور)، ويستخلص من كل هذا أن الدستور المغربي أخذ بالرقابة السياسية والرقابة القضائية (رقابة الإلغاء السابقة والرقابة عن طريق الدفع) لكن مع احتكار مجال الاختصاص للمحكمة الدستورية، بمعنى عدم جواز البت في دستورية القوانين من طرف محاكم الموضوع (مدنية، جنائية، إدارية أو تجارية) أي أنه أخذ بنظام "مركزية الرقابة القضائية ".

---

[1]- بدر الذهبي ، "حق الدفع بعدم الدستورية بين الدستور المغربي والنموذج الألماني"، مجلة مسالك القضاء الدستوري بالمغرب- المحكمة الدستورية ونظم الرقابة على دستورية القوانين- العدد **38/37** السنة الثانية **2016**، ص. **90**.

[2]--رشيد المدور، "إشكالية النظام الداخلي البرلمان في ضوء الدستور"، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد **111**، الطبعة الأولى، **2016**، ص. **245**.

لذلك يعد وجود "**المحكمة الدستورية** " في الدستور المغربي السادس النافذ حاليا وإناطة مهمة الرقابة القضائية عن طريق الدفع ـ رقابة الامتناع ـ على دستورية القوانين بها ،أي إنشاء قضاء دستوري متخصص في المغرب يعد تطورا دستوريا وديمقراطيا مهما ، فاختصاصات هذه المحكمة تجعل منها أحد الضوابط والتوازنات التنظيمية المهمة التي تحول دون اعتداء السلطات العامة على الدستور وترفع ذلك الاعتداء بما تملكه من حق بالامتناع عن تطبيق النص المخالف للدستور، لذلك تعد هي بحق دعامة أساسية من دعائم مشروع دولة القانون في المغرب.

وإذا كان العمل بمبدأ الرقابة القضائية اللاحقة عن طريق الدفع لم يكن ممكنا قبل العمل بدستور 2011، فإن المنطق القانوني السليم يفرض ضرورة ضبط وتحديد مسطرة التقاضي أمام المحكمة الدستورية، وذلك بتخليصها من الثغرات والشوائب التي تحد من فعاليتها وتعرقل سير إجراءاتها، وكل ذلك من أجل ضمان النجاعة في تسييرها والجودة في أدائها.

الفرع الأول: الحاجة إلى آلية الدفع بعدم دستورية القوانين

تهدف الرقابة على دستورية القوانين إلى حمل المشرع على احترام وحماية الحقوق والحريات التي كفلها الدستور، كما أنها تؤدي إلى تجنب الاضطراب التشريعي وتعمل على تحقيق الاستقرار القانوني وحسم المنازعات حول الحقوق والمراكز القانونية التي تنشأ عن طريق القانون.

لذلك ،فالرقابة على دستورية القوانين لا تنتهي بوضع الدستور على قمة النظام القانوني، وإنما تعمل على وحدته ،فالدستور تنعكس نصوصه على جميع القوانين مما يسمح لنا مجازاً أن نقول بوجود قانون جنائي دستوري، وقانون مدني دستوري، قانون تجاري دستوري،قانون للحياة السياسية دستوري وقانون للضرائب دستوري، وهكذا فالنظام القانوني متعدد في فروعه وفي وسائله وفي المصالح التي يحميها، ولكن يلزم أن يكون تحت مظلة الدستور، فهذا الأخير يحول دون حدوث تباين حين يضمن خضوع كل فروع النظام القانوني لمبادئ دستورية واحدة، وهنا يأتي دور الرقابة الدستورية التي تكفل وحدة النظام القانوني فتسهم بذلك في تحقيق الاستقرار والأنساق القانوني.

ويطلق على وجوب اتفاق القوانين العادية مع أحكام الدستور وعدم مخالفتها لها مبدأ دستورية القوانين Le Principe de la Constitutionnalité des lois الذي يقضي بوجوب احترام أحكام الدستور من قبل جميع السلطات وعلى رأسها السلطة التشريعية والتي لا يجوز لها إصدار قانون مخالف لأحكام الدستور وإلا عد غير دستوري، فالسلطة التشريعية يجب أن تحترم الدستور في أعمالها وخاصة عند إقرارها التشريعات، ولضمان ذلك أقر المشرع المغربي في المادة 133من دستور 2011 مسطرة الدفع بعدم دستورية القوانين كمسطرة جديدة يمكن من خلالها مراقبة أعمال السلطة التشريعية ومدى احترامها للمقتضيات الدستورية من طرف القضاء الدستوري.[1]

[1]-يحتمل اصطلاح القضاء الدستوري على معنيين : أولهما – عضوي شكلي، والأخر – موضوعي، فمن الناحية العضوية أو الشكلية: يقصد بالقضاء الدستوري المحكمة أو المحاكم التي خصها الدستور– داخل التنظيم القضائي في الدولة– من دون غيرها برقابة دستورية التشريع (قضاء دستوري متخصص) . ومن الناحية الموضوعية: يعني القضاء الدستوري الفصل في المسائل الدستورية، وهي المسائل التي تثير فكرة تطابق التشريع مع الدستور، وبهذا المعنى ينصرف الاصطلاح إلى القضاء في هذه المسائل سواء أصدر من محكمة دستورية متخصصة أم من محكمة أخرى من المحاكم العادية أو الإدارية أو غيرها، وذلك طالما تعلق هذا القضاء بالفصل في مسألة دستورية قضاء دستوري غير متخصص، للمزيد من الاطلاع انظر: عصمت عبد الله الشيخ، "مدى استقلال القضاء الدستوري في شأن الرقابة على دستورية التشريعات"، دار النهضة العربية، القاهرة، **2003**، ص. 7.

لذلك فالرقابة القضائية على دستورية القوانين هي رقابة قانونية يقوم بها قاض دستوري مهمته مهمة قانونية، هي التحقق من تطابق القانون مع أحكام الدستور، والتعرف على ما إذا كان البرلمان المنوط به التشريع قد التزم الحدود التي رسمها له الدستور أم جاوزها وخرج عن نطاقها.

لذا كان من المنطقي أن يعهد بهذه المهمة القانونية إلى هيئة قضائية، يتوافر في أعضائها التكوين القانوني السليم والعميق، بالإضافة إلى الحياد والنزاهة والتجرد والاستقلال، بالإضافة إلى ما يقدمه القضاء من حقوق للدفاع وعلانية للجلسات بما يجعل من الرقابة ضمانا أكيدا، بل إنه الضمان الأول والفعال الذي يحقق الاحترام للنصوص الدستورية.[1]و ذلك انطلاقا من المميزات و الايجابيات التي تتصف بها هذه الآلية .

المبحث الأول: شرعية الرقابة الدستورية

يحتل موضوع الرقابة على دستورية القوانين مكانة متميزة في الدراسات الدستورية السياسية حسب أهمية القضاء الدستوري، والرهانات المطروحة عليه في خلق شروط انتظام الحياة السياسية وتنظيم ممارستها باعتباره جهاز قوي لحماية حقوق وحريات المواطن في مواجهة الدولة وسلطتها، فيكون حارس الشرعية الدستورية لضمان وحدة النظام القانوني.[2] مع العلم أنه لا زال هناك نقاش مستمر ومتجدد حول شرعية الرقابة الدستورية، خاصة من زاوية ممارستها وعلاقتها بالمشرع صاحب السلطة في سن القوانين وكذا انطلاقا من الأدوار التي تؤديها في حماية الطابع السامي للقواعد الدستورية.

المطلب الأول: الرقابة الدستورية رقابة ضرورية

تشتغل السلطة القضائية وفق معايير الاستقلالية والشفافية ،و أن الحقوق والحريات الأساسية تصبح محمية خاصة أمام السلطات العمومية، وكذا أمام أي اعتداء أخر من طرف أشخاص ذاتيين كانوا أو معنويين، و أن الحصول على سلطة قضائية بتلكم المواصفات توجب بالأساس من خلال دستور متقدم يمثل الضامن الأول لجميع الحقوق والحريات والعامل الأساسي لترسيخ الديمقراطية ودولة القانون، الأمر الذي يستوجب معه وضع نص دستوري يهتم أكثر بحقوق المواطنين مما يستلزم معه أن هذا التصور الجديد يتيح فرص متعددة لتقوية المراقبة الدستورية وكذا توفير حزمة من الاجتهادات القضائية حول حقوق الإنسان.[3]

[1]- عبد العزيز محمد سالمان، "إجراءات الدعوى الدستورية"، الطبعة الأولى الجزء الاول، مطبعة دار السمك سنة **2015** ص. **59**.

[2]- بوطلحة امبارك، "العدالة الدستورية بالمغرب في ضوء دستور **2011** "، مجلة المنار عدد خاص، سنة**2019**، ص. **93**.

[3]- الذهبي بدر، حق الدفع بعدم الدستورية بين الدستور المغربي والنموذج الألماني، م س، ص. **88**.

و أن التنصيص على الدفع بعدم الدستورية في الدستور المغربي يعد تطورا دستوريا وديمقراطيا مهما، حيث إن هذا الدفع يهدف إلى ضمان وفرض الحقوق القانونية للفرد التي كفلها الدستور، بل هناك من الدول –ألمانيا مثلا- يفرض عليها عقوبات كبيرة بسبب انتهاك حقوق الإنسان من قبل الدولة من خلال مسطرة التشريع، فالرقابة الدستورية تعد تتويجا للحماية القضائية وفقا لمبدأ سيادة القانون الشيء الذي يجعلها تلعب أدوار مهمة تتجلي فيما يلي :

- الرقابة حارسة للشرعية.
- الرقابة تحافظ على الحدود الدستورية للسلطات.
- الرقابة أهم ضمانات الحرية.

الفقرة الأولى: الرقابة حارسة للشرعية

مبدأ الشرعية[1] يعبر عن القواعد والنظم والإجراءات الأساسية لحماية الفرد في مواجهة السلطة ولتمكينه من التمتع بكرامته الإنسانية، فالقانون في غالبية الدول ليس مرتبة واحدة تضم جميع قواعده، بل إن هناك مبدأ غاية في الأهمية ينظم القواعد القانونية في الدولة، ذلك المبدأ هو" تدرج التشريعات " وهو مبدأ يصور البناء القانوني تصويرا هرميا متتابع الدرجات تتقيد فيه كل درجة بما يعلوها من درجات.[2]

وأن تقرير مبدأ الشرعية [3]يكفل الحماية الجدية والفعالة لحقوق الأفراد وحرياتهم في مواجهة السلطة العامة، إذ أنه يحقق قدرا من التوازن بين هذه السلطة وبين مفهوم الحقوق والحريات، حيث يكون الفرد في مأمن من أن تعتدي عليها السلطات الحاكمة في الدولة على خلاف ما قرره القانون، فقد أصبح من

---

[1]- بين المؤتمر الدولي لرجال القانون المنعقد في نيودلهي سنة **1959** ان مبدأ الشرعية اصطلاح يرمز إلى القيم والخبرة التي يتفق عليها رجال القانون في جزء كبير من العالم.

[2]- شرح هذه النظرية الفقيه النمساوي **Kelsen. H** والذي خلص في كون ان القواعد القانونية تتخذ في البناء القانوني شكل طبقات أو درجات بعضها فوق بعض ففي القمة يوجد الدستور وهو مجموعة القواعد التي تبين كيفية إنشاء القواعد القانونية العامة المسماة بالتشريع وقد تحدد فوق ذلك مضمون ذلك التشريع على نحو إجمالي عام فهو يحدد الهيئة التي تتولى إنشاء القانون ويبين طريقتها في ذلك ويلي ذلك التشريع وهو القواعد التي يبين الدستور كيفية وطريقة إنشائها ثم يلي ذلك القرارات الإدارية والأحكام القضائية ويذهب كلسن إلى أن الصلة بين هذه القواعد هي صلة تدرج وتبعية فالقاعدة الجنائية تستمد أساس وجودها من القاعدة التي أنشأتها.

H. Kelse, Théorie pure du droit (traduction française par Ch. Eisenmann) Revue internationale de droit comparé Année 1963 p 201.

[3]- مبدأ الشرعية – تطلق عليه تسميات كثيرة "مبدأ الشرعية " أو"مبدأ سيادة القانون " أو" مبدأ سيطرة أحكام القانون أو كما يطلق عليه الفقه الأنجلوسكسوني " سيادة القاعدة القانونية.

ويرى الدكتور عبد الحميد متولي أن مبدأ الشرعية هو اصطلاح سائد لدى أساتذة القانون وقد تبنى اصطلاح أخر أطلق عليه مبدأ سيطرة أحكام القانون كبديل لمبدأ الشرعية أيضا يذهب الأستاذ كون اصطلاح مبدأ سيادة القانون هو المبدأ السائد لدى رجال السياسة ويستعمله كذلك بعض رجال القانون هو اصطلاح تنقصه الدقة إذ أن السيادة ليست للقانون ذاته ولكنها للأمة والقانون هو تعبير عن سيادة الأمة د عبد الحميد متولي، "الحريات العامة – نظريات في تطورها وضماناتها ومستقبلها"، منشاة المعارف، الإسكندرية **1985**، ص. **88**.

المسلمات في الوقت الحاضر أنه لا يكفي للقول، بحماية حقوق الأفراد وحرياتهم العامة أن تتأكد سيادة القانون في شأن علاقاتهم بعضهم ببعض، بل أصبح يلزم لتأكيد هذه الحماية أن يسود القانون علاقاتهم مع الدولة وما يتفرع عليها من هيئات .

ولئن كان خضوع الفرد لمبدأ الشرعية أمرا محتم بالنظر لما تملكه السلطات في الدولة من وسائل ردعية كفيلة بجعل الأفراد يخضعون لهذا المبدأ ولا يخرقونه في ما يأتونه من أعمال، فإن الإشكال يثور حول إخضاع السلطات ذاتها لهذا المبدأ وجعلها تحترمه وتخضع له في ما تأتيه، وهنا يبرز الدور المحوري للضمانات الدستورية الموضوعة خصيصا لإجبار هذه على احترام مبدأ الشرعية والخضوع له، وتبرز أيضا أهمية فكرة تسليط الضوء على إخضاع السلطات في الدولة لمبدأ الشرعية دون تناول الضمانات المخصصة لإخضاع الأفراد لهذا المبدأ بالنظر إلى أن ذلك لا يطرح إشكال لا من الناحية القانونية ولا من الناحية العملية.[1]

فسيادة القانون هي الأساس الأوحد لمشروعية السلطة نفسها، وأن حقوق وحريات الأفراد مكفولة بموجب القوانين والتشريعات، ولا يجب أن تنتهك هذه الحقوق أو يقلل منها، إلا بموجب قانون صادر عن السلطة التشريعية [2] وأن الدستور هو أساس الشرعية في الدولة وقمتها، فهو أصل كل نشاط قانوني يمارس داخل الدولة، لكن هل يكفي لوجود مبدأ المشروعية لها، أن نعلن ونقرر أن الدولة مقيدة بالقانون وأن التشريعات العادية مقيدة بالقواعد الدستورية الواردة بالدستور لأنها تعلو عليها، أو أن القرارات الإدارية مقيدة بالقواعد التشريعية .... الخ وما الذي يضمن أن تحترم سلطات الدولة مثل هذا المبادئ؟

إن علو الدستور تصبح كلمة عديمة القيمة إذ أمكن مخالفتها من جانب أجهزة الدولة بلا جزاء،[3] فلا بد إذن من وجود جزاء على انتهاك الدستور من جانب أجهزة الدولة وبخاصة السلطة التشريعية، وأن الجزاء الوحيد الذي يمكن أن يحقق للدستور احترامه ويضمن لمبدأ المشروعية أن يسود هو عدم نفاذ التصرف المخالف وبطلانه.

وتحكم الشرعية الدستورية القانون في عنصريه الشكلي والموضوعي فمن حيث العنصر الشكلي تضمن هذه الشرعية تقيد الدولة بالقانون ومن حيث العنصر الموضوعي تكفل الشرعية الدستورية أن يكفل القانون توفير الضمانات للحقوق والحريات،[4] وأن الضمان الحقيقي لحماية الدستور ولضمان الشرعية وتدعيم سيادة القانون وجعله حقيقة واقعة لا يعد مبدأ نظري فحسب يمكن في وجود رقابة

[1]- لجلط فواز، الضمانات الدستورية لحماية مبدأ الشرعية، م س، ص.**4**.

[2]-زحل محمد الأمين، الطبيعة الخاصة للنصوص الدستورية في مجال الحقوق الأساسية، م س، ص. **56**.

[3]- **Georges Burdeau، « Manuel de droits constitutionnel »، Paris : Librairie générale de droit et de jurisprudence; DL 1980، 1949، P. 63.**

[4]- احمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، م س، ص. **78**.

فعالة على دستورية القوانين، بل هو رقابة جدية من جانب هيئة مستقلة تتوافر فيها الضمانات الكافية لذلك بالإضافة إلى التخصص الفني، ولا نعني بذلك غير " الرقابة القضائية".

الفقرة الثانية: الرقابة تحافظ على الحدود الدستورية للسلطات

يعد مبدأ الفصل بين السلطات أحد أهم المبادئ والضمانات التي تكفل حماية الحقوق والحريات وقد استمد هذا المبدأ مضمونه من الفلسفة السياسية التي ظهرت في القرنين السابع عشر والثامن عشر،[1] ولا يعني استقلال كل سلطة عن الأخرى استقلالا تاما، وإنما المقصود عدم تركز السلطة في يد واحدة لأن الاستقلال التام بين السلطات لا يمكن تصوره من الناحية العملية، ذلك أن مبدأ استقلال السلطات الثلاث هو الضامن لحرية الأفراد ويجب توجيه المشرع الدستوري وباستمرار إلى ضرورة المحافظة على هذا المبدأ وحفظ التوازن بينهما من خلال تقرير مداخل مختلف للرقابة بين هذه السلطات.

و لا شك أن ذلك يكمن في الرقابة على دستورية القوانين باعتبارها تكبح جماح السلطة التشريعية وتعيدها إلى حدودها الدستورية عن طريق إبطال القوانين التي تصدرها وتكون فيها خارجة على حدود سلطتها الدستورية في التشريع، فضلا عن ذلك، فإنها تمنع السلطة التشريعية من التفريط في سلطتها في سن التشريع والتخلي عنها للسلطة التنفيذية والمتمثلة في ظاهرة " التفويض التشريعي".

الفقرة الثالثة: الرقابة مدخل لجودة التشريع

يعد المشرع أحد أقطاب السلطة السياسية، وتعني مجموعة القوى الفاعلة والتي تمارس مظاهر السيادة عند وضعها للقواعد القانونية التنفيذية والتفصيلية للنصوص الدستورية، خاصة التي تتضمن كشفا عن الحقوق الطبيعية أو اعترافا بالحقوق الأخرى،[2] ومادام البرلمان هو الوكيل عن الأمة والمعبر عن إرادتها وهي ما تسمى " بالإرادة العامة " فله أن يأتي من التصرفات ما يشاء، وتكون جميعها مشروعة، لأنه هو الذي يحدد المشروع وغير المشروع في إطار الدستور.

و انطلاقا من الاختصاص التشريعي للمؤسسة البرلمانية في صياغة النصوص القانونية تثار مجموعة من التساؤلات أهمها؟

البرلمان هل يمثل الأمة حقيقة؟

القانون الصادر عن البرلمان هل هو المعبر بالفعل عن الإرادة العامة؟

---

[1]- أكد مونتسكيو في كتابه –روح القوانين – إن كل إنسان يتمتع بسلطة يسيء فعلا استخدامها إذ يتمادى في استعمالها حتى يجد من يوقفه عند حده فالقضية نفسها في حاجة إلى حدود وللوصول إلى عدم إساءة استعمال السلطة يجب أن يقوم النظام على أساس أن السلطة توقف السلطة. انظر مونتسكيو روح الشرائع – ترجمة عادل زغير– الجزء الاول –مرجع سابق، ص. **256**.

[2]- زحل محمد الأمين، "الطبيعة الخاصة للنصوص الدستورية في مجال الحقوق الأساسية"، م س، ص. **80**.

هل يملك البرلمان من القدرة والكفاءة والحرص على الصالح العام ما يجعله يضع قوانين غير مخالفة للصالح العام؟[1]

1 ـ البرلمان لا يمثل عمليا سوى أقلية من الناخبين:

إن القول بأن البرلمان يمثل الأمة قول فيه تجاوز كبير للحقيقة فالواقع أنه ـ حتى بغرفتيه ـ لا يمثل سوى أقلية من الناخبين، ذلك أنه إذا أسقطنا من حسابنا عدد الغائبين عن التصويت يوم الانتخاب وهؤلاء يبلغ عددهم في أغلب بلدان العالم أكثر من نصف ثم أسقطنا أيضا عدد الأصوات الفاشلة أي تلك التي حصل عليها المرشحون الذين لم ينجحوا في الانتخاب،[2] لتبين لنا أن الباقي هو أقلية عدد الناخبين،[3] فإذا كان البرلمان بغرفتيه لا يمثل الواقع ـ كما سلف القول ـ سوى أقلية الأمة، فهل يمكن القول إن البرلمان يمثل الأمة وينوب عنها ؟

2 ـ هل تعد القوانين تعبيرا عن الإرادة العامة ؟

إذا كان البرلمان الذي تصدر عنه التشريعات لا يمثل الأمة تمثيلا دقيقا كما أسلفنا، فإن القوانين الصادرة عنه لن تكون تعبيرا عن إرادة الأمة أو التي تسمى " الإرادة العامة للشعب " وهذه من البديهيات التي لا تحتاج إلى تدليل ،فمن المعلوم أن العمل التشريعي يجري في البرلمان على أن تقوم لجان متخصصة ومكونة من عدد محدود من الأعضاء بفحص مشروعات القوانين، ثم تعرض رأيها على أعضاء المجلس وغالبا ما يلاقي قبولا من جانب الأغلبية، والواقع يدلنا على أن القانون يقوم بعمله أقلية من الأفراد الذين يتكلمون باسم الأمة، وإذا كانت هناك إرادة يمكن أن ينسب إليها القانون فهي إرادة هذه القلة من الأفراد.[4]

من هنا جاءت فكرة التشكيك في صحة الفكرة القائمة على أن القانون هو المعبر عن الإرادة العامة، فهذه الفكرة فكره نظرية بعيدة عن الواقع، تقوم على الأساس الصوري والمجازي لنظرية العقد الإجتماعي والقانون لا يبني على الصورية ولا على المجاز وإنما على الحقائق والواقع.

وإذا نحينا هذه الحقائق جانبا وأخذنا بهذا الأساس النظري القائل بأن القانون تعبير عن الإرادة العامة، فإن الواقع أيضا يدلنا على أن القانون كثيرا ما يكون تعبيرا عن متطلبات الحكومة، وكثيرا ما تكون هذه المتطلبات على غير رغبة الشعب أو ممثليه، ومع ذلك يخرج القانون ويطبق على الشعب، ومن هنا نستطيع أن نقرر أن القانون ليس تعبيرا دقيقا لإرادة الأمة في أغلب الأحيان.

---

[1]- علي الباز، "الرقابة على دستورية القوانين في مصر **1989**"، مكتبة القاهرة الحديثة، ص. **153**.

[2]- نسبة المشاركة في الانتخابات التشريعية لسنة **2016** بلغت نسبة **43** في المائة وذلك حسب احصائيات وزارة الداخلية المغربية.

www.elections.ma/elections/legislatives/resultats.aspx

[3] عبد الحميد متولي، "أزمة الأنظمة الديمقراطية"، منشأة المعارف بالإسكندرية، **1993**، ص. **35**.

[4]- علي الباز، الرقابة على دستورية القوانين في مصر **1989**" م س، ص. **803**.

3. مدى كفاءة أعضاء البرلمان في وضع قوانين دستورية:

من الأمور المتصلة بسيادة البرلمان على التشريع واستقلاله به مسألة كفاءة أعضائه، فلا بد أن يكون لدى الأعضاء الكفاءة الفنية التي تمكنهم من تفهم الدستور تفهما سليما، يكشف بوضوح عن إيديولوجية ومذهبه السياسي والاقتصادي والإجتماعي، وذلك حتى يستطيع هؤلاء الأعضاء أن يأتوا بقانون غير مطعون عليه بعدم الدستورية، فهل يملك أعضاء البرلمان في معظم دول العالم هذه الكفاءة؟[1]

ثم أنه لا بد بجانب الكفاءة الفنية من كفاءة خلقية، أي حرص على الصالح العام بحيث يغلبه دائما على صالحه الخاص فهل هذا الحرص موجود لدى أعضاء البرلمان؟ إذ لا نجد أي نص قانون يحدد المستوى العلمي المطلوب في النائب أو المستشار البرلماني لذا نجد الأستاذ Barthelemy يقرر أنه " يوجد بين أعضاء البرلمان الفرنسي من لا يصلح للعمل في أي وظيفة من الوظائف الصغيرة في أصغر المقاطعات ".[2]

الشيء الذي يتخلص منه كون هناك نواب أو مستشارين برلمانين لا تتوفر فيهم المستوى الذي يمكنهم من إنتاج قوانين ترعى الدستور والصالح العام، لكن يمكن تدارك ذلك من خلال كون أن البرلمانات تعتمد أساسا في دراسة مشروعات القوانين وفحصها على اللجان البرلمانية. لنخلص أن البرلمان في مجموعه يخضع في النهاية لرغبات ومصالح بضعة أشخاص هم زعماء حزب الأغلبية ورؤساء وأعضاء اللجان.[3]

والخلاصة، أن وجود الرقابة يجعل البرلمان يفكر ويمحص قبل أن يقدم على العمل، لأنه يعلم علم اليقين أنه إذا أنتج عملا غير دستوري فسيكون مصيره البطلان، أو على أقل تقدير الإهمال وعدم القابلية للتطبيق، وفي ذلك حماية للدستور وصيانة له من العبث، وفيه أيضا الضمان والحماية لحقوق الأفراد وحرياتهم.

الفقرة الرابعة: الرقابة أهم ضمانات الحرية

حرية الأفراد هي أساس الحريات جميعا وهي المقصد الأسمى لكل حكومة عادلة، من هذا المنطلق ظهر مبدأ أساسي ومشترك بين دول الديمقراطية الفردية، وهو مبدأ الحقوق الفردية، وأيا كانت الأسس التي قام عليها هذا المبدأ فإن هناك نتائج مشتركة من أهمها :

- أن الدولة ليست ذات سلطات مطلقة، فهي لا تستطيع أن تصدر التشريعات حسب ما تشاء .

---

[1]-كشف رئيس مجلس النواب، الحبيب المالكي، لأول مرة، بخصوص تعليم النواب، إذ أكد أن حوالي **100** نائب برلماني لا يتوفرون على الباكالوريا. كما أشار إلى أن **5** نواب من أصل **395** لم يلجوا المؤسسة التعليمية، مشيرا إلى أن **1.27** نائبا يمثل الأمة بدون مستوى دراسي، تصريح رئيس مجلس النواب منشور على موقع **www.hespress.com** تاريخ الاطلاع **23-12-2019** .

[2]- عبد الحميد متولي، القانون الدستوري والأنظمة السياسية، م س، ص. **70**.

[3]- مشروع قانون الإثراء الغير مشروع نموذجا.

- أن على الدولة ألا تحترم الحقوق الفردية فيما يتعلق بالغاية فحسب، وإنما عليها أن تحترم الوسائل كذلك، فلا يكفي مثلا أن تعمل الدولة على إدراك الحرية أو السعادة المستقبلية للأفراد، بل يجب عليها أن تحترم تلك الحرية.[1]

ولقد وثق المشرع المغربي الحقوق والحريات كنصوص دستورية لنقل مادة الحقوق والحريات من حقل التفكير الفلسفي إلى حقل الدراسات القانونية حيث أصبحت ذات معاني قانونية وسياسية مما يسمح بتحديد مفهومها في ظل الغموض الواضح بين الحق والحرية والتي تصب جميعها داخل حقوق الإنسان ذو المجال الأوسع.[2]

لكن هل يكفي لحماية الحرية والتمتع بها من قبل الأفراد التنصيص عليها بين دفتى دستور؟ بالقطع أن ذلك لا يكفي فلا بد بجانب ذلك أن نكفل لهذا الدستور ذاته السمو و نمنع أي سلطة من أن تعتدي عليه، وبخاصة السلطة التشريعية.

ومن ثم يأتي دور القضاء المستقيل المحايد، فهو وحده الذي باستطاعته حماية الحرية الفردية، فالرقابة القضائية ـ وحدها ـ هي التي تحقق ضمانة حقيقية للأفراد، ولقد أكدت التجارب[3] التي مرت بها الدول الآخذة بالرقابة القضائية على دستورية القوانين أن الرقابة لعبت ولا تزال تلعب دورا حيويا في حماية الحريات الفردية.[4]

المطلب الثاني: الانتقادات الموجهة لآلية الدفع بعدم دستورية القوانين

ارتبطت فكرة الرقابة على الدستورية بتطور الحركة الدستورانية الحديثة التي ظهرت في أواخر القرن 18م والتي كان همها الأساسي إرساء دعائم سيادة القانون والحد من الحكم المطلق، غير أن مسار توطيد هذه الفكرة لم يكن سهلا بل عرفت انتقادات واسعة تمثلت فيما يلي :

تتعارض الرقابة مع مبدأ فصل السلطات.

تتعارض الرقابة مع مبدأ سيادة الأمة.

---

[1]- عبد الحميد متولي، "القانون الدستوري والأنظمة السياسية"، الجزء الأول، الطبعة الأولى 1962، ص. 232.

[2]- محمد الأعرج، "حقوق الإنسان والحريات العامة، أية علاقة ....". مرجع سابق، ص. 23.

[3] - من ذلك مثلا الحكم الصادر عن المحكمة العليا في مصر بجلسة 15-5-1982 في الدعوى رقم 39-3 قضائية دستورية بعدم دستورية المادة الأولى من القانون رقم 74 لسنة 1970 في شأن وضع بعض المشتبه فيهم تحت مر اقبة الشرطة بغير حكم قضائي، وتوترات الأحكام على ذلك في كل مجال يمس بالحرية الفردية أو الحريات العامة للمواطنين، وتتويجا لهذه الحماية أصدرت المحكمة الدستورية حكمها في الدعوى رقم (45 ق دستورية) بجلسة 2-6-1984 بعدم دستورية المادة 47 من قانون الإجراءات الجنائية رقم 150 لسنة 1950.

[4]- سعد عصفور، "رقابة القضاء وضرورة حماية الفرد في الدولة الحديثة"، مقال منشور بمجلة المحاماة، العدد 9، سنة 1981، ص. 35.

الفقرة الأولى: تعارض الرقابة الدستورية مع مبدأ فصل السلط

يجد هذا الانتقاد تأسيسه على مبدأ فصل السلطات أي فصل السلطة التشريعية عن السلطة القضائية فوظيفة القضاء مقصورة على تطبيق القانون دون فحص دستوريته، فعمل المحاكم منصب على تفسير القوانين العادية وتطبيقها على النوازل دون أن يتعداها إلى تفسير الدستور،[1] وعليه فلا يكون القضاء رقيبا على مراعاة السلطة التشريعية للحدود المقررة بالدستور، وإنما الرقيب الوحيد على ذلك هو ضمير أعضاء هذه السلطة التشريعية أنفسهم، وشعورهم بالمسئولية أمام الأمة، فتدخل القضاء في بحث دستورية القوانين، كان ذلك اعتداء منه على نطاق عمل السلطات التشريعية، وانتهاكا لمبدأ فصل السلطات، بل إن إعطاء القضاء هذه السلطة يجعل منه سلطة سياسية تسمو على سائر السلطات، بل وعلى إرادة الأمة التي عبرت عنها وفقا للأوضاع المقررة في النظام النيابي.

ولتدارك هذا الانتقاد توصل الفقه الدستوري والأنظمة الدستورية الحديثة إلى الاخذ بمبدأ الفحص والموازنة، مبدأ معززا أو متمما لمبدأ الفصل بين السلطات بحيث أضحى المفهوم الجديد للفصل هو الفصل الأفقي بدلا من الفصل العمودي [2] ومن ثم فإن القضاء الدستوري في ممارسته للرقابة على دستورية القوانين، لا يصادر سلطة الشعب صاحب السيادة، بل أن العلاقة بين القضاء الدستوري والسلطة التشريعية يجب أن تنطوي على الحوار وتبادل الأفكار والأراء، وهو حوار ينبغي أن يكون إيجابيا من أجل أن تأتي التشريعات متطابقة مع الدستور.[3]

وإضافة إلى هذا التعارض مع مبدأ فصل السلط فإن الرقابة على الدستورية تجر القاضي الدستوري إلى حقل السياسة وذلك من خلال أن القاضي كثيرا ما يدعي إلى مناقشة التشريع على ضوء ما يطلقون عليه المبادئ الدستورية العليا، وهوما يفضى إلى أن نجد القاضي نفسه إزاء تيارات الفلسفة السياسية، ولا يكون قراره المتخذ في شأن التشريع المعروض عليه إلا نتيجة مذهبه الشخصي، وميله الذاتي إلى هذا أو ذاك من تيارات السياسة.

الفقرة الثانية: الرقابة تتعارض مع مبدأ سيادة الأمة

إذا كانت الرقابة على دستورية القوانين تجعل من القاضي الدستوري يشارك في صناعة القانون، فإنه من السهولة إثارة سؤال الشرعية إزاء هذه الآلية الرقابية، لأنه في نظام ديمقراطي مبدأه الاقتراع العام، يمكن التساؤل حول شرعية قاضي معين ولا يسأل أمام أحد، لما يراقب العمل التشريعي لنواب منتخبين

[1] - عبد العزيز محمد سالمان، إجراءات الدعوى الدستورية، مرجع سابق، ص. **104** .

[2] - عصام سعيد عبد أحمد، الرقابة على دستورية القوانين دراسة مقارنة مرجع سابق، ص. **208**.

[3] - صالح أزحاف، "القضاء الدستوري وسؤال الديمقراطية المستمرة"، مقال منشور بالمجلة المغربية للأنظمة القانونية والسياسية، عدد خاص القضاء الدستوري المغربي المسجدات والأفاق، عدد رقم **18**، سنة **2019**، مطبعة الأمنية، ص. **49**.

مباشرة من قبل الشعب [1] فالبرلمان هو الذي يملك التشريع وحده، ولا توجد أي سلطة أخرى تستطيع مناقشة البرلمان من الناحية التشريعية، وجميع سلطات الدولة غير البرلمان تخضع لهذا القانون البرلماني، ولا تملك له مناقشة، ولا يجوز للسلطة القضائية ـ عندهم ـ أن تمتنع عن تطبيق قانون صادر عن البرلمان لحجة عدم دستوريته، لأن الدستور هو على وجه التحديد ما تعبر عنه إرادة البرلمان ذات السيادة.

فالسيادة التشريعية للبرلمان تعني أنه لا يجوز للمحاكم أن تناقش صحة قانون صادر عن البرلمان وإنما هذه المحاكم ملزمة بأن تقبل كقانون كل التصرفات الصادرة عن البرلمان، فلو أن قانونا صدر بغير الطرق المقررة، فإن الأمر متروك للمشرع في أن يصحح هذا الوضع بأن يلغيه، ولكنه ما دام قائما كقانون فإن المحاكم تلتزم بتطبيقه.[2] وإذا كان للبرلمان هذه السيادة المطلقة من الناحية التشريعية، فإنه مما يتنافى مع هذه السيادة وجود رقابة على دستورية القوانين، ففي هذا إهدار لهذه السيادة، وإهدار بالتالي لسيادة الأمة.

و بالرغم من الانتقادات التي وجهة للرقابة الدستورية على القوانين إلا أنها مع ذلك تعد نقلة نوعية في التشريع المغربي، ستساعد على تطهير الترسانة القانونية من المقتضيات التشريعية التي لا تراعي الحقوق و الحريات الدستورية.

المبحث الثاني: تنظيم المحكمة الدستورية في ظل دستور2011

يعتبر الاختصاص الدستوري اليوم أحد الأجزاء الرئيسية في الأنظمة الدستورية الديمقراطية على اعتبار أن القضاء الدستوري ليس مضادا للديمقراطية وإرادة الأغلبية، و أن التغيرات القانونية قد جعلت القاضي الدستوري وجها جديدا للديمقراطية وحارسا لمؤسسات دولة المقدمة على أنها خاضعة للقانون وضامنا للتوازن بين الأغلبية والمعارضة خارج فضاء السلطتين التشريعية والتنفيذية ومراقبا للحاكمين بعد اختيارهم وفق المساطر الأكثر ديمقراطية.[3]

وفي المغرب فقد طرأ تحول نوعي على مستوى القضاء الدستوري حيث تم الانتقال من المجلس الدستوري إلى المحكمة الدستورية، أي الانتقال من الرقابة السياسية لدستورية القوانين إلى الرقابة القضائية، وهو أمر فيه دلالة ديمقراطية قوية، فالعدالة الدستورية تمثلت في إقرار الحق للمواطن المغربي في الدفع بعدم دستورية أي قانون يتعارض مع مصالحه، فلا يمكن الحديث عن العدالة الدستورية مالم

[1] - حجاجي امحمد، "الرقابة على الدستورية"، العدد 3، الطبعة الأولى، منشورات مجلة العلوم القانونية، سنة 2018، ص. 63.

[2] - الدكتور محمد عصفور، "موقف الديمقراطيات من الرقابة على دستورية القوانين"، مجلة المحاماة، العدد 51، سنة 1981، ص. 14.

[3] - محمد اتركين، "الدستور والدستورانية من دساتير فصل السلط إلى دساتير صك الحقوق"، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، الطبعة الأولى 2007، ص. 178.

تتوفر الضمانات القانونية لحماية الحقوق الفردية والجماعية للمواطن،[1] غير أن هذه الضمانات لها أبعاد متعددة من بينها ضمانات حياد واستقلالية أعضاء المحكمة الدستورية .

وبالرجوع إلى مقتضيات الفصل 130 من الدستور نجده ينص على أنه "تتألف المحكمة الدستورية من اثني عشر عضوا، يعينون لمدة تسع سنوات غير قابلة للتجديد، ستة أعضاء يعينهم الملك، من بينهم عضو يقترحه الأمين العام للمجلس العلمي الأعلى، وستة أعضاء يُنتخب نصفهم من قبل مجلس النواب، وينتخب النصف الآخر من قبل مجلس المستشارين من بين المترشحين الذين يقدمهم مكتب كل مجلس، وذلك بعد التصويت بالاقتراع السري وبأغلبية ثلثي الأعضاء الذين يتألف منهم كل مجلس وإذا تعذر على المجلسين أو على أحدهما انتخاب هؤلاء الأعضاء، داخل الأجل القانوني للتجديد، تمارس المحكمة اختصاصاتها، وتصدر قراراتها، وفق نصاب لا يُحتسب فيه الأعضاء الذين لم يقع بعد انتخابهم.

يتم كل ثلاث سنوات تجديد ثلث كل فئة من أعضاء المحكمة الدستورية.

يعين الملك رئيس المحكمة الدستورية من بين الأعضاء الذين تتألف منهم.

يتم اختيار أعضاء المحكمة الدستورية من بين شخصيات ذات خلفية قانونية عالية، وعلى كفاءة قضائية أو فقهية أو إدارية والذين مارسوا مهنتهم لمدة تفوق خمس عشرة سنة، والمشهود لهم بالتجرد والنزاهة."

ومن خلال هذا الفصل يتضح جليا أن المحكمة الدستورية تتألف من نوعين من الأعضاء:

أعضاء معينون،

أعضاء منتخبون.

كما يتبين تقاسم مسؤولية التعيين من قبل كل من الملك ومجلسي البرلمان، ومن هنا تطرح إشكالية التوازن في التعيين.

ويتضح أن المشرع الدستوري وضع عدة ضمانات لاستقلالية أعضاء المحكمة الدستورية ولجودة عملها، وتتجلى هذه الضمانات فيما يلي:

طول مدة العضوية،

عدم قابلية العضوية للتجديد،

[1]- كوثر أمرير، "الرقابة الدستورية على الحقوق والحريات (دراسة مقارنة)"، مجلة المنار للدراسات القانونية والإدارية، مطبعة دار السلام الرباط، عدد خاص **2019**، ص. **380**.

اشتراط الكفاءة والتخصص في الأعضاء،

اشتراط أقدمية 15 سنة من العمل في الأعضاء،

اشتراط التجرد والنزاهة في الأعضاء.[1]

إن مراجعة المحاكم الدستورية للتشريع من منظور قانوني، تكون حصريًا ضمان توافق المعايير الدنيا مع تلك التي لديها أعلى رتبة في الإطار التنظيمي، لذلك فإن أهميتها أكبر من أي منظور سياسي يوجه لها، وأن استقلالها وحيادها يمكن النظر إليه من خلال تعيين، فترة ولاية أعضاء المحكمة الدستورية "المطلب الاول" كما يمكن ان نستنتجه من طبيعة الصلاحيات المخولة للمحكمة الدستورية "المطلب الثاني ".

المطلب الأول: استقلالية أعضاء المحكمة الدستورية

يمكن الإجابة على سؤال استقلالية أعضاء المحكمة الدستورية من خلال مسطرة التعيين، ثم المسار المهني، والزمن المهني.

الفقرة الأولى: استقلالية قضاة المحكمة الدستورية من حيث مسطرة التعيين

إن تعيين أعضاء المحكمة الدستورية يكتسي أهمية كبرى لما له من تأثير على استقلالية المحكمة وجودة أدائها، وأنه من المحتمل أن يكون إجراء اختيار القضاة أحد الأسئلة المركزية حول طبيعة القرارات والإنتظارات المرجوة، إذ يمثل اختيارهم النقطة التي تتفاعل فيها السياسة والمحاكم بطريقة أكثر وضوحًا.

و ليس من المستغرب إذن أن اختيار أعضاء المحكمة الدستورية موضوع ذو تعقيد متنوع ويمكن ربطه أحيانا بالتراضي في إطار اللعبة السياسية بالنسبة للأعضاء المعينين من طرف البرلمان، بينما يرى تجاه آخر أنه بالنسبة للتجارب الدستورية المقارنة – فرنسا مثلا قبل التعديل الدستوري - التي حاولت إبعاد مسطرة تشكيل القضاء الدستوري عن أيدي السلطات السياسية من منطلق ضمان استقلاليتها، فكانت النتيجة عكسية وأدى عدم توفر على امتداد دستوري مؤسساتي إلى عدم تطوير عمله حيث أشار " **أن واضعي دستور 1975 قد افترضوا لضمان اشتغال جيد للنسق المؤسساتي اللجوء إلى القرعة بين القضاة والأساتذة الجامعيين لتعيينهم كأعضاء بالمحكمة العليا، وكانت هذه النتيجة أن هذه المؤسسة لم تعرف أي تطور لأنها لم تكن تتوفر على قاعدة ديمقراطية**".[2]

---

[1]- كوثر أمرير، الرقابة الدستورية على الحقوق والحريات (دراسة مقارنة)"، م س، ص. **381**.

[2] **Luis Favoreu, « la légitimité du juge constitutionnel »,** Revue internationale de droit comparé Année 1994 p. 573.

وإذا أخذنا بعض الأمثلة من بعض الدول التي اعتمدت الدفع بعدم الدستورية، فإننا نجد أن المحكمة الدستورية الاتحادية في ألمانيا تتشكل"**من 16 عضوًا من بينهم ستة على الأقل يجب أن يكونوا قضاة اتحاديين. فيما يتعلق بمستوى التسيس بالفعل من أنه "على الرغم من كل هذه الاحتياطات التي تهدف إلى الحد من نفوذ الأحزاب يتم توزيع المقاعد في الو اقع بعد اتفاق بين الحزبين العظيمين والقضاة لديهم انتماء سياسي ملحوظ لدرجة أن الكثيرين لديهم حتى بطاقة الانتماء الحزبي.**[1]

أما المحكمة الدستورية البلجيكية، فتتكون وفقاً للمادة 32 من قانونها التنظيمي من قضاة يعينهم الملك من القوائم التي تعدها كل غرفة ويوافق كل منها بأغلبية الثلثين، ومع ذلك، يتم تقليل حرية اختيار القضاة بشكل كبير بحيث يتم تنظيم الإجراء بواسطة نظام حصص دقيق .

أما الدستور التشيكي، فينص في المواد 83 وما يليها أن المحكمة الدستورية يجب أن تتكون من خمسة عشر قاضيًا يتم انتخابهم لمدة 10 سنوات، يعينهم رئيس الجمهورية ويصادق عليهم مجلس الشيوخ، من بين خريجي القانون الذين مارسوا القانون لمدة عشر سنوات على الأقل.

أما بالنسبة للمحكمة الدستورية السلوفاكية فتتكون من 13 عضوًا يتم تعيينهم فقط رئيس الجمهورية من أصل 20 اقتراحًا اقترحها البرلمان، في حين أن المحكمة الدستورية السلوفينية، فإن الإجراءات المتبعة في تعيين أعضاء محكمتها الدستورية هو اقتراح الرئيس واختيار الغرفة التشريعية بأغلبية بسيطة.

أما بالنسبة لفرنسا، فإن المجلس الدستوري يتشكل من ثلاثة أعضاء يعينون من طرف رئيس الجمهورية و ثلاثة أعضاء من طرف رئيس مجلس النواب و ثلاثة أعضاء آخرين من طرف رئيس مجلس المستشارين، إضافة إلى كون رؤساء لجمهورية السابقون هم أعضاء بقوة القانون،[2] غير أنه بالنسبة للمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان أقرت في قراراها الصادر بتاريخ 23 يونيو1993[3] والمتعلق بتطبيق الفصل 6 من الاتفاقية الأوروبية وذلك بخصوص الحق في محاكمة منصفة وإلزامية الاستقلالية وحياد عضو المحكمة الدستورية بأن **"لا يوجد قضاء دستوري عندما يكون أحد أعضائه معينين من طرف تنظيمات سياسية، غير أنها اعتبرت أن تعيين أعضاء المجلس الدستوري من طرف البرلمان أو السلطة التنفيذية لا يمكن أن يؤثر على استقلالية وحياد أعضائها. "**

[1] - امحمد حجاجي – المحاكم الدستورية في الانظمة الدستورية المعاصرة – البنية و الوظائف مطبعة دار القلم، الطبعة الأولى **2021**، ص. **58**.

[2]- وضع مشروع قانون سنة **2013** من اجل تعديل القانون المنظم للمجلس الدستوري وذلك بغية الغاء تشكيل المجلس الدستوري من فئة الرؤساء السابقون بقوة القانون غير ان هذا المشروع لم يصوت عليه لغاية يومه.

[3]-**CEDH Ruiz-Mateos contre Espagne 23/06/1993 requête n 62543/00 www.echr.coe.int**

أما في ما يتعلق بالمحكمة الدستورية المغربية فنجد أنها اعتمدت نظام التعين غير المقيد و الذي أصبح يخص الأعضاء الستة الذين يعينهم الملك بمحض إرادته ، في مقابل اعتماد نظام الانتخاب فيما يرجع إلى الاعضاء الستة الذين يعينهم مجلسي البرلمان ،وأن التعيين الذي يتم من طرف هذا الاخير ، فقد تم تنظيمه بموجب الأنظمة الداخلية لمجلس البرلمان، فطبقا للمادة 323 من النظام الداخلي لمجلس النواب[1] يتلقى مكتب المجلس الأسماء المقترحة من الفرق المجموعات البرلمانية، و يعلن المكتب عن أسماء المترشحات و المترشحين قبل جلسة الانتخاب، و يتم التصويت على كل مرشحة أو مرشح على حدة، و يكون التصويت بالاقتراع و بأغلبية ثلثي أعضاء المجلس.

وحسب المادة 324 من ذات النظام الداخلي توزع ملفات المترشحات و المترشحين على جميع أعضاء المجلس 48 ساعة على الأقل قبل انعقاد الجلسة العامة و المخصصة للانتخاب. و فيما يخص كل فئة يتم إتباع نفس الإجراءات المطبقة على انتخاب المترشحين لعضوية المحكمة الدستورية لأول مرة (المادة 325).

أما المادة 270 من النظام الداخلي لمجلس المستشارين[2] فقد نصت على أن اختيار و انتخاب المرشحات والمرشحين لعضوية المحكمة الدستورية، يخضع للتفاصيل التالية :

يعلن رئيس المجلس، بعد مداولة المكتب، عن تلقي طلبات ترشيحات الفرق و المجموعات البرلمانية، توافي الفرق و المجموعات البرلمانية المكتب بلائحة الأسماء التي ترشحها لشغل هذا المنصب، من خارج المجلس أو من بين أعضائه، مرفوقة بالسيرة الذاتية لكل مرشح و تقريرا عن أعماله و إنتاجاته العلمية.

ويدرس المكتب ملفات المرشحات الواردة عليه من الفرق و المجموعات البرلمانية، و يقوم بإجراء تقييم لمدى استفائهم للشروط الواردة في الفقرة الأخيرة من الفصل 130 من الدستور.

يعرض مكتب المجلس لائحة المترشحين المنتقاة على المجلس برمته من أجل التصويت، يصوت أعضاء المجلس على كل مرشح على حدة، و إذا تعادلت الأصوات بين المرشحات و المترشحين، يعلن عن فوز المرشح الأكبر سنا، و إلا حكمت القرعة.

في حالة عدم بلوغ لائحة المرشحات و المرشحين العدد المحدد للمناصب، يتم الاقتراع على الأسماء الفائزة بشكل فردي، على أساس إعادة إطلاق التشريحات و إجراء عمليات الانتقاء والتصويت لملئ المقاعد المتبقية في أجل لا يتعدى الدورة البرلمانية الموالية . وتطبق هذه المسطرة عند كل تجديد لثل أعضاء المحكمة الدستورية الموكول انتخابهم لمجلس المستشارين.

[1] - النظام الداخلي لمجلس النواب، بعد صدور قرار المحكمة الدستورية رقم 17\65 بتاريخ 30 -10-2017.

[2] - النظام الداخلي لمجلس المستشارين، كما أقره في جلسته العامة المنعقدة يوم 20 أكتوبر 2015.

وبموجب الفقرة الرابعة من المادة الأولى من القانون التنظيمي للمحكمة الدستورية تنشر بالجريدة الرسمية ظهائر تعيين رئيس المحكمة الدستورية وأعضاء المعينين من قبل الملك، و كذا ملخص محضري الجلسة العامة لمجلسي البرلمان المتضمن لنتائج انتخابات أعضاء كل مجلس.

وتضيف الفقرة الخامسة من نفس المادة إمكانية الطعن في عملية و نتائج انتخابات أعضاء المحكمة الدستورية المنتخبين داخل أجل ثمانية أيام من تاريخ إعلان النتائج. و تبت المحكمة الدستورية في الطعن داخل أجل لا يتعدى ثمانية أيام (الفقرة الأخيرة).

وبالنسبة للأعضاء المعينين من طرف الملك فقد أشير إلى أن إشراك مؤسسة ذات طابع ديني في اقتراح عضوين بين الأعضاء الذين يعينهم الملك متمثلة في المجلس العلمي الأعلى ويمكن اعتبارها إضافة مجانية من شأنها أن تثير نقاش حول شروط الحياد التي يجب أن تتوفر في أعضاء المحكمة الدستورية.[1]

الفقرة الثانية: المسار المهني لأعضاء المحكمة الدستورية

غالباً ما تكون الحياة المهنية للقضاة قضية ذات صلة بالتصور العام لعمل المحكمة الدستورية ،حيث يمكننا التمييز بين ثلاث مجموعات:

أولا تلك المحاكم التي يعين فيها القضاة من المجال القانوني ،والمحاكم الأخرى التي لا يوجد فيها مثل هذا الشرط وفي هذه الحالة هل يمكن الحديث عن قضاة بالمفهوم الحقيقي؟وأخيرًا، الحالات الاستثنائية التي يتم فيها مزج التكوين بين القانوني وأطياف أخرى سياسية اقتصادية أو اجتماعية مثلا، و أن لكل طريقة تشكيل أعضاء المحكمة سلبيات و إيجابيات .

و أن الحجة المقدمة لصالح إدراج أعضاء من خارج عالم القانون ضمن الاختصاصات الدستورية تتعلق بطابع "**المشرع السلبي**": إذا كانت المحاكم ستشارك في العملية التشريعية حتى بطريقة سلبية، وإلا لا يُطلب من أعضاء الهيئة التشريعية أن يكون لديهم مؤهل قانوني معين، ولا يجب أن يحدوا من تعددية تكوينهم الداخلي في حالة المحاكم أنفسهم ومع ذلك، يمكن القول مسبقًا أن التصاميم التي تزيد من استقلالية القضاء إلى أقصى حد هي تلك التي يأتي فيها القضاة من المجال القانوني في المقام الأول، في هذه الحالات، كان ينبغي على "**التنشئة الإجتماعية القانونية**" القوية أن تحذرهم من أهمية تطبيق النظام القانوني بشكل محايد .

غير أنه و بالنسبة إلى الحالات التي لا يأتي فيها أعضاء المحكمة من المجالات القانونية، غالبًا ما يحدث أنهم يأتون من المجالات السياسية، والتي يكون فيها بعض التحيز عند اتخاذ القرارات على وشك الافتراض.

[1]- حياة البجدايني، "المحكمة الدستورية بالمغرب نحورؤية استشرافية"، م س، ص. 6.

و تقع محكمتنا الدستورية ضمن المجموعة الثالثة التي تلزم أن يكون أعضائها جميعهم فقهاء ذو وكفاءة معترف بها لأكثر من خمسة عشر عامًا من الممارسة المهنية وبهذا المعنى، يبدو أن محكمتنا مجهزة تجهيزًا جيدًا، فالتقييد على المهنيين يضمن تنشئة اجتماعية جيدة وتعرفًا أكبر على مبادئ المنصب الذي انتخبوا من أجله.

مع الإشارة إلى أن بعض الدول مثل المحكمة الإيرلندية العليا أو المحكمة العليا في أمريكا الشمالية نفسها، أو أيضًا المحكمة الدستورية الألمانية نفسها تلزم اختيار نصف القضاة من بين قضاة المحاكم الرئيسية.[1]

1- مدة ولاية أعضاء المحكمة الدستورية:

على الرغم من أن مراجعة المحاكم الدستورية للتشريع من منظور قانوني، تهدف حصريًا لضمان توافق المعايير الدنيا مع تلك التي لديها أعلى رتبة في الإطار التنظيمي، فإن أهميتها أكبر من منظور سياسي، وعادة ما يرتبط تمديد الولاية بالضمانات الرسمية لاستقلالية القضاء، [2]مع الاشارة إلى أن استقلال أعضاء المحكم الدستورية غير مرتبط بطريقة تعيينهم أو مدة اشتغالهم ، و بقراءة انظمة اعضاء المحاكم الدستورية المقارنة نجد :

- **إمكانية تجديد أعضاء المحكمة:**

يبدو أن هذا الاحتمال يخلق تلقائيًا نظامًا حافزًا لصالح السلوك الاصلاحي سياسيًا للقضاة الذي لا يظهر - في على الأقل ليس بشكل علني - في الأنظمة حيث يتم حظر هذا الاحتمال.

- **ولاية مدى الحياة:**

من أهم إيجابيات هذا التعيين في أنه يضمن استقلالية أعضاء المحكمة الدستورية و استقلاليتهم ، حيث كلما كانت مدة العضوية طويلة كلما زاد ذلك من استقلالية الأعضاء ، في حين أن المدة القصيرة قد تجعل العضو الذي يطمح للاستمرار في العضوية أو للتعيين بعد انتهاء مدة ولايته يأخذ ذلك بالاعتبار في اجتهاده و مواقفه و يكون أميل إلى إرضاء السلطة التي لها تأثير على مستقبله [3]

مدة محدودة وغير قابلة للتجديد:

---

[1]-حميد الربيعي، "قراءة في قرارات المجلس الدستوري في ظل الدستور الجديد"، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، الرباط، **2013**، ص. **45**.

[2]- رشيد المدور، "تسهيل الولوج إلى العدالة الدستورية تطور في النص ومناهج عمل القضاء الدستوري المغربي"، مجلة معهد القضاء، الكويت، عدد **21** فبراير **2019**، ص. **99**.

[3]- عيد العزيز النويضي – المحكمة الدستورية و مسألة الدفع بعدم دستورية القوانين – مرجع سابق، ص: **69** .

المجموعة الثانية هي المحاكم ذات التفويض المحدود وغير القابل للتجديد، وهي فئة تشمل معظم المؤسسات وبالتالي، فإن ولاية قضاة المحكمة الدستورية البولندية والمحكمة الدستورية السلوفينية هي تسع سنوات غير قابلة للتجديد، حيث يستبعد الدستور نفسه صراحةً في مادته 165، تجديد القضاة، في حين أن المحكمة الدستورية الألمانية فإن التفويض أطول قليلاً 12 سنة، وبالنسبة للمحكمة الدستورية السلوفاكية، فإن المدة هي 12 عامًا أيضًا، وغير قابلة للتجديد ، وأخيرًا يعد المجلس الدستوري الفرنسي حالة استثنائية، حيث يتألف من تسعة أعضاء تكون ولايتهم 9 سنوات، ويتم تجديدهم بثلثهم كل ثلاث سنوات، ولكن أيضًا من قبل الأعضاء مدى الحياة: الرؤساء السابقون للجمهورية.

- **مدة محدودة ومتجددة:**

في حالة واحدة يتم قبول تجديد القضاة، هذه هي حالة المحكمة الدستورية التشيكية، حيث يُقبل التجديد بعد فترة أولى مدتها 10 سنوات 10 سنوات أخرى إضافية.

و تشير الأدلة التجريبية الوفيرة إلى أن تلك المحاكم التي يكون للقضاة فيها ولاية مدى الحياة - كما هو الحال في المحكمة العليا في أمريكا الشمالية - لم تنجح بعد في تجنب التسييس داخل المؤسسة، على الرغم من قد يكون هذا بسبب عوامل مختلفة، على الرغم من أنه يجب، في الوقت الحالي، تقديم دقة واحدة: أن التعيين مدى الحياة للقضاة في المحكمة الدستورية، إذا لم يكن مصحوبًا بإصلاحات شاملة ومتعمقة لوقف تسييس الحكومة، يمكن أن يكون للمؤسسة تأثير ضار، فبدلاً من تقليل العلاقة السياسية بين القضاة والأحزاب السياسية التي عينتهم، يمكن أن يقتصر ببساطة على تمديدها لفترات أطول من تسع سنوات.[1]

وقد اختار المشرع الدستوري نظام المدة المحدودة و الغير قابلة للتجديد طبقا لمقتضيات الفصل الأول من القانون التنظيمي للمحكمة الدستورية ، كما نجد أن المادة الخامسة من نفس القانون حددت المهام التي لا يجوز لعضو المحكمة الدستورية الجمع بينهما [2] كما يلتزم أعضاء ها بواجب التحفظ و عموما

[1]-**Christine Disant، Les effets dans le temps des décisions QPC. Le conseil constitutionnel، maitre du temps ;le législateur bouche du conseil constitutionnel ?lextenso،les nouveaux cahiers du conseil constitutionnel،2013،N3 p.40.**

[2] تنص المادة الخامسة من القانون التنظيمي رقم **066.13** على ما يلي (لا يجوز الجمع بين عضوية المحكمة الدستورية وعضوية الحكومة أو مجلس النواب أو مجلس المستشارين أو المجلس الأعلى للسلطة القضائية أو المجلس الاقتصادي والإجتماعي والبيئي أو كل هيئة ومؤسسة من المؤسسات والهيئات المنصوص عليها في الباب الثاني عشر من الدستور.

كما لا يجوز الجمع بين عضوية المحكمة الدستورية وممارسة أي وظيفة عامة أخرى أو مهمة عامة انتخابية أو شغل منصب مهما كان مقابل أجر في شركة تجارية أو مزاولة مهام يؤدى عنها أجر من قبل دولة أجنبية أو منظمة دولية أو منظمة دولية غير حكومية.)

بالامتناع عن كل ما من شأنه أن يمس باستقلاليتهم و من كرامة المنصب الذي يتقلدونه [1] و ذلك من أجل مراقبة قانونية التشريع و تجويده عن طريق آلية الدفع بعدم الدستورية

[1] - تنص المادة الخامسة من القانون التنظيمي رقم **066.13** على ما يلي(.....ولا يجوز لهم، بوجه خاص، خلال مدة عضويتهم :

- أن يتخذوا أي موقف علني أو الإدلاء بأي فتوى في القضايا التي سبق للمحكمة الدستورية أن قضت فيها أو يحتمل أن يصدر عنها قرار في شأنها ؛

- أن يشغلوا داخل حزب سياسي أو نقابة أو أي هيئة ذات طابع سياسي أو نقابي كيفما كان شكلها أو طبيعتها، منصب مسؤول أو قيادي أو، بصفة عامة، ممارسة نشاط فيها يتنافى مع أحكام الفقرة الأولى أعلاه ؛

- أن يسمحوا بالإشارة إلى صفتهم كأعضاء بالمحكمة الدستورية في أي وثيقة يحتمل أن تنشر وتكون متعلقة بأي نشاط عمومي أو خاص.)

الفرع الثاني: إجراءات الدفع بعدم الدستورية

تعد الرقابة القضائية [1] على دستورية القوانين أحد أهم ركائز الأنظمة الديمقراطية التي تقوم على مبدأ مراعاة التوازن بين سلطة التشريع والقضاء الدستوري،[2] حيث أسند المشرع لهذا الأخير مراقبة مدى دستورية القوانين وشرعيتها والعمل على حماية مبدأ سيادة القانون المتفق مع أحكام الدستور ومعرفة مدى انسجام القوانين الموضوعة مع الدستور الذي يتسم بالسمو على باقي التشريعات في الدولة.[3]

لذلك أوجد الدستور المغربي لسنة 2011 مقتضى جديد منح بمقتضاه للمتقاضين[4] الحق في الدفع بعدم دستورية القوانين انطلاقا من مقتضيات الفصل 133 من دستور 2011الذي ينص "**تختص المحكمة الدستورية بالنظر في كل دفع متعلق بعدم دستورية قانون، أثير أثناء النظر في قضية، وذلك إذا دفع أحد الأطراف بأن القانون الذي سيطبق في النزاع يمس بالحقوق والحريات التي يضمنها الدستور.**

يحدد قانون تنظيمي شروط وإجراءات تطبيق هذا الفصل"

غير أنه بداية لابد من الإشارة كون المشرع الدستوري المغربي لم يشترط ممارستها أمام المحكمة الدستورية بصفة مباشرة، وأن محاكم الموضوع لا أحقية لها لممارسة الرقابة على دستورية القوانين بمقتضى الفصل 25 من ق.م.م، والفصل 50 من ق.م.م، فالمحاكم بموجب هذين الفصلين ملزمة وجوبا

---

[1]- مما تجدر الإشارة إليه، أن هذا التعريف يقصد به الرقابة "المركزية" أو "المنظمة" على دستورية القوانين، وهي تلك التي يتم تقريرها وتنظيمها بمقتضى نصوص صريحة، دستورية سواء كانت نصوص تنظيمية أو قوانين عادية، وذلك تمييز لها عن الرقابة "غير المنظمة"، وهي تلك التي يمكن أن تمارسها المحاكم على اختلاف درجاتها و أنواعها "كرقابة امتناع "عن تطبيق النص التشريعي المخالف للدستور- على الرغم من عدم وجود نص دستوري أو قانوني صريح يكرس مبدأ الرقابة على الدستورية- وذلك انطلاقا من أن النص الدستوري هو القاعدة القانونية الأسمى التي لا يجوز مخالفتها، بما يتعين معه عدم جواز تطبيق أي نص يخالفها من النصوص التشريعية التي تدنوها مرتبة، بوصف أن إعمال هذه الرقابة هي جزء أصيل من عمل القاضي - في أي نازع معروض عليه، وهذا المبدأ –وهو تقرير رقابة الدستورية كرقابة امتناع.

للمزيد من الإطلاع : يوسف عبد المحسن عبد الفتاح تجربة الرقابة السابقة على دستورية القوانين في النظامين القانونيين المصري والبحريني مقال منشور بمجلة القانونية العدد السابع يناير **2016** مطابع الأيام التجارية مملكة البحرين، ص. **56**.

[2] - (... إن مراقبة دستورية القوانين. شكلا و جوهرا. تستلزم استحضار المقاصد التي ابتغاها الدستور). قرار المجلس الدستوري رقم **937** بتاريخ **29** مايو **2014**، منشور بالموقع الإلكتروني للمحكمة الدستورية، **https://cour-constitutionnelle.ma**

[3]- الخطيب، "الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري"، ط **7**، ص. **555**.

[4]- يبين الفقيه السنهوري يذلك من خلال قوله " إن الديمقراطيات التي لم ترسخ لها قدم في الحكم الديمقراطي الصحيح هي في أشد الحاجة إلى رقابة القضاء، وذلك أن كل ديمقراطية ناشئة لم تنضج فيها المبادئ الديمقراطية، ولم تستقر هذه المبادئ في ضمير الأمة، تكون السلطة التنفيذية فيها هي أقوى السلطات تتغول على السلطة التشريعية وتسيطر عليها، وتتحيف جميعا السلطة القضائية وتنتقص من استقلالها والدواء الناجع لهذا الحال هو العمل على تقوية السلطة القضائية .فهي أدنى السلطات الثلاث إلى الإصلاح، إذ القضاة نخبة من رجال الأمة، أُشربت نفوسهم احتراما لقانون و انغرس في قلوبهم حب العدل، وهم بطبيعة وظيفتهم يؤمنون بمبدأ المشروعية، ولا يقدر لهذا قيام واستقرار إذا لم يوجد إلى جانبه قضاء حر مستقل يحميه من الإعتداء ويدفع عنه الطغيان،" للمزيد من الاطلاع أنظر: عبد الرزاق السنهوري، "مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية"، مجلة مجلس الدولة، السنة الأولى، العدد**2** الثاني، ص. **2**.

بتطبيق القانون النافذ ولا يحق لها مناقشة دستوريته، وبذلك فالمحاكم التي أثير أمامها الدفع تلعب دور الوساطة بين مثير الدفع ونقل الدعوى الدستورية الفرعية إلى المحكمة الدستورية للبت فيها.

فالمحكمة الدستورية هي راعية للدستور المغربي ولها مهمتان، فهي كيان دستوري مستقل، وفي نفس الوقت تشكل القوة القضائية الخاصة برعاية دستورية قانون الدولة، فهي تقوم بتفسير[1] الدستور وتنطق بأحكام ملزمة للحكومة ومؤسسات السلطة التنفيذية على حد سواء، ورغم أن المحكمة الدستورية ترعى أحكام الدستور، إلا أنها لا تدخل ضمن السلسلة القضائية في التنظيم القضائي المغربي، ولكنها تشرف على أعمال جميع الهيئات التنفيذية في الدولة، بحيث تقوم بفحص مدى مطابقة عملها لأحكام الدستور، ولهذا فمن الخطأ اعتبار المحكمة الدستورية بأنها أعلى محكمة في النظام القضائي المغربي[2].

وقبل التطرق للإجراءات الدفع بعدم الدستورية أمام المحاكم لابد من الإشارة إلى كون طبيعة العلاقة بين المحكمة الدستورية وباقي الجسم القضائي لم تتحدد بشكل واضح، لا في نص الدستور ،ولا في نص القانون التنظيمي للمحكمة الدستورية، من حيث أن إحداث المحكمة الدستورية جاء استجابة لمطلب العديد من الهيئات السياسية والمدنية والحقوقية منها بالتحديد التي أكدت أكثر من مرة على ضرورة إسناد مراقبة دستورية القوانين إلى هيئة قضائية مستقلة تبقى صمام الآمان بحكم طبيعتها الوظيفية .

لذلك فإن الهندسة الدستورية المغربية تجعل المحكمة الدستورية معزولة ومستقلة عن تنظيم السلطة القضائية بحيث خصص الباب السابع من دستور المملكة المغربية لتنظيم "السلطة القضائية" وخصص الباب الثامن منه "للمحكمة الدستورية " مما يؤشر لتوجه المشرع الدستوري إلى نزع الصفة

---

[1] - لابد من الإشارة إلى أنه يتعين الرجوع إلى الأعمال التحضيرية للدستور لفهم النص جيدا و في هذا الصدد يقول السيد الأستاذ محمد سعيد بناني، العضو باللجنة الاستشارية لمراجعة الدستور، رأيه بخصوصه موضوع الأعمال التحضيرية للدستور كالآتي : "... إن من المهتمين من نادى، في العديد من المناسبات بالرغبة في الاطلاع على الأعمال التحضيرية للدستور، علما بأن التفسير من قبل هذه الأخيرة لا يخولها، رغم وجودها. القيمة المطلقة و لكنها تسمح، بحسب الحالات، بفهم نية واضع الدستور، أو المشرع أو السلطة التنظيمية، و بالتالي مساعدة المفسر في بعض الفرضيات ... الو اقع أن خطاب جلالة الملك في 9 مارس 2011 بمناسبة الإعلان عن الشروع في مراجعة الدستور، هو الوثيقة التحضيرية الوحيدة، التي يمكن اعتبارها في مجال الأعمال التحضيرية. فخطب جلالته، الواردة في سياق التحضير لدستور 2011، تعتبر دعامة قوية في التفكير الشمولي. الذي قاد إلى الدستور الجديد، لكونها تفرز المسارات الجديدة لنبراس اهتدت به مختلف الفعاليات بتنوع مشاربها السياسية و النقابية و الحقوقية و غيرها، على أن إمكانية الأخذ بعين الاعتبار التصريحات المدلى بها من قبل رئيس اللجنة الاستشارية لمراجعة الدستور، المعين في خطاب 9 مارس 2011، و هو الأستاذ عبد اللطيف المنوني، أو رئيس الآلية السياسية، مستشار الملك الأستاذ محمد معتصم، المعين في خطاب 10 مارس 2011، تبقى مجرد سرد لملخصات تركيبية موجزة نابعة عن الاجتماعات التي تمت رئاستها من قبلهما، علما بأننا لاحظنا وجود عدة آراء أخرى، أثناء هذه الاجتماعات و بعدها و هي نابعة عن بعض الحقوقيين، و عن المجتمع المدني بصفة عامة، و شهادات شفوية، مدلى بها أحيانا من قبل بعض أعضاء اللجنة، الذين كلفوا بمراجعة الدستور، و هي كلها مجرد أراء لا يمكن تضمينها ضمن الأرشيف الحقيقي للأعمال التحضيرية"

للمزيد من الاطلاع أنظر: محمد سعيد بناني، الحريات و الحقوق، ... أية آفاق ... في ضوء القانون الدستوري للشغل بالمغرب، الجزء الخامس، مطبعة النجاح، الطبعة الأولى 2018 ص ص.23-24.

[2] محمد الزكراوي، "مناط اختصاص النيابة العامة في الدفع بعدم دستورية قانون ساري المفعول"، مقال منشور على موقع www .alkano nia.info تاريخ زيارة الموقع 27.07.2019.

القضائية عن المحكمة الدستورية بخلاف العديد من الأنظمة المقارنة مثل ألمانيا التي أوردت تنظيم واختصاصات المحكمة الدستورية ضمن الباب التاسع المخصص للقضاء.[1]

وإذا كان المشرع المغربي أخذ بمبدأ الرقابة القضائية اللاحقة عن طريق الدفع، فإن المنطق القانوني السليم يفرض ضرورة ضبط وتحديد مسطرة التقاضي أمام المحكمة الدستورية وذلك بتخليصها من الثغرات والشوائب التي تحد من فعاليتها وتعرقل سير إجراءاتها، وكل ذلك من أجل ضمان نجاعة تسييرها وجودة أدائها، الشيء الذي يستلزم مراقبة الدفع من الناحية الشكلية والموضوعية (**المبحث الأول**)، و المسطرة المتبعة لمعالجة الدفع - الفصل في الدفع بعدم الدستورية –(**المبحث الثاني**).

المبحث الأول: الشروط المتطلبة في آلية الدفع بعدم الدستورية.

تعد مسطرة الدفع بعدم دستورية القوانين "ثورة قانونية" في مجال حماية الحقوق والحريات والتي سمحت للمتقاضي الاضطلاع بوظيفة المقاول الدستوري « **Entrepreneur constitutionnel** » ،ذلك أن المتقاضي باقتراحه تفسيرات للدستور، والذي من الممكن نتيجة لذلك إلغاء قانون ما ،أن ينتج ثورة دستورية من خلال اقتراحات معيارية تكون في حالة سداد حججها وقوة إقناعها مقبولة من طرف المحكمة الدستورية ، غير أنه من أجل إعمال هذه الآلية الدستورية فقط اشترط المشرع توفر شروط شكلية (**المطلب الأول**) وأخرى موضوعية (**المطلب الثاني**).

المطلب الأول: الشروط الشكلية للدفع بعدم الدستورية

نظرا لأهمية الرقابة على دستورية القوانين في حماية الدستور بوجه عام والحقوق الأساسية بوجه خاص فإن مشروع القانون التنظيمي اشترط قبل إثارة هذا الدفع مجموعة من الشروط الشكلية، لكن قبل التطرق لهذه الشروط لابد من الإشارة إلى أن أثير نقاش حول طبيعتها هل يعد من الدفوع الشكلية أم من الدفوع الموضوعية؟ وهل هومن الدفوع المتعلقة بالنظام العام، أم هو دفع يتعلق فقط بمصلحة الخصوم؟

الفقرة الأولى: طبيعة الدفع بعدم الدستورية

لا يقتصر التقاضي على حق المدعي باستعمال الدعوى طلبا للحماية القضائية، بل يمتد ليشمل حق المدعي عليه في الدفاع عن حقه ومركزه القانوني، وهوما يجعل الأدوار داخل الخصومة المدنية

[1]- طارق التلمساني، "ما بين طبيعة واختصاصات المحكمة الدستورية"، مجلة مسالك، العدد **37-38**، سنة **2012**، ص. **65**.

يتقاسمها كل من المدعي بطرح كل من المدعي بطرح ادعاءاته ومزاعمه، والمدعي عليه بإبراز وسائل دفاعه من خلال ما يصطلح عليه فقه الإجراءات المدنية بالدفوع **les exceptions.** [1]

و يتميز كل دفع بالعديد من الخصائص التي تعتمد على النظرة القانونية لكل تشريع له ،وبحسب نظامه القانوني، فمن الواجب خلق التوازن داخل نظامه القانوني من كافة جوانبه، واستنادا إلى التجارب الأوروبية في هذا المجال فقد تلخص الهدف من الدفع بعدم الدستورية في منح حق جديد للمتقاضين المتمثل في: "تطهير النظام القانوني من النصوص والمقتضيات التشريعية المخالفة للدستور، والتذكير بمكانته في قمة النظام القانوني، بل اعتبر الدفع نوعا من ممارسة الوطنية القانونية".[2]

وتترتب عدة نتائج هامة على التفرقة بين الدفوع الشكلية والموضوعية، وأيضا على تحديد نوعية الدفع، وما إذا كان متعلقا بالنظام العام أم بالمصالح الخاصة ؟ والتعرف على تلك النتائج محلها شروح أحكام قانون المسطرة المدنية والجنائية، غير أن السمات الخاصة التي تتميز بها الدفوع الشكلية تتجلى فيما يلي :

- أنها تبدأ قبل التكلم في الموضوع، أي في بداية النزاع وإلا سقط الحق في الإدلاء بها على اعتبار أن صاحب الحق فيها قد تنازل عنها، وهذه القاعدة تتماشى مع المنطق السليم، إذ من الطبيعي ألا يسمح للمدعي بالتراضي في إبداء هذه الدفوع التي لا تمس أصل الحق بعد التكلم في الموضوع.
- إن المشرع يوجب إبداء جميع الدفوع الشكلية معا وبأسبابها قبل التكلم في الموضوع، وإلا سقط الحق فيما لم يبد منها ما لم يتصل بالنظام العام، وعلى ذلك يعتبر تنازلا عن الدفع الشكلي مجرد تقديم دفع آخر عليه، أما الدفوع الموضوعية فلا يعتبر تنازلا عن الدفع الموضوعي مجرد تقديم دفع آخر عليه.
- المحكمة كقاعدة تقضي في الدفع الشكلي قبل البحث في الموضوع، لأن الفصل في الدفع الشكلي قد يغنينا عن التعرض للموضوع، إذ يترتب على قبوله انقضاء الخصومة أمامها، ومع ذلك يجوز للمحكمة أن تضم الدفع إلى الموضوع إذا رأت أن الفصل في الدفع يستلزم بحث الموضوع.
- الحكم الصادر بقبول الدفع الشكلي لا يمس أصل الحق، وبالتالي لا يترتب عليه إنهاء النزاع، وإنما يترتب عليه قبول انقضاء الخصومة أمام المحكمة.

[1]- سمير ايت ارجدال، "الدفع بعدم الاختصاص"، مرجع سابق، ص. **23** .

[2]- ضياء الحق درو ايش، "الضمانات الدستورية للحقوق والحريات ودور القضاء الدستوري في حمايتها -دراسة مقارنة –"، مرجع سابق ص. **130**.

- الحكم الصادر في الدفع الشكلي يعد حكما فرعيا- أي حكما صادرا قبل الفصل في الموضوع أو إجرائيا -بينما الحكم الصادر في الدفع يعد حكما موضوعيا، والدفوع الموضوعية والشكلية[1] جميعها غير محددة تحديدا حصريا.

و أنه بالرجوع إلى تحديد الطبيعة القانونية للدفع فقد ثار نقاش فقهي قانوني حول التكييف القانوني لهذه الآلية: هل هي دفع شكلي أم مسالة أولية أم أن الأمر لا يتعلق لا بدفع ولا بمسالة أولية وإنما يتعلق بإجراء من طبيعة خاصة؟ إن الجواب عن ذلك يجرنا لمشروع القانون التنظيمي المتعلق بهذا الدفع.

إن آلية الدفع تعني في القانون المسطري أداة إجرائية يثير أحد الخصوم مدى دستورية القانون الذي يريد تطبيقه على النزاع، وهذا الدفع يتعلق بدستورية القانون يسبق الفصل في الدعوى، أي عدم مطابقة القانون للدستور، فهو يعد مبدئيا وسيلة إجرائية بحتة وتتميز تميزا واضحا عن الوجه المثار في الموضوع.

وإذا كانت القاعدة تنص على أن قاضي الدعوى هو دائما قاضي الدفع لأن وجه الدفع مرتبط أشد الارتباط بوجه الدعوى وهذه العلاقة بين وجه الدعوى ووجه الدفع مبررة بضرورتين :

- عدم تجزئة النزاع بدون جدوى.
- تجنب ضرر ضياع الوقت.

إلا أن الدفع بعدم الدستورية كما جاءت في الدستور المغربي لا يعد أداة إجرائية محضة لأن قاضي الدفع (في هذه الحالة) وهو المحكمة الدستورية وليس بقاضي الموضوع،[2] على عكس بعض الأنظمة القانونية التي تعرف فعلا آلية الدفع بعدم الدستورية، ففي الولايات المتحدة الأمريكية يمكن لكل قاض قبول وجه يثير عدم دستورية قانون عن طريق الدفع فهو قاضي الدعوى وقاضي الدفع.

إن المسألة الدفع بعدم الدستورية شيء آخر، وبالتالي هل هي مسألة أولية **Une question préjudicielle**؟

يقصد بالمسألة الأولية[3] هي مسألة تطرح على القاضي ويتوقف على الجواب عليها مدى تأسيس المسألة الرئيسية فالجواب على المسألة الأولية يتطلب تدخل قاض ثان مختص للجواب عليها، إذ يجب على

---

[1]- حدد القانون المسطرة المدنية الدفوع الشكلية في الدفع بعدم الاختصاص (المادة **16** من ق م م) والدفع بإحالة الدعوى على محكمة أخرى لتقديمها أمام محكمتين مختلفتين أو لارتباط الدعوتين (المادة **109** من ق م م) والدفع ببطلان الإجراءات التي أضرت بمصالح احد الطرفين (المادة **49** من ق م م م).

[2] - راجع الفقرة الأخيرة من المادة **3** من مشروع القانون التنظيمي **15-86** المتعلق بالدفع بعدم الدستورية"... لا يمكن إثارة الدفع المذكور تلقائيا من لدن المحكمة ..."

[3] - إذا كان النموذج الفرنسي هو الملهم لكتابة الفصل **133** من الدستور، في سياق التفكير في إدخال آلية للمر اقبة البعدية لدستورية القو انين، فإن الكتابة الدستورية للفصل المذكور لم تكون موفقة، فمن جهة، لئن كانت اللجنة استبعدت تقنية " النسخ " بحثا عن "" الأصالة " فإن ترجمة

قاض المسألة الرئيسية إرجاء الفصل في أصل الحق وإحالة المسألة على قاض ثان من أجل البت في المسألة الأولية، بعد ذلك يستطيع القاضي الفصل في المسألة الرئيسية.

هناك من الباحثين من ذهب إلى إمكانية وضع الدفع بعدم الدستورية ضمن فئة ما يعرف بالإحالات المسبقة **Renvois Préalables**، ويعرف القانون الفرنسي في هذا المجال عدة آليات منها طلبات الرأي المقدمة لمحكمة النقض ولمجلس الدولة قصد الجواب على المسألة تتعلق إما بالتفسير وإما الدفع بعدم الدستورية بهدف الحصول على تفسير قائم على القول ما إذا كان قانون ما مطابقا أو غير مطابق للدستور.[1]

هذه الأخيرة، في قالب قانوني، لم تسعف في تحقيق مبتغى المشرع الدستوري، كما تم التعبير عنه أعلاه، فأحكام الفصل **133** لا تحيل، لا صراحة ولا ضمنا، على آلية خارجية لتصفية الدفوع المثارة أمام قاضي الموضوع، بمناسبة دعوى جارية، قبل إحالتها على القاضي الدستوري، بل إن صياغته جاءت حاسمة بخصوص تحويل المحكمة الدستورية " اختصاصا شاملا "، فلم يتم التنصيص دستوريا، على قناة وسيطة بين فضائي النزاع الأصل و الفرع، ولم يجعل ضمن مشمولات القانون التنظيمي المتعلق بالدفع بعدم الدستورية، تنظيم آلية للتصفية. ومن جهة أخرى إن إرساء تصفية خارجية يظل استثناء في تجارب المراقبة الدستورية البعدية، التي تأخذ بنموذج " المراقبة الدستورية المركزية " لذا فإن تفضيل الاستثناء على القاعدة كان يتطلب قياسا بتجارب مقارنة، إما تكريس هذا الخيار في الدستور. أو جعله صراحة موضوعيا للقانون التنظيمي إن صياغة لفصل **133** لا يقرأ منها أي نوع من « الصمت الدستوري المفتوح " الذي يترك الخيار للمشرع لاعتماد تصفية داخلية أو خارجية، وأن اندراج هذا الموضوع ضمن الاختصاص، المعد من القواعد الجوهرية، لا يجعله " تفصيلا " يمكن أن يثقل وثيقة من **180** فصل، ولا بالموضوع الذي يكترث لإغفاله.

ثانيا **:** إن المحكمة الدستورية، من خلال قرارها المتعلق بالموضوع، لم تغير طبيعة المسطرة كما هي منصوص عليها في الدستور، إذ أبقت على اختصاص محكمة النزاع الأصلي مع تسييجه تحوطا من السقوط في " مراقبة سلبية للدستورية " وكرست مركزة صلاحية المحكمة الدستورية، في البث في دستورية الدفوع المحالة إليها، راسمة بذلك، الحدود بين الدعوى الأصل والدعوى الفرع، والاختصاص الحصري لقاضي الموضوع، في البث في النزاع الأصل المعروض عليه، وعلى صلاحية المحكمة الدستورية في تقدير موضوع الإحالة إليها.

أخيرا، إن القول **:** إن المحكمة الدستورية " أولت " بقرارها، المشار إليه " الدفع بعدم الدستورية " أنه " مسألة أولية " يقتضي بداية تعريف معنى " المسألة الأولية " **Question préjudicielle** ؟ فإذا كانت اللغة القانونية العربية، لا تقدم ترجمة "أمينة" لتنوعات تطبيقات مسطرة المراقبة الدستورية البعدية، كما هو الشأن باللغة القانونية الفرنسية **Exception**،**Préjudicielle** ،**Incident** ، فإن المسألة الأولية تحكمها، فقهاء و قضاء لقواعد الآتية **:**

إن حل المسألة الأولية، يناط بمحكمة غير تلك المحال عليها النزاع الأصل، فالقاضي المكلف بالبث في النزاع الأصل، يحيل المسألة الأولي المثارة خلاله، أي خلال دعوى جارية، إلى القاضي الدستوري، لفحص دستورية المقتضيات المثارة التي يتوقف عليها حل النزاع الأصل.

إن تخويل الإثارة التلقائية ليست معيارا للمسألة الأولية.

هذه الخصائص، هي التي جعلت العميد **Louis Favoreu** إلى جانب جزء من الفقه الدستوري الفرنسي، يتراجع عن استعمال تعبير" لدفع بعدم الدستورية " لفائدة تعبير" المسألة الأولية "مبررا ذلك بما يلي " ... إن الفرق الجوهري بين التقنيتين، يكمن في أنه في النموذج الأمريكي (الذي يطبق مسطرة الدفع بعدم الدستورية)، كل محكمة يمكنها أن تقدر بنفسها دستورية قانون بمناسبة دعوى عادية مثارة أمامها، في حين، أنه في النموذج الأوربي (الذي يطبق المسألة الأولية)، فإن القضاة الأوربيين . المحظور عليهم البت بأنفسهم في القانون . يجب عليهم إحالة المسألة الدستورية على القاضي الدستوري، لذا، نلاحظ أن الدول التي تطبق هذه المسطرة يتم استعمال المسألة الأولية (بلجيكا)، أو المسألة الدستورية (إسبانيا)، ولا يتم استعمال تعبير الدفع ..."

وعليه، فإن المسطرة المنصوص عليها في الفصل **133**، وإن وصفت "بالدفع" فإنها تستجمع دستوريا خصائص " المسألة الأولية "، وهو ما جعل الفقه الدستورية الفرنسي، المهتم بهذه الجزئية، يصف " المسألة الدستورية ذات الأولية "، في التجربة الفرنسية، " بالمسألة الأولية" ليس بالنظر لعلاقة الدعوى الدستورية بالدعوى الجماعية **contrôle de conventionalité** فقط، بل لاستجمعها للخصائص المشار إليها.

إن إحداث آلية المسألة الأولوية للدستورية **QPC** في الدستور الفرنسي مبرر بداية بضرورة محاربة التأثير المتعاظم للقانون الدولي والتأطير الدائم المعتبر للقانون الفرنسي بالالتزامات الدولية لفرنسا، ثم استرجاع الدستور مكانته بهذه الآلية التي تضمن احترامه وقد ثم أثير تساؤل هل الدستور الفرنسي حقيقة هو القاعدة الأهم في البناء القانوني الفرنسي ؟ الإجابة عليه ب ' نعم ' بالنسبة للقضاة الفرنسيين.' لا ' بالنسبة لمحكمة العدل

وبالرجوع إلى مقتضيات المادة 3من مشروع القانون التنظيمي للمحكمة الدستورية فإن هذا الدفع يمكن إثارته أمام مختلف درجات المحاكم، إضافة أنه يمكن إثارته لأول مرة أمام المحكمة الدستورية، كما يمكن إثارته لأول مرة أمام محكمة الاستئناف أو أمام محكمة النقض مما يوحي كون هذا الدفع من متعلقات النظام العام.

إضافة إلى ما سبق، فإن الدفع بعدم الدستورية أثار نقاش آخر يتعلق بترتيبه داخل دائرة الدفوع الموضوعية أم الشكلية، وأنه باستقراء نص المادة 3 من القانون التنظيمي للمحكمة الدستورية خصوصا الفقرة الأخيرة نجد أنها تشير بأنه لا يمكن إثارة الدفع من لدن المحكمة تلقائيا وفي جميع الأحوال يجب أن يثار قبل اعتبار القضية جاهزة.

وبقراءة متأنية لمقتضيات أحكام الفصلين 133 و134 من الدستور إضافة إلى المادتين 22و23 من مشروع القانون التنظيمي نستشف أن الأمر يمكن أن يتعلق بدفع موضوعي ذلك أن قرار المحكمة الدستورية بخصوص هذا الدفع يكون عينيا.

ونشير إلى كون وسيلة الدفع المشار إليها في الدستور ومشروع القانون التنظيمي المتعلق بتحديد شروط وكيفيات مباشرة مسطرة الدفع بعدم دستورية مقتضى قانوني ساري المفعول، هي وسيلة قانونية

الأوروبية (CJCE)التي أصدرت قرار بتاريخ **09-03-1978** المتعلق بالقضية **06/77C – J.C.E/0963 Simmenthal** وذهبت فيه إلى أنه يجب على القاضي الوطني تطبيق القانون الاتحادي في جميع الظروف حتى في حالة تعارضه مع مقتضى دستوري وإلى أن القاعدة المعيارية الأوروبية تعلو على القاعدة المعيارية الوطنية.

أما محكمة النقض الفرنسية فقد أخطرت بتاريخ **16-04-2010** المحكمة الأوروبية وطرحت عليها السؤال الأتي : حجتان معروضتان على قاض واحدة دستورية والأخرى تخص القانون الأوروبي من منهما الأولى بالجواب ؟.

المجلس الدستوري الفرنسي قرر وجوب تفسير عبارة **Prioritaire** تفسيرا موسعا (قرار **12** ماي **2010**) لكن هذا لا يعني وجوب إثارة وجه المسألة الأولوية الدستورية **QPC** قبل الأوجه الأخرى في المحاكمة، فالقانون الفرنسي المحدث لهذه الآلية لا يحول دون الإمكانية المقررة للقاضي لمنع تطبيق مقتضيات تشريعية مخالفة للقانون الأوروبي أي أنه لا وجود لتناقض بين القانون التنظيمي والاجتهاد القضائي الأوروبي (قرار-**sim menthal**).

أما بالنسبة لمجلس الدولة الفرنسي فقد أيد موقف المجلس الدستوري بموجب قراره **CE14/05/2010 rujovic N 312 305** مكرسا توفر الدعوى الرئيسية في جميع مراحلها وعندما يتطلب الاستعجال وقف آثار قانون مخالفة لقانون الاتحاد، كما يتوفر على الحرية التامة ليطرح في كل وقت مسألة أولية **Question préjudicielle** على محكمة العدل الأوروبية **CJCE** وهذا بالرغم من الطابع الأولي للمسألة الأولوية للدستورية **QPC**.

وبخصوص محكمة العدل الأوروبية **CJCE** فقد قررت ألا تقرر أي أنها لم تنتصر لأي منهما فهذه المحكمة أثبتت صحة أولوية المسألة الدستورية **QPC**، ولكنها وضعت **3** شروط :

1- لا شيء يمنع القاضي من طرح مسألة أولية في كل وقت.

2- يجب بقاء القاضي حرا في اتخاذ تدابير(مؤقتة).

3 - يجب إبقاء القاضي بعد الفصل في هذا العارض متوفرا على سلطة الإبقاء على تطبيق القانون الفرنسي.

Julien Bonnet،– Pierre –Yves Gahdoun،'la question prioritaire de consitutionnalite، Presses Universitaires de France 2014، p 86.

دفاعية وليست هجومية، مما يجعل من طبيعة الدفع المثار دفعا فرعيا مترتب عن رفع الدعوى الأصلية التي طبق عليها مقتضى قانوني لا يطابق أحكام وقواعد الدستور، ويترتب عن هذا الدفع إبطال المقتضى القانوني ونسخه.

وللإحاطة بالشروط الشكلية المتطلبة في هذا الدفع باعتباره دفع قضائي يستلزم لقبوله شروط قبول أي دفع أو دعوى قضائية من صفة وأهلية ومصلحة.

الفقرة الثانية: الشروط الشكلية للدفع بعدم الدستورية

إن الدفع بعد الدستورية آلية تمكن الأطراف في حالة نزاع قضائي من الولوج إلى المحكمة الدستورية إذا كان القانون الذي سيطبق على النزاع يمس بالحقوق والحريات التي يضمنها الدستور، وأن ارتباط الدفع بعدم الدستورية بوجود دعوى قضائية، يجعل من قبوله يخضع بشكل مباشر لشروط قبول الدعوى القضائية. بالنسبة للمدعي شكلا و موضوعا، حيث تنص المادة الأولى من قانون المسطرة المدنية " **لا يصح التقاضي إلا ممن له الصفة و المصلحة و الأهلية، لإثبات حقوقه** " .

أ- الصفة في الدعوى الدستورية:

إن الدعوى الدستورية هي دعوى تقام أمام محكمة متخصصة تشكلت بموجب الدستور تختص بالتحقق من مطابقة التشريعات للدستور، وانطلاقا من مسلمة كون القواعد الدستورية تحتل المكانة العليا في سلم التدرج الهرمي للنظام القانوني في الدولة يقتضي أن تسمو القواعد الدستورية على كل ما عداها من قوانين حيث تكون هاته الأخيرة ذاتها هي موضوع الخصومة الدستورية ومحلها وهي لا تبلغ غايتها إلا بإهدار تلك النصوص التي تتعارض مع الدستور،[1] وانطلاقا من كون حق التقاضي مكفول للجميع، فقد حدد قانوني المسطرة المدنية والجنائية الأوضاع اللازمة لممارسة هذا الحق، حيث اعتبرا أن شرط الصفة في الدعوى تتحدد في سلطة مباشرة التي تمنح لمن يكون صاحب الحق المعتدى عليه أو المهدد بالاعتداء (**صاحب الصفة الإيجابية**) في مواجهة المعتدي أو المهدد بالاعتداء (**صاحب الصفة السلبية**) .

والصفة بصفة عامة هي قدرة الشخص على المثول في الدعوى كمدعي أو مدعى عليه في الدعاوى المدنية أو كمتهم اومطالب بالحق المدني في الدعاوى الجنائية ، بمعنى آخر القدرة على رفع الخصومة إلى القضاء للمثول أمامه لتلقيها، فانتفاء الصفة في الدعوى يؤدي إلى الدفع بعدم قبولها، والقاعدة أنه لا يقبل أي دفع بعدم القبول لا يكون لصاحبه فيه مصلحة قائمة يقررها القانون.

لذلك نجد أن القضاء المقارن اتجه إلى أنه لابد من ربط الصفة بالاختلالات المرتبطة بالنص القانوني في علاقته بالمتضرر من تطبيق ذلك النص عليه، حيث جاء في قرار المحكمة العليا الدستورية

[1]-عصام سليمان، "العدالة الدستورية وحكم القوانين"، مجلة العدل والقضاء، العدد الثالث، العراق **2011**، ص. **45**.

المصرية " **حيث أنه متى كان ذلك وكانت الحقوق لا يكتمل تنظيمها في غيبة وسائل حمايتها ومن بينها وفي موقع الصدارة منها الدعوى التي تكفل حماية الحقوق التي وقع العدوان عليها و اقتضاءها، كان شرط المصلحة الشخصية يعتبر متصلا بالحق في الدعوى، وهو حق يقوم مستقلا عن الحق التي تقام الدعوى لطلب اقتضائه، وكان لا يكفي قيام المصلحة الشخصية المباشرة التي تعتبر شرطا لقبول الدعوى الدستورية أن يكون النص التشريعي المطعون فيه مخالفا في ذاته للدستور، بل يتعين أن يكون هذا النص بتطبيقه على المدعي قد أخذ بأحد الحقوق التي كفلها على نحو الحق به ضررا مباشرا".**[1]

و إن الصفة في الدعوى الدستورية مرتبطة أصلا بالنزاع المعروض على القضاء بحيث أنه لا يمكن مباشرة هذه الدعوى إلا من كان طرفا في دعوى قضائية، بمعنى أنه من لم يكن طرفا في النزاع فلا صفة له في إقامة الدعوى الدستورية، وهذا ما سار عليه الاجتهاد القضائي المصري في إحدى قراراته "**وحيث أنه لا يكفي الفرد أن يكون مواطنا حتى يغدو صاحب صفة في الطعن على تشريع مخالف للدستور، فقد قضت المحكمة الدستورية العليا ردا على ما أثاره أحد المدعين أمامها بأن صفته كمواطن تخوله الحق في رد أي اعتداء على أحكام الدستور، بأن القول أن لكل مواطن صفة مفترضة في اختصاص النصوص التشريعية المدعى مخالفتها للدستور ومصلحة مفترضة في إهدارها هو انتقال بالرقابة القضائية على الدستورية إلى مرحلة لم يبلغها بعد التطور الراهن لقانون المحكمة الدستورية العليا ولا يشملها كذلك –كأصل عام – التنظيم المقارن لا يعاد هذه الرقابة بالنظر إلى دقتها وخطورة المسائل التي تتناولها.**"[2]

كما أكدت المحكمة الدستورية المغربية في قرارها عدد 18-70 على شرط الصفة حين اعتبر أنه " **لبيان المقصود بأطراف الدعوى، يجب الرجوع إلى قانوني المسطرة المدنية والجنائية وإلى نصوص خاصة أخرى، التي تجعل، من النيابة العامة، إلى جانب أطراف أخرى تتوفر على شرطي الصفة والمصلحة، إما طرفا رئيسيا أو منضما، حسب الحالة...**"[3]

ب-الأهلية في الدعوى الدستورية :

تعد الأهلية شرط من شروط التي يلزم في مثير الدفع بعدم الدستورية أن تتوفر فيه والتي لا تختلف في كنهها عن الأهلية في الدعاوى غير دستورية والمحددة في صلاحية الشخص في اكتساب الحقوق والمراكز القانونية ومباشرتها وممارسة إجراءاتها والتي تنقسم إلى أهلية الوجوب وأهلية الأداء، غير أن المتطلب في

[1]- حكم المحكمة الدستورية بمصر الطعن 3لسنة 14 ق. د الصادر بتاريخ 1993/02/06.

[2]- حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 1 لسنة 15 قضائية دستورية جلسة 06-05-1994.

[3] - قرا المحكمة الدستورية رقم 18-70 المتعلق بالبت في مطابقة مشروع القانون التنظيمي رقم 15-86 منشور بالموقع الإلكتروني للمحكمة الدستورية، https://cour-constitutionnelle.ma

مثير هذا الدفع سواء أكان شخص عادي أو اعتباري التوفر على أهلية الأداء ويترتب عن فقدانها الحكم ببطلان الإجراء وليس عدم القبول لأنه يخول إمكانية تصحيح المسطرة معاودة إثارة الدفع.

ج- المصلحة في الدعوى الدستورية:

الدعوى الدستورية هي دعوى ذات طبيعة مختلطة تجمع في طياتها بين الطبيعة العينية في حماية الشرعية الدستورية حيث يتولى القاضي القضاء بعدم الدستورية التشريع حال مخالفته للدستور، وكذلك الطبيعة الشخصية المتمثلة في ذاتية المركز القانوني للطاعن الذي تحميه تلك الدعوى عبر الحكم بعدم دستورية النص التشريعي الذي يمس بهذا المركز القانوني .[1]

و لم يتناول مشروع القانون التنظيمي للمحكمة الدستورية تحديد مدلول المصلحة في الدعوى الدستورية ولم يعرفها ولم يحدد لها أوصافا معينة، غير أنه لابد من توافر شرط المصلحة[2] في كل مثير للدفع بعدم الدستورية حيث أنه لا يقبل أي دفع لا يكون لصاحبه فيه مصلحة[3] يقررها القانون، من خلال توفر شرطين لابد من تحققهما معا حتى تتواجد مصلحة شخصية مباشرة هما :

-حدوث ضرر للمدعي من جراء تطبيق النص المختصم في الدعوى الدستورية.

- يجب أن تقوم علاقة سببية بين الضرر المدعى حدوثه والنص محل الطعن .

و إن كان لكل من الدعوى الدستورية والدعوى الموضوعية استقلالية وذاتية ولا تجعل إحداهما تختلط بالأخرى لا في شروط قبولها ولا كيفية إقامتها، إلا أن شرط المصلحة يوجد نقطة تلاقي بين الدعويين، فيلزم أن يتواجد ارتباط بين المصلحة في الدعويين[4] كونهما لا تنفكان عن بعضهما من زاويتين: أولاهما أن المصلحة في الدعوى الدستورية – وهي شرط لقبولها – مناطها ارتباطها بالمصلحة في الدعوى الموضوعية،

---

[1]- شعبان احمد رمضان، "أثر انقضاء المصلحة على السير في دعوى الإلغاء والدعوى الدستورية في النظام القانوني المصري"، دار النهضة العربية **2009**، ص. **49**.

[2]- المصلحة هي المنفعة أو الفائدة التي تعود للمدعي من الحكم له بطلباته قضائيا انظر أحمد أبو الوفاء المرافعات المدنية والتجارية. منشأة المعارف القاهرة مصر **1990**، ص. **492**.

[3]- لشرط المصلحة الشخصية المباشرة مفهوما خاصا عند تحريك الرقابة على دستورية القوانين بطريق الدعوى الأصلية، فهو يتحقق لدى الطاعن سواء أكان فردا أم هيئة - بمجرد كونه في حالة خاصة أو مركز معين من شان النص التشريعي المطعون بعدم دستوريته المساس به، ذلك دون رهن ارتباط تلك المصلحة بأي مصلحة أخرى، هذا ما جسدته المحكمة العليا الليبية في حكمها الصادر بتاريخ **14-06-2012** في الطعن الدستوري عدد**9/95**ق بقولها (إن للمصلحة في الطعن الدستوري مفهوما خاصا فهي تتحقق في جانب الطاعن متى كان القانون موضوع واجب التطبيق عليه ولا تنتفي مصلحته في الطعن على أي قانون إلا إذا كان تطبيقه ينحصر على فئة لا ينتمي إليها، وينبني على ذلك انه بموجب نص المادة **1/23** من قانون المحكمة العليا يجوز لكل فرد أن يطعن بدعوى مباشرة بعدم دستورية القانون منذ صدوره إذا كان من بين المشمولين بتطبيق أحكامه، ولا يسوغ القول بان عليه أن ينتظر إلى أن يتم تطبيق القانون عليه، لأن في ذلك إهدار للهدف الذي توخاه المشرع من نص المادة المشار إليها، وهو فسح المجال لتصحيح ما يلحق بالقانون من عوار دستوري هذا بالنسبة للأنظمة التي تأخذ بنموذج الدعوى الأصلية،

انظر خليفة سالم الجهمي، "طرق تحريك الرقابة الدستورية (دراسة تحليلية مقارنة)"، دار الفكر الجامعي، بيروت، ط **1**، ص. **234**.

[4]-عبد العزيز محمد سالمان، "إجراءات الدعوى الدستورية"، مرجع سابق ص. **896**.

وذلك بأن يكون الحكم في المسألة الدستورية مؤثرا في دعوى الطلب الموضوعي المرتبط بها، ثانيهما أن الفصل في الدعوى الموضوعية متوقف دوما على الفصل في الدعوى الدستورية.

وإضافة إلى الشرطين أعلاه فإن المصلحة يجب أن تكون قانونية، بما أن هذا الوصف الأخير باعتباره وصفا عاما يلحق كافة الدعاوى القضائية، فجميعها يلزم أن تحمي حق قانوني طالما أن القانون التنظيمي للمحكمة الدستورية يجعل هاته الأخيرة مختصة دوما عند قيام نزاع أثار مسائل قانونية تتصل بالقاعدة القانونية التي ينبغي إعمالها في شأنه، ليكون الفصل في هذه المسائل سابقا بالضرورة على الفصل في هذا النزاع، على أن المصلحة المبتغاة في الدعوى الدستورية هي كل فائدة عملية مادية يجنيها المدعي ويمكن من خلال الفصل في الدعوى الدستورية أن يتغير بها مركزه القانوني بعد الفصل في الدعوى الدستورية عما كان عليه قبلها.[1]

بقي أن نشير هل يمكن الاعتداد بالمصلحة القائمة أم تكفي بالمصلحة المحتملة وذلك انطلاقا من المصلحة في الدعوى الدستورية يجب أن تكون حالة وقائمة عند الطعن بعدم الدستورية، فلابد من أن تكون الأضرار اللازم مواجهتها ماثلة وليست متوهمة، وقد أشارت المحكمة الدستورية العليا بمصر أنه يكفي توفر المصلحة المحتملة وذلك من خلال قرارها عدد 38 لسنة 15 قضائية دستورية جلسة 3-8-1996 الذي جاء فيه **"وحيث إن المصلحة في الدعوى الدستورية – وهي شرط لقبول الدعوى الدستورية – مناطها أن يقوم ثمة ارتباط بينها وبين المصلحة القائمة في الدعوى الموضوعية وذلك بان يكون الحكم الصادر في المسالة الدستورية لازما للفصل في الطلبات الموضوعية المرتبطة بها والمطروحة على محكمة الموضوع وكان الحكم بعدم الدستورية النص المطعون فيه يوفر للمدعي مصلحة محتملة في أن تأمر محكمة الموضوع بوقف تنفيذ عقوبة الغرامة التي نص عليها قانون الزراعة فيما إذا انتهت إلى إدانته عن الجريمة التي تضمنها قرار الإتهام، فان مصلحته الشخصية والمباشرة في النزاع الماثل تكون قد تو افرت ".**[2]

إضافة إلى أن لا يكفي توافر المصلحة الشخصية المباشرة عند إثارة الدعوى، بل يسلتزم قيامها إلى غاية الفصل في الدعوى، وأنه في حالة انقضاء شرط المصلحة قبل البت في الدعوى، فإنه يتعين الحكم بعدم القبول لانتفاء أحد أركانها.[3]

---

[1]-عبد العزيز سالمان، إجراءات الدعوى الدستورية"، م س، ص. **917**.

[2]- الحكم الصادر عن المحكمة الدستورية العليا المصرية تحت عدد **71** لسنة **21** قضائية دستورية **11-01-2004**.

[3]- وهو ما سارت عليه قضاء المحكمة الدستورية العليا المصرية في قراراها الصادر بتاريخ **12-02-2006** تحت عدد **210** سنة قضائية دستورية **20** والذي جاء فيه " ما هو مقرر أن كل قانون جديد يمحو التجريم عن الأفعال التي أتمها القانون القديم إنما ينشئ للمتهم مركزا قانونيا جديدا وبقوض-من خلال رد هذه الأفعال إلى دائرة المشروعة – مركزا سابقا وذلك دون الخوض فيما إذا كان الفعل المنسوب للمدعي ارتكابه - بفرض صحته

المطلب الثاني: الشروط الموضوعية المتعلقة بالدفع بعدم الدستورية

يثار الدفع بعدم دستورية قانون ما، وذلك بصفة فرعية أي بمناسبة خصومة مطروحة أمام الجهة القضائية بحيث يمكن إثارة هذا الدفع في أي حالة كانت عليها الدعوى وحتى لأول مرة أمام محكمة الاستئناف أو عند مرحلة الطعن بالنقض ولقد حددت المادة **الخامسة** من مشروع القانون التنظيمي شروط قبول الدفع بعدم الدستورية فيما يلي:

إثارة الدفع بعدم الدستورية بواسطة مذكرة كتابية؛

أن تكون مذكرة الدفع مقدمة بصفة مستقلة؛

أن تكون موقعة من طرف المعني بالأمر شخصيا أو بواسطة محام مسجل في جدول هيئة من هيئات المحامين بالمغرب مع مراعاة الاتفاقيات الدولية النافذة؛

أن تؤدى عنها وديعة قضائية يتم تحديد مبلغها وفق التشريع الجاري به العمل، ما لم يتم تمتيع مثير الدفع بالمساعدة القضائية؛

أن يتضمن المقتضى التشريعي موضوع الدفع بعدم الدستورية، الذي يعتبر صاحب الدفع أن يمس بالحقوق والحريات التي يضمنها الدستور؛

أن يتضمن بيانا لأوجه الخرق أو الانتهاك أو الحرمان من الحق أو الحرية المذكورة في البند أعلاه؛

أن يكون المقتضى التشريعي موضوع الدفع هو الطي تم تطبيقه أو إيراد تطبيقه من لدن المحكمة في الدعوى أو المسطرة أو يشكل أساس للمتابعة حسب الحالة؛

ألا يكون قد سبق البت بمطابقة المقتضى التشريعي محل الدفع بعدم الدستورية ما لم يتغير الأسس التي تم بناء عليها البت المذكور؛

يجب أن ترفق المذكرة بنسخ مساوية لعدد الأطراف وعند الاقتضاء بأي وثيقة أخرى يرغب الطرف المعني في الإدلاء بها أمام المحكمة.

الفقرة الأولى: قبول الدفع بعدم الدستورية La recevabilité

- مازال معاقبا عليه وفق لأحكام قانونية أخرى تخرج عن نطاق الدعوى المماثلة التي غدت بإلغاء النصوص المطعون فيها مفتقدة لشرط المصلحة الشخصية مما يتعين معه القضاء بعدم قبولها ".

لقبول الدفع بعدم الدستورية ألزم المشرع مجموعة من الشروط (أولا) كما وضع معايير محددة لقبول هذا الدفع (ثانيا) .

أولا : شروط الدفع بعدم الدستورية

يمكن تقسيمها إلى شرطين شرط خارجي وأخر داخلي :

الشروط الخارجية: هناك شرطان خارجيان : يجب إثارة المسألة الدفع بعدم الدستورية أمام جهة قضائية من طرف " متقاض ".

1: إثارة الدفع أمام المحاكم

نصت المادة 3 من مشروع القانون التنظيمي على أنه " يمكن أن يثار الدفع بعدم دستورية قانون أمام مختلف محاكم المملكة، وكذا أمام المحكمة الدستورية مباشرة بمناسبة البت في الطعون المتعلقة بانتخاب أعضاء البرلمان، كما يمكن إثارة هذا الدفع لأول مرة أمام محكمة ثاني درجة أو أمام محكمة النقض ".

و انطلاقا من كون أن القاضي هو الشخص المحايد الذي يتولى حسم نزاع، فإن كل قضاة المحاكم بمختلف درجاتها معنيون بالدفع بعدم الدستورية مع بعض الإستثناءات من ذلك، عدم جواز إثارة هذا الدفع أمام الهيئات التحكيمية والسلطات الإدارية المستقلة والهيئات المهنية،[1] كما لا يمكن إثارته أمام المجالس التأديبية.[2] كما أن المشرع استثنى الهيئات شبه قضائية كالمجلس الأعلى للحسابات والمجالس الجهوية من إمكانية إثارة الدفع بعدم الدستورية.

فقاضي محكمة الموضوع أو محكمة النقض هو وحده المخول بإعمال مصفاة بخصوص مسألة قانونية متعلقة بالدستور، فيمكن إثارة الدفع بعدم الدستورية أمام جميع محاكم المملكة وعلى مختلف الدرجات والتخصصات (المحكمة الابتدائية- محكمة الاستئناف – محكمة النقض)،أما المشرع الفرنسي فأورد من خلال القانون المنظم للمسألة الدستورية ذات الأولوية بخصوص المحكمة التي من الممكن إثارة

[1]- لا يمكن التقدم بالدفع بعدم الدستورية أمام النقيب ومجلس الهيئة المحامين لأنهما لا يشكلان هيئة قضائية قرار بتاريخ 24-04-2012 عن المجلس الدستوري الفرنسي منشور على www.conseil-constitutionnel.fr

[2]- انظر القرار الصادر عن المجلس الدستوري الفرنسي عدد 2010-10 بتاريخ 02-07-2010 حيث تقدم 8 ربابنة صيد بعد أن حررت ضدهم مخالفات زجرية بطعن يتعلق بتشكيلة المحاكم التجارية البحرية وحكموا بغرامات فطعنوا بالنقض و أثاروا مسالة عدم دستورية تشكيلة تلك المحاكم حيث تضم أيضا موظفين لإدارة الشؤون البحرية باعتباره مخالفا لمبدأ استقلال القضاء الشيء الذي لا يضمن محاكمة عادلة. وقد قضى المجلس الدستوري بعدم دستورية المقتضيات التشريعية المتعلقة بتشكيل المحاكم التجارية أي المادة 90 من مدونة التأديب والزجر الخاصة بالملاحة التجارية، على أساس أن اثنين على الأقل من الخمسة الذين يشكلونها هم موظفين تابعون للسلطة الحكومية مما يخرق مبدأ الاستقلال و انه يتعين على هذه المحاكم أن تتشكل مثل المحاكم الزجرية العادية انطلاقا من نشر قرار المجلس الدستوري وأن يسري إلغاءا لمادة 90 على كل المخالفات التي لم تحكم نهائيا في تاريخ نشر القرار.

الدفع أمامها أن تكون تابعة إما لمجلس الدولة أو محكمة النقض،[1] وهوما يعني استبعاد محكمة التنازع والمحكمة العليا للتحكيم التي لا تتبع لمحكمة النقض أو مجلس الدولة، وهذا يرجع إلى خاصية التعامل مع هذا النوع من الطعون الدستورية القائمة على نظام التصفية، كما حدد المشرع الفرنسي في قانونه التنظيمي رقم 2009-1523 على أنه إذا تمت إثارة المسألة الدستورية أثناء التحقيق الجنائي، فإن محكمة تحقيق الدرجة الثانية تبت فيها، ولا يمكن إثارة الدفع أمام محكمة الجنايات، وفي حالة استئناف قرار صادر عن محكمة الجنايات ابتدائيا، يمكن إثارته في مذكرة ترفق بالتصريح بالاستئناف، وتحال مباشرة على محكمة النقض.[2]

لكن هل يمكن إثارة هذا الدفع أمام النيابة العامة أو أمام قضاء التحقيق باعتبارهما جهازين قضائيين مستقلين؟ فأعمال النيابة العامة وما تجريه من تحقيقات يعد عملا قضائيا إلا أنها على الرغم من ذلك ليست جهة قضاء وهذا ما سار عليه العمل القضائي المقارن في مصر عندما أكد " إن عمل النيابة العامة عند مباشرتها لسلطة التحقيق وما تصدره من أوامر في هذا الخصوص – وإن كان يعد عملا قضائيا – إلا أنه لا يجعل منها جهة من جهات الحكم التي تستقل وحدها بالفصل في الدعوى الجنائية عند رفعها إليها " [3] وهذا ما سارت علية محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 15-12-2019 والقاضي بعدم اعتبار قضاة النيابة العامة سلطة قضائية لانتفاء عنصر الحياد والاستقلالية، وهذا ما أكد عليه الفصل 110 من دستور 2011 في شطره الأخير حيث نص **" يتعين على قضاة النيابة العامة الالتزام بالتعليمات الكتابية القانونية الصادرة عن السلطة التي ينتمون إليها. "**

ويتجلى أن قضاة النيابة العامة[4] ليس كقضاة الحكم في مظهرين رئيسين:

---

[1] **" Art. 23-1. – 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 ne peut être relevé d'office." Voir : LOI organique no 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution.**

[2]- هذا الإستثناء برره المجلس الدستوري الفرنسي في قراره **595- 2009** بتاريخ **03-12-2009** بما يلي " و حيث أن البند الرباع من المادة **(1)** يمنع تقديم مسألة دستورية ذات الأولوية أمام محكمة الجنايات و أن المسألة ذاتها يمكن طرحها خلال التحقيق الجنائي الذي يسبق الدعوى الجنائية، و أنه يمكن أيضا أن تطرح بمناسبة استئناف حكم ابتدائي، صادر عن محكمة الجنايات، أو عن طريق الطعن بالنقض في قرار استئنافي حكم ابتدائي، صادر عن محكمة الجنايات أو عن طريق الطعن بالنقض في قرار استئنافي لمحكمة الجنايات، الذي يحال مباشرة على محكمة النقض، و قد أخذ المشرع التنظيمي بعين الاغتبار، لمصلحة الإدارة الجيدة للعدالة خصوصيات تنظيم محكمة الجنايات و سريان الدعوى أمامها، و أنه في إطار هذه الشروط، فإن منع تقديم المسألة الدستورية ذات الأولوية أمام محكمة الجنايات، لا يتجاهل الحق المقرر من قبل الفصل **61 (1)** من الدستور".

للمزيد يمكن الإطلاع انظر: محمد اتركين – دعوى الدفع بعدم الدستورية في التجربة الفرنسية الإطار القانوني و الممارسة القضائية، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الأولى **2013**، ص. **49**.

[3]- الحكم الصادر عن المحكمة الدستورية العليا رقم **8** لسنة **30** قضائية تنازع جلسة **22-03-2009**.

[4] - غير أنه يلاحظ أن المحكمة الدستورية لها تعليل أخر حينما أقرت في حكمها الذي جاء فيه " لم يحدد الدستور الجهة التي يتبع لها قضاة النيابة العامة، إذ اكتفى الفصل **110** منه، في فقرته الأخيرة بالإشارة إلى أنه " ... يتعين عليهم (أي على قضاة النيابة العامة) الالتزام بالتعليمات الكتابية

القانونية الصادرة عن السلطة التي يتبعون إليها " مما استلزم من المجلس الدستوري أن يحدد هذه الجهة في ضوء أحكام الدستور المشددة على استقلالية السلطة القضائية وعلى وحدة الجسم القضائي وعلى التمييز الوظيفي الذي لا يطال الضمانات بين قضاة الأحكام وقضاة النيابة العامة ... لينهي إلى وضع قاعدة تأويلية مفادها أن قضاة النيابة العامة لا يمكنهم أن يتبعوا إلا " لجهة قضائية " متروك للمشرع أمر تحديدها .

هـ / وحيث أن هذه المادة تنص على أنه يوضع قضاة النيابة العامة تحت سلطة ومر اقبة الوكيل العام للملك لدى محكمة النقض ورؤسائهم التسلسليين.

وحيث أن الدستور نص في الفقرة الثانية من فصله **110** على أن قضاة النيابة العامة يتعين عليهم الإلزام بالتعليمات الكتابية القانونية الصادرة عن «السلطة التي يتبعون لها» دون تحديد الدستور لهذه السلطة .

وحيث إن السلطة التي يعود إليها ترؤس النيابة العامة لا يمكن تحديدها إلا في نطاق أحكام الدستور المتعلقة بالوضع الدستوري لقضاة النيابة العامة، لا سيما ما يهم مسألة انتماء هؤلاء أو عدم انتمائهم للسلطة القضائية.

وحيث أن الدستور نص في فصله **107** على أن « السلطة القضائية مستقلة عن السلطة التشريعية وعن السلطة التنفيذية»، وأن« الملك هو الضامن لاستقلال السلطة القضائية»

وحيث أنه يبين من الرجوع إلى أحكام الدستور أن هذا الأخير لم يميز بين قضاة الأحكام وقضاة النيابة العامة إلا في بعض الجوانب اللصيقة بطبيعة عمل كل منهما، فقضاة الأحكام، باعتبارهم يتولون الفصل في النزاعات والدعاوى المعروضة عليهم، يتمتعون بعدم القابلية للعزل أو النقل إلا بمقتضى القانون، ولا يلزمون إلا بتطبيق القانون، وتكون الأحكام النهائية الصادرة عنهم ملزمة للجميع، كما هو مقرر على التوالي في الفصول **108** و **110** (الفقرة الأولى) و**126**(الفقرة الأولى) من الدستور، في حين أن قضاة النيابة العامة، باعتبارهم يتولون إقامة الدعوى العمومية وممارستها والمطالبة بتطبيق القانون، يتعين عليهم، إلى جانب ذلك، الالتزام بالتعليمات الكتابية القانونية الصادرة عن السلطة التي يتبعون لها، كما هو محدد في الفصل **110** (الفقرة الثانية) من الدستور.

وحيث إنه، مع مراعاة المقتضيات المذكورة الخاصة إما بقضاة الأحكام أو بقضاة النيابة العامة، فإن الدستور في باقي أحكامه المتعلقة بالقضاء متع القضاة جميعا وبدون تمييز، بنفس الحقوق وألزمهم بنفس الحقوق وألزمهم بنفس الواجبات، كما أخضعهم، لنفس الأحكام المتعلقة سواء تعلق الأمر بالمهمة العامة المنوطة بالقضاة المتجلية في حماية حقوق الأشخاص والجماعات وحرياتهم، وأمنهم القضائي وتطبيق القانون (الفصل **117**)، أو بمنع التدخل في القضايا المعروضة عليهم، أو باعتبار كل إخلال من طرفهم بواجب الاستقلال والتجرد خطأ مهنيا جسيما (الفصل **109**)، أو بالحق المخول لهم في حرية التعبير وفي الانخراط في الجمعيات وإنشاء جمعيات مهنية ومنع انخراطهم في الأحزاب السياسية والمنظمات النقابية (الفصل **111**) أو بكون المجلس الأعلى للسلطة القضائية يسهر على تطبيق الضمانات الممنوحة لهم، لا سيما فيما يخص استقلالهم وتعيينهم وترقيتهم وتقاعدهم وتأديبهم (الفصل **113**) أو بمشاركتهم في انتخاب ممثلي القضاة في هذا المجلس (الفصل **115**).

وحيث إنه يبين من مجموع الأحكام المذكورة أن الدستور أضفى صفة " قضاة " على قضاة الأحكام وعلى قضاة النيابة العامة معا، مما يجعلهم جميعا منتمين إلى السلطة القضائية .وهي سلطة موحدة .ومشمولين تبعا لذلك، بصبغة الاستقلال اللصيقة بهذه السلطة،

وحيث إن الاستقلال عن السلطة التشريعية وعن السلطة التنفيذية شرط جوهري للانتماء إلى السلطة القضائية الأمر الذي يحول دون إمكان تولي من لا ينتمي إلى السلطة القضائية لمهام قضائية وبالأحرى رئاسة هيئة أساسية فيها تتمثل في النيابة العامة.

وحيث إن مبدأ تبعية قضاة النيابة العامة الوارد في الفقرة الثانية من الفصل **110** من الدستور الذي يفرض عليهم الالتزام بالتعليمات الكتابية القانونية الصادرة عن السلطة التي يتبعون لها "، يعد تبعية داخلية تتم وفق تراتبية قضاة النيابة العامة ومستويات مسؤولياتهم ولا يمكن أن تكون .دون الإخلال بمبدأ استقلال السلطة القضائية عن السلطتين التشريعية والتنفيذية .تبعية لجهة خارجة عن السلطة القضائية ؟.

وحيث إن صلاحية وضع السياسة الجنائية، التي تعد جزءا من السياسيات العمومية، من خلال سن قواعد وقائية وزجرية لمكافحة الجريمة، حماية للنظام، العمومي وصيانة لسلامة الأشخاص وممتلكاتهم وحرياتهم، وكذا تحديد الكيفيات والشروط القانونية لممارسة قضاة النيابة العامة لمهامهم تظل من الصلاحيات المخولة إلى السلطة التشريعية التي يعود إليها أيضا تقييد هذه السياسة، طبقا لأحكام الدستور.

وحيث إنه تأسيسا على كل ما سبق بيانه، واعتبار لكون عمل النيابة العامة يعد دستوريا عملا قضائيا، ومع مراعاة الصلاحية المخولة للسلطات الدستورية المختصة في وضع ومراجعة السياسة الجنائية على ضوء الممارسة، فإن رئاسة النيابة العامة .التي يعد قضاتها جزءا من السلطة القضائية .لا يمكن إسنادها إلا لجهة تنتمي إلى هذه السلطة، مما يكون معه ما تضمنته المادة **25** المذكورة من وضع قضاة النيابة العامة تحت سلطة ومر اقبة الوكيل العام للملك لدى محكمة النقض، مطابقا للدستور" قرار المجلس الدستوري رقم **992/16** م. (القانون التنظيمي رقم **13.106** المتعلق بالنظام الأساسي للقضاة) بتاريخ **15** مارس **2016**، منشور في ج.ر.ع **6452** بتاريخ **31** مارس **2016**. ص **2882**.

المظهر الأول: إن التسلسل الإداري الذي يخضع إليه قضاة النيابة العامة يجعلهم غير مستقلين سواء في العمل الذي يقومون به أو في الموقع الذي يحتلونه في المرفق القضائي الذي ينتمون إليه.

المظهر الثاني: إن قضاة النيابة العامة لا زالوا يخضعون إلى الأوامر بخصوص المهام الموكولة إليهم بمقتضى قانون المسطرة الجنائية.[1]

لذلك نعتقد أنه لا يمكن أن يثار الدفع بعدم الدستورية امام جهاز النيابة العامة ، بينما يمكن إثارته امام قاضي التحقيق .

- **إثارة الدفع أمام المحكمة الدستورية :**

إذا كان يستحيل منطقيا طرح الدفع بعدم الدستورية على المحكمة الدستورية بصفته قاضيا دستوريا لأن دوره هو الجواب على هذه المسألة فإنه يمكن طرحها عليه بصفته قاضي انتخابات، فتصبح المحكمة الدستورية في هاته الحالة جهة قضائية كالجهات القضائية الأخرى بوقائع وأطراف وبآليات إجرائية وتكون المحكمة الدستورية في هذه الحالة جهة قضائية بمفهوم المادة 3 من مشروع القانون التنظيمي رقم 15-86 المتعلق بتحديد شروط و إجراءات الدفع بعدم دستورية قانون.

و من زاوية أخرى، نتساءل هل يمكن للمحكمة الدستورية أن تبث أيضا في نزاع دستوري يثار أمامها مباشرة بشأن المادة الانتخابية ؟ أو النظر في مدى دستورية النظام الانتخابي ؟ و الجواب عن هذه الفرضية نجده في قرار المحكمة الدستورية رقم 18-70 المتعلق بالبث في مطابقة مشروع القانون التنظيمي رقم 15-86 و الذي جاء فيه " وحيث إن الطعون الانتخابية، بالرغم من طابعها الموضوعي، فإنها تتخذ شكل منازعة بين أطراف العملية الانتخابية، ويتوقف فيها نظر المحكمة الدستورية على التحقق من صدقية ونزاهة وسلامة العملية الانتخابية، دون البت في دستورية الأحكام أو المقتضيات المطبقة على النزاع، وهو ما يبرر إدراج المشرع لحالة الطعون الانتخابية ضمن القضايا المعنية بتطبيق أحكام الفصل 133 من الدستور"

2: الأشخاص المعنيون أطراف الدعوى

- **مفهوم الطرف Partie :**

انطلاقا من مقتضيات المادة الثانية من مشروع القانون التنظيمي نجد على أنه ينص "كل مدع أو مدعى عليه في قضية معروضة على المحكمة، وكل متهم أو مطالب بالحق المدني أو المسؤول المدني في الدعوى العمومية مع مراعاة مقتضيات المادة 4 بعده بأن آلية الدفع بعدم الدستورية مفتوحة لجميع أطراف المحاكمة" فتنصرف عادة عبارة الطرف في محاكمة إلى مختلف الأشخاص الداخلين في خصومة قضائية

[1]- نوال التغدويني، "تجريح قضاة النيابة العامة في النظام القانوني المغربي"، رسالة دكتوراه، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والإجتماعية، بفاس، السنة الجامعية 2015-2016، ص. 81.

وكل طرف في نزاع يتميز بصفة إجرائية، أي بمكانة في المحاكمة مدعي مدعى عليه مستأنف عليه متعرض أو متدخل في الدعوى فتعد جميع هذه الأطراف متقاضين بمفهوم مشروع القانون التنظيمي ولا يميز الاجتهاد القضائي بينها، بحسب الصفة الإجرائية للشخص الداخل في محاكمة ... كما أنه لا حاجة للتمييز بينهما حسب الطبيعة القانونية للشخص "شخص معنوي، شخص طبيعي، شخص خاص، شخص عام، وطني، أو أجنبي، راشد أو قاصر معنوي عديم الأهلية".

و أنه انطلاقا من مقتضيات الفصل 111 من قانون المسطرة المدنية المغربي الذي ينص " **يقبل التدخل الإرادي ممن لهم مصلحة في النزاع المطروح** " أشار البعض إلى ان دستور 2011 لم يستبعد بشكل واضح احتمال مشاركة أو تدخل أطراف أخرى ليست طرفا في النزاع من خلال مذكرات الودية أو أراء الخبراء، إذ يجوز أن تكون للطرف الثالث مصلحة في المسالة الدستورية بشكل عام دون أن تكون مصلحة مباشرة في النزاع، وقد كانت اللجنة الدولية للحقوقيين قد سلطت الضوء مرارا على إفساح المجال أمام الأفراد والمؤسسات الأخرى كالمنظمات غير الحكومية للمشاركة في الإجراءات كأطراف لديهم مصلحة أو لتقديم مذكرات ودية[1] مؤسسة ذلك على مجموعة من الأنظمة المقارنة [2] ودعم المجلس الوطني لحقوق الإنسان بدوره هذا الموقف في مذكرته المتعلقة بمشروع القانون .[3]

أما في التجارب الدستورية المقارنة فقد سمحت للغير بالتدخل في مسطرة الدفع بعدم الدستورية،[4] وهو ما تؤطره على سبيل المثال في القضاء الدستوري الفرنسي، المادة السادسة (في بندها الثاني) من النظام الداخلي للمجلس الدستوري، شريطة أن يبرر هذا التدخل بوجود مصلحة خاصة، وأن

---

[1]-اللجنة الدولية للحقوقيين "إصلاح السلطة القضائية في المغرب، " نونبر، **2013**، ص**73**.

- قواعد المحكمة الدستورية الخاصة بجنوب أفريقيا التي نصت على إمكانية تقديم مذكرات ودية من قبل أي شخص لديه مصلحة في أي قضية أمام المحكمة .... مع مو افقة الأطراف في الدعوى، وإن لم يتم الحصول على المو افقة الخطية يجوز لأي شخص لديه مصلحة في أي قضية مطروحة أمام المحكمة ان يقدم طلب قبول لدى رئيس المحكمة كصديق يقدم مذكرة ودية ويمكن لرئيس المحكمة ان يمنحه القبول وفقا للشروط والأحكام وبالحقوق والامتيازات التي يحددها.

المادة **36** من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان المتعلقة بإجراءات مماثلة، أما المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان يمكن لرئيس المحكمة ان " يستدعي لخدمة أهداف العدالة أي دولة متعاقدة لا تكون طرفا في الإجراءات أو أي شخص معني ليس مدعيا لتقديم أي تعليقات مكتوبة أو أن يشارك في الإجراءات".

[2]- وقد فسرت المحكمة العليا في الهند مقتضيات الفصل **38** من الدستور الهندي الذي ينص " تسعى الدولة إلى تعزيز رفاهية الشعب من خلال تامين وتوفير نظام اجتماعي بحيث تسوده العدالة الإجتماعية والاقتصادية والسياسية في جميع مؤسسات ومر افق الحياة الوطنية " بالسماح لأي فرد أو مجموعة برفع دعوى باسمهم أو باسم آخرين أمام المحكمة العليا حتى بواسطة رسالة أو برقية.

[3]- مذكرة متعلقة بالقانون التنظيمي للدفع بعدم الدستورية المجلس الوطني لحقوق الإنسان مارس **2013** الفقرة **10**.

[4] - عبد الحق بلفقيه – دعوى الدفع بعدم دستورية نص تشريعي – مرجع سابق، ص. **128**.

يتم هذا التدخل في أجل ثلاثة أسابيع، تبتدئ من تاريخ إحالة المسألة على المجلس الدستوري الفرنسي كما هو مبين على موقعه الإلكتروني.[1]

و سوف تسمح الممارسة بتبيان المعايير الموظفة من قبل المجلس الدستوري الفرنسي لتقدير شرط المصلحة الخاصة، و المتمثلة في :

أولا : وجود مسألة مشابهة، وهي الفرضية التي يكون فيها الغير طالب التدخل، قد قدم مسألة دستورية ذات أولية أمام قاضي الموضوع أو محكمة عليا، مشابهة لتلك التي تمت إحالتها على المجلس الدستوري، هذا المعيار تم إعماله من قبل المجلس الدستوري في قراراته عدد 10-2011 بتاريخ 25 مارس 2011 و 142/145-2011 بتاريخ 30 يونيو 2011.

ثانيا : وجود مصلحة خاصة تتعلق بالمحافظة على المقتضى المطعون فيه، و هي الحالة التي يكون فيها طالب التدخل أحد الأشخاص الذين يطبق عليهم القانون، وهو ما يقدم بشكل واضح مصلحة مباشرة في المحافظة على المقتضى التشريعي المطعون فيه، هذا المعيار طبقه لمجلس الدستوري على " الفرنسية للألعاب " في الملف عدد55-2010 و تاريخ 18 أكتوبر 2010 حيث الطاعنون يثيرون احتكار هذه المؤسسة لاستغلال ألعاب الحظ لفائدتها.[2]

أ: استبعاد القضاة من استخدام الدفع بعدم دستورية القوانين:

إن القاضي ليس "طرفا" وينص القانون التنظيمي صراحة على منع القاضي من إثارة هذه المسألة تلقائيا، إذا أن دور القاضي ليس الانحياز إلى هذا الطرف أو ذاك، بل يجب عليه أن يبقى حياديا وألا يكسر هذا الحياد بالمنازعة في مقتضى تشريعي يحكم المحاكمة، وهناك من الأنظمة من ترى على العكس من هذا ضرورة توفير هذه المكنة للقاضي، فالدفع بعدم الدستورية لا تثار فقط في مصالح الطرفين إنها تتجاوز إطار المحاكمة وتصبح وسيلة للدفاع عن حقوق وحريات الجميع النظام الألماني مثلا.

---

[1] - توجه المجلس الدستوري كان نتاجا للقرار الدستوري الصادر بتاريخ **07-10-2010** في الملف عدد **42-2010** و ذلك عندما تقدمت نقابة **CGE-CFE** بمذكرة للتدخل، و هي لم تكن طرفا في النزاع الأصلي الذي يهم إعادة النظر في الامتيازات التي كانت تستفيد منها باعتبارها نقابة فرعية، و هو ما جعل المجلس الدستوري يقر بتوفرها على شرط المصلحة الخاصة للتدخل في مسطرة الدفاع عن القانون

و بمناسبة تعديل النظام الداخلي للمجلس الدستوري بتاريخ أصبح بإمكان الأشخاص الذين تم قبول تدخلهم، أن يتلقوا جميع الوثائق و الملاحظات التي عبرت عنها الأطراف الأصلية.

Fanny JACQUELOT- Les interventions devant le conseil constitutionnel dans la procedure de QPC ;in www.conseil-constitutionnel.fr; juiellet – aout 2011.

[2] - عبد الحق بلفقيه – دعوى الدفع بعدم دستورية نص تشريعي – مرجع سابق، ص. **129**.

لذلك يمكن الجزم انطلاقا من كون قضاة الحكم ليس لهم الصفة في إثارة الدفع بعدم دستورية قانون ما، بأن هذا الدفع ليس من النظام العام، لكن هل يمكن استخدام هذه الآلية من طرف النيابة العامة ؟

الجواب عن هذا التساؤل نجد عند المحكمة الدستورية ذلك انه عند إحالة مشروع القانون التنظيمي للدفع بعدم الدستورية أمامها أجابت بمقتضى حكمها عدد 18/7 في الملف عدد 024/18 حول مكانة النيابة العامة في مسطرة الدفع بعدم الدستورية عندما أشارت إلى " **وحيث أنه من جهة أخرى، فإن الفقرة الأولى من الفصل 133 من الدستورجعلت الدفع بعدم الدستورية حقا مخولا للأطراف بصيغة العموم، وحيث أنه خلاف لذلك، فإن البند(ب) من المادة الثانية المذكورة عمد إلى بيان وتحديد الأطراف المخولة لهم حق إثارة الدفع بعدم الدستورية وجعله حقا محصورا فيهم، وليس حقا مخولا لكل الجهات التي ينطبق عليها وصف "الطرف".**

وحيث أنه ولبيان المقصود بأطراف الدعوى يجب الرجوع إلى قانوني المسطرة المدنية والمسطرة الجنائية وإلى نصوص خاصة أخرى، التي تجعل من النيابة العامة إلى جانب أطراف أخرى تتوفر على شرطي الصفة والمصلحة، إما طرفا رئيسيا أو طرفا منظما بحسب الحالة.

وحيث أنه لئن كانت النيابة العامة باعتبارها طرفا في الدعوى المدنية، قد يشملها تبعية "مدع أو مدعى عليه"، فإن البند (ب) يستثني النيابة العامة من أطراف الدعوى العمومية المعنيين بمسطرة الدفع، بحصره الجهات المخولة لها هذا الحق في المتهم أو المطالب بالحق المدني أو المسؤول المدني. وحيث أن ممارسة النيابة العامة للاختصاص الدستوري الموكول لها، والمتمثل في تطبيق القانون (الفصل 110)، يجب أن يتم في استحضار لما ورد في الفصل السادس من الدستور من أن دستورية القواعد القانونية "تشكل مبدأ ملزما".

وحيث إن التقيد بإلزامية دستورية القواعد القانونية، يقتضي من النيابة العامة، بصفتها طرفا، أن تدفع بعدم دستورية قانون، في حال تقديرها أو شكها من أن مقتضياته الواجبة التطبيق، تعتريه شبهة عدم الدستورية.

وحيث أنه تبعا لذلك، فان عدم تخويل النيابة العامة، إلى جانب أطراف أخرى، صفة طرف في دعوى الدفع بعدم الدستورية، يشكل مخالفة لما قررته الفقرة الأولى من الفصل 133 من الدستور".

وكنتيجة لهذا القرار فان المحكمة الدستورية قد حسمت في مكانة النيابة العامة بخصوص الدفع بعدم الدستورية وإن كان عمليا سوف يعرف بعض الإشكالات المرتبطة:

1- وحدة النيابة العامة كيف يمكن تحريك المتابعة في الدعوى الجنائية بناء على مقتضيات قانونية ثم نفس النيابة العامة تطالب بعدم دستورية فصول المتابعة، إذ انه يصعب في الحقيقة أن تؤيد النيابة العامة دفعا ضد قانون حركت على أساسه متابعة أو قدمت ملتمسات لتطبيق القانون المطعون في دستوريته[1] ليس من مصلحة النيابة العامة المتمثل دورها في المطالبة بتطبيق القانون إثارة عدم الدستورية.[2]

2-هل يمكن إثارة المتابعة من طرف السيد وكيل الملك أو السيد الوكيل العام دون الحاجة إلى اللجوء إلى أخد موافقة السلطة الرئاسية للنيابة العامة ؟

وفي القضاء المقارن نجد أن التجربة الفرنسية فإلى حد الأن لم تستخدم النيابة العامة هذه الآلية فهي مكلفة بإبداء رأيها في جميع النزاعات المتعلقة بالدفع بعدم الدستورية المثارة أمام الجهات القضائية التابعة لمحكمة النقض[3].

ب: الشروط الداخلية لقبول الدفع بعدم الدستورية: Les conditions internes de recevabilité

- **إثارة الدفع بواسطة مقال مستقل ومعلل:**

عند وجود نزاع قضائي مطروح على إحدى المحاكم ورأى أحد أطراف الخصومة فيه أن التشريع الذي يراد تطبيقه على النزاع به عارض دستوري، أتاح له المشرع الدستوري إمكانية الدفع بعدم دستورية ذلك النص القانوني وذلك بواسطة مقال مستقل عن الدعوى الأصلية تحت طائلة عدم قبول، وذلك انسجاما مع مقتضيات الفصل 118 من دستور 2011 الذي ينص على أن "**حق التقاضي مضمون لكل شخص للدفاع عن حقوقه وعن مصالحه التي يحميها القانون**".

وفضلا عن البيانات التي نصت عليها قوانين المسطرة المدنية والجنائية والقوانين الخاصة يلزم أن يتوفر في مقال الدفع بيانات خاصة تتمثل في النص أو النصوص التشريعية محل الطعن، والنصوص الدستورية المدعى مخالفتها وأيضا أوجه المخالفة التي يراها المدعى أو أن الظروف قد تغيرت، وأن المقتضى التشريعي مخالف للضمانات الدستورية للحقوق.

---

[1]-عبد العزيز النويضي، م س، ص. **171**.

[2]- قد جاء في تقرير مجلس المستشارين أثناء النقاش حول الدفع بعدم الدستورية "إن النيابة العامة ليس من حقها أن تثير الدفوع و استعرضنا مجموعة من التجارب الدولية (الفرنسية وغيرها) فكيف اليوم جئنا لنعطيها هذا الاختصاص. الاختصاص الأصلي هو للمحكمة الدستورية من خلال ثلاثة أطراف، المشرع والحكومة، والمعني بالنازلة الذي يرى أن النص غير دستوري وبالتالي فإن إدخال النيابة العامة لا أساس له اللهم إن كان هناك سبب أخر". تقرير حول أشغال اللقاء الدراسي الذي نظم بمجلس المستشارين حول مشروع القانون التنظيمي رقم **15-86**، ص. **42**.

[3]- **Julien Bonnet, – Pierre –Yves Gahdoun, '-La question prioritaire de constitutionnalité Op. Cit; p. 73**

.

والغرض من إيراد هذه البيانات هو استبيان سبب الدعوى وأنها تنبئ بجدية الدعوى وموضوعها وضمانا لتحديد الطلبات في الدعوى الدستورية، فضلا عن مواجهة قرينة الدستورية التي تتمتع بها التشريعات.[1]

إن طرف الدعوى شخصيا أو بواسطة دفاعه من يقدر ذلك، هو الذي يقدر الأضرار التي يمكن في حالة تطبيق النص عليه، لذا كان من الضروري أن يحدد مبدأ الدفع كنه دفعه، وبأن يحدد بصورة دقيقة غاية الدقة النص المدفوع بعدم دستوريته، بأن يذكر رقم القانون والسنة، وما إذا كان معدلا ويذكر كذلك نص المادة من القانون والفقرة المطلوبة تحديدا بصورة واضحة لا لبس فيها ومحددا تحديدا بصورة واضحة لا لبس فيها ومحددا تحديدا دقيقا دون تجهيل، حتى تستطيع المحكمة الدستورية الوقوف على حقيقة النص محل الدفع وتستطيع ـ من ثم ـ أن تقدم جديته بالطريقة والكيفية التي سوف نتناولها.

و أن التعليل المحرر وفق عبارات عامة من قبيل " غموض النص التشريعي " أو " عدم الأمن القانوني " لا يستجيب لشرط التعليل، المطالب بتحديد الحقوق و الحريات المضمونة دستوريا، التي تدعي أن المقتضى التشريعي يخرقها، و يستتبع من اشتراط المذكرة الكتابية بالأساس تسهيل و فحص مسألة الدفع بعدم الدستورية، و تمكين المحكمة المثار أمامها من البث في أقصر الأجال، لغاية عدم تعطيل المسطرة .[2]

الاستعانة بمحام :كما أكد المشرع المغربي على ضرورة توقيع المذكرة من طرف المدعى أومن قبل محام مسجل في جدول هيئة من هيئات المحامين بالمغرب مع مراعاة الاتفاقيات الدولية النافذة، في حالة وجود اتفاق بين المغرب ودولة أخرى، بإمكانية ممارسة مهنة المحاماة داخل المغرب ولو بصفته أجنبيا، ولو لم يكن مسجلا في جدول الهيئات بالمغرب، لكن لا بد من وجود اتفاقية تشرع عمله داخل المحاكم المغربية.

هذا الشرط ذو تأثير إيجابي على هذه الآلية، فيضمن جدية الدفع إلى جانب ضمان حقوق الدفع بعدم الدستورية، خصوصا أن الاستعانة بالمحامي فيه صلاح للمحكمة الدستورية وأيضا للأفراد لضمان حقوقهم كاملة الدفع بعدم، إلا أن المشرع الفرنسي في قانونه التنظيمي لم يشر لهذه النقطة بل حصر الشروط الشكلية بالمذكرة الكتابية والمعللة على النحو الموضح سابقا دون التنصيص على ضرورة الاستعانة بمحام.[3]

---

[1]- هذا ما أكدته المحكمة الدستورية العليا في مصررقم **11** لسنة **15** قضائية تنازع جلسة **1993-08-14**"حيث إن الدولة دفعت بعدم قبول الدعوى، تأسيسا على أن حكم الإحالة قد سكت عن بيان النصوص الدستورية المدعى بمخالفتها، وأوجه المخالفة، مما يقعد الحكومة عن ممارسة حقها القانوني في الرد على المسالة الدستورية المثارة في الدعوى المماثلة ".

[2] - عبد الحق بلفقيه – دعوى الدفع بعدم دستورية نص تشريعي - مرجع سابق، ص. **105**.

[3]- سبق للمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان أن انذرت المشرع الفرنسي وذلك بمناسبة ضرورة الاستعانة بمحام وذلك عند نظرها في القضية التي تتعلق **France\Foucher** ودلك بمقتضى القرار الصادر بتاريخ **18-03-1997** تحت عدد **22209\93** .

غير أنه و انطلاقا من دور الدفاع في تجويد العدالة ،أكدت مختلف الاجتهادات الصادرة عن محكمة النقض الفرنسية وبشكل متواتر أن إثارة المسألة الدستورية بواسطة مذكرة من غير محام، أو إيداعها بعد انقضاء الأجل في الحكم الصادر في الدعوى الأصلية، أو إيداعها بعد انتهاء التحقيق، يترتب عن ذلك كله عدم القبول،[1] لذلك لا بد أن توقع المذكرة من محام مقبول أمام محكمة النقض ومجلس الدولة حسب ما هو مقرر في المادة 973 م قانون المسطرة الجنائية الفرنسي، حيث أن بالنسبة للمحامي الذي يمكن أن يمثل الأطراف أمام المجلس الدستوري الفرنسي هو المحامي المقبول لدى مجلس الدولة و محكمة النقض الذي له الحق في تمثيل الأطراف أمام هاته المحكمة.[2]

وحيث إن المحكمة الدستورية المغربية في حكمها عدد 18/7 في الملف عدد 024/18 أكدت" وحيث أنه تحقيقا للانسجام التشريعي بين ما ورد في المادة الخامسة المشار إليها وبين المقتضيات الإجرائية العامة التي جاءت تطبيقا لفصول الدستور لاسيما الفقرة الأخيرة من الفصل 120 منه يتعين تفسير الاختيار الوارد في المادة المذكورة، بأن الدفع بعدم الدستورية يتبع الدعوى الأصلية بخصوص ما يتطلبه من في موضوع الاستعانة بمحام، فتكون إجبارية الاستعانة بمحام في الحالة التي توجب ذلك الدعوى الأصلية، في حين يكون للمعني بالأمر الحق في توقيع مذكرة الدفع، إذا كانت الدعوى الأصلية التي أثير بمناسبتها معفية من تطبيق قاعدة الاستعانة الوجوبية بمحام."

وهذا المنحى الذي نحته المحكمة الدستورية يتعارض مع ما تم التنصيص عليه في بعض الأنظمة القانونية المقارنة (مصر مثلا) [3] التي تستوجب لزاما إثارة الدفع بواسطة محام وذلك بناء على أهمية الدعوى والطلبات التي تختص بها المحكمة الدستورية،[4] إذ أنه إذا كان قانوني المسطرة المدنية والجنائية يستلزم من

[1] -**Civ.2 ;10 mars 2011 ; pourvoi n 10.60.417 ; https://www.courdecassation.fr .**

[2] -**QPC 26 Mars ; CIVIL n 26. 2 mai 2010 ; in www.conseil-constitutionnel.fr .**

[3]- نصت المادة **34** من قانون المحكمة الدستورية العليا على أنه " يجب ان تكون الطلبات وصحف الدعاوى التي تقدم إلى المحكمة الدستورية العليا موقعا عليها من محام مقبول للحضور أمامها أو عضو بدرجة مستشار على الأقل حسب الأحوال " وقد عللت المحكمة العليا الدستورية في مصر هذه النقطة في الطعن رقم سنة قضائية **5** جلسة أبريل **1984** مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا بقولها " أن المشرع قد رأى نظرا لطبيعة المحكمة الدستورية العليا والدعاوى والطلبات التي تختص بنظرها وأن التوقيع على صحيفة الدعوى الدستورية من محام مقبول للحضور إما المحكمة هو الذي يضمن جدية الدعوى وما يقتضيه من أعداد صحيفتها من عرض لأوجه المخالفة التي تقوم عليها المخالفة الدستورية، وما يكون لكل منها من الحجج القانونية".

المادة **31** من القانون المنظم للمحكمة الدستورية الفلسطينية الدي نص على انه لا يمكن الإجراءات أمام المحكمة الدستورية إلا بواسطة ممثل عن هيئة قضايا الدولة، أو بواسطة محام لا تقل خبرته بالمحاماة عن عشر سنوات متصلة، ويعين رئيس المحكمة محاميا للمدعي الدي يثبت اعساره.

- إلزامية المحامي أمر يفرض نفسه على اعتبار أن الدفع الذي نحن بصدده هو بمثابة قضية وطعن خاص ولا يمكن ان يكون الطرف المعني على معرفة أو دراية تامة بكل حيثياته كما ان هذه الإلزامية ليس فيها امتياز للمحامي بقدر ما فيها امتياز لجودة الأحكام والمذكرات مما يشكل ضمانة إضافية لاحترام القانون وتكريس الديمقراطية ولابد ان نستحضر ان محكمة النقض تستلزم ان يكون المحامي على درجة من الأقدمية حتى يقدم عرائض ومذكرات على درجة معينة من الجودة.

أجل إيداع مذكرة ببيان أسباب النقض أن تكون بواسطة محام مقبول لدى محكمة النقض، على الرغم أن الأمر يتعلق فقط بالطعن بالنقض ضد الأحكام وأنه عندما يتعلق الأمر بإلغاء نص قانوني لم يشترط المشرع الدستوري من ضرورة الاستعانة بمحام على الرغم من أن التأسيس لإلغاء فصل قانوني يستلزم أن يكون مثير الدفع ملما بالحقوق والحريات المنصوص عليها دستوريا إضافة إلى الاتفاقيات والمعاهدات التي صادقت عليها الدولة المغربية حتى يمكن أن يكون للدفع تقعيدا قانونيا مع الأخذ بعين الاعتبار إلى أن الحكم الذي سوف تصدره المحكمة الدستورية يكتسي صبغة الحكم العيني، و هو نفس التوجه الذي سارت عليه المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان[1] والمجلس الدستوري الفرنسي.[2]

وقد أتيحت للمجلس الدستوري[3] فرصة تكريس ما سماه بمبدأ تيسير الولوج إلى العدالة الدستورية من خلال تصريحه بعدم دستورية مقتضيين اثنين وردا في المادة 34 من القانون التنظيمي المتعلق بالمحكمة الدستورية المحال إلى المجلس الدستوري للبت في مطابقته للدستور، حيث لاحظ المجلس الدستوري أن اشتراط تقديم العرائض الرامية إلى المنازعة في انتخاب أعضاء مجلسي البرلمان وجوباً من قبل محام، من شأنه ثني بعض الناخبين، وحتى بعض المرشحين، للطعن في صحة الذين يجدون في هذا الوجوب تكليفاً مادياً معوقا عن اللجوء إلى المحكمة الدستورية للطعن في صحة الانتخاب، وصرح بأن إلزام الطاعنين تقديم عرائض الطعن بواسطة محام مخالف للدستور.[4]

إلا أنه لابد من الإشارة من أنه لا يوجد ما يمنع من تمكين مثير الدفع من الاستفادة من المساعدة القضائية [5]وذلك بناءا على مقرر من محكمة الموضوع التي دفع أمامها بعدم دستورية النص القانوني ومن بينها تعيين محام من قبل رئيس المحكمة أمام المحكمة الدستورية، إذ لابد أن تكون امتدادا لتلك الحقوق التي استفاد منها من قبل محكمة الموضوع، وهذا ما سارت عليه المحكمة الدستورية الكويتية عندما أقرت "نصوص الدستور تكمل بعضها البعض و أن لكل نص مضمون مستقل لا يعزله عن باقي النصوص، ذلك

[4]- تقرير حول أشغال اللقاء الدراسي الذي نظم بمجلس المستشارين حول مشروع القانون التنظيمي رقم **15-86**. الولاية التشريعية **2015-2021** السنة التشريعية **2017-2018**، ص. **49**.

[1] **-CE DH, 27 nov. 2008, Salduz c/ Turquie, req. n ° 36391/ 02.**

[2] **- Décision n° 2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010, M. Daniel W. et autres (Garde à vue) in www.conseil-constitutionnel.fr**

[3]- المجلس الدستوري، القرار رقم **943.14** بتاريخ **27** من رمضان **1435** الموافق **25** يوليوز **2014**. منشور بالموقع الإلكتروني للمحكمة الدستورية، **https://cour-constitutionnelle.ma**

[4] -القانون التنظيمي رقم **66.13** المتعلق بالمحكمة الدستورية، المحال إلى المجلس الدستوري بتاريخ **14** يوليوز **2014**.

[5]- مرسوم ملكي رقم **65-514** بتاريخ **17** رجب **1386** بمثابة قانون يتعلق بالمساعدة القضائية.

أن هذه النصوص لا تفهم معزولة عن بعضها البعض، وإنما تتأتى دلالة أي منها في ضوء ما تفيده دلالة النصوص الآخرى من معان شاملة".[1]

إن البحث في جودة العدالة أصبح من أهم المستلزمات والشروط الضرورية لتحقيق أهداف المحاكمة العادلة، ولقد وضعت عدة معايير لقياس جودة العدالة منها تلك المعتمدة من الإتحاد الأوروبي والمستنبطة من خلال المعاهدة الأوروبية لحقوق الإنسان والحريات الأساسية ومن بينها سهولة الولوج إلى مرافق العدالة والاستفادة من خدماتها، و الذي يشكل الاستعانة بمحامي إحدى أهم مقوماتها .

أداء الرسم القضائي : أضاف المشرع المغربي بأنه لا بد أن يؤدي مثير الدفع الرسم القضائي المعمول به في التشريع المغربي، ولم يحدد بالضبط مقدار هذا الرسم، لكن بالإحالة التي أحالها المشرع المغربي في هذا المشروع إلى قوانين المسطرة المدنية والجنائية،[2] فإن الظهير الشريف رقم 1.84.54 الصادر في 27 أبريل 1984 بمثابة قانون المالية لسنة 1984، فإنه من الممكن اعتبار هذا الدفع من الإجراءات المنجزة بناء على طلب، والتي لا يمكن تحديد قيمتها حسب الفصل 26 من الظهير السابق، أو اعتبارها من الطلبات التي لا يمكن تحديد قيمتها حسب الفصل 25 من نفس الظهير، وفي كل الأحوال لا بد من أداء الرسم القضائي لاكتمال مسطرة الدفع بعدم الدستورية، لأنه شرط أساسي لقبول مذكرة الدفع الذي يقصد من ورائه عدم إساءة استعمال حق الدفع من قبل الأطراف كضمانة من الضمانات التي تضبط ممارسة هذه الآلية من قبل الأطراف، مع التأكيد أنه في حالة ما كان مثير الدفع بعدم الدستورية، مستفيد من نظام المساعدة القضائية، فإنه يعفى كذلك من الرسوم لضمان محاكمة عادلة حيث إن المساعدة القضائية تمتد بحكم القانون إلى أعمال وإجراءات التنفيذ الواجب القيام بها إثر صدور الأحكام القضائية الممنوحة من أجلها هذه المساعدة، فبموجب الإحالة الواردة في مشروع القانون التنظيمي في مادته الرابعة، فإن تنظيم تلك الرسوم واستفادة الدافع من المساعدة القضائية تحكمها تلك القوانين المذكورة سابقا لغياب التنظيم الصريح لها في مشروع القانون التنظيمي المدروس، في حين أن المشرع الفرنسي لم يشترط أي رسم قضائي على تقديم المسألة الدستورية ذات الأولية في القانون المنظم لها.

وهناك من يرى أن مسطرة الدفع بعدم الدستورية يجب أن تكون معفاة من أداء الرسوم القضائية على غرار دعاوى الإلغاء التي تمارس أمام القضاء الإداري استنادا كون مسطرة الدفع تخدم المصلحة العامة

[1] - المحكمة الدستورية الكويتية طلب تفسيري رقم 3 لسنة 2004، منشور بمجلة الرقابة الدستورية، منشورات اتحاد المحاكم و المجلس الدستورية العربية، العدد الأول 2007ص 101.

[2]- بخلاف المشرع المصري الذي نظم في بابه الرابع من قانون المحكمة الدستورية العليا أحكام الرسوم والمصروفات.

والمتمثلة في تطهير الترسانة القانونية من قوانين مخالفة للدستور وتعزز دولة الحق والقانون،[1] وهو يتماشى مع التوجه الذي اقترحه المجلس الوطني لحقوق الإنسان في مذكرته المتعلقة بالدفع بعدم الدستورية.

و في الأخير لابد من الإشارة كون أن نسخة 10-06-2016 من القانون التنظيمي للدفع بعدم الدستورية تنص على أن تكون الدعوى مؤدى عنها الرسم القضائي، في حين ان النسخة المصادق عليها بتاريخ 03-08-2017 بمجلس النواب عوضت الرسم القضائي بالوديعة القضائية، حيث هذه الأخيرة يمكن استرجاعها بعد الفصل في الدعوى.

ثانيا - معايير قبول الدفع:

إن المعايير الملزمة لقبول الدفع يمكن إجمالها في معيار الارتباط، السابقة والجدية، لكن قبل الحديث عن هذه الشروط الثلاث لابد من الإشارة إلى نقطة أساسية تتمحور حول مدى الإمكانية المتاحة لقاضي الموضوع الفصل في النزاع دون التعرض للمسألة الدستورية ؟

إن القضاء لا يمارس رقابة أصلية على أعمال السلطة التشريعية، وأن حقه في بحث دستورية القوانين ليس إلا ثمرة مترتبة على وظيفته الأصلية، وهي الفصل في المنازعات، ويجب أن يضع قاضي الموضوع نصب عينيه هذا المبدأ، بحيث إذا أمكن الفصل في الدعوى الموضوعية على أساس آخر بعيدا عن المسألة الدستورية، وجب أن يلجأ إلى هذا الأساس الآخر، كأن يكون ثمة دفع التقادم، أو دفع آخر مقبول، بالإضافة إلى الدفع بعدم الدستورية يتعين عليه وجوبا أن يفصل في الدفوع الأخرى قبل التعرض لأمر الدستورية لعلها تنهى النزاع الموضوعي دون حاجة إلى التعرض للمسألة الدستورية.

فإذا وجد قاضي الموضوع أن ثمة وسيلة أخرى تحقق مطلب الطاعن بعدم الدستورية، أو أمكن تفسير القانون محل الطعن تفسيرا يبعده عن المسألة الدستورية، أو كان هذا القانون لم يلحق ضررا بأي من طرف الدعوى، أو كان الطرف الذي يتمسك بعدم دستورية نص ما سبق وأن تمسك بدستوريته،[2] ثم إن لم تكن الدعوى التي بين يديه تتضمن هاته النقط انتقل إلى البحث عن الارتباط والسابقة والجدية.

---

[1]- عبد العزيز النويضي، المحكمة الدستورية و مسألة الدفع بعدم دستورية القوانين م س، ص. **173**.

[2]- حكم المحكمة الدستورية في القضية رقم **19** السنة القضائية **18**دستورية بتاريخ **1992.4.18**(حيث إن قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن المصلحة الشخصية المباشرة تعد شرطا لقبول الدعوى الدستورية وأن مناطها أن يكون ثمة ارتباط بينها وبين المصلحة القائمة في الدعوى الموضوعية، وذلك بأن يكون الحكم في المسألة الدستورية لازما للفصل في الطلبات المرتبطة بها المطروحة أمام محكمة الموضوع، وكان من المقرر.وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة . أن المصلحة الشخصية المباشرة لا تعتبر متحققة بالضرورة بناء على مجرد مخالفة النص التشريعي المطعون عليه للدستور، بل يتعين أن يكون هذا النص . بتطبيقه على المدعى . قد أخل بأحد الحقوق التي كلفها الدستور على نحو ألحق به ضررا مباشرا، وبذلك يكون شرط المصلحة الشخصية المباشرة في الدعوى الدستورية مرتبطا بالخصم الذي أثار المسألة الدستورية، وليس بهذه المسألة في ذاتها منظورا إليها بصفة مجردة وبالتالي لا تقوم هذه المصلحة، إلا بتو افر شرطين أوليين يحددان معا مفهومها، ولا يتداخل أحدهما مع الأخر أو يندمج فيه، وإن كان استقلال كل منهما عن الأخر لا ينفي تكاملهما وبدونها مجتمعين لا يجوز لهذا المحكمة أن تباشر رقابتها على دستورية النصوص التشريعية).

1- **الارتباط** :تنص المادة 5 من مشروع القانون التنظيمي في فقرتها الخامسة " أن يكون المقتضى التشريعي موضوع الدفع هو الذي تم تطبيقه أو إيراد تطبيقه من لدن المحكمة في الدعوى أو المسطرة أو يشكل أساسا للمتابعة حسب الحالة "مع توضيح ما يلي :

- **عدم وجود الارتباط بالضرورة مباشرة:** قد يكون الارتباط متعلقا بالإجراءات ففي العديد من الحالات لا يكون المساس بالحقوق والحريات متأتيا من مقتضى ينظم إجراء خاصا متعلقا بالقضية بحيث إن كثيرا من المسائل الدفع بعدم الدستورية قد تثار اليوم بخصوص الجوانب الإجرائية للنزاعات و لاسيما في المجالين الجنائي والضريبي.
- **الارتباط قد يتعلق بأساس المتابعات** :ففي نظر المشرع يمكن إثارة الدفع بعدم الدستورية في المجال الجنائي بإبراز عدم دستورية أساس المتابعة ويمكن في حالة التحقيق إثارة الدفع ذات الصلة بالأساس فور الشروع في التحقيق .[1]

2- **الســابقة Le précédent :**

يقصد بهذه السابقة عدم سبقية تصريح المحكمة الدستورية في أسباب ومنطوق قرارها بمطابقة النص التشريعي محل الدفع بعدم الدستورية من عدمه ، ذلك بأن يبحث القاضي بعد ذلك عما إذا كانت المحكمة الدستورية قد صدر عنها قضاء موضوعي بشأن النص محل الدفع من عدمه.

وتفصيل ذلك أن صدور حكم من المحكمة الدستورية بعدم دستورية النص المدفوع بعدم دستوريته، أوحكم يقرر أنه نص دستوري يجعل تلقائيا الدفع غير جدي وذلك لأن النص لا يحكم بعدم دستوريته أو بدستوريته مرتين، بل هي مرة واحدة يغدو بعدها الحكم الصادر من المحكمة الدستورية حجة على الكافة، بالنسبة للأفراد ولسلطات الدولة على السواء وينصرف أثره إلى الكافة، ويستفيد منه المخاطبين بأحكامه جميعا سواء من طعن منهم بعدم الدستورية، أومن لم يطعن ولا يحوز معاودة الطعن مرة أخرى وفقا لذات النطاق على ذات النص الذي صدر بشأنه قضاء من المحكمة الدستورية .

---

[1]- القرار الصادر عن المجلس الدستوري الفرنسي عدد 595-DC الذي جاء فيه :

« " Si le moyen est soulevé au cours de l'instruction pénale، la juridiction d'instruction du second degré en est saisie.

« Le moyen ne peut être soulevé devant la cour d'assises. En cas d'appel d'un arrêt rendu par la cour d'assises en premier ressort, il peut être soulevé dans un écrit accompagnant la déclaration d'appel. Cet écrit est immédiatement transmis à la Cour de cassation » ; »

Cons.const. 3 déc. 2009، n° 2009-595 DC:

https://www.doctrine.fr/d/CONSTIT/2009/CONSTEXT000021485099

ومن ثم يكون من المهم جدا أن يتعرف القاضي أولا بأول على ما يصدر من قضاء موضوعي للمحكمة الدستورية ويفحصه فحصا جيدا للوقوف على حقيقة محتواه ليكون تحت بصره حال تقدير الجدية، حتى لا يصرح بالطعن على نص سبق القضاء بعدم دستوريته أو بدستوريته.[1]

وهناك استثناء يتمثل في أنه يمكن للمحكمة الدستورية الفصل من جديد في مقتضى تشريعي في حالة تغير الظروف [2] كإحداث كمبدأ دستوري جديد مكرس من طرف المؤسس، ويقصد بتغيير الظروف تغير القانون وتغير الوقائع ذلك أنه طبقا لمقتضيات الفصل الخامس من مشروع القانون التنظيمي والذي جاء فيه " **مالم تتغير الأسس تمت بناء عليها البت المذكور**"[3]

فبخصوص تغير الوقائع : تبقى منازعات الدفع بعدم الدستورية في أغلب الحالات منازعات مجردة ولا تأثير لوقائع القضية على الحل المعطى من طرف المحكمة الدستورية ،ومع ذلك قد يحدث من الناحية العملية أن يلقى القاضي الدستوري في نظرة على الوقائع لإمكانية تأثيرها في تفسير مقتضى دستوري أو تشريعي، فمثلا يجب تفسير حرية التعبير اليوم في ضوء التكنولوجيات سيما على مستوى مواقع التواصل الإجتماعي "الواقعة" الإجتماعية تؤدي إلى تعديل قراءة المحكمة الدستورية لمبدأ دستوري، كما يمكن أن نضيف تطور السياق الاقتصادي والإجتماعي والسياسي وحتى الأخلاقي.[4]

وقد اعتمد المجلس الدستوري الفرنسي نظرية تغير ظروف الواقع والقانون عند نظره في القرار المتعلق بالوضع تحت الحراسة النظرية في قراره الصادر سنة 2010 والذي اعتمد القاضي الدستوري إحصائيات ومعلومات تتعلق بعدد تدابير الوضع تحت الحراسة وعدد ضباط الشرطة القضائية الذين

---

[1]- حكم المحكمة الدستورية في القضية رقم **67** سنة **62** قضائية دستورية بتاريخ **2006.9.3**"وحيث إن هذه المحكمة سبق وأن حسمت المسألة الدستورية المثارفي الدعوى الراهنة بحكمها الصادر بجلسة **3-11-2002** في القضية رقم **70** لسنة **18** قضائية " دستورية " القاضي بعدم دستورية نص الفقرة الثالثة من المادة **29** من القانون رقم : **49** لسنة **1977** المشار إليه، فيما لم يتضمنه من النص على انتهاء عقد الإيجار الذي يلتزم المؤجر بتحريره لمن لهم الحق في شغل العين بانتهاء إقامة آخرهم بها، سواء بالوفاة أو الترك، ورفض ما عدا ذلك من طلبات، بما مؤداه امتداد عقد الإيجار الأصلي إليهم بكافة شروطه وأحكامه. وإذا نشر هذا الحكم في الجريدة الرسمية بعددها رقم **46** بتاريخ **14-11-2002** وكان مقتضى المادتين **48-49** من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم :**48** لسنة **1979** أن يكون لقضاء هذه المحكمة في الدعاوى الدستورية حجية مطلقة في مواجهة الكافة، وبالنسبة إلى الدولة بسلطتها المختلفة، باعتباره قولا فصلا في المسألة المقتضى فيها، وهي حجية تحول بذاتها دون المجادلة فيه أو إعادة طرحه عليها من جديد لمراجعته، ومن ثم فإن الدعوى الماثلة تكون غير مقبولة ".

"يجب أن تسير القوانين والمؤسسات جنباً إلى جنب مع تقدم العقل البشري. مثل هذا ينمو، ويوضح، كما يتم اكتشافات جديدة، حقائق جديدة وكشف أن الأعراف والآراء تتغير بسبب الظروف المتغيرة والمؤسسات يجب عليهم أيضًا المضي قدمًا وتحديث أنفسهم.

[2]-**Merrill D. PETERSON (éd.), Thomas Jefferson : Writings, New York, LiteraryClassics of the U.S. coll. Library of America 17, 1984, p. 1401.**

[3]-المشرع الفرنسي في فصله **24-2** من القانون التنظيمي المتعلق بالأولوية الدستورية **10-12_2009** استعمل مصطلح تغير الظروف "

Elle na pas déjà été declare conforme a la consitution dans les motif et les dispositif d'une decision du conseil constitutionnel sauf changement des circonstance."

[4]-**Agnès ROBLOT-TROIZIER, « La question prioritaire de constitutionnalité devant les juridictions ordinaires : entre méfiance et prudence », AJDA, janvier 2010, p. 85-86.**

يملكون سلطة اتخاذ هذا التدبير الخطير على الحرية الفردية واعتبارات أخرى قبل أن يقضي بعدم دستورية بعض المقتضيات من قانون المسطرة الجنائية.[1]

وبخصوص تغيير القانون : إن هذا التغيير يتماشى بشكل أحسن مع منطق الدفع بعدم الدستوري ويقصد بهذا التغيير تغير المحيط القانوني لهذه الآلية مما يتيح إعادة دراسة المقتضى التشريعي المعني بحيث يمكن للمحكمة الدستورية الاستجابة لدروس التجربة والمنطق من أجل تفادي الأخطاء وملاءمة الدستور مع تقدم المجتمع لا من ناحية الأفكار فقط، وإنما ناحية الأخلاق أيضا،[2] وإلا فإن المحكمة الدستورية سوف تظل رهينة وجهة نظر قديمة وتقادمت مع روادها،[3] وأن ضوابط تفسير القاعدة الدستورية يجب أن تبقى مفتوحة دائما وذلك من أجل استيعاب التطور الزمني للمجتمع.[4]

وهنا في هذا السياق ثلاثة وضعيات :

1- **تغير دستوري :** تكريس حق جديد في الدستور مثلا" المناصفة "يمكن للمحكمة الدستورية على أساس هذا الحق الجديد إجراء فحص جديد للمقتضى التشريعي المعني.

تغير الاجتهاد الدستوري للمحكمة الدستورية: وهوما أقره المجلس الدستوري في قراره عدد 694 -2017 [5] الذي ألغى مقتضيات من قانون المسطرة الجنائية سبق فحص دستوريتها بسبب تغير الظروف حيث أكد على أن عدم الدستورية ليس بالضرورة صفة متأصلة في القانون، ولكن القانون يعتمد أيضًا على السياق الذي يتم فيه تطبيقه، إضافة إلى القرار الصادر عن المجلس الدستوري الفرنسي كذلك والذي أقر فيه يتوجب على المشرع تعديل جدول المناصب التشريعية بالترتيب لمراعاة التغيرات الديموغرافية منذ آخر تعيين لها[6] وذلك عند نظره في الدفع المتعلق بعدم مطابقة للفقرة الأولى من الفصل 25، من الدستور مع

[1]-عبد العزيز النويضي، المحكمة الدستورية و مسألة الدفع بعدم دستورية القوانين م س، ص. **162**.

Décision n 2010 -14/22 QPC du 30 juillet 2010 M . Daniel W ; et autre (garde a vue)non conformité partielle effet différé.

[2]-**Thierry DI MANNO, « Les revirements de jurisprudence du juge constitutionnel », Les Cahiers du Conseil constitutionnel, n°20 (Dossier : Les revirements de jurisprudence du juge constitutionnel), juin 2006. p. 102**

[3]- **William BRENNAN, « In Defence of Dissents », Hastings Law Journal, n°37, 1985-1986, p. 437.**

[4]-**Commentaire des décisions n°99-409 DC et n°99-410 DC du 15 mars 1999, Loi relative à la Nouvelle-Calédonie et Loi organique relative à la Nouvelle-Calédonie, Les Cahiers du Conseil constitutionnel, n°7.**

[5]-**decision n 2017 -694 QPC du 2 mars 2018 Ousmane K .et autre Non conformité total .**

[6]- **Décision n°2002/2704/2740/2747 du 25 juillet 2002, AN, Bouches-du-Rhône, cons. 10.**

العلم أن نفس الفصل أصدر بالمجلس الدستوري بمطابقته للدستور الشيء الذي جعل بعض الفقه يتساءل حول دور المجلس الدستوري هل ينحصر في تطبيق القانون أو محاكمة القانون.[1]

-**تغير التشريع** وهذا قليل الحدوث بل نادرا ما يقع وتكمن الصعوبة بالنسبة للأطراف في إثبات حقيقة تغير الظروف من حيث الواقع أو القانون.

2- الطابع الجدي:

إن تقدير محكمة الموضوع لجدية الدفع بعدم دستورية قانون ما لازم للفصل في النزاع المعروض عليها يخرج عن اختصاصها ويعود الأمر في شأنها إلى المحكمة الدستورية لتزن وفقا لمقاييسها جوهر الدفع الدستوري وإبعاده تحديدا لصحته أو فساده، فمهمة محكمة الموضوع تنحصر في توافر مذكرة الدفع على الشروط الشكلية والموضوعية التي يتطلبها القانون.

وإن تقدير جدية الدفع غير موكول لقضاة المحاكم الابتدائية والاستئناف وإنما موكول لغرفة بمحكمة النقض[2] وذلك حسب المشروع القانون التنظيمي، إلا أنه عند عرض هذا الأخير على المحكمة الدستورية على المحكمة الدستورية أجابت بخصوص هاته النقطة بمقتضى حكمها الصادر بتاريخ 06-03-2018 **"حيث إن التوفيق بين الحق في إثارة الدفع بمناسبة قضية معروضة على محكمة ما، واختصاص المحكمة الدستورية بالبت شكلا وموضوعا في الدفوع الدستورية المحالة عليها، وبين متطلبات النجاعة القضائية وحسن سير العدالة وسرعة البت في الدفوع وإصدار القرارات بشأنها داخل اجل معقول، يقتضي من المشرع حصر نطاق الشروط التي يتحقق منها القاضي من استيفائها بمناسبة إثارة الدفع في تلك التي لا تشكل عناصر تقدير أولية للدستورية، وإحداث آلية كفيلة بإرساء نظام للتصفية بالمحكمة الدستورية، يحدد قانون تنظيمي تركيبتها وضوابط عملها. "**[3]

---

[1]- **Audition de M. Bertrand MATHIEU, in Rapport n°1898 de l'Assemblée Nationale.**

[2]- قد اقترح المجلس الوطني لحقوق الإنسان في مذكرته المتعلقة بالدفع بعدم الدستورية سيناريوهين الأول اقترح فيه فحصا مسبقا للدفوع لكن على مستوى المحكمة الدستورية والثاني يرتكز فيه الدفع بعدم الدستورية على فحص مزدوج الأول يكون على مستوى القضاء المعروضة عليه القضية وهو النهج المتبع في فرنسا بحيث تقوم محكمة النقض ومجلس الدولة بفحص الدفوعات وانتقاء ما توفرت فيه الشروط ليحيل على المجلس الدستوري البعض منها فقط فبالنسبة للسيناريو الأول ان تقوم لجنة بدراسة قبول الدفوعات بعدم الدستورية (تحدث لدى المحكمة يترأس عضو من أعضاء المحكمة الدستورية) فرغم ما يظهر من كون هذا المقتضى لا يثير أي مشاكل لكنه من الناحية القانونية لا يكون مستقيما مادام أن الأمر يتعلق بإنشاء محكمة داخل محكمة خاصة وان هذه اللجنة ستفصل نهائيا في الدفوع بحيث لن يحال على المحكمة باعتبارها محكمة دستورية إلا ما رأت اللجنة انه يستحق ان تفحصه المحكمة بمعنى عدم قبول دفع لن يحال على المحكمة لفحصه وهوما يعني تقييد صارخ للفصل **133** من الدستور الذي يعطي الاختصاص الحصري للمحكمة الدستورية وليس للجنة المصغرة ان تتحكم في مال الدفوعات المرفوعة للمحكمة الدستورية. أنظر يوسف اليحياوي، مراقبة دستورية القوانين العادية، سلسلة المعارف القانونية والقضائية منشورات مجلة الحقوق، دار نشر المعرفة الرباط المغرب، الطبعة الأولى، **2014**، ص **45**.

[3]-حكم المحكمة الدستورية بتاريخ **06-03-2018** الذي أورد فيه " أن تجعل من محاكم الموضوع ومن محكمة النقض مختصين في مراقبة الدستورية التي هي اختصاص حصري للمحكمة الدستورية، لأنها تخولهم الحسم في الطبيعة التشريعية للمقتضى القانوني المعني وتحديد قائمة

وانطلاقا من ذلك فإن تقدير جدية الدفع يقصد به أن يتحقق قاضي الدستوري ـ وفقا لسلطته التقديرية ـ من أن الدفع المطروح عليه لا يقصد منه الكيد أو إطالة أمد النزاع ووسيلة القاضي في ذلك أن يتحقق من أمرين جوهريين:

الأمر الأول : أن يكون الفصل في المسألة الدستورية منتجا في النزاع الموضوعي، أي أن يكون القانون ـ أو بمعنى آخر أن يكون النص المدفوع بعدم دستوريته محتمل التطبيق على النزاع في الدعوى الأصلية على أي وجه من الوجوه أو بالأقل من شأنه أن يؤثر فيه بأي شكل للتأثير بحيث يتغير المركز القانوني لمبدأ الدفع بعد الفصل في الدعوى الدستورية عما كان قبلها، ولا يشترط أن يؤثر في النزاع برمته، بل يكفي أن يؤثر في جانب من جوانبه سواء كان خاصا بشكل الدعوى أم بموضوعها، يستوي في ذلك أن يكون التأثير على الطلبات جميعها، أم على طلب واحد منها، أم على شق من طلب.

فإن وجد القاضي أن النص محل لدفع لا علاقة له بالطلبات أو الدفوع المطروحة أمامه، كان الدفع بعدم الدستورية غير منتج في المسألة الموضوعية، وبالتالي يغدو غير جدي ويجب أن يلتفت عنه مسببا ذلك بأن الدفع غير منتج في النزاع، والأفضل أن تسبب المحكمة التفاتها عن الدفع وأن التسبيب ليس حتميا أوليس واجبا، وأقل الأسباب أن يذكر القاضي أن النص محل الدفع لا علاقة له بالطلبات الموضوعية، ومن ثم فهو غير منتج إذا اتضح لقاضي الدستوري أن النص المدفوع بعدم دستوريته لا يتصل بالنزاع المعروض عليه التفت عن الدفع بعدم الدستورية.[1]

وتوافر الجدية، مرهون بأن يتحقق القاضي بأن الدفع من جانب من أبداه ليس وسيلة لتعطيل الفصل في موضوع الدعوى والسعي للإضرار بالخصم نتيجة هذا التعطيل أي أنه ليس دفعا كيديا.

والأمر الثاني: أن الحكم بعدم الدستورية سيستفيد منه الخصم في الدعوى وهذا ما سارت عليه المحكمة الدستورية العليا في مصر والذي خلص إلى أنه " **إذ أنه على فرض القضاء بعدم دستورية النص محل الدفع فلن يتغير المركز القانوني لمبدئ الدفع** ".[2]

الحقوق والحريات المحمية دستوريا وتجعل من الهيئة المختصة داخل محكمة النقض- التي نص عليها المشروع- بمنحها تقدير جدية الدفع من عدمه تمارس رقابة سلبية على الدستورية ".

[1]- من تطبيقات ذلك أمام محكمة الموضوع ما قضت به المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر بجلسة **1974/3/16** من أنه : (حيث إن الشركة الطاعنة دفعت بعدم دستورية المادة **49** من نظام العاملين بالقطاع العام فيما تضمنته المادة المذكورة من حظر الطعن في بعض أحكام المحاكم التأديبية أمام المحكمة الإدارية العليا، وذلك استنادا إلى أحكام قانون مجلس الدولة رقم **47** لسنة **1972** على أساس أن نظام التقاضي يأبى قصر التقاضي على درجة واحدة في المنازعات التأديبية الخاصة بالعاملين بالقطاع العام دون باقي تلك المنازعات بغيرهم من العاملين. ومن حيث إنه و أيا كان الرأي في جواز الطعن في الأحكام المشار إليها بالتطبيق لقانون مجلس الدولة رقم **47** لسنة **1972** فإن المنازعة الماثلة لا شأن لها بأحكام القانون المذكور فيما يتعلق بحالات الطعن أمام المحكمة الإدارية العليا، ومن ثم يكون الدفع بعدم دستورية المادة **49** في المنازعة الماثلة غير جدي وتلتفت عنه المحكمة). مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السنة التاسعة عشر، مرجع سابق ص. **207**.

[2] حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر في القضية **35** سنة**19** قضائية دستورية بتاريخ **2000.11.4** (وحيث إن قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن شرط المصلحة الشخصية المباشرة مؤداه ألا تفصل في غير المسائل الدستورية التي يؤثر الحكم فيها على النزاع الموضوعي، ومن تم يتحدد

إلا أنه وبعد إصدار المحكمة الدستورية لقرارها بتاريخ 6 مارس 2018 وخصوصا فيما يتعلق بالمواد 6و10 و11 من مشروع القانون التنظيمي والتي جعلت نفسها أي المحكمة الدستورية لها الاختصاص الحصري في مراقبة دستورية القوانين فإن الأدوار التي سوف تلعبها محاكم الموضوع أو محكمة النقض تبقى منحصرة فقط في الفحص الظاهري للدفع دون أن يتعدى ذلك للفحص الموضوعي.

الفقرة الثانية: محل الرقابة الدستورية

تكمن أهمية تحديد القانون الذي يمكن أن يخضع للرقابة الدستورية في أنه يتيح للقاضي تقدير جدية الدفع للقانون تقديرا سليما، ويتيح للمتقاضي أن يوفر الوقت والجهد والمال والسنوات التي يمكن أن يظل الطعن فيها قيد التقاضي خاصة في مرحلة الطعن الدستوري إذ ما طعن على نص يخرج عن نطاق الرقابة الدستورية.

و لقد أكد المشرع الدستور المغربي أن القانون هو أسمى تعبير عن إرادة الأمة، والجميع، سواء كانوا أشخاصا ذاتيين أو اعتباريين بما فيهم السلطات العمومية، متساوون أمامه، وملزمون له، كما أكد من خلال العديد من النصوص، أن القانون هو مجال التنظيم، لكن ميز من خلال ذلك بين قانونين : القانون التنظيمي الذي احتفظ بصبغته الخاصة داخل النظام التشريعي المغربي، والمستمد من النظام التشريعي الفرنسي، بحكم أن القانون التنظيمي هو قانون معلن عنه، هكذا في النصوص الدستورية، وإلى جانب ذلك أسند الاختصاص التنظيمي للحقوق والحريات إلى القانون العادي، الذي احتل هو الآخر مكانة أساسية داخل المنظومة التشريعية المغربية، بموجب الأسس الدستورية، و سوف نعرض لما يصلح أن يكون محلا للرقابة و ما يخرج عنها .

أولا: ما يصلح أن يكون محلا للرقابة الدستورية

تختص المحكمة الدستورية بالرقابة على دستورية القوانين والمحددة في :أولا القوانين العادية ثانيا القوانين التنظيمية ثالثا المعاهدات والاتفاقيات الدولية، مع ما يعنيه ذلك من إقصاء كل المقتضيات الدستورية الأخرى خصوصا تلك المتعلقة بالمسطرة التي وضع بها القانون.

أ - القوانين العادية:

القوانين العادية هي المقصودة دائما إذا أطلقنا لفظة " قوانين " والتي تشغل أكبر مساحة في أرض الرقابة على الدستورية،إذ أن القانون يتمتع بالدائرة الأوسع تنظيما للمسائل المختلفة، فالقانون هو الأصل

مفهوم هذا الشرط بأن يقيم المدعى الدليل على أن ضررا و اقعيا قد ألحق به، وأن يكون هذا الضرر عائدا إلى النص المطعون فيه، فإذا كان الإخلال بالحقوق التي يدعيها لا يعود إليه، أوكان النص المذكور قد ألغي بأثررجعي منذ تاريخ العمل به، وبالتالي زال كل ما كان له من أثر قانوني منذ صدوره، دل ذلك على انتفاء المصلحة الشخصية المباشرة، ذلك أن إبطال النص التشريعي في هذه الحالة لن يحقق للمدعى أية فائدة عملية يمكن أن يتغير بها مركزه القانوني بعد الفصل في الدعوى الدستورية عما كان عليه قبلها.)

في التنظيم وما عداه استثناء، ومع ذلك نجد القوانين العادية تحتل المرتبة الثالثة في تراتبية التشريع بالمغرب، و أدمجها المشرع ضمن الرقابة الدستورية، لكنه لم يعرها نفس اهتمام القوانين التنظيمية لأن لا وجوبية في عرضها مسبقا على المحكمة الدستورية، ومن الممكن إصدار الأمر بذلك.

والقانون هو النطاق الأساسي لتفعيل هذه الرقابة وحصر المشرع المغربي هذا القانون في تلك التي قد تمس حقوق الأفراد وحرياتهم،[1] و لقد حدد الدستوري المغربي المراحل التشريعية لإصدار القانون، وأحاطه بالعديد من الضمانات الإجرائية، بإناطته بالبرلمان ممارسة السلطة التشريعية، كما هو مستفاد من النص الدستوري 70 من دستور 2011، وفرض العديد من الشكليات لممارسة السلطة التشريعية من أي جهة سياسية، لكنه جعل البرلمان السلطة المحورية في إصدار القوانين.[2]

فالسلطة التشريعية تملك التشريع في أي شيء وفي جميع الموضوعات، غير مقيدة في شيء سوى المصلحة العامة وأحكام الدستور ،ويلاحظ من التعديلات الدستورية الأخيرة توسيع مجال اختصاص القانون عما كان عليه سابقا، إذا أكد النص الدستوري على اختصاص القانون بتنظيم العديد من المجالات من بين هذه الحقوق والحريات الأساسية المنصوص عليها في التصدير وفي فصول أخرى من هذا الدستور،[3] حيث كما لاحظنا سابقا الإسناد الصريح من النصوص الدستورية إلى القانون لتنظيم ما يشير له النص، خصوصا في مجال الحقوق والحريات الدستورية، فكثير منها ملحق بنصه " يحدد القانون".

ولقد حملت التعديلات الدستورية لسنة 1992 اختصاص القضاء الدستوري بمراقبة دستورية القوانين العادية، في الوقت الذي وسعت حق الإحالة بمقتضاه إلى الملك وإلى ربع أعضاء البرمان، بينما في دستور 1996 و خاصة الفقرة الثالثة من المادة 81 التي نصت على ما يلي: "و للملك أو الوزير الأول أو رئيس مجلس التواب أو رئيس مجلس المستشارين أو خمس أعضاء مجلس النواب، وأربعين عضوا من أعضاء مجلس المستشارين أن يحيلوا القوانين قبل إصدار الأمر بتنفيذها إلى المحكمة الدستورية ليبث في مطابقتها للدستور".

أما دستور 2011 فينص في الفصل 132 بفقرته الثالثة على أنه" يمكن للملك وكذا لكل من رئيس الحكومة ورئيس مجلس التواب ورئيس مجلس المستشارين وخمس أعضاء مجلس النواب، وأربعين عضوا

---

[1] - قرار المحكمة الدستورية الذي جاء فيه " وحيث إن القانون يكتسب وجوده القانوني ابتداء من تاريخ صدور الأمر بتنفيذه، ولا يجوز بعد ذلك الطعن فيه بعدم الدستورية إلا في حالة إعمال ما يتضمنه الفصل **133** من الدستور من إمكان نظر المحكمة الدستورية في دفع مثار من طرف أحد الأطراف، أثناء النظر في قضية، يتعلق بعدم دستورية قانون من شأن تطبيقه على النزاع المساس بالحقوق وبالحريات التي يضمنها الدستور" قرار رقم **993/2016** بتاريخ **12** أبريل **2016**(**4** من رجب **1437**).

[2]- ضياء الحق درو ايش، الضمانات الدستورية للحقوق و الحريات و دور القضاء الدستوري في حمايتها، مرجع سابق، ص. **110**.

[3]- الفصل **71** من الدستور المغربي **2011**.

من أعضاء مجلس المستشارين أن يحيلوا القوانين قبل إصدار الأمر بتنفيذها إلى المحكمة الدستورية لتبت في مطابقتها للدستور".

وبصريح النصوص القانونية، لاحظنا إدماج القوانين ضمن الرقابة الدستورية للمحكمة الدستورية، لكن النص الدستور أكد على إمكانية الطعن في الرقابة قبل إصدار الأمر بتنفيذها من أصحاب الصفة (كما سبقت الإشارة على ذلك سابقا) إلى المحكمة الدستورية، قصد مطابقتها للدستور،[1] وكذلك الشأن بالنسبة للقانون المنظم للمحكمة الدستورية، إذا أكد على اختصاصه بالبت في دستورية القوانين بناء الإحالة، ووفق ما نصت عليه المادة 132 من الدستور، وهنا نلاحظ اتفاق المشرع المغربي على أن القوانين تدخل ضمن مجاله الرقابي، لكنه لم يضف عليها صفة وجوبية الرقابة، كما هو الحال عند القوانين التنظيمية، بل حافظ على الرقابة السابقة الاختيارية على القوانين من قبل السلطات السياسية.

وثبت المحكمة الدستورية في الحالات المنصوص عليها في الفصل 132 من الدستور الجديد داخل أجل شهر من تاريخ الإحالة غير أن هذا الأجل يخفض إلى ثمانية أيام في حالة الاستعجال.

ب -القوانين التنظيمية:

اتبع المشرع المغربي من خلال دسترته للعديد من الحقوق والحريات إستراتيجية النص المفتوح، من خلال توسعه في دائرة الإحالات على القوانين التنظيمية، التي بمجموع الإحالات على القوانين التنظيمية، بلغت إحدى وعشرون موضوعا من بينها ما له علاقة بتنظيم الحقوق والحريات الدستورية[2] ،وقد كان عدد القوانين التنظيمية في نطاق دستور 1996 لا يتجاوز تسعة قوانين تنظيمية، ثم تضاعف عدد موادها بنسبة 100% في نطاق الدستور الحالي إذ انتقل إلى 18مادة، تمت ترجمتها عملياً إلى 22قانوناً تنظيمياً[3]،لكن ما هي الأسباب العملية التي قادت إلى هذا المنحى في الصياغة الدستورية؟[4]

فالقوانين التنظيمية تعرف بأنها من القوانين التي تصدر عن البرلمان، بتكليف صريح من المشرع الدستوري، ويجمع الفقه الدستوري أنها من القوانين المكملة للدستور، لكونها جزءا من الكتلة الدستورية،

---

[1]- الفصل **132** الفقرة الثالثة من الدستور المغربي **2011**.

[2]- حسن طارق، "مخطط تشريعي من وحي البرلمان"، شركة المؤسسة للكتاب، لبنان **2015**، ص. **153**.

[3]- رشيد المدور، تطور الرقابة الدستورية في المغرب: الغرفة الدستورية – المجلس الدستوري – المحكمة الدستورية، مجلة دراسات دستورية، المجلد الثالث، العدد السادس، البحرين، يناير **2017**،، ص **26**.

[4] -التنصيص على كثرة القوانين التنظيمية يمكن النظام القائم من وسائل التحكم عن بعد رغم أن الفصل **86** من دستور **2011** ينص على ضرورة عرض مشاريع القوانين التنظيمية المنصوص عليها في هذا الدستور وجوبا قصد المصادقة عليها من طرف البرلمان، في أجل لا يتعدى مدة الولاية الترشيعية الأولى التي تلي صدور الأمر بتنفيذ الدستور، وهي خمسة أعوام على أبعد تقدير، على اعتبار أنه يخلق الإعتقاد أن النظام السياسي القائم منح الحق للطرف المطالب من خلال مداخله **input** ، لكن يتحكم في مستوى آخر في مخارجه **output**، على اعتبار أنه لا يمكن إصدار الأمر بتنفيذ القوانين التنظيمية إلاّ بعد أن تصرح المحكمة الدستورية بمطابقتها للدستور.

أي أنها امتداد للدستور الذي وضع المبادئ العامة، التي يستمد المشرع من وضعها، السلطات العمومية والهيئات الاستشارية للدولة[1]، ولم يقتصر على التحديد الدستوري لأهمية القوانين التنظيمية بل كان للقضاء الدستوري كذلك اجتهاد يؤكد على أهمية هذه القوانين ضمن المنظومة التشريعية في المغرب فجاء في إحدى القرارات الصادرة عن المجلس الدستوري " حيث إن القوانين التنظيمية تعد منبثقة عن الدستور، ومكملة له، وتغدو أحكامها، بعد تصريح المجلس الدستوري بمطابقتها للدستور، امتدادا له ".

وقد اختلف الفقهاء في تحديد مرتبة القوانين المكملة للدستور إلا انه ما يهمنا هو أن القوانين المكملة للدستور تخضع ـ شأنها سائر القوانين ـ لرقابة المحكمة الدستورية في شأن توافقها أو تعارضها للدستور.

وهكذا تخضع القوانين التنظيمية لمسطرة تشريع خاصة حددتها النصوص الدستورية، ومن أهم هذه الإجراءات، المصادقة على القانون من قبل المحكمة الدستورية، يعتبر هذا من أهم الإجراءات المسطرية لإصدار القانون التنظيمي، ونستكشف ذلك من صريح النص الدستوري في مادته 132 التي جاء في فقرتها الثانية " تحال إلى المحكمة الدستورية القوانين التنظيمية، قبل إصدار الأمر بتنفيذها، والأنظمة الداخلية لكل من مجلس النواب ومجلس المستشارين، قبل الشروع في تطبيقها لتبت في مطابقتها للدستور"، هذا يعني أن نظرية المجال الدستوري التي تحدد معنى القانون التنظيمي، تبين أنها من القوانين المكملة للدستور، وامتداد له، تخضع وجوبا للرقابة القبلية من طرف المحكمة الدستورية، بعد المصادقة عليه من البرلمان، وقبل إصدارها من طرف الملك بإحالة من رئيس الحكومة، فتمارس المحكمة الدستورية الرقابة على القوانين التنظيمية، من ناحية الاختصاص والشكل والإجراءات، بصفة أولية، قبل التطرق إلى مخالفة الدستور من عدمها.

لذا، من الواجب ألا تعتري القانون التنظيمي عيوب شكلية أو موضوعية، تعرف عند فقهاء الدستور بالمخالفات الشكلية والموضوعية، ومن خلال ما سبق يتضح أن للقوانين التنظيمية أهمية خاصة تتميز بما يلي :

- من حيث الشكل والإجراءات والمسطرة التشريعية الواجبة الإتباع.
- من حيث وجوب إخضاعها للرقابة الدستورية للمحكمة الدستورية.
- من حيث عدم مخالفة الدستور نصا وروحا أي عدم اتسامها بالمخالفة الموضوعية للتشريع الدستوري.

مما سبق يظهر أن القوانين التنظيمية تدخل ضمن الرقابة الوجوبية للمحكمة الدستورية التي وجدت أسسها في النص الدستوري المنظم للمحكمة الدستورية في المغرب المادة 132 من الدستور المغربي

[1]- مصطفى بن شريف، "التشريع ونظم الرقابة على دستورية القوانين"، منشورات الزمن سلسلة الوعي القانوني عدد 1، سنة 2015، ص. 12.

لسنة 2011، وكذا ما نص عليه صراحة القانون التنظيمي للمحكمة الدستورية أن من اختصاصها البت في دستورية القوانين التنظيمية بعد إحالتها من قبل رئيس الحكومة، بعد إقرارها من البرلمان، و قبل إصدار الأمر بتنفيذها لمطابقتها مع الدستور.[1]

ج- المعاهدات والاتفاقيات الدولية:

اختلفت دساتير الدول حول درجة المعاهدة الدولية تجاه القانون الداخلي، فهناك من جعلت المعاهدة في مرتبة القانون العادي ومنها من وضعتها في درجة أقوى من الدستور نفسه، وغالبيتها أنزلت الاتفاقية بين القانون العادي فهي تسمو عليه والدستور يعلو عليها.

و أن الاتجاه الذي أخذ به المغرب يقتضي إخضاع الاتفاقية شأنها شأن القوانين الداخلية لمراقبة دستورية احكامها وذلك قبل المصادقة عليها ويضطلع بهذا الدور في المغرب القضاء الدستوري ممثلا في المحكمة الدستورية ،إذ بالرجوع إلى الدستور المغربي نجده يحدد الجهة المكلفة بإحالة الالتزامات الدولية على القاضي الدستوري.

و أن القاعدة المتواترة بخصوص الالتزامات الدولية هو أن الملك ينفرد بالتوقيع على المعاهدات، كما يستأثر بعملية التصديق عليها، والاستثناء الذي يرد في هذا المضمار يتجلى في كون الملك تكون صلاحياته مقيدة في حالة ما إذا كانت المعاهدة تلزم مالية الدولة، وكذلك الأمر في حالة تضمن المعاهدة لما يمكن أن يكون متعارضا مع نصوص الدستور.

وبالرجوع إلى مقتضيات الفقرة الرابعة من الفصل 55 من دستور 2011 نجد ينص على أنه " إذا صرحت المحكمة الدستورية إثر إحالة الملك أو رئيس مجلس النواب أو رئيس مجلس المستشارين، أو سدس اعضاء المجلس الأول أو ربع أعضاء المجلس الثاني الأمر إليها، أن التزاما دوليا يتضمن بندا يخالف الدستور فان المصادقة عل هذا الالتزام لا تقع الا بعد مراجعة الدستور ".

وما يستفاد ويستخلص من طوق الفصل السالف الذكر أن مسألة إحالة أي التزام دولي، تكون من أطراف محددين على سبيل الحصر لا المثال وهي إما أن تكون من طرف الملك أو رئيس الحكومة (السلطة التنفيذية) أو من طرف رئيس مجلس النواب أو رئيس مجلس المستشارين، أو تحال من طرف سدس أعضاء مجلس النواب أو ربع أعضاء مجلس المستشارين، وهو ما أشارت اليه أيضا المادة 24 من القانون التنظيمي رقم 13-066 الخاص بالمحكمة الدستورية.

[1]- المادة **21** الفقرة الأولى من القانون التنظيمي للمحكمة الدستورية.

وللإشارة أنه لم يسبق للمجلس الدستوري أن تم عرض عليه أي قضية تتعلق بدستورية المعاهدات الدولية، إلا فيما كان تتضمنه الأنظمة الداخلية لمجلسي البرلمان من مقتضيات تتعلق بإجراءات الموافقة والتصديق على المعاهدات الدولية.[1]

و قد أغفل المشرع الدستوري مسألة تقييد سلطة المحكمة الدستورية، بأجل معين بحيث ترك المجال مفتوحا للقاضي الدستوري للنظر في مدى دستورية الاتفاقية الدولية، بخلاف ما ذهب اليه الفصل 132 في فقرته الرابعة عندما الزم المحكمة بأجل شهر وفي حالة الاستعجال بثمانية أيام للتقرير في شان دعاوي مطابقة الدستور، المتعلقة بالقوانين قبل إصدار الامر بتنفيذها .

لكن القانون التنظيمي للمحكمة الدستورية استدرك ذلك من خلال تنصيصه في المادة 26 على ان المحكمة الدستورية تبث في مطابقة القوانين التنظيمية والقوانين والانظمة الداخلية للمجالس والالتزامات الدولية للدستور في اجل ثلاثين يوما يحتسب من تاريخ إحالته إليها أوفي غضون ثمانية أيام في حالة الاستعجال بطلب من الحكومة.

غير أنه من سلبيات الرقابة السابقة أنها تحسم في مسألة دستورية الاتفاقية وتقطع الطريق على مطالبة لاحقة بفحص الشرعية، خاصة أن مشاكل غير متوقعة قد تظهر أثناء تنفيذ الاتفاقية، وقرارات المحكمة الدستورية نهائية غير قابلة للطعن فهي ملزمة لجميع السلطات العامة وجميع الاجتهادات الادارية والقضائية .

لكن نعتقد أن دستور 2011 في فصله 133 فسح المجال لرقابة لاحقة قد تثار أثناء النظر في قضية معينة، حيث يمكن لأحد أطراف الدعوى الدفع بعدم دستورية نص قانوني، سيطبق في النزاع يتعلق بالحقوق والحريات التي يتضمنها الدستور، وقد يكون هذا القانون صدر موافقة أو تنفيذا لالتزام دولي سابق، وبذلك تكون المحكمة الدستورية قد بثت بطريقة غير مباشرة في اتفاقية دولية سبق التصديق عليها من طرف الملك بعد موافقة البرلمان عليها.

ثانيا: ما لا يصلح ان يكون محلا للرقابة :

المراسيم :

إن إصدار المراسيم لها قوة قانون، وقد جعلها الدستور كإذن للحكومة تتخذه في ظرف زمني محدود لغاية محددة، بمقتضى مراسيم تدابير يختص القانون عادة باتخاذها، ويجري العمل بهذه المراسيم بمجرد نشرها، وذلك في الفترات الفاصلة بين الدورات التشريعية ولا تتعرض هذه المراسيم لرقابة المحكمة الدستورية.

[1] - انظر قرار المجلس الدستوري رقم **2013-924**، المنشور بالجريدة الرسمية عدد **6185** بتاريخ **09-09-2013**، ص. **6030**.

وهذا ما أكده القضاء الدستوري نفسه، حيث أكد أن من اختصاص الحكومة إصدار القوانين بمراسيم، خلال الفترات الفاصلة بين الدورات البرلمانية، لكن بشرط الاتفاق مع اللجان التي يعينها الأمر في مجلسي البرلمان، مع وجوب عرضها على البرلمان قصد المصادقة عليها خلال دورته العادية أو اللاحقة أو الموالية، ويعتبر غير مطابق للدستور إصدار مرسوم بقانون خارج تلك الفترات الفاصلة بين الدورات النيابية، واستثنى نفسه من خلال حيثيات القرار، من امتداد رقابته الدستورية إليها، وحديثا، أكد على استثناء الرقابة على هذه المراسيم، ولم يدرجها ضمن الاختصاص الرقابي له بموجب الفصل 132 من الدستور، في قرار صادر عن المجلس الدستوري رقم 14/944 بتاريخ 18 شتنبر 2014.[1]

2- الرقابة على دستورية الظهائر[2] الشريفة:

إذا كانت القوانين العادية والقوانين التنظيمية لا تطرح أي إشكال بخصوص الخضوع لمبدأ الدستورية فإن أمر ليس كذلك بالنسبة للظهائر الشريفة، وذلك عندما يتعلق الأمر بالدفع بعدم دستورية ظهير شريف فهل ستتمسك المحكمة الدستورية بحصانة الظهائر الملكية كما قضى بذلك المجلس الأعلى[3] في قراراته التاريخية أو ستغير المحكمة موقفها انطلاقا من التغيير السياسي الذي عرفته بلادنا بعد دستور 2011.

---

[1]-وحيث إنه، لئن كانت مراسيم القوانين تتخذها الحكومة باتفاق مع اللجان البرلمانية المعنية بالأمر في كلي مجلسي البرلمان، وفقا للمسطرة الخاصة المحددة لذلك في الفصل **81** المذكور، فإن مراسيم القوانين لا يخضع اعتمادها لكامل مسطرة التشريع المقررة في الدستور، مما يجعل سريانها يتم فور نشرها في الجريدة الرسمية ولا يتوقف على صدور أمر بتنفيذها كما تقتضي ذلك أحكام الفصل **50** من الدستور، الذي ينطبق على القوانين دون سواها.

وحيث إنه، بناء على ذلك، فإن مراسيم القوانين لا تكتسب صبغة قانون إلا بعد المصادقة عليها من قبل البرلمان بمجلسيه في الدورة العادية الموالية لصدورها، وفقا لأحكام الفصل **81** من الدستور، مما يجعلها غير مندرجة ضمن اختصاص المحكمة الدستورية المحدد بموجب الفصل **132** من الدستور.

لهذه الأسباب أولا - يصرح بعدم اختصاصه للنظر في عريضة الطعن الرامية إلى التصريح بعدم دستورية المرسوم بقانون رقم **2.14.596**.

[2]- الظهير لغة يعني المعين أو العون قال الله تعالى في آياته من سورة القصص (قل رب بما أنعمت علي فلن أكون ظهيرا للمجرمين) واصطلاحا يعني بيانا عاما يصدره الملك حينما يتعلق موضوع بالتشريع أو التنظيم أو التعيين للمزيد من الاطلاع انظر: محمد اشركي، الظهير الشريف في القانون العام المغربي، منشورات دار الثقافة مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء الطبعة الأولى **1983** ص **13** وما بعدها.

[3]-"... و حيث إن اختصاص المجلس الأعلى بشأن طلبات الإلغاء بسبب الشطط في استعمال السلطة بناء على الفصل الأول من ظهير **27-09-1957** يقتصر على الطلبات الموجهة ضد المقررات الصادرة عن السلطات الإدارية .

و حيث إن جلالة الملك الذي يمارس اختصاصاته الدستورية بوصفه أمير المؤمنين طبقا للفصل **19** من الدستور، و لا يمكن اعتباره سلطة إدارية بالنسبة لتطبيق الفصل الأول من ظهير **27-09-1957** .

و حيث إن القضاء من وظيفة الإمامة المندرج في عمومها، و أن للقاضي نيابة عن الإمام أن تصدر الأحكام و تنفذ باسم جلالة الملك طبقا للفصل **83** من الدستور، و لقيامها على تفويض، و أن المقررات الصادرة عن جلالة الملك لا يمكن التماس إعادة النظر فيها إلا بلجوء صاحب الشأن إلى جلالته، على سبيل الاستعطاف، طالما لم يفوض الدستور صراحة أمر البث في ذلك لغيره ".مجلة قضاء المجلس الأعلى، السنة الثالثة عدد **18** أكتوبر **1970**، ص. **8**.

فالملك يمارس مهامه بمقتضى ظهائر شريفة سواء تدخل في مجال التشريع بالموازاة مع البرلمان وبذلك تتضمن قواعد قانونية لا تختلف عن تلك التي تتضمنها النصوص التشريعية أو تدخل في مجال التنفيذ عن طريق إصدار الأمر بتنفيذ القوانين التي تصدر عن البرلمان وبذلك فهي تعلن ميلاد نص تشريعي وذلك على شكل ظهائر بمثابة قوانين أو ظهائر صادرة عن أمير المؤمنين [1]أو ظهائر كإجراء تنفيذي [2]

وباعتبار الملك كممثل اسمى للأمة فقد مارس سلطته التشريعية وذلك عند اصداره عدة ظهائر شريفة أو مراسيم ملكية منها مثلا:

المرسوم الملكي بمثابة قانون رقم 66.724 الصادر بتاريخ 14 نونبر 1967 المتعلق بالمعاقبة على السكر العلني.

الظهير الشريف بمثابة قانون رقم 1.73.282 بتاريخ 28 ربيع الثاني 1394 المتعلق بزجر الادمان على المخدرات السامة ووقاية المدمنين على المخدرات.

وإذا كان دستور 2011 قد عمل على تكريس مبدأ فصل السلط على مستوى المؤسسة الملكية بتقسيم الفصل 19 الذي كان في الدساتير السابقة إلى فصلين إثنين مستقلين عن بعضهما البعض أحدهما يتعلق بالصلاحيات الدينية الحصرية للملك وفصل أخر يحدد مكانة الملك كرئيس للدولة وممثلها الأسمى، فإن الفصل 41 من الدستور[3] منح للملك ممارسة الصلاحيات الدينية المتعلقة بإمارة المؤمنين والمخولة له

[1]-محمد الساكت، "الرقابة على دستورية الظهائر الشريفة"، المجلة المغربية للأنظمة القانونية والسياسية مطبعة ومكتبة الأمنية **2018**، ص. **142**.

[2]- نص الفصل **42** من دستور **2011** (الملك رئيس الدولة، وممثلها الأسمى، ورمزوحدة الأمة، وضامن دوام الدولة واستمرارها، والحكم الأسمى بين مؤسساتها، يسهر على احترام الدستور، وحسن سير المؤسسات الدستورية، وعلى صيانة الاختيار الديمقراطي، وحقوق وحريات المواطنين والمواطنات والجماعات، وعلى احترام التعهدات الدولية للمملكة.

الملك هو ضامن استقلال البلاد وحوزة المملكة في دائرة حدودها الحقة.

.يمارس الملك هذه المهام، بمقتضى ظهائر، من خلال السلطات المخولة له صراحة بنص الدستور .تُوقع الظهائر بالعطف من قبل رئيس الحكومة، ماعدا تلك المنصوص عليها في الفصول **41** و **44** (الفقرة الثانية) و (**47**الفقرتان الأولى والسادسة) و **51** و**57** و**59** و**130** (الفقرتان الأولى والرابعة) و**174**.

بينما نص الفصل **50** منه على ما يلي (يصدر الملك الأمر بتنفيذ القانون خلال الثلاثين يوما التالية لإحالته إلى الحكومة بعد تمام الموافقة عليه . ينشر القانون الذي صدر الأمر بتنفيذه، بالجريدة الرسمية للمملكة، خلال أجل أقصاه شهر ابتداء من تاريخ ظهير إصداره).

[3]-نص الفصل **41** من دستور **2011** على (الملك، أمير المؤمنين وحامي حمى الملة والدين، والضامن لحرية ممارسة الشؤون الدينية. يرأس الملك، أمير المؤمنين، المجلس العلمي الأعلى، الذي يتولى دراسة القضايا التي يعرضها عليه .ويعتبر المجلس الجهة الوحيدة المؤهلة لإصدار الفتاوى التي تعتمد رسميا، في شأن المسائل المحالة إليه، استنادا إلى مبادئ وأحكام الدين الإسلامي الحنيف، ومقاصده السمح. تحدد اختصاصات المجلس وتأليفه وكيفيات سيره بظهير .يمارس الملك الصلاحيات الدينية المتعلقة بإمارة المؤمنين، والمخولة له حصريا، بمقتضى هذا الفصل، بواسطة ظهائر).

حصريا بواسطة ظهائر وبالتالي يمكن القول أن الظهائر الصادرة في هذا المجال لا تكتسي صفة قانون لعدم تدخلها في الميادين المحددة في الفصل 70 من الدستور.[1]

وبالرجوع إلى تحديد مفهوم القانون الذي يمكن اخضاعه لمسطرة الدفع و انسجاما مع مقتضيات الفصل 133من الدستور فهناك اتجاه يذهب إلى أن الظهائر الشريفة لا تخضع لرقابة القضاء الدستوري على اعتبار أن دستور المملكة قد اشترط في الفصل 132 على أن القوانين موضوع الإحالة هي التي تحتاج إلى إصدار الأمر بتنفيذها وأن الملك عند اتخاده لمثل هاته الظهائر يوقع عليها ولا يصدر الأمر بتنفيذها وبذلك لا يمكن عرضها على المحكمة الدستورية [2] واعتبارا لكون سلطة الملك أعلى من سلطة الدستور وأسمى منها، المستمدة من روح الفصل 19 من دستور 1996 يقابله الفصلين 41 و 42 من دستور 2011 الجديد، علما أن قرارات المحكمة الدستورية تصدر باسم جلالة الملك، كما أن سلطات الملك تستغرق سائر السلطات المقررة دستوريا لذلك فسلطة الملك ليست مقيدة بحدود دستورية، فهي تسمو على الدستور وبذلك يتعذر إخضاعها للرقابة الدستورية، لأن أعمال الرقابة على دستورية الظهير الملكي أمر غير منصوص عليه دستورا اعتبارا لكون الهيئة المكلفة بممارسة الرقابة الدستورية لا تعلو على سلطة الملك، لكونه المشرع الأول والأسمى وموجه الحياة السياسية والبرلمانية والدينية.[3]

إلا أنه بالرجوع إلى الاجتهاد القضائي وخصوصا الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية بالرباط بتاريخ 27دجنبر 2012 في ملف قضاء الشامل عدد 2012/5/163 والذي جاء فيه " حيث أنه إذا كان الفصل 12 من ظهير 1919/04/27 بشان تنظيم الوصاية على الجماعات السلالية وضبط تدبير الإدارة للأملاك الجماعية قد نص على عدم قابلية مقررات مجلس الوصاية للطعن، وحيث ينصص الفصل 118 من الدستور على أن "كل قرار اتخذ في المجال الإداري، سواء كان تنظيميا أو فرديا يمكن الطعن فيه أمام الجهة القضائية المختصة "وحيث ان سمو القاعدة الدستورية على ما عداها من نصوص قانونية يشكل تكريسا للشرعية وسيادة القانون باعتبارها من مبادئ دولة الحق و القانون التي تأبى تحصين أي قرار إداري مهما علا شانه وتعددت مصادره و اختلفت مجالاته من الرقابة القضائية لكون القاضي هو الحامي الطبيعي والحارس الأمين للحقوق والحريات " وانطلاقا من فشل المثاقفة الحقوقية الغربية[4] الذي يجعل الإسلام يحتل المكانة الأولى كإطار مرجعي للتأويل ويجعل التقليدانية بما تعنيه من استمرار للعمل بالمبادئ الدينية

---

[1]- محمد الساكت، الرقابة على دستورية الظهائر الشريفة، مرجع سابق، ص. **145**.

[2]- يحيى حلوي، "تطبيقات المجلس الدستوري المغربي في الرقابة على الدستورية"، شركة دار الغرب للنشر والتوزيع الدار البيضاء - الطبعة الأولى **2016**، ص. **14**.

[3]- مصطفى بنشريف، "التشريع ونظم الرقابة على دستورية القوانين"، منشورات الزمن مطبعة بني ازناسن، سلا - سنة **2015**، ص. **152**.

[4]- حول مفهوم المثاقفة الحقوقية انظر إلى:

J.Carbonier (sociologie juridique) A. Colin Revue internationale de droit comparé Année 1972, **p 320**

المفسر الوحيد لقدسية الظهير الشريف[1] لذلك يمكن أن نخلص أن خضوع الظهائر الشريفة للرقابة الدستورية يبقى رهين بالمناخ السياسي السائد والتوجه القضائي للمحكمة الدستورية وان كانت بعض الآراء تتجه إلى إخضاعها للرقابة.

ب- الرقابة الدستورية على الاجتهاد القضائي أو مسألة الفقه الحي في إيطاليا:

إن احتياجات الإنسانية شديدة التنوع والاختلاف ومن ثم تتنوع حقوقهم وتختلف مصالحهم والاعتداء على تلك الحقوق والمصالح الجديرة بالحماية يأخذ صورا لم تكن معروفة من قبل المشرع عند صياغته للنص القانوني، وباختلاف المصالح تتعدد صور الاعتداء عليها وتتعدد العلاقات القانونية التي تنظمها ويمتد كل هذا إلى أبعد من التحديد التشريعي المكتوب ولن يستطيع أي مشرع أن يحضر ذلك بشكل قبلي ويدرك كل ما يقع قبل أن يقع.

و يأتي الاجتهاد القضائي كحل قانوني تستنبطه المحاكم بمناسبة فصلها في المنازعات المعروضة عليها، فالقانون الطبيعي باعتباره قاعدة سامية للقاضي عندما تعرض عليه حالة خاصة ليست ضمن القاعدة العامة، أن يستكمل النص مسترشدا بالقاعدة السامية القانون الطبيعي حيث يقيس جميع الأحوال بالنسبة لشكل النظام الإجتماعي الساند في زمن معين ومكان معين أن يتم تشريع القانون بشكل يمكن من الحفاظ على هذا الشكل المثالي للوضع الإجتماعي الراهن وتطويره.

و إن تدخل القضاء لتفسير القواعد القانونية لا يتم اللجوء اليه في جميع الحالات إذ أن وظيفته الأساسية هي تطبيق القواعد القانونية على النوازل المعروضة عليه وفي كثير من الحالات يجد القاضي نفسه أمام نصوص قانونية غير واضحة وغامضة أو وجود فراغ تشريعي يحكم النازلة المعروضة عليه[2] فالتفسير إذن هو الوسيلة التي يستخدمها المفسر بقصد الفصل في الخصومات التي تعرض عليه والتي يكون ملزما بالفصل فيها من غير أن نجد لها حلا في التشريع.[3]

كما أن القضاء يتدخل من أجل سد النقص الموجود في التشريع، وذلك عند عدم وفاء القانون للتطبيق على حالة واقعية معينة، فمهما كانت الصيغ القانونية التشريعية كاملة وشاملة إلا أن القانون المكتوب لم ولن يستطيع أن يحدد كل ويشمل كل شيء أو يتوقع كل شيء.

---

[1]- محمد اشركي، "الظهير الشريف في القانون العام المغربي"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون المغربي، كلية الحقوق الدار البيضاء **1981**، ص. **174**.

[2]- أمينة رضوان، "حدود سلطة القاضي في التفسير"، مقال منشور بمجلة نشرة قرارات محكمة النقض، مرجع سابق، ص. **151**.

[3]- بلعيد كرومي، "سلطة القاضي في تفسير النصوص التشريعية والوضعية"، أطروحة لنيل دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق الدار البيضاء، السنة الجامعية **1990-1991**، ص. **6**.

ويتضح من خلال هذه الملاحظات أن القضاء هو المشرع الطبيعي المطالب بملأ الفراغ التشريعي أن مهمة القاضي هي أن يجعل الحلول القانونية حلولا فردية أي من واجبه أن يكشف الحالات التي بها كل العناصر النوعية التي نص عليها القانون، ويفرز ما عداها حتى يقدر على ملاحظة وجود ما بالنص من ثغرات وعليه يقع واجب سدها عند الحاجة إلى ذلك.

ولقد تم إبداع فقه القانون الحي في سنوات الخمسينيات من القرن الماضي من قبل المحكمة الدستورية الإيطالية من أجل الإجابة على ضرورة اتخاذ طريقة عملية مع محكمة النقض في إطار تفعيل مسطرة الرقابة الدستورية على الاجتهاد القضائي حيث أنه طبقا لهذا للمفهوم يمكن القاضي الدستوري من رقابة القانون كما تم تفسيره من قبل قاضي الحكم، حيث واجهت المحكمة الدستورية الإيطالية منذ بداية عملها فكرة أو مسألة فيما إذا كان ينبغي لها الاعتراف بأهمية التفسير أو التأويل الناجم عن اجتهادات القضاة العاديين للمقتضى القانوني الخاضع لرقابتها، وقدمت المحكمة الدستورية إجابة عن هذا السؤال بقولها " إن المحكمة لا يمكن أن تتجاهل اجتهادات القضاة العاديين " وأكدت قيامها بدراسة تفسير وتأويل القضاة للمقتضى القانوني محل الرقابة قرار رقم 26/1984.

و في فرنسا، استلهم المجلس الدستوري الفرنسي أجوبته من أجل تعليل اختصاصاته حول رقابة القانون بالطريقة التي تم تفسيره من قبل محكمة النقض أو مجلس الدولة،[1]فقد طبق لأول مرة " القانون الحي " بمناسبة قراره رقم 39 – 2010 / 7 أكتوبر 2010 وذلك بإحالة من محكمة النقض، بمناسبة الرقابة على دستورية المادة 365 من القانون المدني،. ففي تعليق لدفاتر المجلس الدستوري رقم 2020/30. فإنه يعتبر هذا القرار بأنه مستلهم من قرار المحكمة الدستورية الإيطالية رقم 3 / 15 يونيو1956 الذي أنشأ أسس فقه القانون الحي ،حيث تم تبرير الحل من خلال أن: الطاعن الذي يتقدم بالدفع QPC له الحق في أن ينظر إلى دستورية المقتضى التشريعي سواء من خلال تفسيره أو تطبيقه. أي مضمون للمعنى الثابت الذي قدمه له تفسير اجتهاد قضائي مستقر.

فالتفسير القضائي يمكن ان يكون محل طعن بعدم الدستورية لنص القانون وهذا ما سار عليه المجلس الدستوري الفرنسي في قراره عدد الصادر بتاريخ 06-10-2010 في الملف عدد 2010- 39 qpc [2] الذي جاء فيه:

[1] **Dans une decision n 2010/96 du 4 février (AJDA2011 246) le Conseil constitutionnel confirme "...qu'en posant une question prioritaire de constitutionnalité, tout justiciable a le droit de contester la constitutionnalité de la portée effective qu'une interprétation jurisprudentielle constante confère à cette disposition ".**

[2]-Décision n° 2010-39 QPC du 6 octobre 2010

Considérant que l'article 61-1 de la Constitution reconnaît à tout justiciable le droit de voir examiner, à sa demande, le moyen tiré de ce qu'une disposition législative méconnaît les droits et libertés que la Constitution garantit; que les articles 23-2 et 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 susvisée fixent les conditions dans lesquelles la question prioritaire de constitutionnalité doit être transmise par la juridiction au Conseil d'État ou à la Cour de cassation et renvoyée au Conseil constitutionnel ; que ces dispositions prévoient notamment que la disposition législative contestée doit être « applicable au litige ou à la procédure » ; qu'en posant une question prioritaire de constitutionnalité, tout justiciable a le droit de contester la constitutionnalité de la portée effective qu'une interprétation jurisprudentielle constante confère à cette disposition.

فالمحكمة الدستورية عليها أن تفرق بين القانون كما تمت صياغته من طرف المشرع وبين تفسير القانون ومن تم طرح التساؤل حول معرفة هامش الحرية الذي يتوفر عليه القاضي الدستوري عندما يكون ملزما بالجواب على الدفع بعدم الدستورية والتي تمت إحالتها عليه من قبل المحاكم، ويتمثل ذلك في تحديد ما إذا كان القاضي الدستوري حرفي تفسير القانون أم أن عليه أن يأخذ بيعن الاعتبار تفسير القانون كما تمت صياغته من قبل القاضي العادي؟

وللإشارة فإن المحكمة يجب عليها أن تأخذ بالاعتبار تفسير الاجتهاد القضائي الثابت والذي يمنح للمبدأ التشريعي قيمته الفعلية في الحياة القانونية، وأن الموقف المتخذ من قبل القاضي الدستوري لم يمنع الكثيرين من معارضة تنازع التفسيرات فيما يخص المعنى وحمولة القانون، وأخذا بعين الاعتبار في بعض الحالات تواثر الإجتهاد، خصوصا عندما يتم إقرار ذلك من قبل محكمة النقض في تشكيلتها الأكثر جدية. فإن المحكمة الدستورية قبلت مبدأ الرقابة المعيارية من خلال التفسير الموحد للقضاة العاديين والذي يتم تكييفه " بالمعيار الحي " مع أخذ بعين الاعتبار الدور النظامي لهذا المحكمة.

إن المسؤولية الأولى للقاضي العادي هي ضمان تفسير القانون بشكل يطابق الدستور، و أن كل اجتهاد قضائي يمكن أن يكون محل دفع بعدم الدستورية

لكن يثارقد التساؤل التالي هل الاجتهاد القضائي ثابت؟

إلا أنه لابد من الإشارة إلى أن الاجتهاد القضائي التابث لا يمكن تصوره إلا فيما يتعلق بالاجتهاد القضائي الصادر عن محكمة النقض[1]وأنه كنتيجة لإمكانية الدفع بعدم الدستورية في مواجهة الاجتهاد

[1] - بهذا الخصوص حدد المجلس الدستوري الفرنسي القواعد الآتية ضوابط لإضفاء وصف الاجتهاد القضائي المتواتر الذي يخضع لمراقبته عبرآلية المسألة الدستورية ذات الأولية :

1- إن الاجتهاد يجب أن يكون صادرا عن مجلس الدولة الفرنسي أو محكمة النقض من ذلك المثال الاتي " وحيث أنه..... عبرتقديم مسألة دستورية ذات أولوية، فإن لكل متقاض الحق في الطعن في المضمون الفعلي لتأويل قضائي مستقر المقدم للمقتضى المعني، لذا فإن الاجتهاد القضائي المعمول به من قبل المحكمة الوطنية للحق في اللجوء لم يحل إلى مجلس الدولة، الذي يعود إليه، بالنظرلموقعه في قمة النظام القضائي الإداري، التحقق من هذا الإجتهاد ومدى كفالته الحق في إقامة الدعوى.

Decision n 2011-120 QPC du 8 avril 2011; M.Ismael.

القضائي الصادر عن محكمة النقض الفرنسية فان العلاقة التي كانت بينهم تمثل في ما يسمى حرب القضاة la guerre des juges لتتحول بعد دلك إلى حوار للقضاة le dialogue des juges.

إن العديد من التجارب المقارنة مرت بفترة (صراع القضاة)، لاسيما في الحالات التي يوسع القاضي الدستوري حيز مراقبته، ليشمل ليس فقط القانون بل أيضا تأويل القانون كما هو مستقر في الاجتهاد القضائي، وهو ما أثار حفيظة المحاكم العليا التي تدفع بكون تأويل القانون وتوحيد الاجتهاد جزء من مهامها الأصلية، التي لا تعود إلى القاضي الدستوري الموكول له تفسير الدستور وليس القانون، هذا الصراع عاشته التجربة الدستورية الإيطالية [1]،التجربة الإسبانية [2] وكدا التجربة الفرنسية.[3]

2-أن يكون هذا الاجتهاد القضائي المستقر، يهم حقا أو حرية مكفولة في الدستور أو يمس بوضعية مكتسبة.

3- إن الاجتهاد القضائي القار، مبدأ وتعريفا، يكون نتاج قرارات متعددة، لم يعد ينظر في مضمونها وفي خطها الاجتهادي.

4- إن المجلس الدستوري لا يشير، في كل قراراته، بشكل واضح، إلى القرارات التي أدت إلى ميلاد الاجتهاد القضائي المتواتر المعني، في بعض الأحيان، تتم الإشارة اليه في البناءات أو في أسباب القرار أو عبر إحالة عامة.

انظر محمد أتركين، مباجث في الفقه الدستوري، مرجع سابق، ص. 170 وما بعدها.

[1] - دشن هذا الصراع سنة 1965 من خلال رفض محكمة النقض الأخذ بعين الاعتبار مضمون قرار تأويلي صادر عن المحكمة الدستورية يتعلق بضمانات الدفاع أثناء مسطرة التحقيق، مما سيؤدي إلى ميلاد ما يصفه الفقه الايطالي ب حرب القضاة ومما زاد من حدة الصراع أن القضاة العاديين لا يعتبرون المحكمة الدستورية هيئة مشكلة من زملاء، ولكن كجهاز سياسي مفروض من أعلى.

محمد أتركين، "مباحث في الفقه الدستوري المغربي"، مطبعة دار النشر المعاصرة، الطبعة الأولى يونيو 2020، ص. 171.

[2] - تجسدت الأزمة بين المحكمة الدستورية والمحكمة العليا من خلال عدة قضايا ندكر منها:

1- في قرارها رقم 1994\7 بتاريخ 17 يناير 1994 ستقدم المحكمة الدستورية على إلغاء قرار صادر عن الغرفة المدنية بالمحكمة العليا، وبتأييد في المقابل، لقرار l audiencia provincial de Madrid(محكمة أدنى)، مما أثار حفيظة قضاة الغرفة الدين وجهوا رسالة خاصة، باسم القضاة إلى الملك لمعالجة ما أسموه بالتجاوزات الصادرة عن المحكمة الدستورية.

2- ستصدر الغرفة الأولى بالمحكمة العليا قرارا تحت عدد 51\2004 بتاريخ 23 يناير 2004 يقضي بمتابعة 11 عضوا من أعضاء المحكمة الدستورية، بسبب سلوكهم القضائي، بمناسبة البت في دعوى التظلم الاحتمائي، فالمدعي، خلال هده القضية، طالب بتنحية كل قضاة المحكمة الدستورية، وفي الآن نفسه دعوة الحكومة إلى تبني مبادرة تشريعية لغاية ضمان حقه الدستوري، في فحص مستقل ومتجرد لدعوى التظلم التي تقدم بها.

اعتبرت المحكمة الدستورية أن الطعن موجه إلى محكمة مفترضة غير منصوص عليها قانونا، وأدى بها دلك إلى التصريح بعدم قبول دعوى التظلم الإحتمائي المعروضة عليها.

ستدين الغرفة المدنية بالمحكمة العليا تأسيسا على نظرية المسؤولية قضاة المحكمة الدستورية بأداء 500 أورو ودلك بناءا على زعزة اعتقاد المدعي في العدالة انظر.

Itziar Gomey Fernandez : la juriduction constitutionnelle en Espagne : un système integral de justice constitutionnelle le control de consitutionnalite des decision de justice une nouvelle etape apre la QPC Acte du colleque des 23 et 24 juin 2016 sous la direction de Marthe – Rouge et Caterina Serverino ; p. 365.

[3]- تمظهر النزاع بين محكمة النقض الفرنسية والمجلس الدستوري في عدة قضايا أهمها حينما رفضت محكمة النقض إحالة المسائل الدستورية ذات الأولية على المجلس الدستوري بعلة أن الفصل 61 من الدستور ينص على أن المسائل التي تحال علة المجلس الدستوري هي التي تثير انتهاك مقتضى تشريعي للحقوق والحريات التي يضمنها الدستور، في حين أن المسالة المطروحة تطعن في الحقيقة ليس في دستورية المقتضيات المعنية، ولكن في التأويل الذي تقدمه محكمة النقض.

ج- الرقابة الدستورية على الفقه المالكي:

إن الفقه الإسلامي في ذاته يشكل منظومة قانونية متميزة، تأثرت به العديد من المدونات حيث أنه نجد عدة قوانين مغربية مستمدة مباشرة من الفقه الإسلامي كمدونة الأسرة، ومدونة الأوقاف، ومدونة الحقوق العينية، وقانون الالتزامات والعقود في كثير من أحكامه، وأن الفقه المالكي مند استقراره بالمغرب شكل القاعدة التشريعية في مختلف المجالات وإن كان الأن يعد الفقه المالكي كمصدر تكميلي في العديد من النصوص القانونية إضافة إلى كمصدر رسمي تكميلي، مما يجعل إمكانية إثارة الدفع بعدم الدستورية في الفقه المالكي محط نقاش جوهري.

وحيث أنه بالرجوع إلى مقتضيات المادة 400 من مدونة الاسرة والتي تنص على ما يلي " كل ما لم يرد به نص في هذه المدونة، يرجع فيه إلى المذهب المالكي والاجتهاد الذي يراعى فيه تحقيق قيم الإسلام في العدل والمساواة والمعاشرة بالمعروف" نجد على أنها فتحت المجال أمام القاضي في كل ما لم يرد فيه نص فيها الرجوع إلى الاجتهاد .

و في الوقت الحالي يعرف الفقه المالكي و الذي يمثل وجها من أهم أوجه النظام العام، تطبيقات عديدة بالمغرب، فبالإضافة إلى أن بعض النصوص التشريعية المضمنة في قانون الالتزامات و العقود، و بعض النصوص الأخرى الأخرى الضمنة في التشريعات العقارية، إضافة إلى أن الراجح[1] والمشهور[2] وما جرى به العمل[3] من مذهب الأمام مالك هو الواجب التطبيق فيما لم تشمله مدونة الأسرة.

وكمثال على دلك نشير إلى الإشكال القانوني المرتبط باستحقاق المطلقة للمتعة في الحالة التي تتقدم فيها الزوجة بدعوى التطليق للشقاق طبقا لمقتضيات المواد 94 و 95 و 96 و97 من مدونة الأسرة وهي النقطة التي بث فيها المجلس الأعلى سابقا بمقتضى قراره عدد 433 الصادر بتاريخ 21 شتنبر 2010 في الملف عدد 2009/1/2/623 حيث ذهب إلى أن (المتعة لا يحكم بها إلا في حالة الطلاق أو التطليق الذي

---

[1] - يرى جانب من الفقه أن الراجح هو الحكم الذي قوي الدليل على أنه رأي الإمام مالك، أو أنه المتأخر من أقواله أخذا بالقاعدة الأصولية التي تقضي بأن المتأخر من الأحكام يلغي المتقدم منها عند العارض فيما بينهما، غير أن الأمر قد يتجاوز ذلك عندما يكون الراجح ما له دليل قوي في الشريعة الإسلامية عموما، للمزيد يمكن الاطلاع على :

محمد رياض، أصول الفتوى و القضاء في المذهب المالكي، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء سنة **1996**، ص. **474**.

[2] - يرى بعض الفقه أن المشهور هو ما قوي الدليل على أنه رأي الإمام مالك حيث يرادف المشهور الراجح من حيث قوة الدليل لدى هذا الجانب من الفقه، بينما يرى البعض الأخر بأن المشهور هو الرأي الذي كثر القائلون به بغض النظر عن قوة أو ضعف الدليل الذي يستند إليه أنظر أبو العباس بن يحي الونشريسي، المعيار المعرب و الجامع المغرب عند فتاوى أهل إفريقية و الأندلس و المغرب، طبع وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية بيروت **1981**، الجزء **12**، ص. **37**.

[3] - تطلق عبارة ما جرى به العمل من مذهب الإمام مالك غالبا على الاجتهادات القضائية و الفقهية التي خالفت الراجح أو المشهور في المذهب لظروف ما اقتضت ذلك، كدرء مفسدة أو جلب مصلحة .للمزيد من الإيضاح راجع .

محمد الكشبور، الوسيط في قانون الأحوال الشخصية، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء **2003**، ص. **48**.

يتم بناء على طلب الزوج، أما في حالة التطليق للشقاق بناء على طلب الزوجة فإنه لا يحكم لها بالمتعة، وإنما يحكم لها بالتعويض بعد أن تثبت مسؤولية الزوج عن الفراق). بعد أن كان قد جاء في قرار للمجلس الأعلى بتاريخ 2008/05/07ما يلي: " المحكوم بتطليقها للشقاق لا تحرم من حقها في المتعة، التي تعتبر من الحقوق الثابتة للمطلقة بغض النظر عن نوع الطلاق أو التطليق، وبذلك يكون القرار المطعون فيه على صواب فيما قضى به من متعة للمطلقة.[1]

ودعما لموقف المجلس الأعلى سابقا محكمة النقض حاليا هذا وضع الأستاذ إبراهيم بحماني رئيس غرفة الأحوال الشخصية والميراث تعليقا عنونه استحقاق المتعة أو التعويض في قضايا التطليق خلص فيه إلى أن المتعة لا يحكم بها إلا في حالة الفراق الذي يطلبه الزوج وهذا هو المعمول به في المذهب المالكي.[2] مما يجعل إمكانية الدفع بعدم الدستورية في مواجهة مقتضيات الفصول المستندة على الفقه المالكي مؤسسة من هذه الناحية.

المطلب الثالث: مسطرة معالجة الدفع بعدم الدستورية

مما لا ريب فيه أن مسطرة معالجة الدفع بعدم الدستورية أمام محاكم الموضوع تختلف عن المسطرة المعتمدة أمام المحكمة الدستورية كونها هي المختصة قانونا بذلك، من أجل توضيح نقط الاختلاف سنخصص (**الفقرة الأولى**) لرصد آلية المعالجة أمام محاكم الموضوع، ثم ننتقل بعد ذلك لدراسة المسطرة المتبعة أمام المحكمة الدستورية.

الفقرة الأولى: معالجة محاكم الموضوع للدفع بعدم الدستورية

بمجرد ما تتحقق محكمة الموضوع من جدية الدفع[3] المثار أمامها ومن صحة المسطرة سواء على مستوى الشكل أو على مستوى الموضوع، فإن المحكمة تتخذ الإجراءات التالية:

---

[1]- منشور بالنشرة الإخبارية للمجلس الأعلى، العدد **21**، **2009**، ص. **14**.

[2]- ادريس كركين، "متعة المطلقة في دعوى التطليق للشقاق"، مجلة المنبر القانوني، العدد الاول اكتوبر **2011**، مطبعة النجاح الجديدة، ص. **226**.

[3] - نص المشرع الفرنسي من خلال التعديل الدستوري لسنة **2008** بموجب القانون التنظيمي رقم **1523-2009** المتعلق بتطبيق الفقرة الأولى من المادة **61** من الدستور الفرنسي على إحداث قاضي التصفية أمام المحاكم المعروض عليها النزاع يناط به تقدير جدية الدفع هو أمر بالغ الحساسية و التعقيد، يجعل القاضي العادي يتقمص دور القاضي الدستوري و يمنحه صلاحيات قد تتجاوز دوره كوسيط، ويصبح متحكم في منسوب الدعوى الدستورية مما ترتب عنه أن المجلس الدستوري الفرنسي أصدر حوالي **300** قرار خلال سنة والمحكمة الفدارلية السويسرية تصدر حوالي **7000** قرار سنويا.

للمزيد يمكن الاطلاع على:

محمد أتركين: دعوى الدفع بعدم الدستورية في التجربة الفرنسية، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الأولى **2013**، ص: **153**.

"أولا" تحدد أجل البت في الدفع، إذا تبين لها أنه مقبول، فإنها تأمر بإحالة الدفع على أنظار المحكمة الدستورية وتصدر قرار أوحكم بتأجيل الفصل في الموضوع "ثانيا"، غير أنه يجب التنبيه إلى أن هذا الأجل يتأثر بالتنازل بمعنى إذا تم التنازل قد صدور قرار الإحالة، فإن المحكمة تستأنف مناقشة موضوع الدعوى "ثالثا."

أولا: أجل البت في الدفع

يعد أجل البت في الدفع المتعلق بعدم الدستورية مسألة حيوية ذلك أن الوقت المخصص لجواب محكمة الموضوع أو محكمة النقض يشكل عنصرا هاما جدا في استراتيجية أطراف الدعوى، فكلما كان الأجل طويلا كلما كان الدفع أقل أهمية، لذلك نجد أن المادة السادسة من مشروع القانون التنظيمي أقرت أجلا للبت في الدفع المثار من طرف من له مصلحة سواء أمام المحاكم الابتدائية أو الاستئنافية والمحدد في ثمانية أيام تحتسب من يوم إثارته وأن المحكمة بعد ذلك تكون ملزمة بالجواب على الدفع سواء بالقبول أو بعدم قبوله، كما يمكن للمحكمة أن تنذر مثير الدفع بتصحيح المسطرة داخل أجل لا يتعدى أربعة أيام من تاريخ تقديم الدفع، لكن ما هو الأمر في حالة عدم تعيين المسائل الدستورية محل التداعي تعينا كافيا بما يحول دون غموضها، مع العلم أن المناط في توقيع الجزاء على تخلف البيانات من عدمه هو إمكانية تعيين المسائل الدستورية، بمعنى هل من اللازم أن يكون التحديد مباشرا وصريحا أم يكتفي أن تكون المسألة الدستورية التي يراد الفصل فيها قابلة للتعيين، وذلك بأن تكون الوقائع التي تضمنها مذكرة الدفع في ترابطها المنطقي مع النص القانوني المراد إلغائه أو تعديله،[1] فالقاضي المثار أمامه الدفع وحسب الحكم الصادر عن المحكمة الدستورية عدد 024/18 ملزم فقط بالتحقق من استيفاء الدفع لبعض الشروط المتمثلة في اتصال الدفع بالدعوى الأصلية ومدى تضمينه للبيانات المتطلبة في أي دعوى وأدائه للرسم القضائي فقط.

وأنه في حالة القبول تكون محكمة الموضوع ملزمة بإحالة الملف على المحكمة الدستورية،[2] غير أنه في حالة ما إذا كانت القضية جاهزة صرفت المحكمة النظر في الدفع وأصدرت حكمها أو قرارها، ويتعين على

[1]- وفي ذلك تؤكد المحكمة الدستورية العليا " وحيث إن هيئة قضايا الدولة دفعت بعدم قبول قرار الإحالة الصادر من محكمة الموضوع، والذي به رفعت الدعوى الماثلة، لإغفاله تعيين نص الدستور المدعى بمخالفته، وخروجه بالتالي على نص المادة **30** من قانون هذه المحكمة.

وحيث إن هذا الدفع مردود وذلك أن قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم **48** لسنة **1979** قد نص في المادة **30** منه على أنه يجب أن يتضمن القرار الصادر بالإحالة إلى المحكمة الدستورية العليا أو صحيفة الدعوى المرفوعة إليها وفقا لحكم المادة السابقة بيان النص التشريعي المطعون بعدم دستوريته، والنص الدستوري المدعي بمخالفته وأوجه المخالفة، وكان ما يقتضيه المشرع بنص المادة المشار إليها هو أن يتضمن قرار الإحالة أو صحيفة الدعوى البيانات الجوهرية التي تكشف بذاتها عن ماهية المسألة الدستورية التي يعرض على المحكمة الدستورية العليا أمر الفصل فيها، وكذلك نطاقها بما ينفي التجهيل بها، كي يحيط كل ذي شأن. ومن بينهم الحكومة التي يتعين إعلانها بقرار الإحالة أو بصحيفة الدعوى إعمالا لنص المادة **35** من قانونها. بجو انبها المختلفة، وليتاح لهم جميعا ـ الحكم في الدعوى رقم **49** لسنة **11** قضائية دستورية جلسة **23-02-1994**.

[2]-أنه بالرجوع إلى مقتضيات الفقرة الرابعة من المادة السادسة من مشروع القانون التنظيمي فإن محكمة الموضوع ملزمة بإحالة الملف بعد قبول الدفع على محكمة النقض داخل اجل أقصاه **8** أيام، إلا انه بعد صدور الحكم عدد **18\24** عن المحكمة الدستورية اعتبران هاته المسطرة

المحكمة عند عزمها استئناف البت في الدعوى إشعار الأطراف بذلك طبقا لمقتضيات المادة 7 من مشروع القانون التنظيمي ويكون مقرر المحكمة بعدم قبول الدفع معللا وغير قابل للطعن ويجوز إثارته من جديد أمام المحاكم الأعلى درجة.

ثانيا: تأجيل الفصل

نصت المادة السابعة من مشروع القانون التنظيمي على توقف نظر المحكمة عن النظر في الدعوى المثار أمامها الدفع، فيجب على القاضي أو المستشار بحسب الأحوال تعليق المحاكمة في انتظار جواب المحكمة الدستورية وتستأنف بعد ذلك سيرها العادي بعد فصل القاضي الدستوري في مسألة الدستورية وتبليغها بذلك طبقا لأحكام المادتين 11 و23 من مشروع القانون التنظيمي .

غير أنه وبالرجوع إلى مقتضيات المادة الثامنة من مشروع القانون التنظيمي نجد خمس حالات استثنائية لا توقف المحكمة البت في الدعوى والمحددة فيما يلي:[1]

-إجراءات التحقيق في الميدان المدني والجنائي.

اتخاذ التدابير الوقتية أو التحفظية الضرورية؛.

اتخاذ الإجراءات القانونية المناسبة متى تعلق الأمر بتدبير سالب للحرية.

عندما ينص القانون على أجل محدد للبت في الدعوى أو البت على سبيل الاستعجال.

إذا كان الإجراء يؤدي إلى إلحاق ضرر بحقوق أحد الأطراف يتعذر لإصلاحه ".

ولعل توجه المشرع من خلال مقتضيات الفقرة الثالثة من هذا الفصل والذي خول للمحكمة اتخاذ أي إجراء يتعلق بتدبير سالب للحرية ذلك ان الحرية الفردية هنا تسمو على تأجيل الفصل.

ثالثا: التنازل [2]عن الدفع بعدم الدستورية

نصت المادة 9 في فقرتها الثانية من مشروع القانون التنظيمي (لا يجوز إحالة الدفع بعدم دستورية قانون إلى المحكمة الدستورية إذا تم التنازل عن الدعوى التي أثير بمناسبتها الدفع المذكور، غير لا يمكن التنازل عن الدفع بعد صدور قرار محكمة النقض بقبول الدفع وإحالته على المحكمة الدستورية) وهذا ما

سوف تجعل من محاكم الموضوع ومحكمة النقض بمثابة مراقب أولي للدستورية وان الحسم في الطبيعة التشريعية للمقتضى القانوني المعني وتحديد قائمة الحقوق والحريات المضمونة دستوريا يعد من بين الإختصاصات التي تنفرد المحكمة الدستورية بممارستها.

[1]- اقترح فريق العدالة والتنمية بمجلس النواب بتاريخ **07-11-2012** أن لا يحول الدفع بعدم الدستورية دون مواصلة إجراءات الدعوى المعروضة على المحكمة والبث فيها ولا يمكن ان يكون سببا في تأخيرها أو إيقاف البت فيها وأن الدفع لا يوقف التنفيذ.

[2] - نظم المشرع المغربي أحكام التنازل عن الدعاوى في الفصل **119** إلى غاية الفصل **124** من قانون المسطرة المدنية المغربي الصادر في **28-09-1974** والتعديلات المدخلة عليه.

استقر عليه قضاء المحكمة الدستورية العليا في مصر على أن "النزول عن الحق المدعى به في الدعوى الموضوعية، والذي يتم بالإرادة المنفردة ينتج أثره في إسقاط هذا الحق، ويترتب على هذا التنازل انتفاء مصلحته في الفصل في دستورية النصوص المطعونة"[1] إلا أنه لا يمكن التنازل عن الدفع إذا كان جدي وتمت إحالته على المحكمة الدستورية على اعتبار أن دعوى الدفع عينية، وبالتالي يجب أن تمضي المحكمة الدستورية قدما في فحصها خاصة بعد راقبت هاته الأخيرة جدية الدفع.

ولقد أكد المشرع الفرنسي أن البت في الدفع بعدم الدستورية من الواجب على القاضي الدستوري الفصل فيها دون النظر في مآل الدعوى الأصلية وصور سقوطها المختلفة، لأنها لم تعد شأنا للأطراف، وإنما تصبح دعوى موضوعية، وتتحول عمليا إلى رقابة مجردة يتم التصريح في أعقابها بمدى مطابقة المقتضى التشريعي المطعون فيه للدستور دون الحسم في النزاع القائم بين الأطراف حسب المادة 23 البند 9 من القانون المنظم لها.[2]

غير أنه بعد صدور قرار المحكمة الدستورية القاضي بعدم دستورية فحص الدفوع من قبل محكمة النقض فإنه يمكن التنازل عن الدفع أمام محاكم الموضوع أو محكمة النقض، وقبل اعتبار الدفع المثار جدي وإحالته على المحكمة الدستورية.

ذلك أن دعوى الدستورية لا تهدف إلى البت في خلاف بين أطراف متنازعة، والطعن فيها يكون موجهاً بالأساس إلى العمل القانوني، بهدف ضمان احترام أحكام الدستور[3] وقد صرح المجلس الدستوري برفض هذا التنازل، وعلل ذلك، بكون إحالة القوانين على القضاء الدستوري –بغض النظر عن قبولها أو عدم قبولها –لا ترمي إلى تحقيق مصلحة خاصة بالجهة المحيلة للقانون، بل تروم ضمان احترام مبدأ سمو الدستور.

وفي حيثيات هذا القرار، عللت المحكمة الدستورية هذا التصريح بجملة أمور، منها: إنه، إذا كان الحق في التنازل يقابله الحق في إقامة الدعوى، فإن هذه القاعدة المدنية يقتصر إعمالها على الدعاوى الشخصية الرامية إلى حماية حقوق أو مراكز قانونية فردية، ولا تطبق على إطلاقيتها في الدعاوى الموضوعية ولا سيما تلك التي ترمي إلى التحقق من التقيد بسمو الدستور. وإنه، إذا كان عمل المشرع محاطاً بمبدأ قرينة الدستورية، فإن هذه القرينة تمتد إليها الشك بإحالة الموضوع المتعلق بها على المحكمة الدستورية، التي يصبح عليها واجب رفع هذا الشك والتحقق من دستوريته، بغض النظر عن الموقف البعدي لمقدمي الإحالة منها، ضماناً لمبدأ الأمن القانوني. وأن الإحالة الدستورية، استحضاراً لطبيعتها

[1]- الحكم في الدعوى رقم **30** لسنة **11** قضائية دستورية جلسة **28-06-1990**.

[2]- محمد اتركين، مرجع سابق، ص. **99** .

[3]- رشيد المدور، مرجع سابق، ص. **117**.

وغايتها، لا يوقفها ولا يحد من ممارستها، التنازل الصادر عن مقدميها إلا إذا كانت توقيعاتهم المتطلبة للإحالة على المحكمة الدستورية قد شابها عيب للرضا أو تم وضعها دون إذن من صاحبها أو كانت نتيجة خطأ مادي، وفي ما عدا مثل هذه الحالات الاستثنائية، فإن المحكمة الدستورية تصرح برفض التنازل.[1]

الفقرة الثانية: المسطرة المتبعة أمام المحكمة الدستورية

إن المحكمة الدستورية تبت في مسألة الدفع الفرعي وفق منطق القضاء العادي حيث لا تحاكم، أي وضعية خاصة وإنما تبث في علاقة المقتضى التشريعي المعني بالنص الدستوري، مما يجعل الدعوى الدستورية دعوى قانونية وليست واقعية مرتبطة بوضعية متغيرة، وبالتالي وجود مسافة بين الدعوى المرفوعة في الموضوع ومراقبة دستورية القوانين،[2] هذا التغير في الوضع له أثر هام من حيث إخضاع المنازعة الدستورية لمقتضيات المحاكمة العادلة،[3]وتتميز الإجراءات أمام المحكمة الدستورية بأنها ذات سمة تحقيقية، حيث يقوم رئيس المحكمة بتعيين المقرر من بين أعضاء المحكمة ليقوم بإجراء التحقيقات القانونية.

إن الرقابة القضائية اللاحقة تدمج في إطار منازعة قضائية عامة وتعكس المنازعة الدستورية "وضعا قانونيا جديدا" حيث أن الدعوى أمام المحكمة الدستورية تضل معزولة ومجردة عن النزاع الأصلي الذي يحكمها فالقاضي الدستوري، في هذه الحالة لا يعد قاضي النزاع، وإنما فقط قاضي مطابقة المقتضى التشريعي مع الدستور فلا يحق له البت في موضوع النزاع المحال عليه،[4] لذلك فالمسطرة المتبعة أمام المحكمة الدستورية محددة في الشكل التالي:

أولا: الإعلان عن الدعوى

حيث أنه طبقا لمقتضيات المادة 16من مشروع القانون التنظيمي تقوم المحكمة الدستورية بعد إحالة الدفع بعدم دستورية قانون أو إثارته أمامها بتبليغه فورا إلى رئيس الحكومة، ورئيس كل مجلس من مجلسي البرلمان،[5] وإلى الأطراف قصد تمكينهم من الإدلاء بمذكرات كتابية تتضمن ملاحظتهم بخصوص الدفع داخل أجل تحدده المحكمة الدستورية، وهذه المهمة تجسد مهمة الدفاع الموضوعي عن القانون تؤدي

---

[1]- قرار المحكمة الدستورية رقم، **66**الصادر بتاريخ **23**ديسمبر **2017**.

[2]- بدر الذهبي، "حق الدفع بعدم الدستورية بين الدستور المغربي والنموذج الألماني"، مجلة مسالك، العدد **37.38**، مطبعة النجاح، الدار البيضاء، ص. **94**.

[3] - منصور محمد أحمد، "الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين في فرنسا، دار النهضة العربية، القاهرة **2012**، ص. **31**.

[4]- الذهبي بدر، "حق الدفع بعدم الدستورية بين الدستور المغربي والنموذج الألماني"، مرجع سابق ص.**98**

[5]- هذه المسطرة المتبعة مجرد عملية تقنية ليس لها علاقة بتطبيق مبدأ الحضورية فهو يشعر الأطراف عن طريق سلطات وساطة، عبد الرحيم منار السليمي، "مناهج عمل القاضي الدستوري بالمغرب، دراسة سوسيو قضائية"، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، الطبعة الأولى، الدار البيضاء، سنة **2006**، ص. **144**.

من الناحية السياسية وباسم استمرارية الدولة إلى دفاع أغلبية اليوم عن دستورية نص صوتت عليه أغلبية الأمس، لكن هناك إشكال يتعرض نص قانون عندما يتم الطعن بالدفع بعدم الدستورية قبل تنصيب الحكومة مما جعل البعض ينادي بتشكيل جهاز منفصل عن الحكومة الممارسة لإمكان ضمان وبشكل خاص وخارج أي إكراه دور المدافع عن القانون أو إنشاء لجنة مشتركة بين السلطات المشرعة للقانون الصادر بالتنفيذ لتكليفها الدفاع عن دستورية هذا القانون أمام المحكمة الدستورية بتنظيمها من قبل الأمانة العامة للحكومة.[1]

ثانيا: عقد الجلسة وتبادل المذكرات

إلى جانب المقتضيات الخاصة بعقد جلسات الدعاوى القضائية العادية، فإن عقد جلسات المحكمة الدستورية لها خصوصيتها تتجلى في الحرص على احترام البروتوكول الخاص بها سواء من خلال تشكيلة الهيئة ومن خلال تسيير الجلسة.

أ - تشكيلة الهيئة:

نصت المادة 19 من المشروع للقانون التنظيمي للمحكمة الدستورية على أنه "بعد انقضاء الآجال المحددة في المادتين 16 و17 أعلاه يحدد رئيس المحكمة الدستورية تاريخ الجلسة ويشعر رئيس الحكومة ورئيسي مجلسي البرلمان والأطراف بذلك قبل انعقادها بعشرة أيام على الأقل " ويستشف من مقتضيات هذا الفصل أن انعقاد الجلسة مرهون بدعوة من رئيس المحكمة وفي حالة تغيب هذا الأخير أو عاقه عائق وجه أكبر الأعضاء سنا من بين أقدمهم لأعضاء المحكمة الدستورية الدعوة للاجتماع وتولي رئاستها.

كما أنه طبقا لمقتضيات المادة 21 من المشروع التنظيمي، فإن الجلسة الدستورية تكون علنية ماعدا الحالات التي تقرر فيها المحكمة سرية الجلسة طبقا لنظامها الداخلي.

ب- تسيير الجلسة:

بعد إتمام المسطرة السابقة تعمل المحكمة الدستورية على تبليغ المذكرات الجوابية المدلى بها للأطراف المعنية بالدفع مع تحديد أجل للتعقيب، ويرمي هذا الإجراء إلى إعطاء الفاعلين المؤسسين للقانون إمكانية الدفاع أمام المحكمة الدستورية عن المقتضى التشريعي موضوع الطعن، ولا تقبل المحكمة المذكرات الجوابية أو الوثائق أو المستندات المدلى بها بعد انقضاء الآجال [2]المحددة لتقديمها باعتباره من

[1]- محمد اتركين، مباحث في الفقه الدستوري م س، ص. **86**.

[2] - حرصت الدساتير المختلفة غلى أن تتضمن في جانب منها مقتضيات تحمل أزمنة دستورية مرتبطة بتنظيم السلطات و تأطير العلاقات بين الحاكم و المحكومين و حماية الجقوق و الواجبات، غير أن مجرد تقرير المهل الدستورية داخل أسمى وثيقة في الدولة، لن يكون له قيمة حقوقية جون تقرير ضمانات حقيقية لاحترام المقصد من إدراج تلك الأزمنة في صلب الدستور. و لهذا لم يقف المشرع الدستوري عند حد تسجيل هذه الازمنة من باب الشكليات، بل عمل على كفالة احترامها و تقدير ضمانات ممارستها ووضع القيود التي تحد من انزياح السلطة العامة ومحاولة المساس بها و لقد

النظام العام، غير أنه يجوز لرئيس المحكمة الدستورية استثناء وللأسباب معقولة وبما لا يتعارض مع مقتضيات المادة 21 تمديد الآجال.

ومن خلال القراءة لمجموعة من اجتهادات القضاء الدستوري في المغرب نلاحظ أن الآجال متفاوتة في الرد من قبل الجهات المبلغة لكن الآجال لا تفوت العشرين يوما بل منها لم يتجاوز يومين.[1]

ومن خلال المادة 25 يمكن أن يتم تبادل المذكرات والوثائق المدلى بها بمناسبة الدفع بعدم دستورية قانون وإيداعها وتبليغها بطريقة إلكترونية سواء كانت معدة على حامل ورقي أو إلكتروني وفق المواصفات والنماذج التي توفرها الأنظمة المعلوماتية لهذا الغرض، إضافة إلى كون الإشعارات والوصولات المعدة بطريقة إلكترونية وفق الأنظمة المذكورة تحل محل الإشعارات والوصولات المعدة على حامل ورقي.

وتأكيدا لذلك فإن الخاصية المميزة لمسطرة الدفع بعدم الدستورية هي الاعتماد على المسطرة الكتابية باعتبارها تشكل تفاعلا بين كافة الجهات، كما أنه ومن خلال المادة 18 يمكن للمحكمة الدستورية وأثناء فحصها للدستورية وذلك بصفة تلقائية أو بطلب أحد الأطراف ضم الدفوع بعدم الدستورية المتعلقة بنفس المقتضى التشريعي بمقتضى تشريعي مرتبط به، إضافة إلى انه يمكن للمحكمة الدستورية وأثناء تحقيق الدعوى أن تطلب من المحكمة المثار أمامها الدفع تمكينها من نسخة من ملف الدعوى داخل أجل 10 أيام من تاريخ التوصل بالطلب.

ج- عرض الدعوى الدستورية:

يهيئ القاضي المقرر والمعين من طرف رئيس المحكمة تقريرا بخصوص الدفع المثار أمامه حيث له الصلاحية الكاملة في الحصول على أي وثيقة من شأنها أن تساعد في فحص أو توضيح الخلاف حول الفصل القانوني موضوع الطعن، إلا أن مرور الطعن عبر القاضي المقرر خلق نقاش من شأنه توجيه المحكمة الدستورية إلى منطوق سهل الإجماع عليه .[2]

ثالثا: طريقة اتخاذ القرار من طرف المحكمة الدستورية

لعب القضاء الدستوري المغربي في وقائع متعددة دورا حاسما في حماية الزمن الدستوري بأشكاله المتعددة و تجنيبه محاولات العبث بالقواعد الدستورية المبنية تطبيقها على أجال دستورية.

من بين الاجتهادات القضائية التي اولت أهمية بالغة للزمن الدستوري نشير في هذا الصدد إلى قرار المجلس الدستوري اللبناني المنشور بالجريدة الرسمية عدد **59** بتاريخ **20-12-2008** حيث جاء فيه " و بما أن المهل الدستورية بعامة و بخاصة المتعلقة بالطعن في القوانين أمام المجلس الدستوري، هي مهل محددة و قصيرة و محدودة زمنيا، وملزمة و مسقطة و يقتضي التقيد بها لارتباطها بالشرعية الدستورية " للمزيد الاطلاع انظر:

عمر الشرقاوي – الزمن و الدستور: قراءة في المهل الدستورية مقال منشورة بمجلة **R.E.M.A .L.D** العدد **153**، يوليوز غشت **2020**، ص. **20**.

[1]- قرار رقم **14/937** الصادر عن م،د،م بتاريخ **30/12/2014**.

[2]- ضياء الحق دراويش، الضمانات الدستورية للحقوق والحريات ودور القضاء الدستوري في حمايتها -دراسة مقارنة –"، م س، ص. **192**.

إن المادة 17 من القانون التنظيمي عدد 13.066 المتعلق بالمحكمة الدستورية نص على أنه " تبث المحكمة الدستورية في القضايا المعروضة عليها بعد الاستماع إلى تقرير عضو من أعضائها يعينه الرئيس وتكون مداولاتها صحيحة إذا حضرها تسعة 9 من أعضائها "، غير أن طريقة اتخاذ القرار يثر نقاشا حول مدى التوافق والانسجام بين الإرادة الشعبية وقرار المحكمة الدستورية.[1]

إن اتخاذ القرار داخل المحكمة الدستورية له من الأهمية بمكان والذي يشمل جوانب مختلفة، من تكوين الجلسة العامة وقاعات المحكمة - حيثما وجدت - إلى النصاب القانوني اللازم لإصدار قرار معين، وحيث يلعب دورًا مهمًا بشكل خاص، و أن إمكانية الإدلاء بأصوات فردية ذات صلة، وهي قضية سنركز فيها على السطور التالية:

يؤثر هذا العدد الأخير على عملية صنع القرار العالمية بطرق مختلفة، من ناحية، فإن استبعاد الأصوات الفردية يجعل قرارات المحكمة تبدو غامضة، مما يحد بشكل كبير من التآكل الذي قد تعانيه المؤسسة إذا ظهرت بشكل منتظم للغاية الجمل المجزأة إلى كتل سياسية أو حزبية إلى الكيفية التي سمح بها استبعاد الآراء المخالفة في المجلس الدستوري الفرنسي للمؤسسة بالظهور كجهة فاعلة واحدة، والحفاظ على خيال هيئة متماسكة تتحدث ببساطة عن كلمات القانون الدستوري، علاوة على ذلك، قد يسمح غياب الأصوات الفردية للقضاة بتحرير أنفسهم من الجماعات أو المصالح السياسية التي عينتهم في ذلك الوقت، إلى الحد الذي أصبحت فيه المحكمة منيعة حقًا بالنسبة لهم.

---

[1]-وكمثال على ذلك حين أثير نقاشا في أمريكا حول زواج المثليين إذ تم إصدار تعديل دستوري سنة **2004** في أوهايو يمنع الزواج المثلي أو الاعتراف به كعقد زواج مدني من أي ولاية أخرى، وذلك لأن الولايات في أمريكا قبل الحكم الأخير كانت منقسمة إلى **46** ولاية تنص على قانونية الزواج المثلي – بينها واشنطن – في مقابل **14** ولاية تمنع ذلك.

وفي عام **2014** قرر جون أثرو جيم الزواج في منطقة ماري لاند – وهي منطقة تسمح بالزواج المثلي – تم العقد، إلا أنه وبعدها بأشهر توفي جون آرثر، فقام جيم بإتباع الإجراءات القانونية لاستخراج شهادة الوفاة والمطالبة بالحقوق المالية – كاستحقاقات الضمان الإجتماعي – التي تمنحها الولاية للأرامل وكذلك الحقوق المالية لأزواج المتوفين من المعاقين المتقاعدين، رفع جيم قضية ضد الولاية بسبب عدم منحه تلك الحقوق، طرحت محكمة الولاية سؤالين:

الأول: هل الدستور الأمريكي يمنع الولايات من التميز في الزواج بين الأشخاص المثليين والسويين ؟

الثاني : إذا كان الدستور لا يطلب من الولايات منح عقد الزواج المدني للمثليين، فهل يطلب – كحد أدنى – من الولايات الاعتراف بهذه العقود المبرمة من ولايات أخرى تسمح بذلك ؟

ومن ثم إذا تم رفع الأمر للمحكمة العليا الفيدرالية، فمن الممكن إذا رفضت السؤال الأول أن تو افق على السؤال الثاني. والنتيجة هي أنها و افقت على السؤال الأول. رغم قضاء المحكمة بأحقية زواج المثليين في جميع ولايات الأمريكية، إلا أن نتيجة التصويت لم تكن كاسحة، فالنتيجة كانت **5** أصوات مو افقة، مقابل **4** أصوات معارضة.

ولقد اتخذت خطوة شاذة عندما ألزمت كل الولايات بالسماح بزواج المثليين، وبهذا أغلق **5** قضاة النقاش المجتمعي في المسألة، وهذا أمر مثبط لمن يؤمن بأن القانون هو الذي يجب أن يحكم لا الأشخاص . وقال روبرت : ليحتفل المؤيدون للحكم بهذا الانجاز، وبفرصة جديدة في التعبير عن شراكة جديدة، وفي الفو ائد الجديدة، ولكن لا يحتفلوا بالدستور، لأنهم لن يجدوا فيه أي علاقة بالأمر انظر:

https://www.bbc.com/arabic/worldnews/2015/06/150626_us_gay_marriage

من ناحية أخرى، فإن هذا الاستبعاد من الأصوات الفردية قد يزيد من خطر تسييس المحكمة، بقدر ما يسمح بتسييس سرّي وغير مرئي، ولكن لهذا السبب بالتحديد أكثر ترسخًا للمؤسسة. تؤدي الأصوات الفردية وظيفة مهمة من أجل الأداء السليم للمحكمة الدستورية.

إن التصويت المعارض هو "فقه بديل" تعبير عن أقلية اليوم التي قد تكون أغلبية الغد، يتم إضفاء الشرعية على الأحكام الدستورية، بالإضافة إلى القوة الجدلية لتحفيز الأغلبية، من خلال القدرة الإقناعية لتلك الأصوات التي تظهر جهد التفكير الداخلي والتناقض لكل الكلية التي تتبنى القرار، متناقض كما قد يبدو، للرأي المخالف أثر سلمي، يظهر الاحترام والمشاركة في قرار الأغلبية للطرف المهزوم.[1]

من ناحية، تلك المحاكم التي يسمح فيها بالتصويت المخالف نجد النظام الدستوري الإسباني من خلال المقتضيات المتعلقة بالمحكمة الدستورية المنصوص عليها في الفصل 164-1 من الدستور الذي ينص على أنه " تنشر القرارات التي تصدرها المحكمة الدستورية في الجريدة الرسمية، مرفقة بالآراء المخالفة إن وجدت ..."، مع الإشارة إلى أنه لابد من التمييز بين الآراء المخالفة و لأراء الخاصة، حيث تشير هاته الأخيرة إلى أراء الموافقة و لكن لا يتقاسم نفس حجج أغلبية قضاة المحكمة [2] في ألمانيا، يُسمح الأن بالأصوات الخاصة 23، ومع ذلك، حتى السبعينيات كانوا مستبعدين، على أي حال، من عمل المحكمة (Sontheimer) حيث كان يُنظر إليهم على أنهم غير ملائمين في نظام "يقوم على عقيدة iuscivilista لحل قانوني واحد للنزاعات"، علاوة على ذلك، يمكن أن يجعل المحكمة تبدو أكثر سياسية من بقية محاكم البلاد، ولهذا السبب رفض العديد من القضاة - حتى عندما كان مسموحًا بها رسميًا - الإدلاء بأصوات فردية (Garoupa and Ginsbourg). وأخيرًا، يُسمح أيضًا بالأصوات الخاصة في حالة المحكمة الدستورية التشيكية.

من ناحية أخرى، نجد تلك المؤسسات التي يتم فيها استبعاد هذا الاحتمال، هذه هي حالة المحكمة الدستورية النمساوية، حيث أثيرت استصواب الأصوات الخاصة في بعض المناسبات "عندما كان هناك عدم رضا عن قرارات المحكمة في البيئات السياسية"، كما تقول بريجيت بيرلين نائبة رئيس المحكمة .

يمكن الجزم بأن فكرة الرقابة القضائية الدستورية على القوانين أهم وأخطر فكرة على المستوى القضائي، فالتشريع الذي يتطلب مدة من الزمن، أحيانا تصل إلى سنوات من بداية الفكرة إلى نهاية تقنينها، تستطيع المحكمة الدستورية أن تنسف وتلغي ذلك داخل أجل لا يتجاوز 60 يوما كل ذلك الشيء الذي لا يتماشى مع مبدأ **أن السلطة التي تسن هي السلطة التي تلغي**.

رابعا: حجية الحكم الصادر عن المحكمة الدستورية

[1]-عبد الحق بلفقيه، "دعوى الدفع بعدم الدستورية نص تشريعي ما بين رؤية المشرع المغربي وتخلي القاضي الدستوري-مرجع سابق ص. **123**.

[2] - **Teresa F la pratique des opinion dissidentes en Espagne :CCC n 8 dossier : Debat sue les opinions dissidentes juillet en 2000, in www.conseil _constitutionnel.fr**

إذا كانت وظيفة القضاء هي منح الحماية القضائية للحقوق والمراكز القانونية المتنازع حولها، فإن هذه الحماية لا تمنح إلا مرة واحدة لذلك لا يجوز للأطراف رفع ذات النزاع أمام القضاء مرة أخرى بعد أن سبق الحسم فيه بواسطة حكم قضائي حتى لا تتأبد المنازعات.[1]

و تترتب عن إصدار الأحكام الدستورية آثارا يهدف إليها صاحب الطعن، فالأثر الذي يخلفه الحكم الدستوري ذو أهمية بالغة لأنه يضفي الصبغة الدستورية على القانون أو يثبت عدم دستوريته، وهذا له أهمية بالغة تتعلق أثاره بمبدأ الشرعية في الدولة وتمس مراكز الأشخاص القانونية العامة والخاصة،[2] كما يترتب عن هذه الأحكام أنها تصبح ملزمة للسلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية.

ولأن القرارات الدستورية بحكم طبيعتها تعتبر أحكاما قضائية إن لم تكن أعلى منها درجة، فإنها بذلك تحوز حجية الشيء المقضي به تلك الحجية التي يراها البعض نسبية وفي حدود ما هو معروض على الهيئة المختصة ويراها جانب اخر من الفقه أنها مطلقة تصدر في مواجهة الكافة في حين يرى جانب ثالث أن الحجية من أصلها أمر مشكوك فيه.[3]

وقد نصت المادة 49 من قانون المحكمة الدستورية العليا في مصر على أن "أحكام المحكمة في الدعاوى الدستورية وقراراتها بالتفسير ملزمة لجميع سلطات الدولة والكافة وتنشر الأحكام والقرارات المشار إليها الفقرة السابقة في الجريدة الرسمية وبغير مصروفات خلال خمسة عشر يوما على الأكثر من تاريخ صدورها، ويترتب على الحكم بعدم دستورية نص قانون أو لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم، فإذا كان الحكم بعدم الدستورية متعلق بنص جنائي تعتبر الأحكام التي صدرت بالإدانة استنادا إلى ذلك النص كأن لم يكن وبقوم رئيس هيئة المفوضين بتبليغ النائب العام فور النطق به لإجراء مقتضاه".

وأنه بالرجوع إلى المادة 62 من الدستور الفرنسي فان القرارات الدستورية التي تكتسب حجية الشيء المقضي به هي تلك الأحكام التي تصرح بدستورية أو عدم دستورية قانون ما، اي تلك الأحكام التي تكون قد تطرقت للموضوع دون باقي القرارات والأحكام التي تقتصر على رفض الدعوى لانعدام الصفة أو تجاوز الاجل وغيرها من المخالفات الشكلية كما ان هده الحجية تثبث للمنطوق وللحيثيات أيضا[4] إلا أنه بالنسبة للعمل القضائي الأمريكي والدي منح جميع المحاكم الحق في ممارسة الرقابة على دستورية القوانين ودلك طبقا لمقتضيات المادة السادسة من الدستور الأمريكي حيث الزمها بالامتناع عن تطبيق قوانين

[1]- محمد لمعمري، "حجية الشيء المقضي به وطرق الطعن في الاحكام"، نشرة قرارات محكمة النقض الغرفة المدنية، العدد **27**، السلسلة **6**، ص. **143**.

[2]- كامل نبيلة عبد الحكيم، "الرقابة القضائية على دستورية القوانين -القضاء الدستوري"، دار النهضة العربية، القاهرة **1993**، ص.**67**.

[3]- منير عبد المجيد، "أصول الرقابة على دستورية القوانين واللوائح"، منشأة المعارف، الاسكندرية **2000**، ص. **309**.

[4]- حجية القرارات الدستورية المغربية و أثرها – دراسة مقارنة-، مقال منشور بمجلة المنارة، عدد خاص سنة **2019**، ص.**198**.

الولايات اذا كانت تنطوي على مخالفة للدستور الشي الدي جعل بعص الفقه يقر بكون ليست هناك حجية مطلقة للأحكام الصادرة بعدم دستورية نص ما، على اعتبار أن المحاكم تكتفي فقط بالامتناع عن تطبيق القانون دون البث في دستوريته بينما هناك من يرى من احترام مبدأ السوابق القضائية وكدا احترام المحاكم الدنيا لأحكام المحاكم الأعلى مما يستوجب منحها حجية مطلقة في مواجهة الكافة.[1]

أما بالنسبة للمشرع المغربي فقد نص الفصل 134 من دستور 2011 " لا يمكن إصدار الأمر بتنفيذ مقتضى تم التصريح بعدم دستوريته على أساس الفصل 132 من هذا الدستور، ولا تطبيقه، وينسخ كل مقتضى تم التصريح بدم دستوريته على أساس الفصل 133 من الدستور ابتداء من التاريخ الذي حددته المحكمة الدستورية في قرارها.

لا تقبل قرارات المحكمة الدستورية أي طريق من طرق الطعن، وتلزم كل السلطات العامة و جميع الجهات الإدارية و القضائية " و يتبين أن منح قرارات المحكمة الدستورية الحجية المطلقة ذات صفة قطعية و نهائية يمنح لها المزيد من الاستقلالية عن باقي السلطات بما فيها السلطات التي تتدخل في تعيين أعضائه، كما منحها سلطة التعبير عن قرارتها بشكل صريح كلما تعلق الأمر بمخالفة الدستور و القانون.

بالنسبة للسلطة التشريعية يكون الإلزام هو قيامها بإلغاء القانون[2] الذي قضت المحكمة بعدم دستوريته، فضلا عن تعديل تشريعاتها النافذة بما ينسجم منع حكم المحكمة الدستورية، كما تراعي ذلك في تشريعاتها.

أما بالنسبة للسلطة التنفيذية، فإن وجه الإلزام يتجسد في وجوب إلغاء القرارات والمراسيم التنظيمية التي قضت المحكمة بعدم دستوريته، ثم تعديلها بما يتلاءم مع ذلك فضلا عن مراعاة قرار المحكمة في تنظيمها المستقبلي .

أما السلطة القضائية، فإن وجه الإلزام يتمثل بالامتناع عن تطبيق النص الذي قضت المحكمة بعدم دستوريته في كافة القضايا المعروضة أمامها، والتي يراد تطبيقها عليها على جميع الدعاوى التي تعرض أمامها مستقبلا.

[1]- خالد فتحي أبوزيد، "الاحكام الصادرة في الدعوى الدستورية و أثرها"، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، ص. **17-18**.

[2]- فقد نصت المادة (**106**) من دستور دولة البحرين، في فقرتها الثانية على ما يلي: يكون للحكم الصادر بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة أثر مباشر ما لم تحدد المحكمة لذلك تاريخا لاحقا، فإذا كان الحكم بعدم الدستورية متعلقا بنص جنائي تعتبر الأحكام التي تصدر بالإدانة استنادا إلى ذلك النص كأن لم تكن، وللملك أن يحيل إلى المحكمة ما يراه من مشروعات القوانين قبل إصدارها لتقرير مدى مطابقتها للدستور، ويعتبر التقرير ملزما لجميع سلطات الدولة وللكافة.

على أن الحكم الصادر بعدم دستورية القانون يعد حجة[1] تجاه الجميع سواء أكانوا أفراد أم مؤسسات وذلك بعدم الاعتداد بالنص التشريعي المحكوم بعدم دستوريته فلا يجوز للمحاكم أن تقبل الدفع من أحد الخصوم بعدم دستوريته وأن تحيله بنفسها مرة ثانية إلى المحكمة الدستورية[2]وفي غير حالة الحكم بعدم الدستورية، فإنه يتعيّن التمييز في إطارها بين الأحكام التي لا تتعلق بحسم النزاع حول دستورية النص، وتلك الصادرة برفض الدعوى موضوعاً، فالأحكام الصادرة بعدم قبول الدعوى الدستورية لأسباب شكلية أو إجرائية لا تتعدى حجيتُها المطلقة حدودَ ما تعرضت له المحكمة وما قضت به في حكمها، بحيث لا يقوم الحكم حائلا دون قبول الدعوى مرة أخرى إذا ما توافرت شروط قبولها، أما الأحكام الصادرة برفض الدعوى الدستورية موضوعا أي تلك التي تُقرر أن النصَ التشريعي المنظور مطابقٌ للدستور وغيرُ مخالف له، فإنها ذات حجية مطلقة وشاملة قبل الكافة، وهذا ما نص عليه المجلس الدستوري المغربي في إحدى قرارته التي جاء فيها " ... إن أحكام الفقرة الأخيرة من الفصل 81 من الدستور تنص على أن قرارات المجلس الدستوري لا تقبل أي طريق من طرق الطعن ... الأمر الذي يضفي على هذه القرارات حجية مطلقة و يحول بالتالي دون إعادة النظر فيها "[3] كما أن هذه الحجية تثبت للتعليلات الحكم الدستوري وهذا ما نحاه المجلس الدستوري الفرنسي حيث أشار إلى أن "قرارت المجلس الدستوري لها الحجية المطلقة ليس في مواجهة مقتضياتها و لكن أيضا للتعليلات ".[4]

بالنسبة لأثر الحكم الصادر من المحكمة هو منع تطبيقه من اليوم التالي لنشر حكم المحكمة هو كاشف وليس منشئ، وعليه كان أفضل للمشرع أن يجعل لحكم المحكمة أثرا رجعيا لتحقيق المزيد من الحماية لحقوق الإنسان وحرياته وحيث السلطتين التشريعية والتنفيذية على احترام أحكام الدستور، لأن الإلغاء بأثر رجعي يحملها المسؤولية بالتعويض عن هذه الأعمال.

وهنا نشير إلى عامل الأثر الرجعي للحكم الصادر بعدم دستورية قانون ما هو ضابط سليم ومقبول لأنه يحقق التوازن بين الحقوق المكتسبة ومبدأ المشروعية بما يتضمنه من احترام القاعدة

---

[1]- حيث انه جاء بخصوص حجية أحكام ما قضت به المحكمة الدستورية العليا في مصر"فإن المادة **49** من قانون المحكمة الدستورية نصت على أن أحكام المحكمة في الدعاوى الدستورية وقراراتها بالتفسير ملزمة لجميع سلطات الدولة والكافة وتنشر الأحكام والقرارات المشار إليها الفقرة السابقة في الجريدة الرسمية وبغير مصروفات خلال خمسة عشر يوما على الأكثر من تاريخ صدورها، ويترتب على الحكم بعدم دستورية نص قانون أو لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم، فإذا كان الحكم بعدم الدستورية متعلق بنص جنائي تعبير الأحكام التي صدرت بالإدانة استنادا إلى ذلك النص كأن لم يكن وبقوم رئيس هيئة المفوضين بتبليغ النائب العام فور النطق به لإجراء مقتضاه".

[2]- أشار القرار الصادر عن المجلس الدستوري المغربي عدد **700\80** (وحيث أن هدا القانون التنظيمي جاء معدلا للقانون التنظيمي رقم **06-50** الذي سبق للمجلس الدستوري أن فحص دستوريته و اتخذ في شأنه القرار رقم **660\07**، وحيث أنه تبعا لدلك لا محل لإعادة فحص دستورية الأحكام التي قضى المجلس الدستوري بعدم مخالفتها للدستور، ودلك مراعاة لحجية قرارات هدا المجلس وفق أحكام الفقرة الأخيرة من الفصل **81** من الدستور). منشور بالموقع الإلكتروني للمحكمة الدستورية، **https://cour-constitutionnelle.ma**

[3] - قرار المجلس الدستوري رقم **408** بتاريخ **29-08-2000** منشور بالموقع الإلكتروني للمحكمة الدستورية، **https://cour-constitutionnelle.ma**

[4] - قرار المجلس الدستوري الفرنسي بتاريخ **16-01-1962** تحت عدد **182-62**.

الأعلى درجة منها، وهذه الضوابط هي أن تكون الحق أو المركز القانوني قد حاز قوة الأمر المقضي فيه أو قد استقر بانقضاء مدة التقادم، أما إذا لم تنقض مدة التقادم قبل صدور الحكم بعدم دستورية القانون فيمكن أعمال الأثر الرجعي لحكم المحكمة. أما بالنسبة للمسائل الجنائية فإن حكم المحكمة يسري بأثر رجعي على الماضي حتى ولو حازت قوة الشيء المقضي به لأنه أحكام هذه القانون تمس حقوق الأفراد وحرياته.

لنختم أن فاعلية القضاء الدستوري في بناء دولة الحق، ترتبط بالتزام كل السلطات في الدولة بالتقيد بالقرارات الصادرة عنه وتنفيذها فهي قرارات ملزمة وغير قابلة لأي طريق من طرق المراجعة، وعدم التقيد بها يقوض الأسس التي قام عليها القضاء الدستوري، ويطيح بالأهداف التي وجد من أجلها، ويطرح الكثير من الإشكاليات التي ينبغي إيجاد الحلول لها من أجل إنقاذ المنظومة الدستورية والقانونية التي تقوم عليها الدولة.[1]

المبحث الثاني: طبيعة الحكم الدستوري و آثاره

إن الأحكام الدستورية الجديدة الصادرة عن المحكمة الدستورية ستمكن و لأول مرة في تاريخ القضاء المغربي وذلك وفق ما سيأتي به القانون التنظيمي المرتقب وقواعد عمل المحكمة الدستورية من إلغاء نص تشريعي ينتهك الحقوق والحريات المضمونة دستوريا وفق ما يمكن تسميته بالتقاضي الاستراتيجي الذي يمنح بمقتضاه الفائدة العموم على اعتبار أن الدعوى الدستورية هي دعوى عينية وليس شخصية.

إن تحقيق النجاعة القضائية داخل المحكمة الدستورية يقتضي تحديد طبيعة الأحكام (**المطلب الأول**) وآثار الأحكام الصادرة عن هذه المحكمة (**المطلب الثاني**)

المطلب الأول: طبيعة الأحكام الصادرة عن المحكمة الدستورية

تعد الوثيقة الدستورية المحددة والناظمة للحقوق والحريات في مواجهة الأفراد بينهم وبين الدولة، وأن المحكمة الدستورية بعد فحصها للدفع، فإنها ملزمة بإصدار حكم عقب ذلك والذي يختلف منطوقه حسب طبيعة القرار الذي اتخذ بشأن الدفع.

الفقرة الأولى: وصف الأحكام الصادرة عن المحكمة الدستورية

يختلف منطوق الحكم الصادر عن المحكمة الدستورية بحسب الحالات التالية :

[1] - عصام سليمان- البلوغية إلى القضاء الدستوري – منشورات المجلس الدستوري اللبناني سنة **2013**، ص. **12**.

الحالة الأولى: عدم قبول الدفع

وهي الحالة التي يكون الدفع غير مرتبط بنص قانوني أو الحالة التي يكون سبق للمحكمة الدستورية أن أصدرت قرار بشأنه دون أن يكون هناك تغيير للظروف، كما أنه إذا لم تر المحكمة في النص التشريعي المطعون بعدم دستوريته ـ بناء على الأسباب التي قدمها الخصوم ـ شائب عدم الدستورية، في هذه الحالة على المحكمة الدستورية أن تقضي بعدم قبول الدعوى.

و تختلف الأحكام الرافضة للدعوى الدستورية في مضمونها، و إن اتحدت في جوهرها السلبي، ففي سويسرا يكون الحكم بعدم إعلان عدم الدستورية ، بينما يكون الحكم بعدم القبول، أو برفض الدعوى أو الطعن، أو برفض المسألة الدستورية (كما في إسبانيا، و إيطاليا، و فرنسا، و مصر).[1] وقد صدر قرار عن المحكمة الدستورية رقم: **102/20 م.د بتاريخ 2 مارس 2020 والذي جاء فيه " أولا بأن لا موجب لفحص دستورية مواد النظام الداخلي المعدل بمجلس المستشارين الذي سبق للمحكمة الدستورية أن صرحت بمطابقتها للدستور".**

الحالة الثانية: قرار المطابقة

يتعلق الأمر بالحالة التي يكون الدفع بعدم دستورية غير مؤسس أو لا يوجد أي خرق لحقوق من الحقوق والحريات،[2] فالمحكمة الدستورية تصدر في هذه الحالة حكمها القاضي برد الدفع.

و في فرنسا و باستثناء قرارت صرف النظر non lieu التي تتخذ عندما يكون المجلس سبق له أن نظر في مقتضى تشريعي و أصدر فيه قرارا بالمطابقة أو غيرها دون أن يكون قد حصل تغير في الظروف ... و في هذه الحالات لا ينظم المجلس جلسة علنية و يكتفي بإخبار الأطراف (مثلا القرار رقم 714\713-2018 بتاريخ 13-06-2018).[3]

الحالة الثالثة: قرار المطابقة مع التحفظ حول التفسير

في هذه الحالة المحكمة الدستورية تصدر قرار بمطابقة الفصل القانوني موضوع الدفع، لكنها تتحفظ حول تفسيره من طرف قضاة الموضوع أو محكمة النقض وقد سبق للمحكمة الدستورية في قرارها عدد **قرار رقم:** 20/103 م.د الصادر في الملف **عدد:** 055/ بتاريخ 12 مارس 2020 والمتعلق القانون

---

[1] - مها بهجت يونس الصالحي، الحكم بعدم دستورية نص تشريعي و دوره في تعزيز دولة القانون - مطبعة بيت الحكمة الطبعة الأولى **2009** بغداد العراق، ص. **99**.

[2] - " إن التأويل المطابق للدستور، يكون مفروضا، حين تكون حرفية القانون، تاريخ وضعه و سياقه و غايته تسمح بنتيجة مطابقة للدستور... إن مقتضى تشريعي ليس مخالفا للدستور، إلا إذا كان لا يمكن القيام، عبر اتباع قواعد التأويل، أي تأويل يجعل المقتضى المعني مطابقا للدستور" قرار المحكمة الدستورية الألمانية بتاريخ **24-04-1985**.

[3] - عبد العزيز النويضي، المحكمة الدستورية و مسألة الدفع بعدم دستورية القوانين، مرجع سابق، ص. **206**.

التنظيمي رقم 04.16 المتعلق بالمجلس الوطني للغات والثقافة المغربية، بأن المواد 2 (الفقرة الأولى) و 3 و 6 (الفقرة الأولى) و 9 (المقطع الأخير من الفقرة الأولى) و 10 و 19(الفقرة الأولى)، ليس فيها ما يخالف الدستور، مع مراعاة التفسير والملاحظات المسجلة بشأنها.

1- بأن باقي المواد مطابقة للدستور."

أما على الصعيد الاجتهاد المقارن، فلما أصدر المجلس الدستوري الفرنسي قراره بالمطابقة مع التحفظ[1] حول التفسير في جريمة السكر العلني،[2] أثاره معه نقاش جعل البعض يفسر هذه العملية بمثابة تدخل في العملية التشريعية.

وتعد هذه الأحكام بحسب الأصل أحكام بعدم الدستورية، غير أن اقترانها ببعض التحفظات، التي يعد التقيد بها شرطا لدستوريتها، يدرجها في عدد الأحكام الصادرة برفض الدعوى الدستورية، وفي هذه الصورة من الأحكام تلجأ المحكمة الدستورية إلى منهج معين في التفسير للحيلولة دون الحكم بعدم الدستورية، سواء انصب هذا المنهج على تفسير القاعدة الدستورية أو تفسير القاعدة القانونية التشريعية.

فالقضاء الدستوري في بعض النظم المقارنة كإيطاليا و ألمانيا و فرنسا، يستعمل وسائل تفسيرية معينة لتحاشي إبطال القانون كلما أمكن تفسيره بطريقة تجعله موافقا لأحكام الدستور حفاظا على وحدة النظام القانون كلما أمكن تفسيره بطريقة تجعله موافقا لأحكام الدستور حفاظا على وحدة النظام القانوني و ضرورة خضوع القاعدة الدنيا للقاعدة الأعلى منها و التقيد بأحكامها، مع ما تقتضيه ذلك من توفيق بينهما.

وهذا النمط من الأحكام يمثل خروجا عن الإطار المعتاد لرقابة الدستورية المتمثل في الحكم بدستورية النص التشريعي المطعون عليه أو عدم دستوريته توصلا لنمط جديد يقتضي بدستورية النص محل الرقابة شريطة مراعاة التفسير الذي تراه المحكمة موافقا لأحكام الدستور، فيكفل هذا النمط

---

[1] - يمكن تقديم ثلاثة أنواع من التحفظات حسب اجتهاد المجلس الدستوري الفرنسي :

أ- التحفظ التأويلي التحييدي : حيث مضمون التحفظ ينصرف إلى استبعاد تأويل محتمل وممكن للقانون مخالف للدستور، ويقابله في اجتهاد المحكمة الدستورية الإيطالية " بالتأويل التحجيمي ".

ب - التحفظ التأويلي الموجه : إذا كان يتضمن توجيها للسلطة المكلفة بتطبيق القانون، وفي الغالب، فإن هذا التحفظ يكون موجها للمشرع، وفي بعض الأحيان للسلطة التنظيمية، وكذا القاضي العادي أو الإداري.

ج - التحفظ التأويلي المؤسس نكون بصدد حالة التحفظ المؤسس حين يضيف المجلس الدستوري للقانون، مقتضيات لغاية جعله مطابقا للدستور، أوحين يتمم ما ينقص النص لجعله مطابقا للدستور.

للمزيد يمكن الاطلاع على:

Les réserves d'interprétation du Conseil constitutionnel, in www.conseil-constitutionnel.fr

[2]-قرار عدد **2012-235** بتاريخ **08-06-2012** . منشور على الموقع **www.conseil-constitutionnel.fr**

الجديد من الأحكام تفادي الكثير من المشاكل العملية الناجمة عن الحكم بعدم الدستورية كعدم الاستقرار في المراكز القانونية.

و يرى جانب من الفقه الفرنسي أن هذا النمط من القرارات المطابقة بشرط يجد سنده القانون في سلطة القاضي في التفسير التي يعد وسيلة لممارسة الرقابة، من خلال توضيحه العلاقة بين القاعدة الدنيا محل الرقابة و هي " القانون " و القاعدة العليا التي يرجع إليها في ممارسة تلك الرقابة و هي للرقابة متفقة معها و منسجمة مع أحكامها.[1]

الحالة الرابعة: قرارعدم المطابقة

في هذه الحالة تصدر المحكمة الدستورية قرارها بعدم مطابقة النص موضوع الدفع للدستور وأنه قد أخل أو انتهك للحقوق والحريات المنصوص عليها دستوريا، وقد سبق للمحكمة الدستورية أن أصدرت قرارها بتاريخ 08-02-2019 تحت عدد **قرار** 19/89 والمتعلق بمطابقة القانون رقم 38.15 المتعلق بالتنظيم القضائي للدستور و القاضي "أولا.من حيث الإجراءات المتبعة لإقرار القانون رقم 38.15 المتعلق بالتنظيم القضائي تصرح بأن مسطرة إقرار التعديلات المُدخلة من قبل مجلس النواب، في القراءة الثانية، على المواد 7 و 23 و 48 و 52 و 71 و 96 و 103 و107 من **القانون المتعلق بالتنظيم القضائي، غير مطابقة للدستور**" .

وأنه بالرجوع إلى التجربة الفرنسية فإننا نجد إلى غاية سنة 2020 فقط 18 في المائة من القرارات التي تم إصدار بشأنها قرار غير المطابقة ومن بين القرارات التي أصدرت المحكمة الدستورية بعدم دستوريتها القرار المتعلق بجريمة التحرش الجنسي لكون المشرع الجنائي في الفصل 222-33 لم يحدد هاته الجريمة تحديدا كافيا.[2]

غير أن هذا الأمر يقودنا لطرح التساؤل التالي هل يمكن أن يكون حكم المحكمة الدستوري جزئي فقط أي لا يتعلق بالفصل بأكمله بل فقط بأحد فقراته؟ للإجابة عن هذا التساؤل يمكن الركون إلى بعض الفصول من مقتضيات القانون الجنائي التي تحدد في الفقرة الأولى الفعل الإجرامي، ثم تحدد في الفقرة الثانية العقوبة المقررة لذلك الفصل، لذلك إذا أثير دفع بعدم دستورية جريمة معينة وعقوبتها، فإنه يمكن للمحكمة الدستورية أن تقر بدستورية الجريمة وعدم دستورية العقوبة مثلا.

يدخل هذا الشق في الأحكام التي ينصب منطوق الحكم فيها بعدم الدستورية على جزء من النص التشريعي المطعون عليه، إذ قد تنتهي المحكمة من بحثها للقانون إلى أن تتبين أن في جزء من أجزائه أو في

[1] -- مها بهجت يونس الصالحي، الحكم بعدم دستورية نص تشريعي و دوره في تعزيز دولة القانون، ص. **101**.

[2]- **Con cons 04-05-2012 n° 240 qpc ;in : www.conseil-constitutionnel.fr**

بعضها تعارضا مع نص من نصوص الدستور، و ترى من ذلك أن سائر أجزائه خالية تماما من كل عيب دستوري، فهي لا تملك في مثل هذه الحالة إلا القضاء بعدم دستورية الأجزاء المتعارضة مع الدستور وحدها، من دون أن يمسه حكمها سائر أجزاء القانون المتفقة مع الدستور أو يتعرض لها، و تصدق هذه القاعدة سواء أكانت الأجزاء المتفقة مع الدستور فقرات من نص قانون واحد أو كانت نصوصا من تشريع يتضمن عدة نصوص مستقلة، إذ يجب الإبقاء على النصوص الصحيحة المطابقة للدستور و التي تقبل التجزئةّ، بحيث لا تتأثر إطلاقا بالنصوص المقتضى بعدم دستوريتها، والاعتداد بها، متى كانت وحدها تستطيع أن تحقق فعاليتها فيما تنطبق عليه من وقائع أو منازعات موضوعية و لو كان إعمالها يتم على نحو جزئي و في حدود ما شرعت له، و من دون الخروج عن القواعد المتعلقة بتطبيقها و تفسيرها. فمن المقرر أن بطلان العمل التشريعي بتمامه يكون في إحدى الحالتين إما تعذر فصل النصوص التي أبطلتها المحكمة عما سواها أو قصور النصوص المتبقية عن الوفاء بمقاصد التشريع و غاياته.[1]

و قد عبرت المحكمة الاتحادية العليا في الولايات المتحدة الأمريكية عن هذه القاعدة بوضوح في حكمها الصادر عام 1924 في قضية Dorchy v . Kanasas إذ قالت " إن الجزء السليم من القانون لا يعتبر ممكن الانفصال عن الأجزاء المخالفة للدستور إلا إذا تحقق فيه شرطان: **أولاهما**: أن يتضح أنه يستطيع وحده إنتاج أثر قانوني، و **الثاني**: أن يظهر أن المشرع لو علم بسقوط الأجزاء المخالفة للدستور لاختار مع ذلك بقاء هذا الجزء ".

كما لجأ المجلس الدستوري الفرنسي، أيضا إلى هذه التقنية . الحكم بعدم الدستورية الجزئية . في كل مرة يقرر فيها أن إبطال بعض نصوص القانون لا يؤثر على تكامل القانون بحد ذاته. في هذا الفرض يحكم المجلس ببطلان بعض احكام القانون مع بقاء الأحكام الأخرى، طالما أنها قابلة للانفصال عن بقية نصوص القانون من دون أن تمس وحدته. أما إذا كانت هذه النصوص غير قابلة للانفصال فليس أمام المجلس إلغاء القانون بأكمله، وقد سبق للمجلس الدستوري الفرنسي أن أصدر قراره في هذا الخصوص والذي جاء في منطوقه " الإلغاء الجزئي والحفاظ على باقي المقتضيات".[2]

و أن المجلس الدستوري يفعل تقنية الفصل ليس كمنهاج اجتهادي، ولكن إعمالا لما كانت تخوله إياه الفقرة الثانية من المادة 24 من قانونه التنظيمي، التي كانت تنص على أنه " إذا قضى المجلس الدستوري بأن قانونا تنظيميا أو قانونا أو نظاما داخليا يتضمن مادة غير مطابقة للدستور و لكن يمكن

[1] - مها بهجت يونس الصالحي، الحكم بعدم دستورية نص تشريعي و دوره في تعزيز دولة القانون، ص. **103**.

[2]- **Con cons 20-04-2012 n° 2012- 235 qpc ; in : www.conseil-constitutionnel.fr**

فصلها من مجموعه يجوز إصدار الأمر بتنفيذ القانون التنظيمي أو القانون أو العمل بالنظام الداخلي باستثناء المادة المصرح بعدم مطابقتها للدستور،[1] مستندا في ذلك على محددين أساسين :

الأول : في كون المقتضى المفصول، لا يؤثر في باقي مواد النص، و في النص في كليته.

الثاني : في إمكانية إعمال النص و تنفيذه، و إن في غياب المقتضيات التي تم فصلها عنه.[2]

الحالة الخامسة : عدم المطابقة بأثر مؤجل

يمكن للقاضي الدستوري تأجيل إلغاء المقتضيات غير المطابقة للدستور و تحديد أجل للمشرع لتصحيح الوضع و ذلك بآثار في الزمان تتوقف على الحل الذي يأمر به القاضي الدستوري[3] وقد استحدثته المحكمة الدستورية الألمانية لأسباب تتعلق بالنظام الدستوري و هي المحافظة على " الأمن القانوني " الأمر الذي يحتم الإبقاء على سريان القاعدة غير الدستورية لمدة انتقالية لتفادي أية نتائج تمس النظام الدستوري و على المشرع في هذه الحالة مطابقته للدستور . و على المشرع أيضا عند إجراء التعديل التشريعي بأن يضع القواعد المناسبة التي تسري على الماضي احتراما لمبدأ المساواة أمام القانون.

و على الرغم من القانون الألماني لم يكن يخول المحكمة الفيدرالية الألمانية سوى سلطة إبطال التشريع غير الدستوري، إلا أن المحكمة استحدثت هذا النوع من الأحكام الذي يقضي بعدم دستورية التشريع دون القضاء ببطلانه.[4]

غير أن القاضي الدستوري لا يمكنه تأجيل الإلغاء بالنسبة للتشريع الجنائي الموضوعي غير المطابق للدستور لأن القاضي لا يمكنه تطبيق هذا التشريع بإدانة شخص بالسجن مثلا بتشريع غير مطابق للحقوق الدستورية[5] بينما في قانون المسطرة الجنائية تأجيل إلغائها كما في حصل في القرار المتعلق بالحراسة النظرية.[6]

الفقرة الثانية: تعليل و نشر قرار المحكمة الدستورية

[1] - المقتضى المذكور يقابله المادة 27 من القانون التنظيمي المتعلق بالمحكمة الدستورية.

[2] - محمد أتركين – معجم الدستور المغربي – دار النشر المعاصرة الطبعة الأولى يناير 2021، ص. 1460.

[3] - عبد العزيز النويضي – المحكمة الدستورية و مسألة الدفع بعدم دستورية القوانين، مرجع سابق، ص. 213.

[4] - مها بهجت يونس الصالحي الحكم بعدم دستورية نص تشريعي و دوره في تعزيز دولة القانون، ص. 104.

[5] - عبد العزيز النويضي – المحكمة الدستورية و مسألة الدفع بعدم دستورية القوانين، مرجع سابق، ص. 213.

[6] - Decison n 2010-14/22 QPC DU 30 juiellet 2010 M.Daniel W. Et autre .

أ- تعليل قرارات المحكمة الدستورية

تعليل قرارات المحكمة الدستورية : تنص الفقرة السابعة من المادة 17 من القانون التنظيمي المتعلق بالمحكمة الدستورية، على أنه القرارات الصادرة عن المحكمة بغض النظر عن موضوعها، يجب أن تكون معللة، و تلجأ المحاكم الدستورية عادة في تعليل قراراتها إلى الدستور و القوانين التنظيمية و كذا القوانين، بل و حتى إلى " الأعمال التحضيرية للبرلمان " و عبر اللجوء إلى القانون و الاجتهادات المقارنة وهو ما يطلق عليه بعض الفقه تعبير " حوار المحاكم الدستورية " كما أن التعليل يمكن أن يكون موضوع تعليل مضاد في النموذجات التي تأخذ بتقنية الآراء المنفصلة أو الآراء المعارضة.

عناصر التعليل يمكن أن تكون أيضا صريحة وبارزة، من خلال حيثيات القرار، كما أنه يمكن أن تكون ضمنية، بالنظر إلى العناصر التي يتشكل منها ملف القرار المعروض على جلسة اتخاذ القرار.[1]

ب – نشر قرارات المحكمة الدستورية

في أعقاب إصدار المحكمة الدستورية لقرارها و تطبيقا لمقتضيات المادة 24 من نفس مشروع القانون التنظيمي رقم 15-86، يتم تبليغ " قرار المحكمة الدستورية الصادر بشأن الدفع بعدم دستورية قانون إلى محكمة النقض و المحكمة المثار أمامها الدفع و إلى الأطراف، دخل أجل لثمانية أيام من تاريخ صدوره، و يتم فورا إبلاغ القرارات الصادرة بعدم دستورية مقتضى تشريعي إلى الملك كما يتم إبلاغ جميع القرارات الصادرة عن المحكمة إلى رئيس الحكومة و رئيس كل مجلس من مجلسي البرلمان، و للأطراف. و تنشر القرارات الصادرة بشأن الدفع بعدم دستورية القوانين فور صدورها بالجريدة الرسمية، و بالموقع الإلكتروني للمحكمة الدستورية، غير أنه بالرجوع إلى مشروع القانون التنظيمي للمحكمة الدستورية، فإن قرارات المحكمة الدستورية غير قابلة للطعن بصفة قطعية بأي طريقة سواء العادية أو غير العادية [2] إلا أنه يمكن تقديم طلب تصحيح الأخطاء المادية كما يمكن للمجلس أن يعمد على تصحيحها من تلقاء نفسه وتجدر الإشارة إلى أن جميع الأحكام الصادرة عن المحكمة الدستورية تصدر باسم جلالة الملك وطبق للقانون يلزم أن تكون معللة وموقعة من طرف الرئيس والهيئة.

المطلب الثاني: آثار قرارات المحكمة الدستورية

الدعوى 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

[1] - محمد أتركين – معجم الفقه الدستوري المغربي – مرجع سابق، ص. 378 وما بعدها.

[2] - طارق المجذوب، "قوة القضية المحكوم بها للقرارات الصادرة عن المجلس الدستوري و أثرها في قرارات مجلس شورى الدولة".

القانوني، ومن المفترض أن تتعلق آثار الحكم بالنص القانوني ومثير الدفع في المقام الأول ثم صلاحية المحكمة الدستورية في التصدي.

الفقرة الأولى: آثار الحكم القاضي بعدم الدستورية في مواجهة النص القانوني

إن الأحكام الصادرة بعدم دستورية مقتضى تشريعي تحكمه عدة عوامل يتعين مراعاتها بقدر الإمكان عند تحديد تاريخ نفاذها منها ما هو مستنبط من نص الدستور وروحه كوحدة عضوية شاملة ومنها ما يتعلق بوجوب إقرار الحماية الفعلية للحقوق والحريات والحفاظ على الحقوق المكتسبة والأمن القانوني والنظام العام ودعم الثقة المشروعة المستمدة من النصوص القانونية القائمة والحرص على تفادي الفراغ التشريعي،[1] فالنص غير مطابق للدستور يصبح خارج النظام القانوني ولا يمكن أن يرتب أي أثر في المستقبل لكن بالنسبة للوقائع المنتجة والمترتبة عن استخدام القانون المحكوم بعدم دستوريته آثار إشكال حول النطاق الزمني لتنفيذ تلك الأحكام.

أولا: الأثر الرجعي للحكم الصادر بعدم الدستورية

الأصل في الأحكام القضائية أنها كاشفة وليست منشئة، إذ هي لا تستحدث جديدا ولا تنشئ مركزا أو أوضاعا لم تكن موجودة من قبل، بل هي تكشف عن حكم الدستور أو القانون في المنازعة المطروحة على القضاء وترده إلى مفهومه الصحيح الذي يلازمه منذ صدوره وتكشف عن العوار الدستوري الذي لبس النص القانوني المطعون فيه منذ مولده، الأمر الذي يستتبع أن يكون للحكم بعدم الدستورية الأثر الرجعي كنتيجة حتمية لطبيعته الكاشفة، فإن المحكمة حين تقضي بعدم دستورية تشريع معين مع ما يترتب على ذلك من إلغاءه وبطلانه، فإنها لا تنشئ هذا البطلان، وإنما تقرر شيئاً قائماً بالفعل بحكم الدستور القائم.

فالتشريع الباطل لمخالفته للدستور باطل منذ وجوده لأنه ولد مخالفا للدستور والنص التشريعي لا ينشأ صحيحا إلا باتفاقه مع الدستور، مما يستدعي تطبيق الحكم بأثر رجعي، لذلك فإن المنطق القانوني المجرد يحتم أن يكون للحكم الذي يصدر مقرراً عدم الدستورية أثر رجعي يمتد إلى تاريخ صدور النص التشريعي غير الدستوري، وليس تاريخ صدور الحكم بعدم دستوريته، بما يعني عدم جواز تطبيق هذا النص ليس في المستقبل فحسب، وإنما أيضا بالنسبة للعلاقات والأوضاع السابقة على صدوره، بما مفاده بطلان هذه العلاقات والأوضاع التي تمت في الماضي استناداً إلى هذا النص المقضي بعدم دستوريته.

ويعتمد الأثر الكاشف للحكم بعدم الدستورية على أساس أن العيب المتضمن في النص القانوني ولد معه وأن المشرع حينما أجاز سلوك مسطرة الدفع بعد الدستورية، إنما كان ينبغي بذلك تحقيق فائدة للخصم في المنازعات الموضوعية التي أثير فيها الدفع الدستوري فيما لوقضى بعدم الدستورية وهي منازعات

[1]- ذ. محمد قصري، الوكيل القضائي للمملكة عضو سابق بالمحكمة الدستورية، "اثار الحكم الصادر بعدم دستورية قانون مطعون فيه"، مقال منشور بالمجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد **128**، سنة **2016**، ص. **147**.

تدور كلها حول علاقات وأوضاع سابقة بالضرورة على الحكم بعدم الدستورية، فإذا لم يكن لهذا الحكم أثر رجعي لأصبح لازما على قاضي الموضوع أن يطبق ذات القانون بعد القضاء بعدم دستوريته، مما يأباه المنطق السليم ويتنافى مع الغرض المرتجى من الدفع بعدم الدستورية ولا يحقق لمبدي الدفع أية فائدة علمية مما يجعل الحق في التقاضي – وهو حق دستوري – غير مجد [1] بينما يستند اتجاه آخر إلى أن الأثر الكاشف أو الرجعي بعدم الدستورية يستند إلى مبدأ المساواة أمام القانون إذ لا يجوز التمييز بين مراكز قانونية تكونت قبل هذا الحكم وأخرى تكونت بعده.

وإذا كان مبدأ الأمن القانوني يعد أحد أهم الأسس التي يقوم عليها بناء الدولة القانونية فهو بذلك يعتبر أهم ضمانة للحماية والتي تهدف إلى تأمين حسن تنفيذ الالتزامات وتلافي أو على الأقل الحد من عدم الوثوق في تطبيق القانون .

وبمقتضى هذا المبدأ يلتزم المشرع بعدم مفاجأة أو مباغتة الأفراد أو هدم توقعاتهم المشروعة لذلك، تعتبر فكرة التوقع المشروع من جانب الأفراد من الأفكار الحديثة في القوانين الأوروبية، وترتبط هذه الفكرة ارتباطا وثيقا بفكرة الأمن القانوني وتعتبر صورة من صورها والتي تعني في جوهرها أن القواعد العامة المجردة التي تصدر من السلطة التشريعية في صورة قوانين أو تصدر عن السلطة التنفيذية في صورة مراسيم إدارية يجب ألا تصدر بطريقة فجائية مباغتة تصطدم مع التوقعات المشروعة.

ولذلك، فقد أصبح مبدأ الأمن القانوني "وما يتفرع عنه كالثقة المشروعة LA CONFIANCE LEGITIME واستقرار المعاملات في صلب الاهتمام بفضل ما يوفره هذا المبدأ للأفراد والفاعلين القانونين والاقتصاديين من حماية استقرار الإطار القانوني الذي يتعاملون في مجاله ويتعاقدون من خلال قواعده وينتظمون بالنسبة لالتزاماتهم تجاه السلطة العمومية تبعا لمقتضياته، الأمر الذي يستوجب أخذها بعين الاعتبار في آثار الأحكام الصادرة بعدم الدستورية في ثلاثة صور:

1 -عدم رجعية القوانين التي تعتبر مبدأ دستوري في أغلب الدساتير والتي لا يجوز الحياد عنها إلا استثناء ولفائدة المصلحة العامة القصوى.[2]

---

[1]- محمد علي السويلم، م س، ص. **612**.

[2]-ذهبت المحكمة الدستورية العليا المصرية في حكم حديث لها إلى قصر الاستثناء من الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية في حالة واحدة فقط وهي حالة الحقوق والمراكز التي استقرت بحكم قضائي بات (وليس حكماً نهائياً)، وفي ذلك قررت المحكمة الدستورية أنه " وحيث أن قانون المحكمة الدستورية العليا – ضماناً لصون الحرية الشخصية التي كفلها الدستور واعتبرها من الحقوق الطبيعية التي لا يجوز الإخلال بها عدو اناً – قد نص في المادة (**49**) منه، على أنه إذا كان الحكم بعدم الدستورية متعلقاً بنص جنائي، فإن أحكام الإدانة الصادرة استنادا إليه، تعتبر كأن لم تكن، وهوما يعني سقوطها بكل آثارها، ولو صار الطعن فيها ممتنعاً لتفارقها قوة الأمر المقضي التي قارنتها . وتلك هي الرجعية الكاملة التي أثبتها قانون المحكمة الدستورية العليا لأحكامها الصادرة بإبطال النصوص العقابية، وهي بعد رجعية لا قيد عليها ولا عاصم منها، بل يكون أثرها جارفاً لكل عائق على خلافها ولوكان حكماً باتاً فإذا كان قضاؤها مبطلاً لنص غير جنائي، فإن أثره الرجعي يظل جارياً، ومنسحباً إلى الأوضاع والعلائق التي اتصل بها مؤثراً فيها حتى ما كان منها سابقاً على نشره في الجريدة الرسمية، ما لم تكن الحقوق والمراكز التي ترتبط بها قد استقر أمرها بناء على حكم قضائي تو افر

2 - ضرورة احترام الحقوق المكتسبة للأفراد التي استمدوها بطريق مشروع من القوانين القائمة المتعلقة بالحقوق والحريات المضمونة بالدستور.

3 – وجوب تقرير ضوابط للأثر الرجعي للأحكام الصادرة بعدم الدستورية.[1]

لنخلص أن القضاء الدستوري يجب أن يوازن في أحكامه الصادرة بعدم الدستورية بين القيم الدستورية المختلفة ومن هذه القيم المصلحة العامة المتمثلة في الاستقرار القانوني، فممارسة الحقوق والحريات رهينة بالتقيد باعتبارات المصلحة العامة علما أن الحقوق التي تتولد عن القضاء بعدم دستورية النص المطعون فيه لا يمكن وفقا للقواعد العامة أن تنتقص من حقوق أخرى مكتسبة بحكم قضائي أو بانقضاء مدة التقادم.[2]

ويرى بعض الفقه أن الحكم بعدم الدستورية يلزم محكمة الموضوع بالامتناع عن تطبيق النص المقتضى بعدم دستوريته، ولكنه لا يلغي هذا النص الذي يبقى قائما من الناحية النظرية المجردة حتى يلغيه المشرع وإن كان سيفقد قيمته العلمية من الناحية التطبيقية، لأن جميع المحاكم ستمتنع عن تطبيقه إعمالا للحجية المطلقة للحكم الصادر بعدم الدستورية.[3]

ثانيا: الأثر الفوري للحكم الصادر بعدم الدستورية

تختلف الأثر بالنسبة للحكم القاضي بعدم الدستورية والأخر القاضي بدستورية النص مع التحفظ حول التفسير .

1- آثار الحكم بعدم المطابقة:

يعني إلغاء النص التشريعي المطعون عليه اعتباراً من تاريخ نشر الحكم بعدم دستوريته والقابل للتطبيق من حيث المبدأ على جميع الدعاوى القائمة ويترتب على ذلك أن جميع الآثار التي رتبها النص التشريعي قبل الحكم عليه بعدم الدستورية تبقى صحيحة وقائمة، وأنه لا يطبق على العلاقات السابقة

فيه شرطان، أولهما : أن يكون باتاً وذلك باستنفاده لطرق الطعن جميعها، وثانيهما : أن يكون صادراً قبل قضاء المحكمة الدستورية العليا، ومحمولاً على النصوص القانونية عينها التي قضى ببطلانها، حكم الدستورية العليا في القضية رقم **37** لسنة **9** ق " دستورية " بجلسة **1990/5/19**.

[1]-جاء في قرار للمحكمة الدستورية العليا تحت عدد **48** سنة قضائية **3** جلسة **11** يونيو **1983** "أن الأحكام الصادرة في الدعاوى الدستورية- وهي بطبيعتها دعاوى عينية توجه الخصومة فيها إلى النصوص التشريعية المطعون عليها بعيب دستوري- تكون لها حجية مطلقة ولا يقتصر اثرها على الخصوم في تلك الدعاوى التي صدرت فيها و انما ينصرف هذا الأثر إلى الكافة وكذلك جميع سلطات الدولة كما ان مؤدى عدم جواز تطبيق النص المقتضى بعدم دستوريته من اليوم التالي لنشر الحكم – وعلى ما جاء بالمذكرة الايضاحية للقانون – لا يقتصر على المستقبل فحسب و انما ينسحب على الوقائع والعلاقات السابقة على صدور الحكم على ان يستثنى من هذا الأثر الرجعي الحقوق والمراكز التي تكون قد استقرت عند صدوره بحكم حاز قوة الأمر المقضي أو بانقضاء مدة التقادم ".

[2]-د محمد قصري، م س، ص .**151** .

[3]-د رمزي الشاعر، م س، ص. **613**.

على صدوره، إلا إذا كان يتعلق بنص جنائي ويذهب جانب من الفقه إلى ان التشريع إذا ما اعتاد الناس على تطبيقه فإن الحكم بعدم الدستورية بعد فترة طويلة من تطبيقه يخلق نوعا من الإخلال بالأمن القانوني ولا يجوز أن تتحول الرقابة على دستورية القوانين إلى وسيلة للهدم وزعزعة الاستقرار " ويستند هذا الرأي على الحجج التالية:

- إن الرقابة على مضمون القوانين تعد من مقاصد المشرع الدستوري، وبالتالي فإنه يطبق بأثر مباشر من اليوم الموالي لنشر الحكم بعدم الدستورية.

- إن التسليم بالأثر الرجعي للحكم الصادر بعدم الدستورية يخل بالحقوق والمراكز القانوني[1] سيما في الميدان الضريبي[2] فإلغاء النص القانوني له اثر فوري على النزاع الأساسي والنزاعات المشابهة.

2- أثر الحكم بالمطابقة مع التحفظ حول التفسير

في هذه الحالة يطبق القاضي و الإدارة القانون كما فسرته المحكمة ، وقد يكون التفسير جديدا فيستفيد صاحب الدفع رغم بقاء القانون ضمن التشريع الجاري به العمل ، حيث انه في بعض الحالات يطبق المقتضى التشريعي المشروط بتفسير القاضي الدستوري انطلاقا من تاريخ نشر القرار و هو يسري طبعا على الحاضر و المستقبل و على القضايا الرائجة و تلك التي لم تحكم نهائيا بحكم اكتسب حجية الأمر المقضي به [3]

ثالثا: الإلغاء اللاحق لقرارات المحكمة الدستورية

يهدف هذا التوجه إلى تأجيل تطبيق إلغاء النص القانون غير الدستوري من أجل ترك المدة الكافية للمشرع من أجل صياغة نص قانوني مطابق للدستور والغاية، من ذلك هو تجنب كل فراغ تشريعي أو فوضى قانونية، إضافة إلى المسببات المرتبطة بالاستقرار القضائي والأمن العام،[4] ومن هذا المنطلق لجأت المحاكم الدستورية إلى نوع من الفن القضائي في سياستها القضائية تسمح لها بأن تحقق فعالية الرقابة

[1]- ذ. محمد قصري، م س، ص. **153**.

[2]-إن إبطال المحكمة للضريبة باثر رجعي مؤداه ان ترد حصيلتها التي انفقتها – في مجال تغطية اعبائها- إلى الذين دفعوها من قبل بما يعجز عن مواصلة تنفيذ خططها في مجال التنمية ويعوقها عن تطوير أوضاع مجتمعها ويحمل على فرض ضر ائب جديدة لسد العجز في موازنتها وتلك جميعها اثار خطيرة تهدم من خلال حدتها الأوضاع القائمة وتضطرب بها موازنة الدولة فلا تستقر مواردها على حال انظرد. محمد علي سويلم، مرجع سابق، ص. **618**.

[3] عبد العزيز النويضي – المحكمة الدستورية و مسألة الدفع بعدم دستورية القو انين - مرجع سابق ص **207**

[4]- **PHILIPE Belloir, « La question prioritaire de constitutionnalité », edition de la justice au quotidien l'harmattan 2012. p. 34.**

الدستورية دون التضحية بالأمن القانوني والمتمثلة في إيقاف آثار الحكم بعدم الدستورية[1] في حالات استثنائية ولمدة محددة [2]حتى تعطى الفرصة للمشرع لتفادي عيب عدم الدستورية وحدوث اضطراب بالعلاقات القانونية القائمة.[3]

وهناك من يعتبر أن الإلغاء اللاحق يضر بالمصالح الذاتية للمتقاضين المعنين وهذا باسم خطر المساس بمبادئ دستورية أخرى والفراغ القانوني وخرق اكبر لقاعدة دستورية،[4] الشيء الذي يطرح التساؤل حول الفائدة التي سوف يجنيها مثير الدفع في الحالة التي يتبقى المقتضيات القانونية كدفوع بعدم دستوريتها جارية في حقه مادام أنها لم تصحح بعد من طرف المشرع ؟ وهل يمكن للقضاء الدستورية أن يجمد النزاع الجاري حتى تصحح حالة عدم الدستورية وتنتج عن ذلك الآثار المرغوب فيها في القضايا الجارية وهل من صلاحيته أن يوجه خطابا إلى المحاكم بإيقاف البت في المقتضى التشريعي المطعون عليه، إلى حين دخول القانون الجديد حيز التنفيذ بعد تدارك العيب الدستوري المحكوم بعدم دستوريته.[5]

بالرجوع إلى التجربة الفرنسية نجد أن المجلس الدستوري الفرنسي بعد أن أجل حتى فاتح يوليوز أثار قراره بعدم دستورية بعض المقتضيات المتعلقة بالحراسة النظرية أن التدابير التي اتخذت قبل هذا التاريخ تطبيقا لتلك المقتضيات المصرح بعدم دستوريتها لا يمكن ان يطعن فيها على أساس هذا القرار بمعنى أن تلك المقتضيات تظل قائمة ولعل الخشية والوقاية من المساس بالنظام العام البحث عن مرتكب الجرائم هي التي فرضت على القاضي هنا ان يؤجل البت إلى حدود الأجل الذي حدده المجلس الدستوري لتصحيح العيب الدستوري ففي هذه الحالة كإن إلغاء القانون بدون أثر على الدعوى لم يرجع بأي فائدة على مثير الدفع بعدم الدستورية.

إن تأجيل البت ليس بمرادف للفوضى والاضطراب في العمل التشريعي، وإنما راجع لكون الطابع المعقد للقانون الدستوري سواء من حيث المسائل التي فصل فيها المجلس الدستوري أو المحكمة الدستورية من بعده، فأغلب المسائل ملموسة ومحددة و قانونية دقيقة و لصيقة بتفاصيل الحياة القانونية، كما هو

---

[1]-يؤكد رئيس المجلس الدستوري الفرنسي جون لويس دوبري بتاريخ فاتح مارس **2011** " كل واحد يجب ان يبقى في مكانه، نحن لا نضع القانون محل المشرع حين نلغي مقتضى لا نقول ما يجب ان يوضع بدلا عنه حينما راقبنا الحراسة النظرية لم نقل ماهي المسطرة التي يجب ان تعوضها بل تركنا احد عشر شهرا للمشرع لإعادة كتلة القانون بشكل يطابق المبادئ المعلنة وفي جميع الأحوال لسنا نو ابه " .

[2]-قرار المجلس الدستوري الفرنسي المتعلق بالحراسة النظرية الصادر بتاريخ **30-07-2010** تحت عدد **14.22-2010** والذي اجل تطبيقه إلى غاية **01-07-2011** .

[3]- محمد قصري، م س، ص. **155**.

[4]-**Julien bonnet pierre –yvesgahdoun op cit ; page. 92** .

[5]- محمد قصري مرجع سابق، ص. **156**.

الشأن في الطب فالتبادل بين صاحب الاختصاص العام في الدستورية والاختصاصي في مختلف فروع القانون يتم التكفل الفعال بالدفع بعدم الدستورية.

الفقرة الثانية :صلاحية المحكمة الدستورية في التصدي

بالرغم من أن المشروع القانون التنظيمي لم يتطرق إلى صلاحية المحكمة الدستورية للتصدي، إلا أنه لابد من التطرق لهاته الإشكالية، وذلك بخصوص الأنظمة المقارنة التي نظمتها والتي أجابت عن التساؤل هل يمكن للمحكمة الدستورية أن تتصدي تلقائياً، ليس بمفهوم أن تبحث عن القوانين لتقرر عدم دستوريتها، وإنما في الحالات التي تستوجب ذلك، فقد يتصدى القاضي في بعض الأحيان بناء على نص في قانون وفي أحيان أخرى بناء على سلطته التقديرية لإثارة بعض المسائل والدفوع من تلقاء نفسه، ودون حاجة لتمسك الخصوم بها نظراً لتعلق الدفوع بالنظام العام، واستثناء من المبدأ الذي يحظر على القاضي تجاوز ما طرحه الخصوم من طلبات ودفوع يتحدد بها نطاق الدعوى وبهذا يختلف القضاء الدستوري عن القضاء العادي في هذا الموضع.

إن فكرة التصدي من قبل القضاء الدستوري تستند على فكرة النظام العام والتي تتسع اتساعا كبيراً بالمقارنة مع جميع فروع القضاء العادي والإداري، ويرجع ذلك إلى أن القاضي الدستوري يراقب مدى اتفاق القوانين مع الدستور باعتباره قانون القوانين الذي يتمتع بالسمو على هذه القوانين، فعليه أن يثير من تلقاء نفسه أي دفع يتعلق بتطبيق الدستور بجميع نصوصه ومبادئه لوحدة نصوصه، إذا وجد أن هنالك مخالفة فعليه أن يقضي بعدم دستوريتها سواء أكان المدعي قد أثار هذه المخالفة أم لم يثرها.

ومفهوم التصدي بالمعنى المتقدم متعلق بمفهوم النظام العام، وقد كان له تطبيقات في القانون الدستوري المقارن، فقد تصدى المجلس الدستوري الفرنسي[1] من تلقاء نفسه بعدم الدستورية في كثير من القضايا، كما أن القضاء الدستوري المصري تصدى من تلقاء نفسه في العديد من القرارات بعدم دستورية نص لم يطعن بدستوريته ونشير إلى قرار المحكمة الدستورية في مصر بقرار لها برقم 137 السنة /القضائية الثانية عشر/ في 1998/4/4 م بعدم دستورية نص الفقرة 1 من المادة 54 من القانون رقم 35 لسنة 1976م ولم تكن هذه الفقرة محلاً للطعن بعدم الدستورية ذلك أن الطعن كان منصباً على الفقرة (2) من المادة 54 وليس الفقرة (1) ولكن المحكمة قدرت وجود ارتباط بين الفقرتين، ولم تصف أن هذا الارتباط لا يقبل التجزئة، ذلك أن الفصل بينهما ممكن وكان للمدعي أن يحقق طلباته أن تقضي له المحكمة بعدم دستورية الفقرة 2 من المادة 54 المطعون فيها لوحدها، لكن المحكمة الدستورية بعد أن

فحصت نص الفقرتين في ضوء أحكام الدستور قررت أنهما تنطويان على مخالفة لأحكامه وقضت بعدم دستوريتهما معاً.

إن التحدي الرئيسي الذي يواجه الهيئات المسؤولة عن الرقابة القضائية على دستورية القوانين هو التعويض عن هذا العجز في الشرعية الديمقراطية للمنشأ مع وجود أساس مناسب لقراراتها وتصميم إجراءات توسع من إمكانيات مشاركة المواطنين في النقاش العام حول دستورية القوانين تصبح الملاءمة، إذن أحد العناصر الرئيسية التي تعتمد عليها "شرعية التمرين" التي يجب أن تفوز بها المحاكم الدستورية للوفاء بوظيفتها المتمثلة في العمل كجهاز لتغيير قرارات المشرع[1].

وقد سبق للمجلس الدستوري اللبناني أن تبنى هذا التوجه على غرار المجلس الدستوري الفرنسي في أكثر من قرار له لا سيما القرار رقم 4 تاريخ 29 أيلول 2001 الذي نص حرفيا على حق المجلس بتجاوز مراجعة الطعن ووضع يده "على القانون المطعون فيه بأكمله ولا يقف عند حدود مراجعة الطعن به.

لا شك أن أهمية هذا التوجه تكمن في توسيع رقابة المجلس الدستوري قدر الإمكان، فنظرا لمحدودية طرق المراجعة في لبنان المحصورة عملا بالمادة 19، إلى أي حد يمكن التعويل على آلية الدفع الفرعي في تعزيز ولوج المواطنين للعدالة الدستورية كضمانة أساسية لمراقبة مطابقة المقتضيات التشريعية لمبادئ وأحكام الدستور الضامنة للحقوق والحريات الأساسية؟

و في دراسة حول العلاقة بين القضاء الدستوري والبرلمان، يشير الدكتور عصام سليمان، رئيس المجلس الدستوري اللبناني، إلى أن «العلاقة بين القضاء الدستوري والبرلمان دقيقة ومعرضة للتوتر، فالحساسية لدى البرلمانيين تجاه القضاء الدستوري موروثة، وقد ازدادت نتيجة التحول في المفاهيم. تحول تلخص بالتأكيد على أن القانون لا يعبر عن الإرادة العامة إلا إذا كان متطابقاً مع الدستور، ما استدعى تقيد البرلمان في عمله التشريعي بما نص عليه الدستور.[2]

[1] - نشير على سبيل المثال إلى القرار رقم **1** تاريخ **2002/1/31** الذي أبطل بموجبه المجلس الدستوري المادة **61** من قانون الضريبة على القيمة المضافة علما أن الجهة الطاعنة لم تكن قد أشارت اليها في المراجعة، ما يؤكد بشكل حاسم صلاحية لا بل إلزامية مر اقبة كامل القانون المطعون فيه.

[2] -**www.cc.gov.lb/articles-et-allocutions**

الفصل الثاني: الرقابة على دستورية القوانين آلية النجاعة القضائية

إذا كان الدستور نصاً مدوناً فهو لم يعد مدوناً بحبر من صاغه، وحسب تعبير الفقيه فردريك جوال أيفوAïvo Joël Frédéric ، فالقاضي الدستوري في السنوات الأخيرة وفي دول عدة، برهن من خلال تفسير الدستور، على قدرته على إحياء النص بصوته واعادة كتابته باجتهاداته.[1] بينما رأى "دومينيك روسو " Rousseau Dominique، انطلاقا من تفسير الدستور تفسيرا خلاقا créative interpré، أن أطروحة النهوض بالدستور أو قيامة الدستور Constitution la de résurrection، بفضل سلطة القاضي في التفسير، تواجه أطروحة موت النص الدستوري، ويكفي للاقتناع بذلك، الكشف عن اجتهادات المجلس الدستوري الفرنسي، لنتأكد بسهولة من أن الدستور قد تحو ل إلى فعل حي مبدع ومكون باستمرار أي تحول إلى فضاء منفتح على خلق مستمر للحقوق « un acte vivant, en création ou en

formation continue, un espace ouvert à la création continue de droits »

وذلك بفضل الطريقة المعتمدة في هذه الاجتهادات وتاليا في تفسير الدستور.[2]

ولا يماري أحد في أن سيادة القانون ليست ضمانا مستوجبا لحماية حرية الفرد فحسب، لكنها أضحت الأساس الوحيد لشرعية السلطة داخل الدولة القانونية بالمجتمعات الديمقراطية، وأن حقوق الإنسان وحرياته يلتزم المشرع العادي بضمانها نتيجة قيمتها الدستورية، ويعود الأساس في ذلك إلى أن الدولة القانونية التي تعلو فيها سيادة القانون في ظل النظام الديمقراطي لابد أن تمنح لحقوق الإنسان كل حماية دستورية، حتى يستظل المشرع العادي بدستوريتها في جميع فروع القانون.[3]

وانطلاقا من كون الدفع بعدم الدستورية يشمل جميع فروع القانون ويسمح للمتقاضي من التعرض على القوانين التي تتضمن انتهاكا للحقوق والحريات المضمونة دستوريا ومن تم نتساءل هل يمكن ان نضمن حماية الحقوق والحريات وذلك طبعا في علاقته مع دولة القانون؟

وقد اعتبر ميدان العدالة الجنائية بحق ميدان المعركة الذي يمكن فيه اختبار مدى الحفاظ على قيم حقوق الإنسان والديمقراطية في أي مجتمع، حيث أن سلطة الدولة في هذا المجال، يمكن أن تمتد

---

[1] - **Frédéric Joël Aïvo, « La crise de normativité de la Constitution en Afrique", RDP, 2012, nº1, L.G.D.J..p.162.**

[2] - **Dominique Rousseau, "Une résurrection: la notion de la Constitution", ap. Frédéric Joël Aïvo, op.cit. p.163.**

[3]- السلام محمد الغنامي، "مر اقبة دستورية القو انين في المغرب والقانون المقارن"، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون العام، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية، والاقتصادية والإجتماعية، الرباط، **1999-2000**، ص. **176**.

لتشمل كل الإجراءات والممارسات التي يمكن القيام بها، وبالتالي يمكنها أو تؤثر أو تنتقص أو حتى تحرم فردا من حق من حقوقه.[1]

ومن تم نجد أن الفكر الجنائي استطاع أن يتطور بثبات فلامس العدالة الجنائية وتعرف على مظاهرها وعايش معانيها، ووضع مبادئ خالدة يعز على الإنسانية أن تفرط فيها أو تتنازل عنها، وهو ما اعتبر بمثابة استحقاق أساسي للإنسان مفطور عليه، ويدفعه إلى طلب التمتع بمجموعة حقوق ضرورية لحياة إنسانية لائقة باعتباره كائنا محوريا تقوم المنظومة القانونية على تدبير شؤونه، فضلا عن ذلك فهو مجال تدارس لأهم نقط اصطدام الحادة التي تنقل الإنسان من مجرد مستهلك للحقوق والحريات إلى فاعل متفاعل معها، وهو ما ترجمه المنتظم الدولي في مجموعة من المواثيق كالإعلان العالمي لحقوق الإنسان وباقي الاتفاقات الدولية والإقليمية.

غير أن هذه المساءلة الدستورية إذا كان يترتب عنها تطهير المنظومة القانونية من النصوص المخالفة لدستور، باعتبارها أحد المخططات المستقبلية التي يسعى المشرع إلى تنزيلها بعد دخول القانون المنظم للدفع بعدم الدستورية حيز النفاذ (**المبحث الأول**)، فإن الحكم الصادر بعدم دستورية نص قانوني ما يرتب مسؤولية الدولة (**المبحث الثاني**)، ذلك لأن إثارة أي دفع بعدم الدستورية قد يترتب عنه المساس بالمراكز القانونية للأفراد، وهو ما يمكن أن تأثير عن الحقوق المكتسبة، لذا فالموازنة بين هذه الحقوق يعد مطلبا في غاية الأهمية

المبحث الأول: الدفع بعدم الدستورية آلية لتجديد النصوص القانونية

إن الحماية الدستورية تتطلب التوازن بين القيم الدستورية والمتمثلة في الحقوق والحريات من جهة، والمصلحة العامة من جهة ثانية، ويتحمل المشرع مسؤولية توفير الضمانات هذه الحماية الدستورية من خلال التوازن وذلك تحت رقابة القضاء الدستوري،[2] لذلك فان كفاءة المنظومة القانونية في أي دولة لا تنبع فقط من صياغة نصوصها بطريقة محكمة و واضحة، بل بقدرة هذه النصوص على التكيف و الاستجابة لمتطلبات التطور العادي للمجتمع.[3]

إن العدالة مرتبطة بدور القاضي سواء من خلال حلال مرحلة التقاضي أو خلال مرحلة الحكم وتنفيذه انطلاقا من التطور المجتمعي الدي يجب أن يواكب تطور على مستوى المساطر وعلى مستوى

[1]- جميلة بوستاوق، "الأسس الدستورية للعدالة الجنائية"، مرجع سابق، ص. **4**.

[2]- احمد فتحي سرور، "الحماية الدستورية للحقوق والحريات"، دار الشروق، الطبعة الثانية **2000**، مصر، ص. **359**.

[3]- خالد عليوي العرداوي، "القانون بين جمود النص وقابلية التغيير"، مقال منشور بموقع **www.anbae.org**_تاريخ زيارة الموقع **21-04-2020**

القانون من أجل الحديث عن العدالة الجماعية،[1] إن ضمان استمرارية تطبيق النص القانوني في المستقبل يستلزم الدقة في التعبير والوضوح والحق في الولوج إليه،[2] ويحتاج كذلك إلى التجديد من خلال استيعابه للمتطلبات وانتظرات المجتمع بكافة مشاربه الفكرية والثقافية، وهذا المطلب هو الذي يعلي شأن القانون ويجعله مصدرا من مصادر وحدة المجتمع.

وعندما نطلع على التأصيل التاريخي لمنظومتنا القانونية، فإن بلدنا يتوفر منذ سنة 1912 -تاريخ الحماية التي التزمت سلطة هاته الأخيرة القيام بالإصلاحات الإدارية والقضائية والقانونية،[3] الشيء الذي أفرزت معه منظومة تشريعية تتسم بالتعددية، بحيث مثلا في الميدان الزجري توجد فوق تراب المملكة أنظمة زجرية متعددة مختلفة المشارب والألوان[4]- إلى غاية يومه، على مائة وعشرون ألف فصل قانوني وأن تأهيل المنظومة القانونية، يجب أن يكون منسجما مع التحولات الوطنية والدولية وترسيخ دولة الحق والمؤسسات وتوسيع مجال الحريات الفردية والجماعية وضمان ممارستها وتعزيز منظومة حقوق الإنسان بكل أبعادها السياسية والاقتصادية، الإجتماعية، التنموية، والثقافية والبيئية، وذلك لملاءمة التطور الذي يعرفه المجتمع في حركيته الدائمة.

لقد حان الوقت من أجل التفكير والعميق وردة الفعل المحددة حول اتجاه القواعد الموضوعية التي تتصف بالتعددية والتداخل القضائي والتي تفرض إكراهات على المشرع من خلال الوقوف على مجموعة من التعديلات التي يمكن أن تنصب على القواعد القانونية الشكلية والموضوعية والمتمثلة في :

- مسطرة البحث والتحري عن الجرائم.
- نحو عدالة فعالة وتنبؤية (المردودية).
- نحو عقوبة منطقية ونفعية .

---

[1]-**L cadiet l acces a la justice, reflextion sur la justice a l epreuve des mutations contomporaines de l acces a la justice ; D 2017, 522. P. 16.**

[2]- في التجربة الفرنسية نجد اول قرار صدر عن المجلس الدستوري الفرنسي يؤكد على ضرورة ان يكون القانون مفهوما ويضع هذا الأمر من بين الأهداف ذات القيمة الدستورية بمعنى أن المجلس الدستوري الفرنسي يعتبر ان القانون الذي يكون غير مفهوم معيبا بعيب الاختصاص السلبي مؤكدا على ان مفهوم القاعدة القانونية تعد من بين الأهداف ذات القيمة الدستورية "المحكمة الدستورية بين إحالة القانون والدفع بعدم دستوريته" الدكتور يحيى حلوي، مجلس المستشارين فريق العدالة والتنمية، أكتوبر **2017**، مرجع سابق ص. **55**.

[3]**« le government de la république français et sa majesté le sultan sont d'accord pour instituer au Maroc un régime comportant les réformes administratives ; judiciaires ; économique ; financier; et militaires que le government français jugera utiles d'introduire sur le territoire marocaines »**

نص المادة الأولى من معاهدة الحماية .

[4]- محمد جوهر، "حريات في ذاكرة القانون الجنائي المغربي"، مقال منشور بالمجلة الدولية للأبحاث الجنائية والحكامة الأمنية، العدد الثالث، ص. **15**.

إن القاعدة دولة القانون أصبحت متجاوزة من خلال المراقبة القضائية والقانونية،[1] وأن المحكمة الدستورية في اطار الدفع بعدم الدستورية سوف تعمل على مراقبة، تصحيح وتوجيه القانون نحو المستقبل[2] وأن المتأمل في منظومتنا التشريعية يلاحظ أنها منظومة تتميز بتعدد المرجعيات والتوجهات والأهداف، الشيء الذي جعلنا نتساءل إلى أي حد يمكن للرقابة الدستورية أن تساهم في تسطير العقلانية وإقرار مبادئ المنطق في النص القانوني سواء في التشريع الجنائي الموضوعي (**المطلب الأول**) أو القانون الجنائي الاجرائي (**المطلب الثاني**).

المطلب الأول: دورالرقابة الدستورية في تعديل القانون الجنائي الموضوعي

إن الحديث عن الأساس الجوهري للقانون الجنائي هو حديث ضمني عن الشرعية الدستورية، حيث ترتكز في جوهرها على احترام فكرة حقوق الإنسان والتي تستند على المبادئ التي يسطرها الدستور كأساس نظري للعلاقة بين القانون الدستوري والقانون الجنائي ضمن وحدة النظام القانوني الذي يتفرغ لفروع مختلفة ومتنوعة ولا يدخل في تناقض مع بعضه البعض، وهوما يجعل الدستور كقانون أسمى يحتل دورا مهما داخل النظام القانوني للدولة ويرسم حدود الضمانات الدستورية في إطار علاقة توازن بين المصلحة العامة والحقوق والحريات الفردية توازن يحتاج إلى الإقرار به تضمينه في الوثيقة الدستورية، وهوما جعل جل الفقه يتحدث عن وجود إطار علاقة ضابطة بين الدستور والقانون الجنائي.

من هذا المنطق فإن هناك علاقة تكاملية بين حقوق الإنسان والقانون الجنائي ويجب أن تحل محل التصادمية بينهما، فالمشرع الوطني يجب أن تتنازعه ضرورتان ضرورة مكافحة الجريمة وضرورة حماية الفرد من تعسف الدولة في استعمالها لحق العقاب، وبالتالي نرى معالجة الحد من سلطة الدولة بشأن تقييد الحريات ضمن الإطار الدستوري لضبط التوازن والتناسب بين المحافظة على أمن المجتمع والسهر على الحريات الفردية

و يعتبر صدور ظهير 26 نونبر 1962 بالمصادقة على مجموعة القانون الجنائي حدا فاصلا بين مرحلتين متميزتين من تاريخ المنظومة الزجرية المغربية (**مرحلة الحماية –مرحلة بعد الاستقلال**)إلا أنه يطرح إشكالا متعلقا بالمشروعية من وجهة النظر الدستورية التي يجب أن تؤطر النصوص الزجرية، فهو نص من وضع الإدارة أي السلطة التنفيذية وليس السلطة التشريعية ولم يتم التصويت عليه من طرف أي

[1]- **Aurélie Cappello, « la constitutionnlaisaation du droit pénal pour une etude du droit pénal constitutionnel op cit p. 19.**

[2]- **G .Drago, « le conseil contitutionnel a la croise des chemins 1958-2008 cinquantieme de la constitution francaise », ouvvrage collectif de la AFDC, Paris 2008, p. 322.**

برلمان، بل هو نص سابق حتى على أول دستور مغربي[1]، بغض النظر عن ذلك، فإن التشريع في المادة الجنائية يعد بمثابة إستراتيجية ممنهجة لمواجهة سلبيات الواقع المجتمعي، إلا أنه من معيقاته النظرة التجزيئية لاحتواء ظاهرة الجريمة وبالأساس غياب الملاءمة الكاملة والشاملة مع مبادئ وقواعد حقوق الإنسان وغياب فلسفة تشريعية جنائية تنبع أولا من حسم الاقتناع بأن الجريمة ظاهرة اجتماعية وإنسانية لا يمكن اختزال مواجهتها بالتشريع الجنائي فقط، وبإظهار كثير من الشدة في توظيف هذا الأخير إضافة إلى " **تضخم التشريع الجنائي لمواجهة الظاهرة الإجرامية**".[2]

ومما لاشك فيه أن تواجد قانون يحد من الحرية، يقتضي لازما خلق توازن بين احترام حقوق الإنسان وحقوق المجتمع، الشيء الذي جعل من القانون الجنائي ينفتح على القانون الدستوري الذي يضمن الحقوق والحريات والتي تلتقي مع التشريع الجنائي عند صياغة قواعد التجريم والعقاب بشكل يضفي على القانون الجنائي طابع الدستورية، كونه يعد المادة المخيفة أو الأكثر خيفة لقوة الدولة، لذا سينصب النقاش في هذا المطلب على مدى دستورية بعض الجرائم و العقوبات (**الفقرة الأولى**)ثم نتطرق في (الفقرة الثانية) لبعض الفصول في القوانين الاخرى التي تطرح نقاشا مجتمعيا له علاقة بالقانون الجنائي

الفقرة الأولى : آثار ممارسة الدفع بعدم الدستورية على بعض الفصول الجنائية

سنحاول تسليط الضوء على دور الرقابة القضائية عن طريق الدفع بعدم الدستورية في مدى إمكانية تعديل بعض القوانين الجنائية الموضوعية و ذلك انطلاقا من النص الدستوري الذي أكد على بعض الحقوق و الحريات في علاقتها بالقانون الجنائي.

أولا : دستورية الحق في الحياة وإلغاء عقوبة الإعدام

يعتبر الحق في الحياة حق الحقوق، وهو من أقدس المبادئ التي تفرعت عنها سائر الحقوق ضمن منظومة حقوق الإنسان الشيء الذي جعل منه موضوعا يستأثر بعناية خاصة من قبل المواثيق الدولية والقوانين الوطنية، وأنه بدونه لا يمكن التمتع بأي حقوق أخرى، كما يعتبر وفقا للقانون الدولي لحقوق الإنسان حقا أساسيا، لا يجوز معه الحكم بالإعدام إلا مع احتياطات تتعلق بالجرائم الخطيرة وشروط ترتبط بالضمانات الضرورية للمحاكمة العادلة.[3]

[1]- محمد جوهر، حفريات في ذاكرة القانون الجنائي المغربي م س، ص. **21**.

[2]- فريد السموني، تحديث التشريع الجنائي م س، ص. **44**.

[3]- مصطفى الرميد، "عقوبة الإعدام بين المعايير الدولية لحقوق الإنسان والتشريعات الوطنية"، مقالة منشورة بالموقع الإلكتروني www.kafapress.ma تاريخ الاطلاع **01-01-2021**.

وقد أكدت الشرائع السماوية على حق الإنسان في الحياة، وجرمت كل من يصادر هذا الحق وجعلت القصاص موكولا إلى السلطات الشرعية في كل بلد والزمت الاحتكام إلى القضاء في شانه وإيمانا بسمو الحق في الحياة منحت هذه الشرائع الحق في العفو واقتضاء الدية وجعلت ذلك سبيلا إلى خلاص المتورطين من تنفيد عقوبة الإعدام في حقهم.[1]

ثم بعد ذلك أكدت للجمعية العامة للأمم المتحدة أنه بما لجميع أعضاء الاسرة البشرية من كرامة أصيلة فيهم، ومن حقوق متساوية وثابتة على هذا الحق ضمن المادة الثالثة من الاعلان العالمي الذي ينص على (**لكل فرد الحق في الحياة والحرية وفي الأمان على شخصه**) وعلى نفس الخطى ذهب العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية في مادته السادسة إلى اعتبار أن الحق في الحياة حق ملازم، وأن لكل إنسان الحق الطبيعي في الحياة موجبا على القانون أن يحمي هدا الحق بحيث لا يجوز حرمان أي فرد من حياته بشكل تعسفي .[2]

وفي علاقة مع ذلك ارتبطت عقوبة الإعدام أو عقوبة الموت[3] أو القتل[4] بفلك فلسفة العقوبة بصفة عامة، دون أن تثير مند البداية ثمة مشاكل فقهية أم فلسفية على الرغم من أنها تعد من أخطر العقوبات وأهمها على الإطلاق، الأمر الذي جعل منها محط نقاشات فقهية.[5]

وأنه بالنظر إلى كون تحقيق عدالة بشرية أمر صعب المنال، إن لم يكن مستحيلا في قضايا البشر ونفس الصعوبة والاستحالة قائمة بالنسبة لعقوبة الموت، ذلك أن تجد عدالة حقة في قضاء البشر أمر صعب أن يتحقق على وجه الدوام وأن صدرت عدالة عن قاض، فإنها ليست كذلك بالنسبة للأخرين[6] الشيء الذي جعلها تتنافى مع الحق في الحياة المنصوص عليه دستوريا في الفصل 20 من دستور 2011 الشيء الذي جعل أن هناك مبررات قانونية وحقوقية وقضائية وإنسانية لتعديلها.

[1]- عقوبة الإعدام منشورات المجلس الوطني لحقوق الإنسان، سلسلة الندوات، الرباط **11- 12**، اكتوبر**2008**، ص. **11** .

[2]- العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية المادة السادسة الفقرة الأولى.

[3] **J .Graven *Reflexions sur la peine de mort * Paris 1960, p. 7.**

[4]- سماها بعض الفقه بعقوبة القتل تجانبا عن كلمة الإعدام لأن الإسنان وفق المنظور الإسلامي وان غيب عرضه فان جوهره ثابت عقوبة القتل في الفقه الإسلامي د احمد عبادي سلسلة منشورات المجلس الوطني لحقوق الإنسان، ص. **44**.

[5]- محمد السقا، "فلسفة عقوبة الإعدام او العقوبة العظمى بين النظرية والتطبيق"، مكتبة الطالب، الرباط، سنة **1978**، ص. **8** .

[6]- **Casamayor, « La justice l homme et la liberte », Paris, Artheud, 1965, P. 103.**

حيث يعد بيكاريا من الأوائل الذين طالبوا بإلغاء عقوبة الإعدام من خلال إثارته للإشكالية المرتبطة بالأخطاء القضائية[1] بشأن عقوبة الإعدام، حيث أشار إلى أنه اذا تم تنفيد الموت في متهم بريء كان من المستحيل تدارك هذا الخطأ وإصلاحه، وإذا مات بريء لا يستطيع أحدا أن يصنع له شيئا.[2]

إنّ الإعدام عقوبة غير قابلة للمراجعة، ولا وجود لعدالة معصومة عن ارتكاب أخطاء قضائية، لذلك تشهدُ كلّ البلدان التي تُطبّق هذه العقوبة صدور أحكام بالإعدام ضد أبرياء، فهذه العقوبة غير ناجعة ولا تضمن حماية أفضل للجميع، كما لم يثبت بالدليل القاطع أن لعقوبة الإعدام تأثيرا رادعا أكبر من الأحكام بعقوبات أخرى. إنّ الإعدام عقوبة غير عادلة.[3]

وقد أشار السيد محمد أوجار، وزير العدل السابق، في هذا السياق، إلى أنه "إذا كان النقاش المفتوح حول عقوبة الإعدام في المغرب لم يتم الحسم فيه بشكل نهائي، فإن المملكة كانت لها الشجاعة في تكريس الحق في الحياة في دستور 2011"، وهو التزام أكدته الرسالة الملكية الموجهة للمشاركين في أشغال المنتدى العالمي لحقوق الإنسان المنعقد في مراكش سنة 2014، وتوجه السياسة التشريعية نحو التقليص من الجرائم المحكومة بالإعدام وحصرها في بعض أنواع الجرائم، كالجرائم ضد الإنسانية، وجرائم الحرب، والإبادة الجماعية، إلخ...[4] وأن استبعاد الإعدام على وجه العقوبة وعلى وجه العلاج، تظل قائمة في جميع التوجهات التي نهجها علم الاجرام، وتؤكد في جميع الاحوال أن الموقف الذي يتأسس عليه في أي تشريع وضعي لا يرتكز على أساس علمي، وإنما على ظروف أو معطيات سياسية خاصة بكل دولة.[5]

---

[1]- من المستشارين الفرنسيين المعاصرين الدين اهتموا بمشكلة عقوبة الإعدام المستشار مارك انسل وقد تصدى لموضوع الأخطاء القضائية بالنسبة لعقوبة الإعدام في تقريره الذي قدمه للمجلس الأوروبي اذ بعد ان أثبت أن الخطأ يكون العنصر الجوهري بين الحجج التي يقدمها الذين يطالبون بإلغاء العقوبة العظمى، فانه من جانبه قام بتوجيه السؤال الآتي إلى كافة الدول الأوروبية . كم حالة ثبت فيها الحكم بالموت اثر الخطأ القضائي.

بطبيعة الحال نظرا لدقة المشكلة والحرج الدي يمكن أن يختلف عن الإجابة على هذا الموضوع الدي يمس عمق العدالة، فقد أحجمت بعض الدول عنه ولادت بالصمت وبعض الدول اكتفت بمجرد الإشارة دون تفصيل المهم أنه في النهاية أشار إلى ثلاث إجابات.

إجابات السويد خطا واحد النمسا كدلك خطا واحد بينما اشار وزير العدل لألمانيا الإتحادية آلة ثلاثة حالات، للمزيد من الإطلاع انظر:

Marc Ancel : Rapport concernant * la peine de mort dans les pazseuropeens * comite Europeen pour les problemes criminels conseil de l europeStarsbourg ;1962, p. 59 et 60.

[2]**www.cap-concours.fr/enseignement/textes-de-reference/cesare-beccaria-de-la-peine-de-mort-1766-soc_peine01**

[3]- مقال منشور على موقع http://dev.worldcoalition.org/ تاريخ الاطلاع **01-01-2021**.

[4]- كلمة السيد وزير العدل السابق بمناسبة أشغال المؤتمر العالمي السابع لمناهضة عقوبة الإعدام، الممتد من **26** فبراير إلى فاتح مارس **2019** بمدينة بروكسيل.

[5]- محمد الإدريسي العلمي المشيشي، "عقوبة الإعدام في علم الإجرام"، منشورات المجلس الوطني لحقوق الإنسان، مرجع سابق، ص. **68**.

وقد تم وقف تنفيذ عقوبة الإعدام فعليا منذ 1982، مع استثناء واحد في سنة 1993، ومع ذلك، لا يزال القضاة يصدرون أحكاما بالإعدام، وتجدر الإشارة إلى أنه في سنة 2019 تم النطق ب 11 حكام ابتدائيا و11 قرارا استئنافيا بالإعدام.

وعلى الرغم من أن نص القانون الجنائي قلص من عدد الجرائم التي يعاقب عليها بالإعدام من 31 إلى 9 حالات، أما قانون القضاء العسكري رقم 13.108 4، فقد قلص عدد هذه الجرائم من 16 إلى 5 فإن ذلك يزكي فكرة التناقض بين خيارات المشرع الدستوري المؤكدة على الحق في الحياة وتوجهات المشرع الجنائي المغربي الهادفة لتطريس عقوبة الإعدام من خلال التنصيص عليها في بعض المواد الجنائية.[1]

وسيشكل الحق في الحياة ومن دون شك، موضوعا للدفع بعدم دستورية القوانين[2] التي تنتهكه على اعتبار أن الحق في الحياة حق دستوري لكل إنسان، أحاطه المشرع الدستوري بالحماية، وقد أكدت المحكمة الدستورية الألمانية على ضرورة تناسب العقوبة مع جسامة الفعل المعاقب عليه، على أساس احترام كرامة الإنسان بشكل خاص منع العقوبات القاسية و اللاإنسانية و المهينة وضرورة احترام الحماية الدستورية للجاني.[3]

ثانيا : مدى دستورية جريمة زعزعة عقيدة مسلم

إن الحفاظ على تجريم زعزعة عقيدة مسلم يحيلنا على مسألة حرية العقيدة المكرسة دستوريا، فقد نص الفصل الثالث على أن الدولة تضمن لكل شخص حرية ممارسة شؤونه الدينية، كما نص الفصل (25) أيضا على "حرية الفكر والرأي والتعبير مكفولة بكل أشكالها ...." مما يشكل تناغما مع المادة (18) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان " لكل شخص الحق في حرية التفكير والضمير والدين "كما وافق المغرب مؤخرا دون أي تحفظ على مشروع قرار أممي تقدمت به أزيد من ستين دولة في مجلس حقوق الإنسان حول حرية الدين أو المعتقد، وذلك ضمن التوصيات الختامية للدورة الخامسة والعشرون التي احتضنتها مدينة جنيف السويسرية ويشدد القرار الذي تم تمريره بالتوافق دون اللجوء للتصويت، "على حق كل فرد في حرية الفكر والوجدان والدين أو المعتقد، بما يشمل حريته في أن يكون أولا يكون له دين أو معتقد، أوفي

[1]- المرصد المغربي للسجون مدكرة حول الاصلاح العميق للمنظومة القانونية للسجون بالمغرب ماي **2016**، ص. **32** .

[2] - لوصف هذه الظاهرة، استعرنا من قضاء المحكمة الدستورية الهنغارية، تعبير" الدستور غير المرئي "، دستور غير مرئي بالنسبة إلى الجميع، لكنه مرئي لقضاة المحكمة المذكورة، هذا التعبير الذي يدين بتشكله لرئيس المحكمة **Laszlo Solyom** الذي وظفه لأول مرة للتر افع عن موقف المحكمة بخصوص، تأويلها للحق في الحياة، في قضية منظورة أمامها، تتعلق بعقوبة الإعدام، وفق المضامين الاتية ... " إن على المحكمة الدستورية، مواصلة جهودها لتفسير القواعد النظرية للدستور وللحقوق التي يتضمنها، وصياغة اجتهاد قضائي منسجم، على شكل دستور غير مرئي، يقدم معيارا دستوريا متينا، يتجاوز الدستور نفسه، الذي يتعرض لمراجعات تخضع لمنطق سياسي محدود في الزمان ... ". للمزيد من الاطلاع انظر: محمد أتركين مباحث في الفقه الدستوري، مرجع سابق، ص. **45**.

[3]- أحمد السوداني، "احكام المحكمة الدستورية الفيدرالية الالمانية الحقوق والحريات الأساسية"، الجزء الثاني سنة **2017**، ص. **42**.

أن يعتنق ديناً أو معتقدا يختاره بنفسه، وحريته في إظهار دينه أو معتقده بالتعليم والممارسة والتعبد وإقامة الشعائر، بمفرده أو مع جماعة، وأمام الملأ أو على حدة، بما في ذلك حقه في تغيير دينه أو معتقده".

وهذا ما كرسه الدين الحنيف مصداقا لقول الله عز وجل : ﴿ **وَقُلِ الْحَقُّ مِنْ رَبِّكُمْ فَمَنْ شَاءَ فَلْيُؤْمِنْ وَمَنْ شَاءَ فَلْيَكْفُرْ** ﴾ (الكهف 29). وقال: ﴿ **إِنَّا هَدَيْنَاهُ السَّبِيلَ إِمَّا شَاكِراً وَإِمَّا كَفُوراً** ﴾ (الإنسان 3). وقال: ﴿ **لا إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ قَدْ تَبَيَّنَ الرُّشْدُ مِنَ الْغَيِّ** ﴾ (البقرة 256)،وواضح أن هذه الآيات تقرر حرية الإنسان في الاعتقاد، فهو حُر في أن يعتنق الإسلام من عدمه.

وهكذا فإن استبدال شخص معين لدينه لا يعتبر جريمة، لأن التجريم يجب أن يقتصر على الوسائل الاحتيالية والغش و استغلال الدين لأهداف سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية، كما أن ذلك يثير إشكالية تحويل المسيحي أو اليهودي للديانة الإسلامية والذي لا يعد فعلا مجرما مما يقتضي إعمال المساواة في التجريم والإباحة إعمالا لمبدأ عدم التمييز.

وقد سبق للقضاء المغربي أن أقر بحرية المعتقد[1] "حرية الإنسان في دينه وحقه في إقامة شعائره مبدأ إسلامي راسخ ومضمون أقره الإعلان العالمي لحقوق الإنسان وسائر المواثيق الدولية، إن المغرب الذي تتوفر تشريعاته على ضمانات في هذا الباب يلتزم في دستوره باحترام حقوق الإنسان " قرار محكمة الاستئناف بالبيضاء الغرفة الجنحية عدد 93/15100/12136 صادر بتاريخ 1993/12/14منشور بمجلة المحاكم المغربية عدد 98 ص 186.

وتأسيسا على ذلك يكون تجريم زعزعة عقيدة مسلم مخالف للدستور والاتفاقيات الدولية لتعلق ذلك بحرية الاعتقاد، وبعلاقة الإنسان بربه، لماذا إذن لا نعاقب إذن من يزعزع عقيدة المسيحي واليهودي ؟فهل نحمي الديانات السماوية جميعها أودينا بعينه ومغاربة بعينهم ؟

وفي الأخير نشير أنه لا يمكن اعتبار أن رفع التجريم يمس بمبدأ أن دين الدولة الإسلام لأن القانون الجنائي أولا يعاقب على علاقة الإنسان بأخيه الإنسان وبالدولة ولا يتولى تنظيم علاقة الإنسان بربه وبالمعتقدات، فضلا عن أن القانون الجنائي قانون وضعي وليس قانون إسلامي وهكذا كان منذ 1962، ناهيك أن الإسلام يكرس حرية الاعتقاد، فحماية الأمن الروحي للمغاربة وشعورهم يتم من خلال نشر ثقافة التسامح وقيم الاعتدال وليس بالعقاب، لأنه الدين لا يفرض بالإجبار "لا إكراه في الدين " فالإشكالية اليوم ليس بين مناصرو الدين وخصومه كما يتم تأويله سياسيا بل بين مبدأ الحرية وفكر الإيمان والاعتقاد الصميمي، فالدين مسألة اعتقاد وأمن روحي للفرد لا مكان فيه للسلطة والجبر، لأنه عنوان الرحمة

[1] - مشروع دستور **2011** نص على حرية المعتقد قبل ان يتم سحبه، راجع حوارلعضولجنة المراجعة، السيد ادريس اليزمي مع مجلة "زمان" عدد **48** أكتوبر **2017**.

والإنسانية، فالشعور القومي يهتز بجرائم الأشخاص والأموال وليس بجرائم العقيدة لأن العقاب الرباني والمجتمعي قادر على صيانة هذا الشعور وتقويته دينيا وأخلاقيا ومجتمعيا لأنه نسعى جميعا لمجتمع يؤمن تلقائيا بأهمية الدين وبقواعده بسماحته وعدله وبأن نراه حيا في سلوكنا وحياتنا لا في مظاهرنا فقط، والأكثر من هذا نريد أن نراه حيا في تنظيم الدولة للمجتمع في سياساتها العمومية في مجال التشغيل والصحة والعدل وفي مراعاة مبدأ المساواة أمام القانون، فالمواطن يقتات من العمل وليس من الدين، فهل إذن المواطن قاصر حتى يزعزع دينه، من يزعزع دينه لا يليق به أي دين لأن من يزعزعنا جميعا هو ثقافة التطرف ولو باسم القانون أو الدين، لأن هناك تطرفا آخر لم نلتفت إليه إنه تطرف عدم احترام القانون من طرف المسؤولين الإداريين، وخرق مبدأ المساواة أمامه وانتهاك شرعية وسيادة القانون؟

كما أن عبارة "زعزعة عقيدة مسلم "عبارة عامة وغير دقيقة، وقابلة للتأويل بواسطة سلطة تقديرية قد تعصف بحرية الفكر والوجدان مما سيجعل من هدا النص محط دفع بعدم الدستورية وهم ما نحاه القضاء المقارن والمتمثل في المحكمة الدستورية في النمسا الجمعة 11 ديسمبر 2020 قرارا يبطل قانونا أُقر العام الماضي 2019 وينص على حظر ارتداء الفتيات لغطاء الرأس في المدارس الابتدائية، واعتبرت المحكمة أن القانون غير دستوري وتمييزي مشيرة إلى أنه "يتعارض مع مبدأ المساواة في ما يتعلق بحرية الدين والمعتقد."

و أن المجلس الوطني لحقوق الإنسان أعلن عن عدم اتفاقه مع مقتضيات القانون الجنائي المتعلقة بحرية ممارسة الشعائر الدينية، خاصة ما ورد في الفصل 220 منه من عقوبات اعتبرها "لا تنسجم مع مقتضيات الدستور، ولا مع المعايير الدولية لحقوق الإنسان" . وذهب المجلس إلى المطالبة، في التقرير السنوي الذي أصدره حول وضعية حقوق الإنسان بالمغرب سنة 2019، بحذف الفقرة الثانية من الفصل 220 من القانون الجنائي، التي تتضمن العقوبة المتعلقة بـ"زعزعة عقيدة مسلم".

وحسب بعض المنظمات الحقوقية فالنقاش الذي انطلق عام 2015 بخصوص عدد من القضايا المرتبطة بالقانون الجنائي ومنها حرية المعتقد، أدى إلى تأجيل المصادقة على القانون المذكور بسبب الانقسام المجتمعي حوله، بين من يريد أن يكون لبعض الاعتبارات الدينية والأعراف المجتمعية حضور، وبين من يريد أن يكون القانون متجردا من كل ذلك كما انه مرتبط بموروث فكري لدى فئة عريضة من المجتمع وليس بالضرورة مرتبط بالمبدأ الديني وهذا ما يجب مراعاته في عملية التشريع.

أما الدراسات التي اهتمت بمسلسل إعداد الدستور، فاعتبرت أن مستويات التعديل، همت " مجالا الهوية الدستورية و حرية الدين و المعتقد ... و التي تفجأ العديدون بسحبها من المشروع المعد من قبل اللجنة الاستشارية لتعديل الدستور "،والتخلي عن تعبير المغرب دولة إسلامية ... و الإشارة إلى حرية المعتقدة " و

اللجنة الاستشارية لمراجعة الدستور استشرفت الاعتراف بحرية المعتقد و تعني هذه الحرية الحق في اختيار ديانة أو عدم اختيار أي دين، لكن هذا النص سيتم الاستغناء عنه في تحكيم نهائي...."[1]

ثالثا : مساهمة الدفع بعدم الدستورية في تطوير قانون الصحة

إن الحديث عن تأثير الدفع بعدم الدستورية في علاقته بقانون الصحة يندرج في اطار السياسة العامة للصحة وذلك بالموازاة مع التعاريف التي تضعها منظمة الصحة العالمية O.M.S للعديد من المواضيع والامراض المرتبطة بهذا المجال، فالصحة قيمة موضوعية إضافة إلى أنها قيمة انسانية عامة،و أن دور الرقابة الدستورية مرتبطة بين الصحة ومتطلبات الامن المجتمعي .

و لقد نص الدستور المغربي في ظهير شريف رقم 1.11111 صادر في 92 من رجب 1319(9 يوليو 19111 بتنفيذ القانون إطار رقم 13112) المتعلق بالمنظومة الصحية وبعرض العلاجات في مادته الأولى (واعتبارا لكون الحق في الصحة حقا من حقوق الإنسان الأساسية، وتطبيقا لالتزامات المملكة المغربية في إطار الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالصحة، لاسيما العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والإجتماعية والثقافية ودستور المنظمة العالمية للصحة، يهدف هذا القانون الاطار إلى تحديد المبادئ والأهداف الأساسية لعمل الدولة في مجال الصحة وإلى تنظيم المنظومة الصحية .يعتبر الحق في الحفاظ على الصحة من مسؤولية الدولة والمجتمع) على أن الحق في الصحة كحق دستوري أن المجالات التي تم تناولها في قانون الصحة تتعلق بشكل عام مسؤولية الدولة في تحقيق أهداف ومبادئ المنظومة الصحية وأكثر تحديدا بتنظيم النظام الصحي وحقوق المرضى وأخلاقيات علم الأحياء والمنتجات الصحية مما نتساءل هل الحق في الصحة يدخل ضمن الحريات والحقوق المضمونة دستوريا .

وبالنسبة لفرنسا وعلى الرغم من عدم التنصيص على الحق في الصحة كحق دستوري إلا أنه بالرجوع إلى الحكم الصادر عن المجلس الدستوري الفرنسي بتاريخ 16-05-2102 QPC 248\2102 اعتبر أن الحق في الصحة يشكل مبدأ ذو قيمة دستورية، حيث نجد أن المسالة الأولية QPC من الممكن تعديل مختلف جوانب الصحة والحماية الإجتماعية وأن تفسير قرار 8-2010 أعاد رسم ملامح خطة التعويض عن الحوادث الصناعية والامراض المهنية في حالة حدوث خطأ لا مبرر له من جانب صاحب العمل.[2]

---

[1] - أضحت قضية حرية المعتقد والرأي موضوعا أنيا بعد هبوب رياح الربيع العربي، بررذلك بشكل جلي في المغرب، إذ أن الأشغال التحضيرية لدستور **2011**، أو على الأصح بعض تسريبات أعضاء اللجنة التحضيرية تفيد بأن مشروع النص الأساسي كان يتضمن مقتضى حول حرية المعتقد، وأن حزب العدالة والتنمية عارضه بشدة ....." حسن أوريد : السياسة والدين في المغرب – جدلية السلطان والفرقان – المركز الثقافي العربي، الطبعة الأولى **2020**، ص. **181**.

[2]-**Décision n° 2010-8 QPC du 18 juin 2010Époux L. [Faute inexcusable de l'employeur]Conformité – réserve Considérant, en outre, qu'indépendamment de cette majoration, la victime ou, en cas de décès, ses ayants droit peuvent, devant la juridiction de sécurité sociale, demander à l'employeur la réparation de**

فالصحة الفردية تعني الحق في الحياة الخاصة، الحق في الحياة ومنع المعاملات المهينة ويثار تساؤل حول الاجهاض هل يندرج ضمن هدا المفهوم.؟

لقد نظم المشرع تجريم الإجهاض في الفصول من 449 إلى 458 من مجموعة القانون الجنائي **واعتبر أن الأصل هو المنع في الإجهاض**، بل هو جريمة بصرف النظر عن السياقات التي نجم عنها الحمل (الاغتصاب، زنا المحارم، التغرير، الحمل غير المرغوب فيه أو غير المتوفرة شروطه...)، أو النتائج التي قد تتخلف عن استمراريته (أمراض نفسية أو عصبية واقعة على المرأة، أو واقعة على الجنين...) لذلك نجد من أهم مبررات جواز إباحة الإجهاض تتمثل فيما يلي:

إن الدستور قد نص على الحق في الحياة بالنسبة للمرأة وعلى تيسير استفادتها من العناية الصحية وأن المادة 22 منه تنص على (عدم جواز ممارسة العنف أيا كان مصدره وحماية السلامة الجسدية والمعنوية لاي شخص وصيانة كرامته).[1]

لكن من الناحية الواقعية نستسف **وجود نصوص قانونية تغيب الإرادة الحرة للمرأة في الاختيار**، فتكرس حرمانها من الحق في إيقاف الحمل، تحت طائلة المتابعة الجنائية، فيصبح مفروضا عليها وإن كان غير مرغوب فيه من لدنها،كما نظامنا القانوني يعتمد على الترخيص بالاجهاض لكن بشروط تخرج في مجملها عن رغبة المرأة الحامل وتتصل، في الغالب، بإرادة الطبيب أو الزوج، وبضرورات المحافظة على صحة أو حياة الأم الحامل.

اضافة الى وجود بناء قانوني يعتمد على إرادة الأغيار، في خيارات تهم مبدئيا المرأة بالدرجة الأولى في تشارك مع الزوج، في حين أن واقع النص يفوضه للغير: الزوج أو الطبيب الإقليمي ، كما أن توجه المشرع الجنائي بإعمال قواعد التجريم والعقاب في موضوع إيقاف الحمل، **يبرز ضعف السياسة الجنائية** على مستوى الاختيارات، **والسياسة العقابية** على مستوى أولوية العقوبة الحبسية.

كما نجد **توجهات تشريعية أبانت عن قصورها في التفاعل مع المتغيرات القانونية والمجتمعية**، على المستوى القانوني المدونة الجنائية لا تتناسق بين فصولها وبينها وبين القوانين الأخرى:

---

certains chefs de préjudice énumérés par l'article L. 452-3 du code de la sécurité sociale ; qu'en présence d'une faute inexcusable de l'employeur, les dispositions de ce texte ne sauraient toutefois, sans porter une atteinte disproportionnée au droit des victimes d'actes fautifs, faire obstacle à ce que ces mêmes personnes, devant les mêmes juridictions, puissent demander à l'employeur réparation de l'ensemble des dommages non couverts par le livre IV du code de la sécurité sociale.

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que, sous la réserve énoncée au considérant 1, les dispositions contestées ne sont contraires ni au principe de responsabilité. ni au principe d'égalité, ni à aucun autre droit ou liberté que la Constitution garantit.

[1]- محمد طيب عمر، "وجهة نظر في موضوع الإجهاض"، مقال منشور بمجلة المحاكم المغربية، العدد **167** شتنبر – اكتوبر **2019**، مطبعة النجاح، ص. **22** وما بعدها.

مستوى التناسق بين فصول القانون الجنائي فتعديل الفصل 475 بإلغاء زواج المغتصب بالمغتصبة يفترض تمكينها من آلية أخرى للقطيعة المطلقة مع الجاني من خلال تمكينها من الحق في إمكانية إيقاف الحمل الناجم عن الإغتصاب، أما في علاقة بالقوانين الأخرى فمدونة الأسرة تضع مؤسسة الزواج تحت رعاية الزوجين، في حين القانون الجنائي يمنح للزوج أحقية اتخاذ القرار بشأن الحمل الذي يهدد صحة الزوجة.

إن النقاش العمومي الذي يعرفه المغرب في الآونة الأخيرة حول موضوع حق النساء في الإجهاض الأمن، أو الإيقاف الإرادي للحمل، لا يمكن فصله عن نقاش أشمل يتعلق أساسا بالحريات الفردية، كما لا يمكن عزله عن سياقه الدولي، باعتبار المغرب من الدول التي صادقت على الاتفاقيات الدولية بشكل طوعي، و التزمت بالعمل على تنفيذها، بل وأقرت مبدأ سموها على التشريع الداخلي وفي الوقت الراهن أصبحت غالبية التشريعات المقارنة تسمح بالإجهاض، وإن كان ذلك بشكل متفاوت، حيث ترفقه ببعض الشروط التي تضمن سلامة الجنين وحقه في الحياة إذا ما اقترب اكتمال نموه، مع ضرورة احترام عدد محدد من الاستشارات الطبية، وإلزامية إجراء عملية الإجهاض أمام أطباء مختصين.

وهكذا فممارسة الإجهاض مقيدة في الزمان بشروط تتباين بحسب التشريعات المختلفة، فإذا كانت بلدان معينة لا تقيدها ككندا مثلا، نجد بلدانا أخرى تقيدها، مثل فرنسا التي تجيز إرجاء عملية الإجهاض قبل نهاية الأسبوع الثاني عشر من تاريخ الحمل، مع ضرورة احترام عدد معين من الزيارات والاستشارات الطبية، ونشير في هذا السياق إلى أن القانون الفرنسي يقر الحق في الإجهاض ضمن مدونته الصحية بل يعاقب على محاولة منع الإجهاض بمقتضى تعديل أدخله سنة 1993، سواء من خلال عرقلة الدخول إلى المؤسسات الصحية، أو تهديد العاملين فيها والنساء الحوامل، وتصل العقوبة إلى سنتين حبسا وغرامة مالية قد تصل قيمتها إلى 30 ألف أورو.

ومنذ سنة 2017، قد تم تعزيز المقتضيات التي تعاقب على محاولة منع الإجهاض، حيث تم إضافة مقتضى يوسع من حالات العرقلة لتشمل كل الوسائل بما فيها نشر أو توزيع عبر البريد الإلكتروني، أو على مواقع الإنترنيت ادعاءات أو توجهات تتعمد التضليل بهدف الردع بشأن الطبيعة أو التبعات الطبية للإجهاض وتخويف النساء من جراء ممارستهن للإجهاض وفي السياق ذاته نجد أن القضاء الفرنسي بدوره يكرس الطابع الحمائي لحق النساء في ممارستهن للإجهاض، من خلال التنزيل الفعلي للمقتضيات القانونية المنظمة له، ففي قرار صادر عن الغرفة الجنائية بمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 01 شتنبر 2015 ملف عدد 14. 87441 حيث اعتبرت أن " تقديم معلومات هدفها منع النساء من الإجهاض وتخويفهن داخل المصحة هو بمثابة منع لحقهن في ممارسته، ومن ثم إقرار المتابعة الجنائي ".

إن حق المرأة في اتخاذ القرارات المتعلقة بجسدها، وخاصة في موضوع الإجهاض منصوص عليه في عدد من الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان، والتي تكفل حرية اتخاذ قرار الإجهاض من عدمه، مع ضرورة احترام بعض الضوابط الصحية، إلى جانب الحق في الاجهاض، نجدها تشتمل بشكل أوسع حماية الحق في السلامة الجسدية، والحق في أن تقرر النساء بحرية ومسؤولية عدد أطفالهن والفترات الفاصلة بين الحمل والحق في الخصوصية.

وهكذا ينص العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية في الفصل 17 منه على ضرورة احترام الحق في الخصوصية لا يجوز تعويض أي شخص على نحو تعسفي أو غير قانوني لتدخل في خصوصياته أو شؤون أسرته أو بيته أو مراسلاته، ولا لأي حملات غير قانونية تمس شرفه أو سمعته.

وتقر اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة في المادة 16 منها، حق المرأة في تحديد عدد الأطفال التي تريد والمدة الفاصلة بين إنجابهن. وتنص على أن " ... لها أن تقرر بحرية وبإدراك للنتائج عدد أطفالها والفاصل بين الطفل والذي يليه، وفي الحصول على المعلومات والتثقيف والوسائل الكفيلة بتمكينها من ممارسة هذه الحقوق ...".

وفي السياق ذاته، سارت الاتفاقية الأوربية بشأن حقوق الإنسان في اتجاه تكريس حرية الفرد في ممارسة حرياته الشخصية دون أي قيد أو ضغط وبالعودة إلى المادة 8 من الاتفاقية نجدها تنص على أنه لكل شخص الحق في احترام حياته الخاصة والعائلية وحرمه ومنزله ومراسلاته.

في السياق نفسه نص إعلان ومنهاج عمل مؤتمر بكين صراحة على أن قرار المرأة في حملها يشكل أساسا جوهريا للتمتع بكافة الحقوق الأخرى، وأكد على الحق في التمتع بأعلى مستوى من الصحة في المجال الجنسي والإنجابي، وأكد في الفقرة 97 منه على تمكين النساء من التحكم في خصوصياتهن.

رابعا : أثر الدفع في علاقته مع ظهير 02-10-1984

القانون في كل مجتمع يجسد الآلية التي تضمن تحقيق العدل والمساواة بين الناس وتضمن حقوق الجميع في ظل المساواة وعدم التمييز ويسهر على تطبيقه القضاء النزيه، إلا أنه لابد من الإشارة بداية إلى أن ظهير 02-10-1984 صدر في ظل دستور 1972 الذي يعطي اختصاصات للملك في نطاق التشريع بظهائر طبق للمواد 19 و 26 و 29 من هذا الدستور .

لا تقتصر الدول في التزاماتها بحقوق الإنسان على ما يكرسه من حقوق، بل لابد أن يكون هذا الالتزام هو المنطلق والمرتكز الأساسي للاختيارات السياسية والاقتصادية والإجتماعية للدولة مما يتلاءم كذلك مع المرجعية الكونية لحقوق الإنسان.

ودستور 2011 وضع مجالات سياسية وتشريعية وقضائية للنهوض بحقوق الإنسان من أجل ربح رهانات التنمية ومواجهة الفقر والتخلف بالنماء وبناء الديمقراطية واحترام حقوق الإنسان.

إن أخطر ما نتج عن ظهير 1984 هو اعتلاء شركات التامين منصات الحكم محل القضاة واستعمال شركة التأمين سلطة الجداول وأرقامها محل السلطة التقديرية للقضاة، وأصبح القضاة محاسبين لا رأي لهم ولا سلطة تقديرية مما يثير إشكالية استقلال القضاء.

ومن هنا يتعين أن نسجل أن ظهير 02-10-1984 يكرس اليوم انتهاكات للقيم الدستورية ولمقومات دولة الحق والقانون والمبادئ لحقوق الإنسان تتجسد في ما يلي :

أولا: أصبح قانون 1984 اليوم قانونا يتنافى مع أهم مقومات الدستور ومظهرا من مظاهر الاعتداء على مقومات دولة القانون، وأن أهم صور التعارض صور في سلب اختصاص القضاء وصلاحيته في جبر الضرر تحت تقدير الضمير ومراعاة النوازل المعروضة عليه حرمه من توزيع العدالة بين الأطراف طبقا لمعايير الانصاف والحق بدل معايير الدخل والوضع المادي لهذا أو ذاك.

ثانيا: يكرس ظهير 1984 التمييز المحذور دستوريا على المستوى الإجتماعي لأنه وضع قواعد جبر الضرر من مطلق المستوى المادي للضحية واعتبار دخله (الباب الثالث والقسم الأول) مما نكون أمام غياب المساواة الاقتصادية والإجتماعية.

ثالثا: أحدث ظهير 1984 منظومة تمس بالأمن القانوني والقضائي للمتقاضين وظهرت في صورة تدخل سلطة المال والنفوذ التي فرضت قانونها ووجهة نظرها في مجال تحديد تعريفها الخاص للمتضررين ومن ذوي حقوق الضحايا ممن يستحقون ومن لا يستحقون التعويض المادي والمعنوي ورسم حدود دنيا وعليا لفائدة كل واحد منهم (الباب الثالث القسم الثاني) لمبالغ التعويض وحدد لهم وألزمهم بمساطر الرجوع لشركة التأمين قبل إقامة اية دعوى (الباب الخامس) لاتخاذ قرارها وسمح لها حتى بالصمت وعدم الجواب ليفهم منه الضحية أنه رفض مقترح الصلح وهذه إجراءات مخلة بالحق غير القابل للتفويت للجوء للقضاء دون أي قيود أو موانع مسبقة تقيد حريتهم اللجوء للقاضي وللعدالة.

رابعا: بعد الجيل الأول والثاني من حقوق الإنسان برز الجيل الثالث من الحقوق والمتمثل في الحقوق الاقتصادية والإجتماعية وفكرة المقولة وحقوق الإنسان مما يفرض اليوم على قطاع التأمين أن يتحلل من منظور المقاولة التي تغلب جانب الربح على الجانب الحقوقي والإجتماعي في تغطيتها وتكفلها بضمان حماية المتضررين والضحايا وأن تتعامل في ظل علاقات ديمقراطية مع المواطنين وفق ما تقتضيه احترام كرامة الضحية وذوي الحقوق.

خامسا: لابد من إخضاع النص للملاءمة مع قواعد وأحكام الدستور وبالخصوص مع التصدير وما قرره في مجال المساواة والالتزام بالقيم الكونية لحقوق الإنسان وبسمو الاتفاقيات الدولية على التشريعات الوطنية ومع المواد 6 -19- 117-118.

الفقرة الثانية: أثر الدفع بعدم الدستورية على بعض الفصول المرتبطة بالقانون الجنائي

إن تفعيل مقتضيات مسألة الدفع بعدم الدستورية في فرنسا جعل القانون الجنائي وقانون المسطرة يحتل الصادرة من حيث القوانين التي تم الطعن في مواجهتها، غير أنه وانطلاقا من الالتزامات الدستورية فإن بعض المواد التي لها علاقة بالقانون الجنائي يمكن ان تكون محط دفع بعدم الدستورية

أولا : الدفع بعدم الدستورية في علاقته بمدونة الاسرة

إن الإصلاح القانوني خطوة مهمة لتحسين المساواة بين الجنسين في الحقوق وفي إقامة بيئة مؤسساتية مساعدة بشكل عام [1]، لقد كرس دستور 2011 اختيار المغرب بناء دولة ديمقراطية حديثة دولة الحق والقانون كاختيار لا رجعة فيه وكدا انخراط المغرب في المبادئ والالتزامات المنصوص عليها في المواثيق الدولية والاتفاقيات الدولية ذات الصلة بحقوق الإنسان المتعارف عليها عالميا، [2] وشكل مبدأ المساواة في دستور 2011 حقا أساسيا وقيمة دستورية [3] وحتى لا يفهم بأن دستور 2011 يقر المساواة المطلقة بن الرجل والمرأة، فإن المبدأ يخضع لخصوصية مغربية تتمثل في ثوابت المملكة وقوانينها، ولعل من أبرز هذه الثوابت المرجعية الإسلامية التي تنظم احكامها جانبا مهما من المعاملات.[4]

ويعد موضوع المساواة في الإرث بين المرأة والرجل من بين أهم المطالب التي كانت ولا تزال تخلق جدلا مجتمعيا وسياسيا[5] واسعا بالمغرب في صفوف المثقفين والباحثين وعلماء الدين تمخض عنه انقسام حاد

---

[1] - إلزابيت كينغ و أندروماسون وأخرون، إدماج النوع الإجتماعي في التنمية من خلال المساواة في الحقوق والموارد والرأي، دراسات اجتماع، البنك الدولي، في تقرير بحوث السياسات، ترجمة هشام عبد الله، الطبعة الأولى سنة **2004**، ص. **309**.

[2]- المجلس الوطني لحقوق الإنسان - تأسيس هيأة المناصفة ومكافحة كل أشكال التميز مذكرة يناير **2013**، ص. **1**.

[3]-**Ferdmined Melin–soukramnien ; le pirncipe de l'egalite dans la jurisprudence du conseil constitutionnel; Economica ; 1997 Paris, p. 251.**

[4]- محمد مرحوم، آلية الدفع بعدم الدستورية في مواجهة مقتضيات ذات الصلة بحقوق الإنسان المجلة المغربية للرصد القانوني والقضائي - عدد مزدوج **9/8**، **2021**، ص. **156**.

[5]- من بين ذلك مطلب النساء الاتحاديات في مؤتمرهن السابع بمساندة الكاتب الأول السيد ادريس لشكر بتاريخ **27-12-2013** بفتح النقاش حول الإرث باعتباره مطلب مشروع أصبحت تمليه أوضاع الأسرة المغربية سواء ككيان أو كأفراد، تتعرض الأسر المغربية للتشرد لمجرد أن الهالك (أما أو أبا) لم يترك من الورثة إلا البنات واللواتي ليس من حقهن إلا الثلث مهما كان عددهن، فيأتي عاصب من طرف الهالك ويطالبهن بنصيب لا مشروعية له فيه إلا القرابة بالدم، وقد يكون ترتيبه في أقصى درجات القرابة ولم تكن تجمعه بالهالك ولا بالعائلة أية صلة لا مادية ولا معنوية. في جل الحالات يجبر العصبة عائلة الهالك على بيع سكنها أو اقتسام محتويات البيت رغم بساطتها دون مراعات لظروفها الإجتماعية.

كأفراد، هل التمييز بين المرأة والرجل في الإرث لازال له ما يبرره في ظل مجتمع أصبحت أكثر من **20** في المئة من أسره تعيلها نساء كزوجات أو كبنات وأكثرها بوجود رجل في البيت ؟ أين نحن من مسؤولية الرجل المالية التي يمكن أن نبرربها هذا الفارق في النصيب ؟

بين فئة ترى في المساواة في الإرث ضرورة مجتمعية وإحدى الركائز الرئيسية لتحقيق المساواة الكاملة بين الجنسين، وفئة أخرى ترفض جملة وتفصيلا أي تغيير أو تعديل في نظام الإرث لارتباطه بالنص القرآني الذي جاء صريحا وواضحا في تقسيم التركة.

وبناء على مقتضيات الدستور الذي يدعو إلى المساواة في الفصل التاسع عشر في الجانب المدني والسياسي والثقافي والاقتصادي والإجتماعي والبيئي حيث جاء فيه «**يتمتع الرجل والمرأة، على قدم المساواة، بالحقوق والحريات المدنية والسياسية والاقتصادية والإجتماعية والثقافية والبيئية، الواردة في هذا الباب من الدستور، وفي مقتضياته الأخرى، وكذا في الاتفاقيات والمواثيق الدولية، كما صادق عليها المغرب، وكل ذلك في نطاق أحكام الدستوروثوابت المملكة وقوانينها.**

تسعى الدولة إلى تحقيق مبدا المناصفة بين الرجال والنساء.

وتُحدث لهذه الغاية، هيئة للمناصفة ومكافحة كل أشكال التمييز.

وان النقاش حول المساواة في الارث بين الذكر والانثى فرض نفسه بسبب التطورات والتغييرات التي يشهدها المجتمع المغربي، حيث أن « عددا مهما من النساء أصبحن يتقاسمن الأعباء المادية للأسرة، بل إن حوالي 17 في المائة من العائلات المغربية أصبحت تعيلها نساء بشكل كلي »، مع الإشارة إلى أنه في ظل التغييرات « لا يمكن أن نعتمد نفس التشريعات والقوانين التي حكمت منذ أربعين أو خمسين سنة، بل يجب على القانون أن يساير تطلعات وانتظارات المجتمع .مما جعل المجلس الوطني لحقوق الإنسان أن يشير إلى كون المقتضيات القانونية غير متكافئة للإرث تساهم في الرفع من هشاشة وفقر الفتيات وهو ما دفع به إلى تعديل مدونة الاسرة بشكل يمنح حقوق للمرأة مساوية للرجل في مجال الارث ودلك طبقا لمقتضيات الفصل 19 من الدستور والمادة 16 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة .[1]

وهناك من الفقه من أشار إلى ضرورة ربط مسألة الإرث بالتزامات كل طرف فالنفقة حق للمرأة على زوجها بغض النظر عن فقرها أو غناها والمهر يقدم من الرجل ونفقة الأولاد على الأب ولا تتحمل المرأة

لا أحد يمكنه أن ينكر مساهمة المرأة بجانب الرجل في الإنفاق على الأسرة، وعندما يعجز الزوج بسبب المرض أو البطالة تخرج المرأة للعمل وتصبح المعيل الوحيد للأسرة. إذن مسؤوليتها المالية في هذه الحالات تضاهي مسؤولية أخيها الرجل، فلماذا التشبث بالفارق؟

لا أحد يمكنه أن ينكر بأن الفتاة المغربية قبل الزواج تساهم في تنمية أموال الأسرة خصوصا في الأسر ذات الدخل المحدود، تساعد الوالد على تشييد بيت أو اقتناء شقة تأوي العائلة، تنفق على أخيها العاطل وليس العكس. فهل من العدل عند وفاة الوالد أن نتشب بالفارق؟

إننا في الاتحاد الاشتراكي لما طالبنا بفتح النقاش حول الإرث لم يكن في نيتنا فتح نقاش ديني أو فقهي حول ما هو ثابت وما هو متحول في القرآن الكريم، فالمجال له أصحابه ومختصيه من العلماء الأجلاء. نحن نطالب بفتح نقاش هادئ ورزين حول مقتضيات مدونة الأسرة التي لم تعد تساير التغيرات التي طرأت على المجتمع المغربي. ذلك أن المشرع لما قنن أحكام الأسرة في المدونة لم يستثني منها الإرث الذي أصبح بذلك جزءا لا يتجزأ من هذه المنظومة القانونية التي يجب أن لا تتعارض في أحكامها مع دستور **2011**، الذي نص على مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة **www .usfp.ma.**

[1]- تقرير المجلس الوطني لحقوق الإنسان حول وضعية المساواة والمناصفة بالمغرب، صون واعمال غايات واهداف الدستور يوليوز **2015**، ص. **5**. منشور على الموقع الإلكتروني www.cndh.ma

في ذلك بشيء[1] وأن عدم المساواة بين الذكر والأنثى في الإرث ليس قاعدة مطردة في كل الحالات، موضحا في هذا الخصوص أن هناك حالات يتساوى فيها الذكر مع الأنثى كحالة الإخوة للأم، كما أن هناك حالات يفوق فيها نصيب المرأة نصيب الرجل[2] مما يمكن ان نتساءل هل يمكن للرجل كذلك أن يدفع بعدم دستورية النصوص القانونية التي تجيز للمراة أن ترث أكثر من الرجل؟

بل هناك من ينتقد مقتضيات الفصل 19 من الدستور عندما اشار إلى المساواة بين الرجل والمرأة على أن يتم دلك في نطاق أحكام الدستور وثوابت المملكة وقوانينها فإنه يتجاهل المشكل المطروح بالنسبة لحقوق المرأة هي بالضبط حرمانها من عدد من الحقوق باسم الثوابت .[3]

ثانيا: عدم دستورية المادة 9 من قانون المالية العمومية لسنة 2020

إذا كان العدل أساس الملك، فإن التنفيذ هو أساس القضاء وغايته النبيلة فهو يمثل أعظم مرحلة من مراحل التقاضي، فإن قوة القضاء تتجسد في تنفيد أحكامه وقرارته، وأن هيبة الدولة واستقراراها وازدهارها لا يتحققان إلا في ظل قضاء عادل وأن استقرا ر الدولة وعمارتها الشاملة لا تتم إلا بتجسد مبدأ سيادة القانون وتنفيد أحكام القضاء من قبل جميع مكونات الدولة [4] بما فيه السلطات العامة وأن مبدأ سيادة القانون والمشروعية يفرض على الدولة أن تلتزم بذلك لتصبح نموذجا في احترام الأحكام والقرارات القضائية الحائزة على قوة الشيء المقضي به.[5]

---

[1]-المادة **187** من مدونة الأسرة والتي تنص (نفقة كل إنسان في ماله، إلا ما استثني بمقتضى القانون.

أسباب وجوب النفقة على الغير: الزوجية والقر ابة والالتزام

[2]- محمد ناصر متيوي مشكوري المساواة بين الرجل والمرأة بين الشريعة والقانون مقال منشور بالمجلة المغربية للطفل والأسرة العدد**1** يناير **2010**، ص. **23**.

انظر كذلك مقتضيات المواد من **342** إلى **347** من مدونة الأسرة المغربية.

[3]- محمد الساسي، "الملك يقدم الدستور قراءة في العلاقة بين نص الخطاب الملكي ل **17** يونيو **2011** ونص الدستور الجديد"، مقال منشور بمجلة دفاتر وجهة نظر مطبعة النجاح الجديدة **2011**، ص. **22**.

[4]- نصت المادة **32** من ظهير شريف رقم **1.11.25** صادر في **12** من ربيع الآخر **1432** (**17** مارس **2011**) بإحداث مؤسسة الوسيط (إذا اتضح أن الامتناع عن تنفيذ حكم قضائي نهائي صادر في مواجهة الإدارة، ناجم عن موقف غير مبرر لمسؤول أو موظف أو عون تابع للإدارة المعنية، أو إخلاله بالقيام بالواجب المطلوب منه، من أجل تنفيذ الحكم المذكور، قام الوسيط برفع تقرير خاص في الموضوع إلي الوزير الأول، بعد إبلاغ الوزير المسؤول أو رئيس الإدارة المعنية، لاتخاذ ما يلزم من جزاءات لازمة ومن إجراءات في حق المعني بالأمر.

كما يمكنه أن يوجه إلى الإدارة المعنية توصية بتحريك مسطرة المتابعة التأديبية، وإن اقتضى الحال توصية بإحالة الملف على النيابة العامة لاتخاذ الإجراءات المنصوص عليها في القانون، في حق المسؤول أو الموظف أو العون الذي تأكد أنه المسؤول عن الأفعال المذكورة .

وفي هذه الحالة، يخبر الوسيط الوزير الأول بذلك).

[5]- محمد العلوي، إشكالية تنفيد الاحكام الادارية في مواجهة الادارة العمومية الجماعات المحلية نموذجا مقال منشور بالمجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية العدد **94-95** سنة **2010** ص **69-70**

نجد الدستور المغربي لسنة 2011 لأول مرة أولى حماية خاصة للأحكام القضائية من خلال الفصل 126 الذي جاء فيه أن " الأحكام النهائية الصادرة عن القضاء ملزمة للجميع. يجب على السلطات العمومية تقديم المساعدة اللازمة أثناء المحاكمة، إذا صدر الأمر إليها بذلك، ويجب عليها المساعدة على تنفيذ الأحكام."، هذا المقتضى الدستوري ساهم مشرع مسودة مشروع القانون الجنائي بتنزيله في المادة 308 من خلال تجريم مختلف صور الامتناع عن التنفيذ أو البطئ في التنفيذ من زاوية المحل وتجريم القائمين بالجريمة من زاوية ثانية سواء أكانوا من أشخاص القانون العام أو أشخاص القانون الخاص، واشترط ذلك بتوجيه إعذار للمخالف يظل بدون مفعول داخل أجل 30 يوما، وهذا توجه محمود يؤمن عملية الوفاء والالتزام بما صدر عن المحاكم، إذ يمكننا من إيجاد سند يبرر التنصيص على مقتضيات تساعد القضاء على فرض احترام أحكامه بالوسائل التي تحمي الحقوق والحريات الفردية، وهو ما يتوافق أيضا مع أكده مشروع المتعلق بالمسطرة المدنية من خلال الباب الثالث مكرر الذي يتحدث عن تنفيذ الأحكام القضائية الصادرة في مواجهة أشخاص القانون العام قاصدا بها الدولة وإداراتها والمؤسسات العمومية والجماعات الترابية وهيئاتها (المادة 21-451).

وقد استقرت أحكام القضاء الإداري بالمغرب وفرنسا ومصر على أن عدم تنفيذ الشيء المقضي به يعتبر دائما خطأ على أساس أن امتناع الإدارة عن تنفيذ الحكم ينطوي على مخالفة أصل الأصول القانونية وهو احترام حجية الشيء المقضي به وأنه لا يليق بحكومة في بلد متحضر أن تمتنع عن تنفيذ الأحكام النهائية بغير وجه قانوني لما يترتب عن هذه المخالفة الخطيرة من إشاعة الفوضى وفقدان الثقة في سيادة القانون.[1]

إلا أنه بالرجوع إلى مقتضيات المادة 9 من قانون المالية لسنة 2020 نجد أنها تنص على " يتعين على الدائنين الحاملين لأحكام قضائية تنفيذية نهائية ضد الدولة أو الجماعات الترابية ومجموعاتها ألا يطالبوا بالأداء إلا أمام مصالح الآمر بالصرف للإدارة العمومية أو الجماعات الترابية المعنية".

وفي حالة صدور حكم قضائي نهائي قابل للتنفيذ، يلزم الدولة أو جماعة ترابية أو مجموعاتها بأداء مبلغ معين، يتعين الأمر بصرفه داخل أجل أقصاه تسعون يوما ابتداء من تاريخ الإعذار بالتنفيذ في حدود الاعتمادات المالية المفتوحة بالميزانية لهذا الغرض، وفق مبادئ وقواعد المحاسبة العمومية، وإلا يتم الأداء تلقائيا من طرف المحاسب العمومي داخل الآجال المنصوص عليها بالأنظمة الجاري بها العمل في حالة تقاعس الآمر بالصرف عن الأداء بمجرد انصرام الأجل أعلاه."

وتؤكد المادة أيضا أنه "إذا أدرجت النفقة في اعتمادات تبين أنها غير كافية، يتم عندئذ تنفيذ الحكم القضائي عبر الآمر بصرف المبلغ المعين في حدود الاعتمادات المتوفرة بالميزانية على أن يقوم الآمر بالصرف

[1]- محمد القصري – الغرامة التهديدية كوسيلة لاجبار الادارة على تنفيذ احكام القضاء الاداري، مقال منشور بمجلة نشرة قرارات محكمة النقض الغرفة الادارية العدد 12 سنة 2013، ص. 128.

وجوبا بتوفير الاعتمادات اللازمة لأداء المبلغ المتبقي في ميزانيات السنوات اللاحقة وذلك في أجل أقصاه أربع سنوات ووفق الشروط المشار إليها أعلاه، دون أن تخضع أموال وممتلكات الدولة والجماعات الترابية ومجموعاتها للحجز لهذه الغاية"

وكنتيجة لهاته المادة الاستثنائية يمكن القول أن منع لتنفيذ الأحكام القضائية الصادرة في مواجهة الدولة والجماعات الترابية عن طريق الحجز، يشكل مسا واضحا بمبدأ فصل السلط واستقلالية السلطة القضائية عن السلطتين التشريعية والتنفيذية، كما هو منصوص عليه في الفصلين 1 و107 من الدستور.

كما أنها مخالفة للتوجيهات الملكية التي ما فتئت توصي بضرورة وأهمية تنفيذ المقررات القضائية وجريان مفعولها على المحكوم ضدهم، بما في ذلك الإدارة وكل مرافق الدولة، في إطار المبدأ الدستوري القاضي بمساواة الجميع أمام القانون والقضاء.

لذلك ومما لا شك فيه سوف تشكل مقتضيات هاته المادة موضوعا لدفع بعدم الدستورية لخرقها لمبدأ المساواة أمام القضاء وكذا لمساسها بمبدأ فصل السلط .

وعليه يكن القول أن تنزيل الفصل 133 من الدستور سوف يطرح جملة من التساؤلات والإشكاليات والتي تتمحور حول الهدف من تبني ألية الدفع بعدم الدستورية في التشريع المغربي في علاقتها بالمنظومة التشريعية المغربية والتي أصبحت في الآونة الأخيرة تطرح عدة إشكالات مرتبطة بالمرجعية الحقوقية للنص التشريعي وإشكالية المرجعية الدينية في بعض الفصول .

المطلب الثاني : الدفع بعدم الدستورية في القانون الجنائي الإجر ائي

إن العدالة الجنائية أصبحت تستند اليوم على أسس دستورية لا يمكن الاتفاق على مخالفتها، وهو نفس الموقف الذي كرسته المحكمة الدستورية في قرار صادر عنها والذي جاء فيه "**لئن كان يحق للمشرع لاسيما من أجل حماية أمن وحريات المواطنين والمواطنات أن يسن في المجال القضائي قواعد وإجراءات خاصة استثنائية من الإجراءات العامة ...فإن المشرع مقيد دائما بضرورة احترام المبادئ الرامية إلى صيانة الحريات الأساسية المكفولة للجميع ومن ضمنها حق التقاضي المضمون لكل شخص للدفاع عن حقوقه وعن مصالحه التي يحميها القانون، وحق الدفاع المنصوص عليهما على التوالي في الفصلين 118 و120 من الدستور.**"[1]

وأنه لا يمكن أن نقبل أن ترد على ضمانات المحاكمة العادلة أي استثناء، فلا يمكن القول أن الأصل هو قرينة البراءة، والاستثناء هو الإدانة أو القول أن الأصل هو محاكمة عادلة والاستثناء هو محاكمة

[1]- قرار المحكمة الدستورية رقم **16/992** ملف عدد **16/1474** سنة **2016**.

منحازة ... فقاعدة لكل قاعدة استثناء تتكسر على صرح العدالة الجنائية، هو ما يعني أن البرلمان وإن كان هو السلطة المخول لها مهمة التشريع طبقا للفصل 71 من دستور 2011، فإنه لا يسوغ له أن يصيغ نصوص قانونية تتعارض مع مبادئ المحاكمة العادلة باعتبارها قبل أن تكون قاعدة دستورية منصوص عليها في الفصول 117 إلى 128 من الوثيقة الدستورية لسنة 2011 أو حتى قاعدة كونية مكرسة على مستوى الشرعة الدولية، فإنها حق إنساني ناضلت من أجله البشرية قرون عديدة. فلا يمكن أن نسمح تحت مسميات الدفاع عن المصلحة الاقتصادية والسياسية للدولة أو المصلحة العامة بالعودة إلى عصور الاستبداد والظلم، ذلك أن العدالة الجنائية اليوم على الصعيد الوطني أو حتى الدولي أضحت لها أسس ومرتكزات مرجعية تجدها سندها في المواثيق الدولية وأيضا في الدساتير الوطنية، و أن المشرع الدستوري باعتباره الموجه الأساسي، فلابد أن يراعي قانون المسطرة الجنائية المبادئ الدستورية و ذلك من خلال مايلي .

أولا: تمظهرات إخلال المسطرة الجنائية بمبدأ المساواة

إذا كان انضمام الدول إلى العهد الدولي الخاص بالحقوق السياسية والمدنية يقتضي أن الحق في المساواة أمام القضاء أصبح من الحقوق الملزمة لهذه الدول، فالمغرب العضو النشيط في المنظمات الدولية، قد تبنى أهم المبادئ التي تضمنتها المواثيق الدولية، حيث يعد مبدأ المساواة من أبرز تجلياتها كونه يكرس قاعدة عدم التمايز بين الموطنين في اللجوء إلى قاضيهم الطبيعي، بوصفه صمام أمان الحقوق والحريات، بل إن هذا المبدأ يعد تكريسا لوحدة القواعد القانونية في مجال التقاضي، بذلك لا يجوز أن يعطل المشرع إعمال هذه القواعد في شأن فئة بذاتها من المواطنين، ولا أن يقلص دور الخصومة التي تعتبر ضمان الحق فيها والنفاذ إليها طريقا واحدا لمباشرة حث التقاضي المكفول بواسطة الدستور، إلا أنه بالرجوع إلى القوانين الإجرائية المنظمة لحق التقاضي، نجد أن حق اللجوء إلى القضاء الطبيعي قد تعتريه بعض الاستثناءات لاعتبارات معينة.[1]

ولقد اعتبر قانون مكافحة الإرهاب استثناء في مجال مكافحة الجريمة، لأنه تضمن ضوابط جد ضيقة وصارمة من قبيل تمديد الحراسة النظرية أثناء الاعتقال، وتأخير الاتصال بالمحامي عند تمديد الحراسة النظرية، وانتهاك حرمة المكالمات الهاتفية والتفتيش والحجز خارج الأوقات القانونية. وما زاد من استثنائية هذا القانون على مستوى المتابعة وإثارة الدعوى العمومية خروجه على قواعد الاختصاص، فقد ورد بالمادة 7 من قانون 03.03 أنه "**بصرف النظر عن قواعد الاختصاص المقررة في ق م ج، أو في نصوص أخرى، تختص محكمة الاستئناف بالرباط بالمتابعة والتحقيق والحكم في الجرائم الإرهابية**" وهكذا فقد حدد ضمن مقتضيات المادة أعلاه الاختصاص بشقيه المكاني والنوعي إذ في جميع الجرائم التي تدخل

[1]- إدريس الحياني ويوسف أديب، "ضمانات الأشخاص في الصيغة الأولى لمسودة مشروع ق م ج أي رهانات، قراءات في المادة الجنائية"، ع **1 2016**، ص. **54**.

ضمن الجرائم الإرهابية تختص محكمة الاستئناف بالرباط البت فيها بغض النظر عن مكان ارتكاب الجريمة أو محل إقامة المشتبه فيه أو محل إقامة إلقاء القبض عليه، وبذلك تكون المادة السابقة قد خرجت بأحكام استثنائية لقواعد الاختصاص لما أعطت لمحكمة الاستئناف بالرباط الاختصاص بالمتابعة والتحقيق والحكم في الجرائم الإرهابية بشكل حصري، الشيء الذي يطرح التساؤل حول مدى مشروعية وملاءمة إسناد قضايا الإرهاب لمحكمة معينة، دون باقي المحاكم في علاقة بمبدأ المساواة في المثول أمام القضاء الطبيعي، ورغم التبريرات التي قدمت لجعل الاختصاص محصورا على هذه المحكمة سواء ما يتعلق بطبيعة ونوع الجرائم أوما تستدعيه من ضرورة حفظ الأمن العام، وحسن سير العدالة، غير أن هذا التبرير لا يمكن الأخذ به فيما يتعلق بالاختصاص الحصري لمحكمة سلا في الجرائم الإرهابية، وقد انقسم الفقه هذه المسألة إلى اتجاهين:

اتجاه مؤيد، ويجد مبرراته في أهمية المصالح المعتدى عليها وهو عامل مشترك بين جميع الدول لأن هذه الجرائم تمس الشرعية الدستورية، وتهدد البينان الداخلي للدولة والمجتمع في سلامته وأمنه، وتمس الحقوق والحيات العامة للأفراد.[1] بالتالي فالعبرة هي تحقيق وضمان الأمن العمومي والحفاظ على النظام العام. أضف إلى ذلك أن المشرع المغربي عمل على تركيز الاختصاص في التحقيق والبت في الدعاوى العمومية الناشئة عن الجريمة الإرهابية في محكمة واحدة، وهي محكمة الاستئناف بالرباط، ولعل الغاية من هذا التوجه هو تحقيق فعالية الإجراءات بشكل يرجح كفة مصلحة المتهم، والمشرع المغربي من خلال ذلك لم يجعل من محكمة الاستئناف بالرباط، محكمة استثنائية، إذ أن وجود هذه الأخيرة رهين ببعض الظروف الطارئة وغير العادية التي قد يجتازها المجتمع، كحالة لإخلال الخطير بالأمن الخطير بأمن الدولة الداخلي أو الخارجي أو في حالة الحرب، ويبقى وجود هذه المحاكم موقوت بهذه الظروف، فإن زالت اختفت هي الأخرى.[2]

ولعل الغاية من هذا التركيز هو تحقيق سرعة الفصل في الدعوى العمومية التي تنشأ عن هذه الجريمة، الأمر الذي يحدد الردع العام للعقوبة بشكل أفضل، كما قيل أن المشرع عند حصره لصلاحية النظر في قضايا الإرهاب في محكمة الاستئناف بالعاصمة سعى من خلال ذلك إلى تحقيق وحدة التكييف، فالمشرع المغربي لم يعط تعريفا للجريمة الإرهابية مما سيفتح الباب أمام السلطة التقديرية للقاضي، وإمكانية إعطاء هذا الاختصاص بنظر فيه إحدى الجرائم إلى عدة محاكم، مما سيجعلنا أمام تكييفات متعارضة، ففي الوقت الذي ستعتبر فيه إحدى المحاكم أحد الأفعال جريمة إرهابية، قد لا تعتبره محكمة

[1]- عبد السلام بوهوش، عبد المجيد الشفيق، "الجريمة الإرهابية في التشريع المغربي مع قراءة في الاتفاقيات الدولية"، منتدى المعرفة القانونية والقضائية، ص. **247**.

[2]- نسرين الرحالي، "العمل القضائي المغربي في جرائم الإرهاب"، مجلة العلوم القانونية، العدد الثالث، **2016**، ص. **143**.

أخرى كذلك، إذ أن تحديد ما إذا كان الفعل المرتكب يعد فعلا إرهابيا أولا يبقى متوقفا على مشيئة سلطة الإحالة.

كما يمكن تبرير ذلك أيضا بالرغبة في تسهيل إلمام القاضي بخبايا الجريمة الإرهابية، فهذه الجرائم تكون لها في الغالب علاقة بعضها البعض، والملف الواحد قد ترتبط به عدة ملفات أخرى، وبالتالي فإعطاء الاختصاص لمحكمة واحدة سيسهل جمع شتات هذه الملفات.

لكنها تبقى تبريرات غير كافية لتقرير محكمة بذاتها من بين جميع المحاكم بالمغرب، بل أن هناك أسباب وجيهة دفعت بالمشرعين في جميع البلدان لإسناد الاختصاص في الجريمة الإرهابية لمحاكم بعينها، ولعل ذلك راجع إلى الطابع السياسي الذي تتميز به الجريمة الإرهابية ومسها الخطير بالنظام العام.[1]

أما الاتجاه الثاني وهو الرافض لهذا الاستثناء يرى أنه مقتضى غريب إلى حد ما، ويمكن أن يؤدي إلى زرع الشك في ذهن المفسرين، فإذا كان المشرع ظل حريصا لكي لا يخلق في هذه المناسبة محكمة استثنائية، فقد كان عليه الإبقاء على قواعد الاختصاص العادية، بل إن الطريقة المتبعة يمكن أن تثير لبسا مزدوجا:

هل محاكم الاستئناف الأخرى ليست لها الوسائل لرفع تحدي الإرهاب؟

إن التوجه المعتمد من قبل المشرع المغربي من شأنه أن يغذي الخطاب المبخس للمؤسسة القضائية، ففي الوقت التي اتجه دستور 2011 إلى الارتقاء بها إلى مصاف المؤسسات الدستورية، نجد أن قانون مكافحة الإرهاب لم يعد يساير المستجدات المهمة التي تضمنتها الوثيقة الدستورية .

وعلى العموم فإن جعل محكمة الاستئناف بالرباط هي المختصة بالمتابعة والتحقيق والحكم في الجريمة الإرهابية، بصرف النظر عن قواعد الاختصاص المقررة في ق م ج أوفي نصوص أخرى، من شأنه أن يؤدي إلى هدر وحرمان المتهمين من مجموعة من الحقوق والضمانات التي كفلتها لهم القوانين والمواثيق الدولية، التي لا غنى عنها في سبيل تحقيق محاكمة عادلة.[2]

وفي فرنسا فقد أعربت اللجنة المعنية بحقوق الإنسان عن قلقها بشأن قوانين مناهضة الإرهاب، التي تمنح ولاية قضائية خاصة لمحكمة مركزية تخول لممثلي الادعاء فيها سلطات خاصة للقبض والتفتيش، وتبيح احتجاز المشتبه فيهم في مراكز الشرطة مدة قد تصل إلى أربعة أيام، وبموجب هذه القوانين ليست للمتهم ذات الحقوق المكفولة له في المحاكم العادية كما اعتبرت "**أن السبب في إنشاء هذه المحاكم في الغالب هو فتح الباب أمام تطبيق إجراءات استثنائية، لا تتماشى مع المعايير العادية للعادلة**.

[1]- فتوح الشاذلي، "المساواة في الإجراءات الجنائية"، دار المطبوعات الجامعية، **1990**، ص. **98**.

[2]- الحسن الجاي، "مستجدات التشريع الجنائي والمحاكمة العادلة"، مجلة المعيار، ع **34**، نونبر**2005**، ص. **139**.

كما أنه قد أوصت اللجنة الأمريكية الدولية بإلغاء المحاكم الخاصة بمحاكمة الأشخاص المتهمين بارتكاب جرائم إرهابية، والتي تحجب فيها هوية القضاة ورجال الادعاء، والتي تتبع فيها إجراءات سرية لتقديم الشهود وأخذ أقولهم"[1].

ثانيا: عدم دستورية المسطرة الغيابية

لا شك أن المنتظم الدولي أقر جملة من الحقوق التي صنفت بأنها تعد معيارا للمحاكمة العادلة لا بد من احترامها من أجل تكريس دولة الحق والقانون، لعل أهم المعايير الذي شرعها المنتظم الدولي من خلال الاتفاقيات والإعلانات الدولية نذكر على سبيل المثال لا الحصر: "مبدأ التقاضي على درجتين، الحق في مؤازرة المحامي، الحضورية ..." مما يعني أنه متى تم اعتماد مسطرة تتنافى مع هذه الحقوق، فيتعين الدفع بعدم دستوريتها خاصة وإن كانت هذه الحقوق تحظى بتنظيم على مستوى النص الدستوري.

ولعل أبرز تجليات انتهاك المسطرة الغيابية لضمانات المحاكمة العادلة نجد:

1 -إهدار الحق في شفوية إجراءات المحاكمة" مبدأ الحضورية":

من المبادئ الأساسية في إجراءات المحاكمة الحضورية ضرورة أن تتوفر ضمانة شفوية إجراءات المحاكمة، إذ تعد قاعدة الشفوية الوسيلة التي يستطيع من خلالها الخصم مناقشة أدلة خصمه وتنفيذها وتقديم عكسها إن وجد ذلك[2].

وتمثل المحاكمة المرحلة الثانية للدعوى الجنائية وتستهدف الفصل في موضوعها، وقد أحاط القانون هذه المرحلة وعلى الخصوص في الجنايات، بضمانات عديدة نظرا لخطورة الأفعال التي توصف بالجنايات، ولهذا تضم إجراءات تتسم بالتريث وتفتح المجال لحق الدفاع قصد تحقيق المحاكمة المنصفة، ومن أهم ما يتطلبه القانون في هذه الأخيرة، وهو مباشرة إجراءات المحاكمة بحضور المتهم وبمرافعة ومواجهة شفوية، كفالة لحقه في الدفاع بما فيها الاستعانة بمحام،[3] وفي حالة غيابه في القضايا الجنائية

[1]- عوض محمد عوض، "المبادئ العامة في قانون الإجراءات الجنائية"، منشأة المعارف، طبعة **2002**، ص. **529**.

[2]- نظام توفيق، "قاعدة الحضور الشخصي للمشتكي عليه "الظنين أو المتهم" للمحاكمة"، مجلة الشريعة والقانون، بدون عدد، بدون سنة، ص. **344**.

[3]- طارق سرور، "المحاكمة الغيابية في مواد الجنايات"، دار النهضة العربية القاهرة، الطبعة الأولى، **2007**، ص. **36** وما يليها.

يتم حرمانه من هذه الحقوق والضمانات،[1] وذلك بمحاكمته غيابيا[2] وهو بمثابة عقوبة له بسبب استهزائه بدعوى القضاء.[3]

وتجدر الإشارة إلى أن إجراءات المحاكمة الغيابية تبقى محكومة بمبدأ العدالة، إذ يمكن للمحكمة أن تصدر قرارا بالبراءة أو عدم المسؤولية رغم عدم الاستماع للمتهم في إجراءات المحاكمة.

أما بخصوص سماع الشهود عند مباشرة إجراءات المحاكمة الجنائية الغيابية، فمن المقرر في ق.م.ج أنه لا يتم سماع الشهود في المحاكمة الغيابية في الجنايات، فالمحكمة تقضي في الدعوى بناء على الأوراق التي تتلى في الجلسة والتماسات النيابة العامة.[4]

وتتجلى مظاهر خرق المسطرة الغيابية هنا في كون الحكمة من مبدأ الشفوية في الجلسة، أن يحكم القاضي بما يقع تحت بصره ويصل إلى سمعه من أقوال الخصوم والشهود، فاستماع القاضي للشاهد قد يمكنه من أن يستشف مدى جديته في الشهادة وقابليتها للتصديق، كما أن القاضي قد يطلع على أوراق القضية اطلاعا ناقصا، ومن ثم فمن العدالة أن تجري المحاكمة على مبدأ الشفوية للإحاطة التامة بالحقيقة[5].

فعلى مستوى انتهاك المسطرة الغيابية لمبدأ الحضورية، يتجلى ذلك في كون المشرع المغربي منح للمحكمة أن تحاكم المتهم غيابيا إن لم يحضر داخل أجل 8 أيام من تاريخ الأمر بإجراء المسطرة الغيابية، وفي هذا المقتضى خرق واضح لمبدأ الحضورية، وهذا المبدأ يحمل مدلولا له وجهان مرتبطان ومتكاملان الوجه الأول هو ضرورة حضور كافة أطراف الدعوى، وأعضاء هيئة الحكم أثناء التحقيق النهائي كمبدأ عام، والوجه الثاني هو ضرورة تمكينهم من مناقشة كافة الحجج والدلائل التي تعرض على المحكمة تلك المناقشة التي تشرف عليها وتوجهها وتشارك فيها هيئة الحكم، فالحضورية إذن كمصطلح لا يفيد مجرد تواجد أطراف الدعوى وهيئة الحكم بالجلسة، بل إنها تفيد إلى جانب ذلك التواجد المادي أمران حيويان: الأول هو فسح المجال أمام الخصوم للدفاع عن وجهات نظرهم عن طريق إبداء الرأي ومقاربة الحجة

---

[1]- حيث تتم إجراءات المحاكمة اعتمادا على جانب الاتهام دون تعويل على جانب الدفاع.

[2]- محاكمة المتهم غيابيا هي محاكمة تتم بخلاف للأصل، بعد إطلاع المحكمة على أوراق الدعوى المرفوعة ضده ودون إجراء تحقيق والحكم الصادر فيها يكون هو الأخر غيابيا إذا صدر دون أن يكون المتهم حاضرا جلسة المر افعة ليتمكن من إبداء دفاعه.

انظر في هذا الشأن: حاتم بكار، "أصول الإجراءات الجنائية"، منشأة المعارف الإسكندرية، **2007**، ص. **632**.

[3]- ناصر فتحي بدوي، "المشكلات العملية للحكم الغيابي"، دار الكتب القانونية، مصر **2006**، ص. **45**.

[4]- تنص المادة **448** ق.م.ج أنه:" إذا لم يقدم عذر أو قدم ولم يقبل، يتلو كاتب الضبط بالجلسة القرار بالإحالة والأمر ويصل المسطرة الغيابية، وتستمع المحكمة بعد تلاوة ما تقدم إلى الطرف المدني، إن كان طرفا في الدعوى، وإلى التماسات النيابة العامة".

[5]- أوبراهيم رشيدة، "ضمانات المحاكمة العادلة للحدث-دراسة مقارنة"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المتخصصة في القانون الخاص، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والإجتماعية بفاس، **2008/2007**، ص. **36**

بالحجة، والثاني هو بإعطاء الفرصة للمحكمة لكي تقوم بكل ما يمكن أن يساعدها على فهم مستنير وإدراك معمق للنازلة المعروضة عليها.

2- إهدار الحق في المساواة أمام القضاء:

لا شك أن الاعتماد على المسطرة الغيابية فيه إهدار لعدة حقوق دستورية، أبرزها عدم الاستفادة من مؤازرة المحامي، حيث اعتبرت المادة 446 من ق م ج أنه نتيجة لعصيان المتهم للقانون، فإنه لا يستفيد من الحق في الدفاع كجزاء رادع له، غير أن الأخير، لا يمكن التسليم بمشروعيته خاصة وأنه ينتهك جملة من الحقوق الدستورية وشبه الدستورية المنصوص عليها في الوثيقة الدستورية لسنة 2011، من أبرزها مبدأ المساواة، قرينة البراءة" ف 23"، حقوق الدفاع "ف 23و118"".

فمحاكمة المتهم غيابيا وبدون تعيين محام لدفاع عن مصالحه وفقا للمادة 446 الإخلال كذلك بأحد مبادئ المحاكمة العادلة ألا وهو مبدأ المساواة بين الدفاع والادعاء، أي عدم تكافؤ المحاكمة بين أطراف الدعوى العمومية.

فالمتهم المتخذة في حقه للمسطرة الغيابية قد نجده في العديد من الأحيان لا يعلم بوجود متابعة محركة ضده خاصة في الحالة الأولى من حالات التي يمكن فيها اللجوء إلى المسطرة الغيابية ففي هذه الوضعية يكون المتهم أولا غائب عن المحاكمة، لا يوجد من يدافع عنه، ثانيا تستمع هيئة الحكم فقط لنيابة العامة، وللمطالب بالحق المدني إن وجد كما يعتبر المتهم الغائب عن الجلسة في حكم المرتكب للجريمة حيث تقوم في حقه قرينة الإدانة عوض قرينة البراءة المنصوص عليها في الفصل 23 من الدستور والمادة الأولى من ق. م. ج، فكل هذه الآثار المترتبة عن تطبيق المسطرة الغيابية تؤذي في جل الأحيان، إن لم نقل في كل الأحيان إلى إدانة المتهم بجرم برئ منه براءة الذئب من دم يوسف – عليه السلام – لأن الأصل في الأشياء البراءة حتى يثبت العكس، ولن يكون من شأن تطبيق المسطرة الغيابية إظهار العكس، وإنما إظهار الإدانة فقط.

3-خرق المسطرة الغيابية لمبدأ التقاضي على درجتين:

لقد منح المشرع للمتهم خلال المرحلة اللاحقة بالنطق بالحكم عدة ضمانات، ففي هذه المرحلة توجد العديد من الحقوق التي يستفيد منها المتهم مشكلة بذالك إحدى الركائز الأساسية للمحاكمة العادلة، ومن بين هذه الضمانات نجد مبدأ التقاضي على درجتين أو تعدد درجات التقاضي.

ووعيا من المشرع المغربي بضرورة اعتماد ضمانات المحاكمة العادلة، فإنه تبنى مبدأ التقاضي على درجتين في الجنايات أيضا وذلك بإتاحة الطعن فيها بالاستئناف لدى هيئة قضائية جديدة يصطلح على تسميتها بغرفة الجنايات الاستئنافية[1].

غير أن الحكم الغيابي الصادر بالإدانة وفقا للمسطرة الغيابية في الجنايات يختلف عن الحكم الغيابي بالإدانة في مواد الجنح والمخالفات، فهذا الأخير يقبل الطعن بالتعرض من المحكوم عليه، أما الحكم الغيابي الصادر بالإدانة في الجنايات فلا يقبل أي طريق للطعن فيه من المحكوم عليه بالإدانة فلا يجوز له ممارسة أي طعن عادي[2] كان أم استثنائي.[3]

ولا يقبل الطعن في هذا الحكم سوى من طرفين وهما النيابة العامة والمطالب بالحق المدني فيما يخص حقوقه المدنية (المادة 451 ق.م.ج).

والعلة من التضييق في الضمانات المسطرية وفي هذه الحالة بالذات لا تخفى لأن المؤمل أساسا من الحكم الغيابي بالإدانة هو كسر عناد المحكوم عليه ليقدم نفسه للعدالة لكي تعاد محاكمته من جديد وفقا للمسطرة العادية[4].

ومن خلال ما سبق عرضه يتضح لنا أن تطبيق المسطرة الغيابية في حق المتهم المحكوم غيابيا يشكل خرق لمبدأ التقاضي على درجتين والذي تكمن أهميته في تمكين المتقاضين من ضمانات أفضل لتمكينهم من حقوقهم من جهة، ومن جهة أخرى يشكل دافعا لقاضي المحكمة الابتدائية ليحقق العدالة في القضايا المعروضة عليه ما دام يعلم بوجود درجة أعلى منه تراقب الأحكام التي يصدرها كما أن القاضي عندما يفصل في النزاع المعروض عليه ويصدر حكمه، فإنه قد يصيب في هذا الحكم وقد يخطئ لأن القاضي بشر والبشر ليس معصوما من الخطأ، ثم إن الأطراف في النزاع أنفسهم قد يرتابون في حكم القاضي ولا يرتاحون إليه لأن الشعور بالشك وبعدم الثقة هو شعور طبيعي لدى من ردت دعواه أومن حكم عليه، يضاف إلى ذلك أن الحكم الصادر في نزاع قد يمس حقوق أو مصالح شخص لم يكن طرفا في هذا النزاع، لهذه الاعتبارات كان لابد من فسح المجال للمضرور في أن يتظلم من الحكم الذي أضر به، وبالتالي في أن يطعن بهذا الحكم ويطلب إبطاله. كما أن إبطال الأحكام لا يكون بدعوى أصلية أو بطريق الدفع بالبطلان بل بسلوك طريقة من طرق الطعن القانونية.

---

[1]- وزارة العدل، م س، ص. **197**.

[2]- يتعلق الأمر بالاستئناف كطريق من طرق الطعن العادية الذي أتاحه قانون المسطرة الجنائية في الأحكام الصادرة في الجنايات.

[3]- وأهم هذه الطرق للطعن (النقض).

[4]- عبد الواحد العلمي، م س، ص. **375**.

وعلى اعتبار أن المشرع المغربي منح إمكانية الطعن في قرارات الصادرة عن غرفة الجنايات الابتدائية بمحكمة الاستئناف، أمام غرفة الجنايات الاستئنافية داخل نفس المحكمة كدرجة ثانية، فإن هذا المقتضي يجرنا إلى طرح التساؤل حول طريقة الطعن التي يمكن للمتهم الاستفادة منها لكي يستفيد من الدرجة الثانية من درجات التقاضي.

وذلك راجع إلى كون أن الطعن بالاستئناف يكون بمثابة تظلم ومحاولة لتجاوز خطأ القاضي المصدر للحكم فهو يشكل فرصة لإصلاح الأحكام الحضورية دون تلك الموصوفة بالغيابية، وعلى اعتبار أن القرار الصادر عن المحكمة في إطار المسطرة الغيابية يكون غيابي - أي أن المحاكمة تكون بغير حضور المتهم لجلسة الحكم-، وبالتالي فالمتهم لا يمكنه الطعن بالاستئناف في القرار الصادر عن غرفة الجنايات الابتدائية، بحسب القواعد العامة فهذا أمر طبيعي وعادي، وهذا ما دفع بجل التشريعات نحو إيجاد وسيلة للطعن أخرى في الأحكام أو القرارات الغيابية، وهي التعرض، وهو أحد طرق الطعن العادية المقررة من قبل المشرع المقررة لتلافي آثار الحكم الغيابي والحكمة من إقرار التعرض هو أنه مادام هذا الحكم أو القرار قد صدر على متهم لم يعلم لشخصه بجلسة المحاكمة فإنه يحتمل أن لا يكون الإعلان قد وصله إما لغيابه خارج منزله لمدة طويلة وإما لفقدان الإعلان رغم تسليمه في محل إقامة المتهم، فكل هذه الافتراضات ممكنة ومن أجلها أبيح للمتهم أن يطعن في الحكم الغيابي الصادر ضده .

وعلى اعتبار أن القرار الصادر عن غرفة الجنايات يعتبر غيابيا فهل يحق للمحكوم عليه في إطارها التعرض على قرارها، أم أن مسلسل انتهاك المسطرة الغيابية لضمانات المحاكمة العادلة مازال في قائما حتى في هذه المرحلة.

فبالرجوع للمادة 451 من ق . م .ج نجده يجيب على التساؤل أعلاه من خلال نصه على أنه " لا يقبل الطعن في القرار الصادر غيابيا إلا من النيابة العامة ومن الطرف المدني فيما يتعلق بحقوقه" وعلى نفس المنوال صارت نفس المادة في إطار مشروع قانون المسطرة الجنائية، وبالتالي نجد حق الطعن في قرار الغرفة الجنائية من حق النيابة العامة والمطالب بالحق المدني فقط دون المتهم الذي يحرم من هذا الحق الأصيل من حقوق المحاكمة العادلة، مجسدا بذالك المشرع المغربي خرقه لضمانات المحاكمة العادلة عبر إقراره للمسطرة الغيابية أو بحسب الاسم الجديد لهذه المسطرة في مشروع قانون المسطرة الجنائية بـ" في التخلف عن الحضور أمام غرفة الجنايات.

وتجدر الإشارة إلى أنه في حالة إلقاء القبض على المحكوم عليه خلال مرحلة الجنايات الاستئنافية تصدر غرفة الجنايات الاستئنافية قرار بإرجاع الملف إلى غرفة الجنايات الابتدائية للاستفادة من التقاضي على درجتين.[1]

ثالثا: عدم دستورية نظرية العقوبة المبررة

لقد تعرض المشرع المغربي لنظرية العقوبة المبررة بمقتضى المادة 537 من م ج والتي تنص على أنه "إذا كانت العقوبة المحكوم بها هي نفس العقوبة المقررة في النص الذي ينطبق على الجريمة المرتكبة، فلا يمكن لأي كان أن يطلب إبطال المقرر بدعوى وجود خطأ في التكييف الذي أعطي للجريمة في المقرر المذكور، أو في نصوص القانون التي أشار إليها المقرر ما لم يترتب عن ذلك التكييف ضرر للطالب.

وإذا وجد في إحدى التهم ما يبرر العقوبة الصادرة فلا يمكن إبطال الحكم، غير أن محكمة النقض تصرح في هذه الحالة بأن العقوبة المنصوص عليها في المقرر المطعون فيه لا تنطبق إلا على التهمة التي تثبت قانونيا من بين التهم الأخرى".

فما حدود تطبيق هذه النظرية؟ ألا يعتبر تطبيقها من طرف محكمة النقض تعارضا مع مبدأ الشرعية الجنائية ومبدأ حقوق الدفاع؟ وكيف لمحكمة النقض أن تتراجع عن دورها الأساسي هو الرقابة على سلامة تطبيق القانون؟ وما دور التكييف إذن إذا كان منطق قضاء النقض هو تبرير العقاب؟ ثم على فرض أن هذه العقوبة فهل هي عادلة؟ وما مدى دستوريتها؟[2]

رابعا: تعارض نظرية العقوبة المبررة مع مضامين الوثيقة الدستورية:

لا شك أن نظرية العقوبة المبررة تتعارض مع عدد من النصوص الدستورية، لعل أبرزها الفصل المنظم للخطأ القضائي المنصوص عليه في الفصل 122 من الدستور "1"، وأيضا أحكام الفصل 110 المنظم لاختصاص السلطة القضائية "2".

1- إجهاض نظرية العقوبة المبررة على لمضمون الفصل 122 من الدستور" الخطأ القضائي":

على الرغم مما ظفرت به العقوبة المبررة لدى القضاء من تأييد، إلا أن تطبيقها ينتج عنه آثار سلبية بالغة، ذلك أن أول ما يثير الانتباه دون عناء كبير أن النظرية تتعارض مع مبدأ الشرعية الجنائية باعتباره مقتضى دستوري، الذي يحتم على المحكمة القيام بتكييف الواقعة طبقا لما نص عليه القانون، كما أنه

[1]- حميد طارق، "شعبة الجنايات الابتدائية"، محكمة الاستئناف بفاس، في إطار الحوار الذي أجريته معه داخل المحكمة. يوم **2016/5/4** الساعة **10:45**.

[2]- محمد الحمياني، "دراسة نقدية للمادة **537** من قانون المسطرة الجنائية، المنازعات الجنائية على ضوء المستجدات التشريعية والاجتهادات القضائية"، منشورات مجلة العلوم القانونية، سلسلة فقه القضاء الجنائي، مطبعة الأمنية، الرباط، سنة **2015**، العدد الأول، ص. **86**.

من جانب آخر يؤدي تطبيق هذه النظرية إلى تناقض صارخ مع وظيفة محكمة النقض في ضمان حسن تطبيق القانون، لأنها تؤدي إلى الإبقاء على أحكام غير قانونية،[1] كما لو أن محكمة النقض تعمل من خلال إعمال هذه النظرية تبرير الأخطاء القضائية من خلال احتوائها وتجاوز ما نص عليه الدستور المغربي، الذي خول للمتضرر من الخطأ القضائي الاستفادة من التعويض استنادا للفصل 122 من دستور 2011.

2- تعارض نظرية العقوبة المبررة مع مضمون الفصل 110 من الدستور:

أكد المشرع المغربي في الفصل 110 من الدستور أنه" لا يلزم قضاة الأحكام إلا بتطبيق القانون، ولا يصدر أحكام القضاء إلا على أساس التطبيق العادل للقانون...".

وهو ما يفرض ضرورة احترام المبادئ الأساسية المرتبطة بضمانات المحاكمة العادلة لكل ماثل أمام القضاء، بما في ذلك احترام المساطر والمقتضيات القانونية المرتبطة بتطبيق العقوبة، وترتيب الجزاء على كل إخلال بذلك، حيث إن المشرع كما يهمه معاقبة المتهم عند ثبوت الجريمة في حقه، يهمه أيضا ألا يطال العقاب بريئا،[2] على نحو يحقق التوازن بين حقوق المتهم في محاكمة عادلة ومصالح المجتمع في حمايته منه ضامنا وحاميا لحقوق الأشخاص وحرياتهم وأمنهم القضائي بما يفرض عليه الالتزام الصارم بأحكام القانون والسهر على تطبيقه العادل.[3]

غير أنه بإصدار عقوبة على فعل يعترف القضاء نفسه بعدم ارتكابه وإنما فقط العقوبة استجوبها الفعل الثابت تطبيقا لنظرية العقوبة المبررة، فإنه ينحاز عن مهمته الجوهرية في الالتزام بحماية أمن المواطنين وتطبيق القانون سليما وبمعنى آخر تكون النظرية غير متوافقة مع القاعدة الدستورية.

3- تعارض نظرية المبررة مع الدستور:

تضمن الدستور المغربي العديد من المبادئ الجنائية منها مبدأ الشرعية المنصوص عليه في الفصل 23 "1"، وأيضا نظرية تفريد العقوبة الواردة أحكامها في ذات الفصل المذكور "2"، وأيضا تعارضها مع حقوق الدفاع والتي تعد من أهم ضمانات المحاكمة العادلة، حيث كرس المشرع الدستوري هذا الحق في الفصلين 23 و 118 من الدستور المغربي "3".

---

[1]- لطيفة المهداتي، "حدود سلطة القاضي التقديرية في تفريد الجزاء"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص بجامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والإجتماعية، الرباط، السنة الجامعية **1992-1993**، ص. **91**.

[2]- لطيفة المهداتي، "الشرعية وتنفيذ العقوبات السالبة للحرية"، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون الخاص، بجامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والإجتماعية، الرباط، السنة الجامعية **2001-2002**، ص. **48**.

[3]- أحمد التهامي، م س، ص. **160**.

4- تعارض العقوبة المبررة مع مبدأ الشرعية الجنائية:

يقصد بمبدأ الشرعية "حصر مصادر التجريم والعقاب في النصوص القانونية، أي تحديد الأفعال التي تعتبر جرائم وبيان عناصرها" أو هو "ضرورة تحديد المسبق من طرف السلطة المختصة دستوريا وبذلك وفي نص تشريعي صريح واضح لكل الأنشطة المحظور إتيانها والامتناع عن إتيانها على كافة المكلفين المخاطبين بالقانون الجنائي، للجزاءات التي يعرضون أنفسهم لها حالة خرقهم لهذا الخطاب".[1]

وتبعا فالمشرع الجنائي هو وحده الذي يستطيع أن يتولى تحديد الجرائم وتقدير العقوبات المناسبة لها، وبذلك فإن المبدأ يحمي الفرد من التحكم ولا يستطيع القضاء معاقبته إلا على الأفعال التي وصفها المشرع بأنها جرائم ولا بالعقوبات إلا تلك التي حددها من حيث النوع والمقدار.

كما أن مبدأ الشرعية الجنائية لا يعني فقط أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص، وإنما أيضا لا عقوبة بحكم صحيح [2]، والحكم لا يكون صحيحا إلا إذا كان ثمرة عمل قضائي سليم، احترمت فيه بكل دقة سائر القواعد الشكلية والموضوعية المنصوص عليها في القانون حماية للحقوق الأساسية للفرد، والتي تمثل حدها الأدنى في صدور الحكم عليه من غير ظلم، وبذلك يمكن القول مع بعض الفقه بأن تطبيق نظرية العقوبة المبررة إنما هو التضحية بمبدأ الشرعية من أجل الملاءمة.[3]

وهكذا يبدو منذ أول وهلة أن نظرية العقوبة المبررة على هذا النحو الذي جاء به المشرع من خلال المادة 537 من ق م ج وطبقتها محكمة النقض تتعارض مع مبدأ الشرعية حيث يتم بمقتضاها إقرار عقوبة لا يقررها المشرع للفعل المسند إلى الطاعن بالنقض بحجة أنها مقررة لفعل آخر.

ثم إن مبدأ الشرعية يوجب على المحكمة تكييف الواقعة طبقا للقانون، ذلك أنه لئن كانت العقوبة مبررة، فإن التكييف الخاطئ للجريمة ليس مبررا، خاصة وأن المحكمة ملزمة بتمحيص الواقعة بجميع أوصافها القانونية "التكييف التبادلي" وهي في ذلك خاضعة لرقابة محكمة النقض استنادا للمادة 518 من ق م ج،كما أن التسليم بنظرية العقوبة المبررة من شأنه أن يمنح للحكم المخالف لمبدأ الشرعية قوة الشيء المقضي به رغم الطعن فيه أمام محكمة النقض التي تبقى وظيفتها الأساسية هي السهر على التطبيق السليم للقانون.

---

[1]- محمود نجيب حسني، "شرح قانون العقوبات"، القسم العام، دار النهضة العربية، ط السادسة، **1989**، ص. **78**.

[2]- لاسيما العقوبة السالبة للحرية والتي خضعت لدراسات نفسية واجتماعية وفلسفية تاريخية وسياسية، يراجع في هذا الصدد أحمد التهامي، "مدى دستورية مكونات العقوبة السالبة للحرية"، المجلة المغربية لقانون و اقتصاد التنمية **22**و**23** يناير، العدد **29** سنة **1993**، ص. **140**.

[3]- أحمد فتحي سرور، "النقض الجنائي (الطعن بالنقض وطلب إعادة النظر في المواد الجنائية)"، ط الأولى، دار المشرق، القاهرة، ط **2003**، ص. **494**.

5- تعارض مع قاعدة تفريد العقاب :

تبدو محددات وضوابط سلطة قاضي الموضوع في تقدير العقاب من الأهمية بمكان عند إعمال نظرية العقوبة المبررة كما تكون لهذه الضوابط الدور الحاسم في الاختيار والتقدير.

وللتأكيد على مدى الارتباط الوثيق بين نظرية العقوبة المبررة وسلطة القاضي التقديرية في تفريد العقاب نفترض مثلا أن الطاعن قد أسس طعنه على أن الحكم المطعون فيه قد أخطأ في القانون لأن محكمة الموضوع أسبغت على الفعل المعروض عليها تكييف جنحة النصب بينما في الواقع هو جنحة عدم توفير مؤونة شيك عند تقديمه للأداء.

فإذا تم إعمال نظرية العقوبة المبررة من طرف محكمة النقض، سيتم إذن رفض طلب الطعن الذي تقدم به الطاعن وإقرار حكم الصادر عن قضاء الموضوع على أساس أن عقوبة النصب هي عقوبة عدم توفير مؤونة شيك عند تقديمه للأداء، وهو ما قد يجافي المنطق العدالة حيث إن المتهم الذي انصرفت نيته إلى المساس بالمصالح المالية للضحية بتأكيدات خادعة، لاشك أن خطورته أبلغ من التاجر الذي اضطرته ظروفه المالية إلى عدم توفير السيولة المالية في الوقت المحدد!! والغالب أن قاضي الموضوع استحضر ذلك عند تقديره للعقوبة![1]

ومن جهة أخرى فإن الخطأ في عدد الجرائم له كذلك تأثير بالغ على سلطة القاضي التقديرية، فلو عرض على محكمة النقض طعنا ينعى صاحبه على أن محكمة الموضوع قد أدانته عن جريمتي السرقة الموصوفة والتزوير في محرر رسمي وقضت عليه بعقوبة 8 سنوات سجنا، مع أن الأركان التكوينية لجريمة السرقة الموصوفة غير قائمة فإنه وفقا لنظرية المبررة في هذه الحالة يعين رفض الطعن لأن عقوبة التزوير وحدها تتراوح بين 10 و 20 سنة سجنا وبالتالي فالعقوبة في مجملها مبررة.

لكن الذي لا يمكن إغفاله أن قاضي الموضوع عند تقديره للعقوبة اعتبر أن الأمر يتعلق بجريمتين تكيف كل واحدة منهما وصف جناية –وهي أخطر الجرائم- في حين أنه في واقع الأمر حسب صحيح القانون لسنا إلا أمام جناية واحدة وهي جناية التزوير، فلوكان القاضي اقتنع بقيام هذه الأخيرة فقط دون جناية السرقة لكانت العقوبة بلا شك أقل من التي قررها.[2]

والنتيجة التي نود إبرازها أن العقوبة لئن تبدو ظاهريا، إلا أنها في نظرنا لا تكون مبررة في حقيقتها الواقعية مادام القاضي قد اعتمد عند تقديره على اعتبارات قانونية غير صحيحة، بحيث لو صحت نظرته في شأنها لتغيرت وجهة نظره فيما قضى به، وهو ما نؤكد أن يحقق مصلحة للطاعن من الطعن إذ أن القاضي

[1]- محمد الحمياني، م س، ص. **90**.

[2]- محمد زكي أبوعامر، "شائبة الخطأ في الحكم الجنائي"، دار المطبوعات الجامعية، الطبعة الأولى، **1986**، ص. **355**.

لا يمكنه تكوين قناعته واختياره للعقوبة إلا إذا استحضر في ذهنه كلا من الفعل وظروف ارتكابه والفاعل وظروفه الشخصية والموضوعية.

6- مساس نظرية العقوبة المبررة لحقوق الدفاع:

إن أول حق من حقوق المتهم هو أن يتم إشعاره بالأفعال المنسوبة إليه حتى يتسنى له الدفاع عن نفسه أو تقديم الأدلة المؤكدة على براءته أو مستوجبة للتخفيف العقوبة عليه، هذه الضمانة تصاحب المتهم في كل مراحل الدعوى العمومية بدء من مرحلة البحث التمهيدي والاستنطاق أمام النيابة العامة مرورا بالاستنطاق أمام قاضي التحقيق وانتهاء بمرحلة المحاكمة أمام هيئات القضاء بمختلف درجاته.[1]

لكن في واقع الحال إذا كانت الدعوى العمومية معروضة أمام محكمة النقض فإنها تطبيقا لمبدأ العقوبة المبررة تقرر رفض الطعن المقدم رغم وجود خطأ في التكييف، كلما كانت العقوبة المحكوم بها تدخل فيما بين الحدين الأدنى والأقصى للعقوبة المنصوص عليها للتكييف الصحيح، وهو ما يطرح تساؤلا حول ضرورة أو عدم ضرورة تنبيه المتهم للوصف الصحيح في نظر محكمة النقض قبل البت في القضية؟

عند تعرض الفقه لمسألة التكييف إما عالجها بافتراض أن القضية معروضة أمام محكمة الموضوع، أما هي معروضة أمام محكمة النقض فلم نصادف أي رأي أو توجه فقهي في الموضوع، ولئن كان قضاء النقض أكد على ذلك فلا يعدوا أن يكون الأمر يتعلق بعرض القضية أمام محكمة الموضوع من ذلك مثلا ما أكده المجلس الأعلى سابقا –محكمة النقض حاليا- " حيث إن القرار المطعون فيه ولئن كان يسوغ للمحكمة التي أصدرته عدم الارتباط والإبقاء على الأفعال المحالة عليها من جهة من له حق الإحالة، إلا أنها إذا سلكت طريق التغيير وجب عليها أن تعرض الوصف الجديد على المعنيين بالأمر لتمكنهم من مناقشته باعتباره وأركانه والأشخاص الذين قاموا بإنجازه... وعليه فإن القرار المطعون فيه على هذا النحو الذي قضى وأدان الطاعن لم يجعل لما قضت به من أساس من القانون لفساد تعليله...".[2]

وهكذا يكون قضاء النقض نفسه قد اعترف صراحة أن التكييف له أهميته البالغة، لابد من إشعار المتهم الجديد من أجل إعداد وبسط دفاعه على أساس التكييف الجديد، وهذا التوجه يعتبر لا ريب فيه تناقضا مع توجهه في إقرار مبدأ العقوبة المبررة دون تمكين المتهم من مناقشة التكييف الجديد الذي أسبغه على القضية موضوع طعنه؟ أما القول بأنه لا جدوى من إعلام المتهم بالتغيير لأن التكييف الجديد لا يسيء إلى مركزه قولا مردودا، بحيث أن المحاكمة نوع من مقارعة الحجة بالحجة بكل تجرد وحياد من أجل التوصل إلى حكم عادل يعبر عن الحقيقة سواء بالإدانة أو البراءة ... وبالتالي فإن المتهم له الحق في معرفة التكييف الحقيقي الذي تبنته المحكمة حين مناقشتها لقضيته وليس عند إصدار قرارها، إذ أن إقرار تكييف خاطئ

[1]-محمد الحمياني، م س، ص. **80**.

[2]-غازي حنون خلف، "العقوبة المبررة"، مجلة جامعة بابل، العلوم الإنسانية، المجلد **14**، العدد **2**، **2008**.

وعقاب المتهم بناء على ذلك دون عرضه عليه وإشعاره به قبل الحكم، فذلك معناه أن المتهم لم يبد أي دفاع عن نفسه، ولئن كان قد أبدى وجوده أمام هيئة الحكم، فإن ذلك كان على أساس الوصف الخاطئ موضوع المتابعة، وليس على أساس التكييف الجديد أمام محكمة النقض والتي للأسف قد صدر القرار على أساسه. [1]

مما يعني أن إقرار العقوبة المبررة فيه تضييق لحقوق الدفاع على اعتبار أن المتهم قد يؤسس دفاعه على انعدام الصفة الجرمية للفعل أساسا أو على براءته من التهمة المنسوبة إليه أو استبعاد ظرف من ظروف التشديد أو استجلاء ظرف من ظروف التخفيف ... الأمر الذي قد يترتب عنه أثار غير قانونية كحالة اعتباره عن خطأ في حالة عود.

رابعا : الحق في الدفاع وضمانات المحاكمة المنصفة

لا شك أن حماية حقوق الأفراد والجماعات رهينة بكفالة المشرع لحق التقاضي كمفترض أساسي لقيام السلطة القضائية بوظيفتها وأداء رسالتها،حيث من خلال ذلك يتعين على المشرع ضمان المصالحة بين منع الإخلال بالنظام العام والبحث عن مرتكبي الجرائم، من ناحية أخرى، وذلك ضروري لحماية الحقوق والأفراد المبادئ ذات القيمة الدستورية، ومن ناحية أخرى، ممارسة الحريات المضمونة دستوريًا، ومن بينها احترام حقوق الدفاع، الناتجة عن المادة 16 من إعلان 1789 .[2]

وغني عن البيان أن التماس العدالة وتيسير الولوج إليها لا يستلزم فقط ضمان الحق في اللجوء إليها، وإنما يحتم الاعتماد على أسس ومحددات أخرى أكثر فاعلية كتقريب القضاء من المتقاضين وتبسيط وتوحيد إجراءات الفصل في القضايا بين المتنازعين، بل إن فاعليته لا تكتمل إلا بتحصين المرتفقين من التعسف في استعمال هذا الحق، وبتحيين التنظيم القضائي للمملكة باستحداث محاكم وأقسام وغرف متخصصة يتولى المشرع تحديد اختصاصاتها وكيفية تأليفها والقواعد المطبقة أمامها، وبشكل يكفل لها البت في الدعاوي من غير أدنى تنازع في نطاق الاختصاصات الموكل إليها.

و تكتسي حقوق الدفاع في الدعوى العامة أهمية كبيرة، وقد جعلها الدستور من الضمانات الأساسية في سير العدالة الجنائية، حيث اعتبر في الفصل [120] أن حقوق الدفاع مضمونة أمام جميع المحاكم.

---

[1]- سليمان عبد المنعم، "إحالة الدعوى الجنائية من سلطة التحقيق إلى سلطة الحكم"، دار الجامعة الجديدة، طبعة **2007**، ص. **241**.

[2]- **Décision n° 2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010 « - Considérant, en outre, qu'il incombe au législateur d'assurer la conciliation entre, d'une part, la prévention des atteintes à l'ordre public et la recherche des auteurs d'infractions, toutes deux nécessaires à la sauvegarde de droits et de principes de valeur constitutionnelle, et, d'autre part, l'exercice des libertés constitutionnellement garanties ; qu'au nombre de celles-ci figurent le respect des droits de la défense, qui découle de l'article 16 de la Déclaration de 1789. et la liberté individuelle que l'article 66 de la Constitution place sous la protection de l'autorité judiciaire** .

وقد أجمع شراح القانون وفقه القضاء على أن مفهوم حقوق الدفاع يهم النظام العام الأمر الذي يجعل كل إجراء مخالف لها باطلا،[1] وفي هذا الصدد قالت محكمة التمييز اللبنانية "إن حق الدفاع ليس ميزة أقرها القانون ولا تدبيرا أوصت به شرعة إنسانية وإنما هو حق طبيعي للفرد. للقانون أن يحدده وينظمه ولكن ليس له أن يمحوه إذ أن هذا الحق لم يوجد لمصلحة المتهمين وحسب بل وجد لمصلحة العدالة. ولا عدالة حيث لا يكون حق الدفاع كاملا وحيث يتعذر التثبت من الحقيقة[2]

ولقد وجد هذا الإجراء امتداده في إطار المواثيق والعهود الدولية، حيث أقرته الفقرة الثالثة من المادة الرابعة عشرة من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، 647والمادة 8الفقرة الثانية من الاتفاقية الأمريكية، وكذلك الفقرة الثالثة من المادة السادسة من الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان، 648والمادة 7من الميثاق الإفريقي، وفي نفس السياق أقر الملتقى الدولي المنعقد ب Tolédo باسبانيا من 1إلى 4ابريل 1992تحت عنوان حركة إصلاح الإجراءات الجنائية وحماية حقوق الانسان Mouvement de reforme de la procédure pénale et la protection de droits de l'homme في توصياته أنه للمتهم الحق في محام في كل مراحل الدعوى.[3]

يبقى الهدف من المحاكمة العادلة، هو الوصول إلى الحقيقة بسرعة وفعالية لتحقيق المصلحة العامة أما ضمانتها أن يحقق هذا الهدف على يد قضاء محايد ومستقل في إطار الشرعية الإجرائية المؤسسة على قرينة البراءة وعلى احترام الحرية والكرامة وحقوق الدفاع وبالمراعاة لمساواة وتكافؤ الوسائل بين الأطراف وفي كل ذلك حماية للحقوق والحريات الفردية.

وتعتبر ضمانة من ضمانات المحاكمة العادلة، هي احترام حقوق الدفاع في كل صورها وتجلياتها خلال مرحلة ما قبل المحاكمة أي أثناء البحث التمهيدي والتحقيق الإعدادي ذلك أن هذه المرحلة تتميز بقربها من الوقائع وكونها حاسمة في جميع الأدلة كما تعتبر مؤشرا على السياسة الجنائية المتبعة وعلى نوع العدالة القائمة ومرآة تعكس طبيعة العلاقة بين الفرد والدولة.

لذلك كان الحق في الحصول على المعلومة القضائية من طرف الدفاع خلال مرحلة البحث التمهيدي ، من أهم الضمانات التي لازالت محطة مطالب حقوقية ،ومن هنا يثار التساؤل التالي هل يمكن للمحكمة الدستورية اعادة التوازن لفائدة الحق في الدفاع ؟ والذي يتعين الاجابة من كون **أنه يمكن للمحكمة الدستورية أن تلعب دورفي حماية الحقوق الأساسية من خلال عكس القيم الدستورية داخل أماكن الشرطة وأمام هيئة الحقيق ثم داخل قاعة المحكمة.**

---

[1]- عبد الأحمدي، مرجع سابق، ص. **405** و **404.**

[2]- قرار تمييز لبناني رقم **267** في **1956 /29/06** أورده د.حاتم بكار، "حماية حق المتهم في محاكمة عادلة"، منشأة المعارف بالاسكندرية، ص. **240.**

[3]- نجيب الأعرج، ، استقلالية السلطة القضائية مدخل لتحقيق محاكمة جنائية منصفة ، ص. **279** وما بعدها.

خامسا: الولوج إلى العدالة والرسوم القضائية

إن الولوج للعدالة يجب أن يكون اليوم حقا من الحقوق الأساسية للإنسان في إطار دولة القانون، باعتباره يشكل شرط فعالية القاعدة القانونية، ذلك أن حقل العدالة لا يقتصر فقط على المنتمين إلى جسمه كفاعلين أو مرتفقين، وإنما هو شأن يهم كل الفئات الحية في المجتمع، لأنه قبل أن يكون مؤسسات وقوانين وأحكام، هو بالأساس شأن مجتمعي بامتياز، يهم كل مواطن دون استثناء، إلا أن هذا الحق يصطدم مع المصاريف المالية المتعلقة بالخدمات القانونية والذي يشكل أداء الرسوم القضائية عنصرا مهما ضمن العوائق التي تحد من الولوج إلى العدالة في شتى الميادين الجنائية -المدنية -الإدارية أو التجارية بحيث يشكل عائقا ولا يحترم مبدأ القدرة المالية للمرتفقين.

يعتبر الحق في الولوج إلى العدالة مسألة دستورية يقرها دستور 2011 في الفصل 118 " حق التقاضي مضمون لكل شخص للدفاع عن حقوقه وعن مصالحه التي يحميها القانون "عن الحق في الولوج إلى العدالة كحق يضمنه الدستور ويستقي أسسه من منظومة حقوق الإنسان كما هي متعارف عليها على المستوى الدولي.

من خلال استقراء النصوص القانونية المرتبطة بمجال التقاضي يتضح جليا أن أداء الرسم القضائي[1] للولوج إلى العدالة هو الأصل، وأن الاستثناء هو الإعفاء منه أو تأجيل دفعه، مما يعني أن مبدأ مجانية التقاضي الذي هو من أهم ضمانات التقاضي، يفسر تفسيرا ضيقا الشيء الذي دعا المشرع المغربي إلى سن قانون استخلاص الأداءات والصوائر العدلية في المسائل المدنية والتجارية وغيره من النصوص المنظمة لهدا المجال. [2]

إن مسألة اللجوء إلى القضاء بالمغرب كخيار لفض المنازعات واقتضاء الحقوق، يصطدم أول الأمر بالحاجز النفسي الذي يسيطر على شريحة كبيرة من المواطنين الذين يرون في طرق أبواب المحاكم وارتيادها بمثابة الخطوة الأولى في متاهة لا تعرف نهايتها من بدايتها. على اعتبار المحاكم حسب ما هو سائد لدى

---

[1] - نص الفصل **121** من دستور **2011** " يكون التقاضي مجانيا في الحالات المنصوص عليها قانونا لمن لا يتوفر على موارد كافية للتقاضي "

[2]-ينظم الرسوم القضائية في المغرب **4** نصوص قانونية رئيسية وهي:

أولا نصوص الملحق بقانون المالية لسنة **1984** المتعلق بالمصاريف القضائية في القضايا المدنية والتجارية والإدارية لدى محاكم المملكة كما وقع تتميمه وتعديله وهدا النص هو الذي يشكل القانون الاساسي لهده الرسوم .

ثانيا – نصوص قانون رقم **23.86** حول تنظيم المصاريف القضائية في الميدان الجنائي، فيما يخص الدعوى المدنية التابعة.

ثالثا – بعض فصول قانون المسطرة الجنائية وخاصة الفصول **334-335-339-581**.

رابعا – بعض فصول قانون المسطرة المدنية وخاصة الفصول **124** إلى غاية **130** والفصول **351-357-376-403-407-408-528**.

كما تنظمه بعض القوانين الاخرى بصفة غير مباشرة مثل القانون المنظم للمحاكم التجارية والمحاكم الإدارية والمرسوم الملكي رقم **65\514** بتاريخ **17** رجب **1386** بمثابة قانون المساعدة القضائية والقانون **15.97** المكون لمدونة تحصيل الديون العمومية للمزيد من التفاصيل انظر محمد القدوري، "الرسوم القضائية في ضوء القانون المغربي، مجلة الاشعاع، العدد **25**، سنة **2002**، ص. **48**.

البعض هي للمجرمين فقط والخارجين على العدالة، ولكونها بحر لإقرار له قد يؤدي إلى تمطيط النزاع وتفريخه لنزاعات أخرى أثناء مباشرة الدعوى بسبب تعقد وطول الإجراءات، بالإضافة لضعف بنيات الاستقبال وقلة الموارد البشرية وما قد يكلف ذلك من أعباء مادية، فالولوج للعدالة يجب أن يكون اليوم حقا من الحقوق الأساسية للإنسان في إطار دولة القانون، باعتباره يشكل شرط فعالية القاعدة القانونية. إذ بدونه تتحول القاعدة القانونية إلى مجرد قاعدة نظرية غير ذات قيمة قانونية.

.وإذا كان مبدأ المجانية، الذي يقتضي بأن الدولة هي التي تكفل حماية الحقوق مجانا من خلال مرفق القضاء تماما كما تكفل حق الأمن والدفاع باعتبارهما مرافق عمومية تقليدية ومظهرا من مظاهر السيادة في الدولة لا يمكن كفالتهما من طرف الخواص من حيث المبدأ.

للحد من الكلفة العالية للرسوم القضائية بالمغرب مقارنة مع طبيعة الوظيفة القضائية، تبدو الحاجة ملحة اليوم، من أجل تفعيل مبدأ مجانية التقاضي، إلى إلغاء، أو على الأقل تخفيض الرسوم القضائية، لتحقيق مبدأ المساواة بين المواطنين في الولوج إلى العدالة وتحقيق المحاكمة العادلة[1].

وقد سبق للقضاء المصري من خلال المحكمة الدستورية العليا ان أصدرت قرارات متناقضة أحيانا تقضي بعدم دستورية الرسوم القضائية [2] لها القاضي برفض دعوى عدم دستورية بعض مواد قانون الرسوم القضائية ورسوم التوثيق في المواد المدنية [3] بينما أصدرت المحكمة الدستورية الإسبانية قرارها عدد 140\2016 الصادر بتاريخ 21-06-2016 والقاضي بعدم دستورية الرسوم القضائية استنادا كون هذه الرسوم تعيق الولوج إلى العدالة كما أنها تنتهك مقتضيات 24 الفقرة 1 من الدستور الإسباني والدي

[1]- جمعية عدالة من اجل الحق في محاكمة عادلة الحق في الولوج إلى العدالة ومعايير المحاكمة العادلة المطبعة، دار القلم بالرباط، سنة **2013**، ص. **158**.

[2]- قرار محكمة النقض المصرية عدد الطعن رقم **6405** لسنة **62** قضائية الدوائر المدنية - جلسة **02-04-2016** والدي جاء فيه

(ولما كان ذلك، وكانت المحكمة الدستورية العليا قد قضت فى القضية 307 لسنة 64 ق بجلسة 11-06-2006بعدم دستورية نص البند (ج) من ثانياً من المادة (75) من القانون رقم 90 لسنة 1933 بالرسوم القضائية ورسوم التوثيق فى المواد المدنية فيما لم يتضمنه من وضع ضوابط وأسس موضوعية لنظام التحرى عن القيمة الحقيقية للأراضى الزراعية الكائنة فى ضواحى المدن، وتحصيل رسم عن الزيادة التى تظهر فى هذه القيمة ونشر الحكم بالجريدة الرسمية بالعدد 23مكرراً(أ) فى 13-06-2006 مما مؤاده زوال الأساس الذى صدر أمر التقدير موضوع الدعوى استناداً له بما لازمه انتفاء السند القانونى لقضاء الحكم المطعون فيه بما يوجب نقضه دون حاجة لبحث أسباب الطعن) منشور بموقع محكمة النقض المصرية www.cc.gov.eg

[3]- قضية عدد **57** سنة قضائية عدد **33** بتاريخ **02-01-2016** والدي جاء فيه (وحيث انه عما ينعاه المدعي من مخالفة النص المطعون عليه لحق التقاضي واهداره لمبدأ سيادة القانون، فان هدا النعي مردود دلك أن المقرر في قضاء هده المحكمة، أن الأصل في سلطة المشرع في تنظيم الحقوق ومن بينها حق التقاضي هو إطلاقها ما لم يكن الدستور قد فرض في شأن ممارستها ضوابط محددة باعتبار أن جوهر هده السلطة هو المفاضلة بين البدائل التي تتصل بالموضوع محل التنظيم موازنا بينها مرجحا ما يراه أنسبهم لصالح الجماعة، وأدناها إلى كفالة أثقل هده المصالح وزنا، وان تنظيم التشريع لحق التقاضي لا يتقيد باشكال جامدة، بل يجوز أن يغير المشرع فيما بينها وأن يقرر لكل حال ما يناسبها، ليظل هدا التنظيم مرنا يفي بمتطلبات الخصومة القضائية .

ينص على أن (لجميع الاشخاص الحق في الحصول على حماية فعالة من القضاة والمحاكم ودلك عند ممارسة حقوقهم ومصالحهم المشروعة ...).[1]

وهناك العديد من الآراء التي ترى أن الرسوم القضائية في المغرب جد مرتفعة مقارنة مع طبيعة الوظيفة القضائية، ومن أبرز المدافعين عن هذا الموقف المجلس الوطني لنقابة المحامين بالمغرب الذي طالب في دورته الإستثنائية المنعقدة بالرباط بتاريخ 26 يوينو 2010 بتفعيل مجانية التقاضي وإلغاء الرسوم القضائية لتحقيق مبدأ المساواة بين المواطنين في الولوج إلى العدالة وتحقيق المحاكمة العادلة.[2]

إلا أنه لابد من الإشارة كون صدور الحكم القاضي بعدم دستورية نص قانوني يستوجب طرح تساؤول حول مسؤولية المشرع عن أعمال التشريعية .

أن تتضمن إدماج مفاهيم جديدة للحياة الدستورية تعتمد معايير حقوق الإنسان والمواطنة المتساوية وتقرر الاليات المناسبة لضمان ممارستها وحمايتها.

سادسا : عدم دستورية مبدأ الشرعية في ميدان الأعمال

إن احترام حقوق الإنسان وحماية حرياته الأساسية يمثل أحد الركائز المحورية التي قام عليها النظام القانوني، وقد كان هذا الاتجاه واضحا منذ صدور الدستور المغربي الأول 1962، حيث جاء متضمنا لمجموعة من المبادئ المؤطرة للقانون الجنائي، والملاحظ أن التشريع الجنائي استمد مبادئه الكبرى الصريحة والضمنية المتمثلة في الحريات الشخصية وغيرها من حقوق الإنسان من الدستور، ومن أجل هذا الغرض تضطلع المحكمة الدستورية من خلال مسطرة الدفع بعدم الدستورية بالدور الأساس في تطهير الترسانة الجنائية من النصوص المخالفة لأحكام الدستور.[3]

لعل مجال الأعمال سيكون من أكثر المجالات التي يمكن أن تتعرض أحكامه لدفع بعدم الدستورية، خاصة فمع انتكاسة مبدأ الشرعية الجنائية في القانون الجنائي للأعمال، إذ المعلوم أن مبدأ لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص المتعارف عليه عالميا يضمن حقوق الأشخاص بشكل كبير، ذلك أنه لا يسمح لأي كان

[1]-**el articulo 24 de la constitucion espanol " Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechose intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producir sein defensión."**

[2] - **جريدة العلم 30 يونيو 2010.**

[3]-**Dominique Schnaper" une sociologue au conseil constitutionnel " Collection NRF essais Gallimard 2001 ; p.33.**

بإحداث جرائم أو عقوبات باستثناء السلطة التشريعية،[1] بحكم أن هذه الأخيرة هي التي تمثل المجتمع الذي له وحده تحديد الأفعال والممنوعات التي يراها تشكل اعتداء على مصالحه وقيمه، وهو ما عبر عنه كاريه دي مالبيرج " بقوله إن سيادة البرلمان تنبع من سيادة الشعب[2]، وإذا كان الأمر كذلك فلا يحق للمحكمة أن تحكم بعقوبة من أجل جريمة غير تلك المنصوص عليها قانونا وإلا وصف حكمها بخرقه مبدأ لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص.

ولعل أهم نتائج هذا المبدأ هو حصره مصادر القاعدة الجنائية في النص التشريعي وحده، دون غيره من المصادر، أوما يعبر عنه بمبدأ الانفراد التشريعي، كما أن هذا المبدأفي الحقيقة يشكل قيدا لسلطات الثلاث، فهو يقيد السلطة التشريعية بتجريم الأفعال بمقتضى نصوص مفصلة ودقيقة، ويقيد السلطة القضائية إذ ليس للقضاة العقاب على فعل غير مجرم أصلا ولا تجاوز العقوبات المنصوص عليها، كما أنه يقيد السلطة التنفيذية فلا تملك سلطة التجريم والعقاب إلا في الحدود القانونية المرخصة لها.[3]

فالأصل أن التجريم لا يكون إلا بقانون تصدره السلطة التشريعية، على أن بعض الظروف الاستثنائية قد تبرر الخروج عن هذا المبدأ،[4] كما أنه قد يحصل التفويض التشريعي في الظروف العادية فتفوض السلطة التشريعية للسلطة التنفيذية إمكانية إصدار قوانين "**قانون الإذن**".[5]

إلا أن الملاحظ في جرائم الأعمال طغيان هذا الاستثناء، إلى حد يمكن معه القول بأنه صار الأصل بل أصبح التفويض هو القاعدة الأساسية ضمن السياسة الجنائية المعاصرة لمواجهة هذه الجرائم، وذلك بانتشار تقنية النص الجنائي على بياض في جرائم الأعمال[6]، إذ يشكل الفصل 287 من ق ج من أبرز

---

[1]- المشرع هو صاحب السلطة الأساسية في التجريم وذلك أول نتيجة منطقية تترتب على مبدأ الشرعية الجنائية هي أن يتم التجريم بواسطة السلطة التشريعية وحدها، فالمشرع هو الذي يحتكر عملية التجريم بما وضعه الدستور من ضوابط التي يجب أن تمر بها عملية التجريم توفيرا لمجموعة من الضمانات التي كفل بها الدستور حقوق الأفراد وحرياتهم.

[2]- حسين عصام، "ضوابط القواعد الجنائية"، دار الكتاب الحديث، القاهرة-مصر، بدون ذكر الطبعة، سنة **2010**، ص. **46**.

[3]- سليمان عبد المنعم، "النظرية العامة لقانون العقوبات-دراسة مقارنة"، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت -لبنان، دون ذكر الطبعة، سنة **2003**، ص. **308**.

[4]- كحالة تغيير الحكم في الدولة، أو مرورها بظروف خطيرة كالحرب والظروف الإستثنائية .

[5]- ينص الفصل **70** من الدستور المغربي " يمارس البرلمان السلطة التشريعية، .يصوت البرلمان على القوانين، ويراقب عمل الحكومة، ويقيم السياسات العمومية. للقانون أن يأذن للحكومة أن تتخذ في ظرف من الزمن محدود، ولغاية معينة، بمقتضى مراسيم تدابير يختص القانون عادة اتخاذها، ويجري العمل بهذه المراسيم بمجرد نشرها. غير أنه يجب عرضها على البرلمان بقصد المصادقة، عند انتهاء الأجل الذي حدده قانون الإذن بإصدارها، ويبطل قانون الإذن إذا ما وقع حل مجلسي البرلمان أو أحدهما".

[6]-فمن أهم المبررات التي استند عليها أنصار التفويض التشريعي في مجال الأعمال أن له ما يسوغه، فالتنوع والتعقيد والحركية التي تطبع الواقع الاقتصادي والتجاري يجعل من الصعب تبني قانون جامد، وهوما يفرض الاعتماد على تقنية تشريعية تسير نحو تبني نصوص تتميز بالمرونة والقابلية للتكيف مع متغيرات الواقع الاقتصادي.

إذ أن التشريع في هذا المجال يتطلب دراية فنية عالية، قد لا يتوفر إلا لدى السلطة المفوضة، إضافة إلى ضرورة توافر المرونة والسرعة في الأداة التشريعية لضمان نجاح السياسة الاقتصادية، مما يحول دون إفلات المخالفين من العقاب لعدم وقوعهم بدائرة التجريم.

وقد استند أنصار هذا الرأي في البداية إلى بعض المفاهيم القانونية من قواعد الوكالة في القانون المدني، بحيث يقوم البرلمان بصفته موكلا جزء من اختصاصه إلى السلطة التنفيذية بوصفها موكلة للتصرف باسمه ونيابة عنه، فلما كان البرلمان هو صاحب السيادة فإن بإمكانه أن يفوض أي سلطات لأشخاص أو لهيئات أخرى، وبالتالي يكون العمل الصادر عنها بنفس الخصائص وقوة العمل التشريعي الصادر عن البرلمان، وهوما يجعلها محصنة ضد رقابة القضاء المقررة على أعمال الإدارة.

وقد انتقد هذا الرأي على أساس أن التفويض يتعارض مع فكرة الاختصاص في القانون العام، حيث أن الاختصاص ليس من قبيل الحقوق التي يجوز التصرف فيها أو التنازل عنها، و إنما هو التزام فرضه الدستورولا يمكن نقله أوتعديله، فهوواجب عليه ومفوض به من قبل الأمة، ولا يجوزله أن يفوض هذا الأمر لجهة أخرى عملا بالقاعدة الأساسية "لا تفويض في التفويض."

كما أن اعتبار المراسيم التشريعية الصادرة عن السلطة التنفيذية بمثابة قانون غيرسليم وغيرمقبول، وهوما عارضه الفقيه " كاري دي ملبرج " بشدة، معتبرا إياها مجرد لوائح إدارية مادية لا يمكن أن ترقى إلى مرتبة القانون، فلا يمكن تقرير حصانة لهاته اللوائح ضد الخضوع للرقابة القضائية .

ونظرا لهاته الانتقادات حاول أنصار نظرية التفويض تأسيسها على اعتبارات عملية، أدت إلى استحالة الأخذ بالفصل المطلق بين السلطات، وفرضت ضرورة الأخذ بالفصل النسبي المرن والذي ظهر في أسلوب التفويض التشريعي، وإن كان يعتبر في الأصل مخالفا للأحكام الدستورية التي تنظم السلطات العامة في الدولة.

حيث جرى تبريره في بداية القرن العشرين بدواعي ظروف الحرب وفي القرن العشرين بدعوى تفادي الخلافات الحزبية عند مناقشة تفاصيل مشروعات القوانين، وبدعوى التحولات الاقتصادية والإجتماعية الناتجة عن الاكتشافات العلمية، فخرج بذلك عدد كبير من المجالات الاقتصادية من نطاق البرلمان لأسباب تتعلق بالسرعة والسرية، فتراجع القانون بالنتيجة لصالح النظام وبهذا أصبح يلاحظ تدخل السلطة التنفيذية أكثر فأكثر في عملية التشريع خاصة في المجال الجنائي.

ومن أنصار هذا الرأي الأستاذ "ديفو" الذي يرى أن المبادئ القانونية يجب أن تنحني أمام الواقع الذي تفرضه الضرورات الملحة، والتي من أجلها يجب أن يتنازل البرلمان عن بعض اختصاصاته التشريعية لفائدة رئيس الدولة، وأمام هذا الوضع ومنع تكرار حالات التنازل لدواعي عملية، ترسخ هذا الأسلوب التشريعي إلى أن صار عرفا سائدا كما جاء في تقرير لجنة إيرل دونومور سنة **1932** في انجلترا، وقد اعتادت الحكومة الفرنسية بالجمهورية الثالثة ابتداء من سنة **1926** الحصول على تفويض من البرلمان لسلطته التشريعية لفترة مؤقتة وحول نقاط محددة، وتبعا لذلك أصدرت عددا هائلا من مراسيم القوانين ومنها قانون سنة **1935** المنشئ للجرائم في مجال الشركات.

ومن المبررات التي صاغها أيضا أنصار التفويض التشريعي نذكر نظرية اتساع السلطة اللائحية، فبعد رفض الفقه لنظرية تفويض الاختصاص كأساس نظري لتفسير القوانين التفويض البرلمانية، يرى أنصار هذا الاتجاه أن هاته القوانين لا تنقل الاختصاص البرلماني إلى رئيس الدولة، و إنما يقتصر أثرها على توسيع اختصاصه اللائحي، على أساس أن البرلمان يستطيع بناء على سلطته التقديرية توسيع مجال السلطة اللائحية للرئيس أو التضييق منها، وهوما يطلق عليه العميد ليون دوجي عبارة إسناد الاختصاص.

ويترتب على ذلك أن المراسيم الصادرة عن السلطة التنفيذية في إطار توسيع اختصاصاتها الحكومية، لا يمكن اعتبارها عملا تشريعيا و إنما تبقى ذات طابع إداري محض، أي أنها لا يمكن أن تتمتع بحصانة ضد الرقابة القضائية، وحجة هذا الفريق أن الاختصاص الدستوري ليس حقا قابلا للنقل أو التفويض، و إنما هو الدستور الذي يحدد اختصاص السلطات، وذلك بتوزيع العمل بينها على أساس التخصص الوظيفي لكل منها. ويلاحظ أن هاته النظرية أيضا لم توفق في إيجاد أساس للتفويض التشريعي و إنما اكتفت بتحديد طبيعته، كما أنها تخالف ما اتجهت إليه معظم الدساتير التي أقرت بهذا الأسلوب التشريعي، وأطلقت عليه مصطلح التفويض التشريعي بصريح العبارة.

إن هذا التوسع في اعتماد تقنية النصوص الجنائية على بياض أو التفويض التشريعي للسلطة التنفيذية في تحديد عناصر التجريم، لم يلقى ترحيبا مطلقا من قبل الفقه، بل قابله البعض بالرفض والنقد رافضين تدخل السلطة التنفيذية في الميدان الجنائي، لما فيه من مساس بمبدأ الشرعية والذي يعد أهم ضمانة للحرية الفردية، إذ من شأن هذا الخرق أن يشكل خطرا على الحقوق والحريات الأمر الذي من شأنه أن يعيد البشرية إلى العصور البدائية، حيث كانت العقوبة تفرض بطريقة تعسفية.

وقد علق البعض على هذه الصورة بأن المشرع قد أعطى لنفسه حرية واسعة في الخروج عن مبدأ الشرعية وخلق سلطة ثانوية للتشريع، ليس فقط في سن قواعد تنظيمية بل كذلك في تجريم مخالفاتها، حتى سيطر بذلك حكم المكاتب الإدارية على حكم القانون.

يعتبر فقهاء القانون الدستوري أن مبدأ التفويض التشريعي فيه مساس بمبدأ الفصل بين السلط، حيث أنه يقوي من نفوذ السلطة التنفيذية على حساب السلطة التشريعية، وهو ما اعتبره القاضي البريطاني لورد هيورات كارثة تهدد الحكم الدستوري، نظرا لأنه يشكل تهديدا خطيرا لأهم

تمثلاتها، فقد نص الفصل المذكور على أن "**كل إخلال بالتنظيم المتعلق بالمنتجات المعدة للتصدير الذي يهدف إلى ضمان جودتها ونوعها وحجمها، ويعاقب بغرامة تتراوح بين مائيتين وخمسة آلاف درهم وبمصادرة السلعة**"، فالمشرع هنا قام بتجريم ما يتعلق بمخالفة القواعد التنظيمية الخاصة بالمنتجات المعدة للتصدير، حيث فسح المجال لوزارة المالية على الخصوص لتهتم بهذا الفراغ فتملأه حسب سياسة المشرع ذاته في إطار قانون خاص هو قانون المالية.

غير أن هذا الوضع لم يعد مقبولا به في ظل الدستور الحالي لعدة اعتبارات أهمها دسترته لمبدأ فصل السلط، والذي بموجبه يمنع أن تتدخل أي مؤسسة دستورية في عمل الأخرى، خاصة بعدما حدد بدقة اختصاصات كل جهاز على حدة، ومن جهة مقابلة عمل على حماية الحقوق الفردية من خلال تخويل المواطنين والمواطنات الحق في إثارة الدفع بعدم دستورية أي قانون يتضمن مقتضيات مخالفة لروح ومضمون دستور 2011.

وبالتالي مادامت تقنية التفويض التشريعي تتنافى مع جملة من الحقوق الدستورية الأخرى أبرزها مبدأ التناسب وأيضا مبدأ العلم بالقانون والتي تعد أحد أهم مرتكزات مبدأ الشرعية طبقا للمضمون الفصل 23 من دستور 2011، فإن أي نص اعتمد فيه هذا الأسلوب يمكن الدفع بعدم دستوريته، مستندين في ذلك على المبررات التالية:

- هذا الأسلوب يتنافى مع مبدأ العلم بالقانون، فنظرا للتضخم والشتات الذي تتميز به مادة القانون الجنائي للأعمال واعتمادها على أساليب عدة منها أسلوب الإحالة الداخلي والخارجي ... تجعل من الصعوبة بما كان على أفراد المجتمع الإحاطة بجميع يقيني بجميع أوجه التجريم.

-إن الاعتماد على تقنية التفويض التشريعي فيه مساس بمبدأ التناسب الذي يعد جوهر مبدأ الشرعية "الفصل 23 من دستور 2011"، فالسلطة التنظيمية لا تتقيد بهذا المبدأ عند صياغته المعظم نصوص القانون الجنائي للأعمال.

- تتعارض تقنية التفويض التشريعي مع مضامين الفصل 71 من الدستور المغربي ..."والذي جعل البرلمان السلطة المختصة حصرا بصياغة النصوص التشريعية في ميدان التجريم والعقاب.

ولئن كان الدستور الفرنسي لسنة 1958 يقضي في فقرته الثانية بأن النصوص التشريعية الصادرة في المواد الداخلة في مجال القانون في مفهوم الفصل 34 يمكن تغييره عن طريق الهيئة التنظيمية

سمتين من سمات الدستور وهما سيادة البرلمان وحكم القانون، واعتبر هيوارت أن التحكم في ممارسة السلطة التشريعية عن طريق البيروقراطيين دون حدود سيؤدي إلى الاستبداد.

للمزيد من التفصيل أنظر حسن البحري، دور السلطة التنفيذية في العملية التشريعية في النظام البرلماني البريطاني، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية– المجلد **24** -العدد الأول-**20** ، ص **429**.

فإن التساؤل المطروح يتعلق **بمدى تطبيق هذا المقتضى حتى على النصوص الجنائية**؟ أجاب المجلس الدستوري الفرنسي على ذلك في مرحلة سابقة بالإيجاب وذلك بمقتضى ثلاث قرارات مؤرخة على التوالي في 1958/10/16 و1959/02/04 و1967/02/27، غير أنه أمام انتقادات الفقه تخلى المجلس الدستوري عن الإجتهاد الذي استقر عليه وذلك بمقتضى قرار له بتاريخ 1969/06/26 قرر فيه "**أن كل تغيير في العناصر التكوينية للجنايات والجنح يبقى من اختصاص المشرع بمقتضى الفصل 34 من الدستور الذي ينص على اختصاص السلطة التشريعية في مجال الجنايات والجنح**" وبمفهوم المخالفة أن تشريع المخالفات موكول للسلطة التنفيذية.

ومن بين القرارات التي عرضت على القضاء الفرنسي قضية شركة **EKY** حيث دفعت الشركة بإلغاء المرسوم الذي يحرم هذه الأفعال على اعتبار أن المادة 8 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لا تجيز معاقبة شخص إلا بمقتضى قانون أي صادر من السلطة التشريعية، وبما أن الدستور الفرنسي يعتبر أن ميثاق حقوق الإنسان هو جزء لا يتجزأ من الدستور الفرنسي، لذلك طالبت بإلغاء هذه المراسيم والقرارات الوزارية التي أصدرتها الحكومة الفرنسية، لكن القضاء الفرنسي وتبعه في ذلك بعض الفقه اعتبر أنه إذا كانت المادة 8 من الميثاق هي جزء من الدستور الفرنسي فإن الفصل 34 من الدستور لم ينص على هذا المقتضى وبذلك يكون استثنى المخالفات من المادة 8 وهو استثناء صريح من المشرع الفرنسي.[1]

لنختم على أن المشرع وإن كان يتصرف في مجال اختصاصاته بسيادية، انطلاقا من قاعدة السلطة التقديرية للمشرع، إلا أن هذا الاختصاص لا يعصمه من الرقابة و إقرار المسؤولية عن القوانين الغير دستورية

المبحث الثاني : مسؤولية الدولة عن الأحكام الغير دستورية

يمكن تعريف المسؤولية بأنها تلك التقنية القانونية التي تتكون أساسا من تداخل إرادي ينقل بمقتضاه عبء الضرر الذي وقع على شخص مباشر إلى شخص أخر، ينظر إليه على أنه هو الشخص الذي يجب أن يتحمل العبء، لذلك إن دعوى المسِؤولية الإدارية (أو قضاء التعويض) على أي أساس كانت قائمة، يترتب عنها تعويض المتضرر من نشاط الإدارة جزاء الإخلال بالتزام قانوني عام. [2]

وقد تعرضت المسؤولية المدنية إلى الكثير من المستجدات، إذ أن المسؤولية لم تتوقف عند حدود النصوص القانونية بل يبدو من التطبيقات القضائية أنها أخذت تجتهد في تفسير تلك النصوص و تطويعها بما ينسجم مع التطور الحاصل في المجتمع في سبيل حصول المتضرر على تعويض عادل جبرا للضرر الذي

[1]- عبد العالي برزجو، م، س. ص. **38**.

[2] - عبد الرزاق أحمد السنهوري – الوجيز في شرح القانون المدني الجزء الأول دار النهضة العربية **1966**، ص. **296**.

لحق به،و مهما بلغت فطنة المشرع فإنه غير قادر على وضع القواعد الكفيلة التي تنظم جميع الأعمال و التصرفات التي تحدث في المجتمع لذا يستوجب الأمر تفعيل القواعد العامة مثل قاعدة لا ضرر ولا ضرار و مبدأ التزم كل شخص بعدم إلحاق الأضرار بغيره.[1]

وأن القانون وإن كان يضع قواعد عامة مجردة الأمر الذي يعني أنه لا يحدث ضرراً خاصاً، فإن هذا الضرر قد يكون عاماً بالنسبة لكل الأفراد ولا يصيب البعض دون البعض الآخر، وإذا كان ذلك صحيحاً في معظم الحالات إلا أنه يتصور بل يحدث عملياً أن يحدث القانون ضرراً خاصاً لا يمس كل الأفراد، بل يصيب فرداً واحداً أو عدداً محدوداً من الأفراد.

وأن المبدأ السائد هو عدم مسئولية الدولة عن الأضرار التي قد تحدث بسبب تشريعاتها، وذلك استناداً لمبررات قيلت بها في هذا الشأن.[2] وهذا ما سارت عليه محكمة النقض البلجيكية، في إحدى قراراتها[3] بما يلي : **إذا صرحت المحكمة الدستورية، في أعقاب دعوى فرعية، بعدم دستورية مقتضى تشريعي، فإن ذلك لا يعني بالضرورة أن المشرع قد ارتكب خطأ ... "[4]**

وإذا كان من المقبول تقرير رقابة القضاء على دستورية القوانين، مما يعني إعطاء السلطة للقضاء للحكم بعدم دستورية القانون وبالتالي عدم تطبيقه، فيكون مقبولاً القول بتعويض الأضرار التي يمكن أن يسببها القانون القاضي بعدم دستورية نص قانوني، إذ يمكن مساءلة الدولة عن الضرر الذي تسببه قوانينها في حالة توافر شروط المسئولية.

ذلك أنه حين تصرح المحاكم الدستورية بعدم دستورية مقتضى تشريعي، فإنه من الممكن اعتبار ذلك خطأ من المشرع، يمكن أن يؤدي إلى إثارة مسؤوليته على المستوى المدني، حين يتسبب المقتضى الملغى في ضرر للمعني بالأمر، ولقد بلور مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 24-12-2019 موقفه بخصوص مسؤولية الدولة عن القوانين الغير دستورية حيث اعتبر "مسؤولية الدولة عن فعل القوانين يمكن أن تقوم من جهة، على أساس مساواة المواطنين أمام الأعباء العامة ... كما يمكن أن تقوم أيضا من جهة أخرى، بفعل المقتضيات المتعلقة بتدرج القوانين، من أجل إصلاح مجمل الأضرار الناجمة عن تطبيق قانون مخالف

[1] - غني ريسان جادر الساعدي – الجديد في إشكاليات المسؤولية المدنية – دراسة مقارنة المركز العربي للنشر و التوزيع الطبعة الأولى **2020**، ص. **13**.

[2] - سبق الحديث عن مسؤولية الدولة عن أعمال التشريع، راجع الصفحة **235** و ما بعدها.

[3] -**Cass ; 10 septembre 2010, F.09.0042.N/1: La responsabilité du législateur pour avoir adopté une législation fautive requiert une appréciation propre du juge saisi de la demande de condamner l'État sur la base d'un acte illicite. Le simple renvoi à un arrêt de la Cour constitutionnelle qui a décelé lors d'une question préjudicielle une contrariété entre la loi et la Constitution sur la base de l'état du droit au moment où elle a statué. ne suffit pas comme appréciation propre."**

[4] - **Mars Bossuy ; Riet Leysen : Rapport national pour la xv congés de la Conférence des cours constitutionnelles européennes la justice : fonction et relation avec les autres autorités publiques présenté par la cour constitutionnelle de Belgique.**

للدستور أو الالتزامات الدولية لفرنسا، ومع ذلك وبموجب أحكام المواد 61و61-1 و62 من الدستور، فإن مسؤولية الدولة لا يمكن أن تقام عن فعل حكم تشريعي مخالف للدستور إلا إذا اعتبرها المجلس الدستوري غير دستورية على أساس الفصل 61-1 من الدستور الفرنسي، بمناسبة النظر في مسألة الأولية الدستورية "[1] ومن خلال هذا القرار نجد أن مجلس الدولة أقر مسؤولية الدولة عن القوانين الغير دستورية مشترطا مايلي :

- الحكم بعدم دستورية القانون.
- عدم استبعاد المجلس الدستوري إمكانية التعويض.
- إثبات المدي العلاقة السببية بين الضرر وبين الحكم القاضي بعدم الدستورية .

ومن خلال هذا القرار يمكن أن نقر مسؤولية الدولة عن النصوص القانونية على اعتبار أنه لا يمكن تحميل المواطن نتائج الأخطاء المترتبة عن غيره.

غير أن اشكالية مسؤولية الدولة عن القوانين الغير دستورية تثير تحديد الأساس القانوني للحكم بالتعويض عن الاضرار التي تسببتها القوانين الغير دستورية و يثار التساؤل هل من الممكن تطبيق نظام موضوعي أو شخصي أو حتى إذا كان من الممكن التفكير في نظام مسؤولية جديد.

حيث نجد بعض الفقه الفرنسي، يدعو إلى إرساء قواعد لمسؤولية الدولة، عن القوانين المصرح بعدم دستوريتها، بالنظر إلى المنطلقات الآتية، ." تراجع السيادة المطلقة للدولة التشريعية . تنامي مبدأي المشروعية و المسؤولية اللذين يرسمان موجة الحد، أو تراجع حقل لا مسؤولية السلطات العمومية . إدراج مسطرة المراقبة الدستورية البعدية، مع ما يترتب عن ذلك من التفكير في الحصول على تعويض عن الضرر الذي يلحق بالمواطن، في حالة التصريح بعدم دستورية قانون "[2] وفي المقابل، فإن مجلس الدولة الفرنسي، قد أقر بمسؤولية الدولة، عن القوانين المخلة بالالتزامات الدولية لفرنسا ".

وحيث إنه، من الممكن إثارة مسؤولية الدولة عن القوانين، من جهة، على أساس مساواة المواطنين أمام التكاليف العمومية، من أجل إصلاح الأضرار الناتجة عن تبني قانون، شريطة أن لا يستبعد هذا القانون أية إمكانية للتعويض، و أن الضرر المطلوب جبره، ذو طابع خاص و خطير ... و من جهة أخرى بالنظر للالتزامات الخاصة لضمان احترام الاتفاقيات الدولية من قبل السلطات العمومية، لجبر مجموع الأضرار الناتجة عن تدخل قانون، تم تبنيه في تجاهل للالتزامات الدولية لفرنسا ... "[3]

---

[1] **CE, Gardedieu 08_02_2007n in: www.legifrance.gouv.ma**

[2] - **Mathieu Disant : La responsabilité de l'état du fait de la loi inconstitutionnelle ; revue française de droit administratif novembre-décembre 2011.**

1- Fabrice Lemaire : La responsabilité de l'état en cas de violation de la convention Européenne des droits de l'homme par un loi : Quel fondement ? Conseil d'Etat de France, 8 février 2007, Gardedieu.

وقد سبقت الإشارة فيما قبل إلى تطور الاجتهاد القضائي الفرنسي في إقرار مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة التشريعية من خلال قرارها الشهير La fleurette الذي أقفر بالمسؤولية دون وجدو أي خطأ للمشرع وذلك من خلال تطبيق نظام المسؤولية الموضوعية لخرق مبدأ المساواة في تحمل الأعباء العامة ،غير أن هناك بعض الدول التي لم تقر بمسؤولية عندما يكون أثر القرار الصادر عن المحكمة الدستورية ينصرف إلى المستقبل، وأن المحكمة العليا الكولومبية أقرت بمسؤولية الدولة عن حقيقة القوانين الغير الدستورية على أساس الخطأ أي على أساس **فشل الخدمة** و اعتبرت أن الحدث الضار قد نشأ في الوقت الذي نشأت فيه القاعدة التي تم إنشاؤها خلافا للدستور، و أشار في هذا الصدد إلى أن إصدار قانون يخالف مبدأ السيادة الدستورية يشكل في خد ذاته إخفاقا في الخدمة العامة يسبب ضرارا، حيث يتوقع المواطنون من المشرع إصدار قوانين دستورية مدعومة بمبدأ الشرعية و الثقة.[1]

و لقد أصدرت المحكمة الإدارية بباريس سنة 2017 في قضية SOCIETE PARIS CLICHY[2] قرارها، الذي أقرت بمبدأ مسؤولية الدولة عن وجود قانون غير دستوري مؤسسة على مسؤولية فريدة، حيث غير مطلوب من المدعي تبرير الضرر كما يحدث عندا يتعلق الامر بالمسؤولية، في حين أن القاضي غير ملزم بالاعتراف بوجود فشل المشرع [3]-غير أنه بالنسبة للقضاء الدستوري المغربي لا نجد أي قرار يؤسس لمسؤولية الدولة عن القوانين غير الدستورية، بحكم عدم تفعيل المراقبة الدستورية البعدية، لكن القضاء الإداري المغربي أسس، في حكم مبدأ لمسابقة مسؤولية الدولة عن القوانين السارية و ما يترتب عن ذلك من تعويض الضرر الناتج عنها، و قد أسس القاضي الإداري المغربي لحكمه هذا عبر الإحالة على الاجتهادات القضائية المقارنة و على آراء فقهية في الموضوع، ليترتب في منطوق حكمه تعويضا عن الضرر اللاحق بالطالبة، و مما جاء في الحيثيات المؤسسة لهذا الحكم، ما يلي " و حيث إن الدراسات التي أحاطت بموضوع المسؤولية الإدارية، تحدثت عما يصطلح عليه بالمسؤولية عن القرارات العامة المشروعة أو مسؤولية الدولة الإدارية، تحدثت عما يصطلح عليه بالمسؤولية عن القرارات العامة المشروعة أو مسؤولية الدولة عن القوانين،[4]

---

[1]- **Marcela Cifuentes Santander La responsabilidad del Estado por el hecho de las leyes inconstitucionales: estudio comparado entre Colombia y Francia, Revista Digital de Derecho Administrativo N°23, Enero-Junio de 2020 ; p. 30.**

[2]- **TA de París, 7 de febrero de 2017, Société Paris Clichy, n.º 1505725/3-1, concl. M. François Doré.**

[3] - **Marcela Cifuentes Santander- La responsabilidad del Estado por el hecho de las leyes inconstitucionales: estudio comparado entre Colombia y Francia, revista digital de derecho administRativo, n.º 23. primer semestro /2020 ; pp. 329-358.**

[4] - أنظر بخصوص هذا الموضوع، محمد الأعرج : نحو إرساء شروط لقيام مسؤولية الدولة عن القوانين – تعليق على حكم المحكمة الإدارية بالدار البيضاء، عدد **928** بتاريخ **07-12-2003** شركة صوفرام ضد وزير الفلاحة – المجلة المغربية للإدارة المحلية و التنمية عدد **59** نوفمبر – دجنبر **2004** ص.ص **163-167**.

و حيث في إطار الحديث عن نفس الموضوع، ذهب الأستاذ ميشيل روسي في كتابه المنازعات الإدارية بالمغرب، إلى أنه لا يمس إجراء عام إلا بعض الأشخاص و ربما شخصا واحدا، ففي قضية لافلوريت لم يمس القانون الذي يحظر استعمال مواد استعاضية عن مشتقات الحليب سوى مقاولة لا فلوريت التي اضطرت إلى إغلاق أبوابها، في حين أنه يتم اتخاذ القانون في إطار المصلحة العامة، مثل هذه الحالات تكررت بعد ذلك بخصوص إجراءات تنظيمية. في هذا النوع من الحالات، لا تقترف السلطة التشريعية أو التنظيمية أي خطأ، غير أنه يحصل بالنسبة لمن يتحمل الآثار السلبية للإجراء إخلال بالمساواة أمام الأعباء العامة.[1] وقد تبنى المجلس الأعلى عن طريق الاستدلال بالضد، مبدأ المسؤولية بدون خطأ في قرار صادر في 21 دجنبر 1961، السيد ماكرو Magro ضد ميناء الدار البيضاء ... ويتعلق الأمر بمقرر سحب رخصة طاكسي بناء على لوائح تنظيمية عامة متعلقة بتسليم رخصة لاستغلال سيارات الأجرة.

لنخلص إذن إلى أن القضاء الدستوري هو الأكثر قدرة على تطور المنظومة الدستورية من خلال اجتهاداته وقراراته، شرط توافر الجرأة والمعرفة والرؤية الشاملة والحزم و الشجاعة في اتخاذ القرار، كما تتطلب الكثير من المعرفة وعمق الثقافة والحكمة والقدرة على تحمل المسؤولية، وفتح الباب واسعاً أمام القضاء الدستوري وتوسيع صلاحياته، لكي يستطيع القيام بدوره و الوصول إلى في تطوير المنظومة التشريعية .

[1] - محمد أتركين – مجمع الفقه الدستوري المغربي – مرجع سابق ص 1454

الخاتمة:

يقول الفيلسوف هيجل **"أن القانون الذي يتخذ وجوده في شكل التشريعات الوضعية يبدو مضمونه من خلال التطبيق"** ولما كانت صياغة القوانين تتداخل فيها عدة عوامل منها ما هو داخلي ومنها ما هو دولي حيث كان لهذا الأخير التأثير في ديناميكية المجتمع وسرعة المعلومة، مما أدى إلى تقييد حرية المشرع، فلم يعد يملك سلطة التقرير في صياغة التشريع المتعلق بالحقوق والحريات كيفما يشاء وغدا ملزما حال تنظيمه باحترام الإطار الذي يرسمه الدستور.

وأن المقصد الأسمى للتشريع هو جلب السعادة للإنسان وتحصيلها له فالعلاقة بين تشريع الحقوق الأساسية وضماناتها من قبل السلطة الدستورية أصبحت محددة لهوية الدولة الديمقراطية وعنوان لاندماج السياسة مع القانون، لذلك نجد أن دستور 2011 المبني على فكرة التمكين الحقوقي والسياسي للمواطنين وضمان تمتعهم بها، يعتبر أول وثيقة تخصص بابا كاملا للحقوق والحريات الأساس، كما أنه - دستور 2011 - أرسى مرجعية دستورية لتنظيم القانون الدستوري الجنائي[1] والقانون الدستوري الانتخابي[2]، القانون الدستوري للأسرة،[3] القانون الدستوري للتنظيم القضائي ولإجراءات المحاكمة العادلة[4] والقانون الدستوري الإداري[5] وبهذا يكون أول دستور سعى إلى التفصيل في الحقوق والحريات الفردية والجماعية، بالإضافة إلى تمكين الأفراد من اللجوء إلى القضاء الدستوري متى كان هناك مس بها عن طريق الية الدفع بعدم دستورية القوانين .

و أن التوجه العام المترتب عن إفلاس القوانين يحتم علينا إعادة هيكلة القوانين الجنائية و المدنية و الإدارية بهدف عصرنة عدالة القرن 21، فهناك إكراهات supra _ legeslative المفروضة على المشرع و التي تستوجب الوقوف على مجموعة من التعديلات التي يمكن أن تنصب على القواعد القانونية الموضوعية والشكلية و التي فرضت سواء على المشرع المغربي فتح حوار عام حول إصلاح منظومة العدالة، أو على المشرع الفرنسي من خلال برنامجها " projet 21"والذي ارتكز على النقط التالية :

[1] - الفصول **20** و **21** و **22** و **23** و **24** و **119** من الدستور.

[2] - الفصل **11** من الدستور.

[3] - الفقرة الأولى والثانية من الفصل **32** من الدستور.

[4] - الفقرة الأولى من الفصل **118** والفصول من **120** إلى غاية **127** من الدستور.

[5] - الفقرة الأخيرة من الفصل **118** والفصول **154** و**155** و**157** من الدستور.

عصرنة و تبسيط المساطر الجنائية و المدنية (العدالة الجماعية).[1]

إعادة النظر في مسطرة البحث والتحري عن الجرائم.

الانتقال نحو التحول الرقمي والعقلنة في المحاكمات.

عدالة تنبؤية و اعادة النظر في مفهوم العقوبة انطلاقا من مفهوم الإنتاجية.

وأن "الانفجار العالمي" الذي شهدته آلية الدفع بعدم الدستورية خلال العقود الأخيرة ستجعلنا ننتقل من نظام المراقبة القبلية للدستورية، إلى نظام جديد يجب أن يتعايش داخله المراقبة القبلية والبعدية آلية تضمن حماية واحترام النص الدستوري، ذلك أن الأحكام الدستورية الجديدة ستمكن و لأول مرة في تاريخ القضاء المغربي المتقاضي أمام القضاء العادي أو القضاء الإداري من التمسك بعدم دستورية كل نص تشريعي مطبق عليه ينتهك الحقوق والحريات المضمونة دستوريا وذلك وفق ما سيأتي به القانون التنظيمي المرتقب وقواعد عمل المحكمة الدستورية.

وقد تبينا في سياق التحليل الذي ركبنا في هذا العمل، أن موضوع الرقابة على دستورية القوانين يمكن أن نقاربه من زاويتين، تشير الزاوية الأولى أو الباب الأول إلى سياقات صياغة النص القانوني ومدى احترامها للشرعية الدستورية والمشروعية السياسية، أما من الزاوية الثانية فتشير إلى أهمية الدفع بعدم الدستورية وتداعياتها على المنظومة التشريعية المغربية، بل أوضحنا على ضرورة إنجاز ثورة قانونية تمكننا في حالة حصولها من بلوغ مراميها والمتمثلة في تنقية وتصفية النصوص القانونية كما تطرقنا التحديات الجدية المترتبة عن الدفع بعدم الدستورية، حيث بدا واضحا غياب نية لدى المشرع في إقرار وأجرأت هذا الدفع الذي يفترض أن يوصل لحل من نوع جديد من المساهمة الفعلية في تجويد النص القانوني(عدم صدور القانون التنظيمي للدفع بعدم الدستورية).

ثم إن الحماية الدستورية تتطلب التوازن بين القيم الدستورية لهذه الحقوق والحريات من ناحية، والقيم الدستورية للمصلحة العامة من ناحية اخرى، ويتحمل المشرع مسؤولية توفير ضمانات هده الحماية الدستورية من خلال هذا التوازن، وذلك تحت رقابة القضاء الدستوري، لذلك فإن العلاقة بين القانون والقضاء هي علاقة تكاملية، لأن الاجتهاد القضائي حسب أرسطو يعد دليلا على النقص الذي يعتري التشريع، أي أن القاضي متى تبين له وجود فراغ قانوني يعتري أحد النصوص القانونية، فإنه يتعين عليه أن يعمل جاهدا على تداركه مستعينا في ذلك بكل المناهج القانونية.

وما يعزز من قيمة هذه العلاقة أنه لا يكفي وجود نصوص متطورة، وإنما يتعين وجود قضاة على أعلى مستوى من الكفاءة، لأن القاضي هو من يبعث الروح في النص القانوني إذ يخرجه من حالة الجمود

[1] -l'acdiet l acces a la justice, reflexion sur la justice a l epreuve des mutation contemporaine de l acces a la justice Dalloy 2017 ; p. 522.

إلى حالة الحركة، إلا أن هذا التغير في وضعية النص القانوني قد يترتب عنه الخروج عن المبادئ الناظمة في المادة الدستورية، لأن الارتباط والترابط بين القانون والقضاء أمر مؤكد وخاصة في ظل التحولات والمتغيرات الجدية التي نسجها عالم الرقمنة والتطور التكنولوجي والتي تضعنا مرة أخرى أمام موضوع الإصلاح القانوني، وباعتباره أحد الموضوعات التي كانت وماتزال من أهم الإشكالات العمل التشريعي.

لنخلص بإن النجاح الفائق الذي حققته الرقابة القضائية في ضمان تطبيق القواعد الدستورية في الأنظمة المقارنة راجع إلى أن الاعتماد على الرقابة بواسطة هيئة سياسية تغلق باب الطعن أمام الأفراد، مما يجعلها غير فاعلة في حماية الحقوق الدستورية غير أن ذلك رهين بمواطن يؤمن بقواعد الديمقراطية وبحرياته الأساسية.

لكن إن عملية اختيار أعضاء المحكمة الدستورية لم ينفصل بصورة تامة عن الاعتبارات السياسية مادام الاختيار لا يمكن أن يتم دون تدخل السلطات السياسية المنتخبة كالسلطة التشريعية أو التنفيذية أو كلاهما معا الشيء الذي تتدخل الطبيعة السياسية على حساب السلطة القضائية التي ليس لها أي دور في هذا الاختيار.

وعلى الرغم من أن الرقابة على دستورية القوانين لا تتعارض مع مبدأ الفصل بين السلطات، ذلك أنه إذا كان لا يسمح للسلطة القضائية بأن توقف أو تلغي أو تبطل العمل التشريعي، فإن المفهوم الحديث للفصل المعزز بالفحص والموازنة قد برر هذه الرقابة من حيث تأكيده على أنها لا تعد سوى أثرا من أثار هذا المبدأ وحماية له في الوقت ذاته.

فإخضاع المعاهدات الدولية للرقابة الدستورية يتولد عنها مخاطر تحمل المسؤولية الدولية عدم تنظيم الدعاوى بشان التعويض عن مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة التشريعية غير الدستورية، وهذا ما يساعد على سلب الحقوق الشخصية للأفراد على الرغم من بطلان القوانين المخالفة للدستور أمام عدم إمكانية فتح المجال أمام الأفراد من اللجوء إلى المحكمة الدستورية مباشرة وبصفة أصلية يقلل من حجم الرقابة الدستورية.

أن إشكالية تنفيذ القرارات الصادرة عن المحكمة الدستورية من طرف السلطة السياسية يثير إشكالية تمكين المحكمة من الوسائل القانونية لتطبيق أحكامها، ذلك أن تنفيذ الأحكام يعد أكثر أهمية لأن إصدار الأحكام دون تنفيذها يمس بهيبة الدولة، مع العلم أن تنفيذ أحكام القضاء الدستوري يتوقف إلى حد كبير على مدى قدرة القاضي الدستوري في تعليل أحكامه وقراراته بشكل مقنع للرأي العام.

أن القضاء الدستوري يعد مصدر غير تشريعي للقاعدة القانونية كونه يحضر تطبيق النص التشريعي المحكوم بعدم دستوريته أو على العكس يحضر المنازعات في دستورية النص التشريعي المحكوم

بدستوريته بحيث أن دور القضاء الدستوري ينحصر في إلغاء الفصل، بيد أن الإلغاء الرسمي يبقى بيد السلطة التشريعية.

لا يؤثر القاضي الدستوري على مجتمعه فقط، ولكنه يلهم أيضا تطور اجتهادات حقوق الإنسان على المستوى العالمي. ويختلف، بالطبع، كل دستور عن الأخر، ويعتمد على تاريخ البلد، ولكن تتصف الدساتير جميعها بمبادئ الديمقراطية، وبحماية حقوق الإنسان، ودولة القانون. وتنتقل الحجج القانونية التي تعمقت في هذه المبادئ من بلد إلى آخر. وتستشهد المحاكم الدستورية، أكثر وأكثر، بقرارات محاكم أخرى، أحيانا كإحالة بسيطة، وأحيانا أخرى كمرجعية مقنعة، كما كانت عليه الحال في إلغاء عقوبة الإعدام من قبل المحاكم الدستورية في هنغاريا وجنوب إفريقيا، والتي أثرت في قرارات مشابهة في ألبانيا، وليتوانيا، وأوكرانيا.

وتفاديا لما يمكن تسميته بحكومة القضاة فان المحكمة الدستورية ملزم عليها عدم اقحام نفسها في الصراعات السياسية والقانونية، فالقاضي الدستوري لا يحكم بعدم الدستورية فقط لكونها لا تتعارض مع قيمه الشخصية، بل لابد أن لا يكون هناك تعارض مع القواعد الدستورية الصريحة والضمنية مما يؤدي إلى إنهاء حكم القانون ليحل محله حكم عدد قليل من الاشخاص وهم القضاة.

فالمحكمة الدستورية في إطار الدفع بعدم الدستورية سوف تعمل على مراقبة و تصحيح و توجيه القانون نحو المستقبل[1] القانون يجب ان يتجاوب مع القيم الدستورية والوضوح والحق في الولوج إليه ومن تم إلى العدالة.

و على الرغم من أهمية الدور الذي لعبه القضاء الدستوري لحماية الحقوق و الحريات، سواء من خلال الدعوى الدستورية الأصلية، أو من خلال الدفوع الدستورية، فإن تلك الدول لم تكتف بذلك، لأن ذلك يتناول حماية الحقوق و الحريات من تعسف و انحراف السلطات الأخرى . الأمر الذي دفع لتبني نظام دستوري احتياطي لتفعيل وتعزيز حماية الحقوق و الحريات تمثل ذلك من خلال الأخذ بما يسمى بالدعوى الاحتياطية كآلية دستورية أخيرة يمكن أن تحقق الحماية الحقيقية للحقوق و الحريات، من أعمال السلطات العامة الثلاث بعد استنفاذ كافة وسائل الحماية الأخرى أمام الجهات القضائية في النظام القضائي.

وبناء على ذلك نستعرض مجموعة من الاقتراحات:

- إقرار حقوق الإنسان وضمان احترامها يجب ضمانها في كليتها دون التحفظ بدعوى الخصوصية والسيادة الوطنية.

[1] -G . Drago « le conseil constitutionnel a la croisee des chemins » cinquatieme de la constitution francais,ouvrage collecetif de l ; A F D C.Paris, Dalloz 2008 ; p. 322 .

- رفع الغموض الذي تضمنه تصدير دستور 2011 من مسألة سمو المواثيق الدولية على القوانين الوطنية.
- ملاءمة التشريع الوطني مع التشريع الدولي في مجال حقوق الإنسان تحقيقا للمبدأ الدستوري القاضي بسمو المواثيق الدولية على القانون الوطني مع حذف كل شرط من شأنه إفراغ هذا المبدأ من محتواه.
- التنصيص على مبدأ الأمن القانوني كقيمة دستورية.
- الارتقاء بطلب التعويض عن الاخطاء التشريعية كحق دستوري .
- تجنب الصياغة الغير دقيقة للنصوص الجنائية من خلال جودة التشريع و الحد من تقنية الاحالات؛
- لابد أن يرتبط التشريع الجنائي بالحاجة و التوازن و تجنب التشريع الآني.
- التنصيص على منح المحاكم العادية حق الامتناع عن تطبيق النصوص القانونية متى تبين لها أنها مخالفة للدستور مع اشعار المحكمة الدستورية بكل قانون يشكل اعتداء على الحقوق والحريات.
- ضرورة أن ينص الدستور على القواعد الأساسية المتعلقة بطرق تحريك الرقابة الدستورية أمام المحكمة لتشمل الدعوى الدستورية المباشرة المقدمة من جانب الاشخاص يبحث يمكن للشخص الطبيعي أو الشخص المعنوي الخاص أن يرفع هذه الدعوى المباشرة في مواجهة القانون المخالف للدستور من دون اشتراط المصلحة أو الضرر على أن تقدم هذه الدعوى داخل أجل معين من تاريخ نشر القانون في الجريدة الرسمية.
- الإسراع بإخراج القانون التنظيمي المتعلق بالدفع بعدم الدستورية 86.15 أخذا بعين الاعتبار لقرار المحكمة الدستورية 2018/70، مع مراعاة مختلف الجوانب التي ستجعله ذا أهمية وعلى الخصوص تبسيط مسطرة الطعن وتسهيل إجراءاتها وتخفيض الآجال المتعلقة بالنظر فيها مع التحديد الدقيق لمختلف الآثار التي تترتب عنها.
- التنصيص على منح المحكمة الدستورية استقلالية تامة من الناحية المؤسساتية والفردية وذلك بجعلها سلطة رابعة من سلطات الدولة وليس مجرد محكمة تدخل ضمن إطار السلطة القضائية؛
- تعزيز مكانة القضاء الدستوري في مراقبته للأنشطة المعيارية للمشرع.
- تمكين القاضي الدستوري من مراقبة الباعث التشريعي بمعنى أن يراقب السلطة التقديرية للمشرع متى كان هناك انحراف تشريعي.
- لابد من إقرار المساطر والموارد البشرية للمحكمة الدستورية حتى تتمكن من التطبيق الجيد والفعلي للإقرار القانوني لهذا الحق الدستوري.
- النص على إمكانية الطعن ضد القانون الحي.
- فتح الإمكانية للإثارة التلقائية من طرف قضاة الموضوع وقضاة محكمة النقض.

- تعزيز دور القاضي الدستوري بشأن العوار التشريعي.
- تحديد سقف زمني معين لتعديل النص القانوني المحكوم بعدم دستوريته.
- التدقيق في جودة المذكرات والقرارات تقتضي إلزامية تقديم بواسطة محام.
- التنصيص على أن التنازل عن الدعوى الرائجة في الموضوع ليس له تأثير على الدفع.
- تعزيز دور المحكمة الدستورية ودلك بفتح المجال أمامها لإمكانية التصدي أثناء البت في الدفع بعدم الدستورية.
- منح المحكمة الدستورية سلطة الحكم بوقف التنفيذ قانون المطعون فيه إلى حين الفصل في مدى اتفاقه مع الدستور.

وفي الختام لابد من الاشارة إلى كون أن دستور 2011 عرف تحسينات دستورية شملت مختلف المؤسسات الدستورية كما استحضر مختلف حقوق الإنسان على اعتبار ان التوجه الحديث في صياغة دساتير الانتقال الديمقراطي تركز على دسترة صك الحقوق أكثر من اهتمامها بتقنيات فصل السلط وأن آلية الدفع بعدم الدستورية تدخل ضمن منظومة صيانة حقوق الإنسان وقد استهدف المشرع تحقيق الفعالية من خلالها، فهده المحكمة لا يمكن ان تنصب نفسها سلطة فوق السلط، وأن القضاء الدستوري تنتظره مهام مهمة لتجسيد دوره كحارس للدستور وحامي للحريات الا أنه لابد من **التأكيد كون آراء المحكمة الدستورية مهما كانت ستكون لها قوة القانون لأنه لا توجد سلطة منصوص عليها في الدستور يمكن أن تصحح اخطائها أو تلغي قراراتها**.

ومن الطبيعي، أن الاقتباس والأخذ بتجارب الغير، لا يمكن أن ينطلق فقط من دافع يروم التقليد وتأثيث البيت بما هو موجود عند الغير بل لابد أن يكون الدافع هو الرغبة في تحيين وإغناء المنظومة القانونية بما يرتقي بالعطاءات وبما يجيب عن التطلعات والطموحات المشروعة الهادفة إلى التغيير والاصلاح.

لنخلص إلى أن الأفكار التي بسطتها هاته الأطروحة والحلول المقترحة لإشكالية صياغة النص القانوني في علاقته بالرقابة على دستورية القوانين تبقى مجرد رؤى مفرطة في تواضعها ولا تعني إجابة عن كل الأسئلة فمازالت العديد من الأسئلة مثارة في الأذهان وملحة على الفكر في حاجة إلى إجابة.

فالفكر الإنساني لا ينبغي أن يقف حبيس دائرة ضيقة لا تتسع، أو جامدة، لا تتطور انسجاما مع ما قاله الفيلسوف الفرنسي (مونتسكيو) في كتابه روح القوانين لا ينبغي أن يتم المرء موضوعا إتماما كاملا بما لا يدع للقارئ شيئا يفعله، فليست الغاية أن تجعل الاخرون يقرؤون بل أن تجعلهم يفكرون.

لائحة المراجع

❖ أولا: المراجع باللغة العربية

☜ الكتـب العـامـة:

- **ابن منظور**، لسان العرب، دار المعارف للنشر، القاهرة، الطبعة الرابعة سنة 2000 .

- **أحمد الأشقر**، الاجتهادات القضائية في تطبيق الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان، دراسة وصفية تحليلية، معهد راؤولوا ينبرغ السويد، 2016.

- **أحمد الرشيدي**، حقوق الإنسان في النظرية والتطبيق دراسة مقارنة، مكتبة الشروق الدولية القاهرة 2003.

- **أحمد الرضواني**، مدخل لدراسة القانون الدستوري مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، ط الأولى 2013.

- أحمد السوداني، "أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية الألمانية الحقوق والحريات الأساسية"، الجزء الثاني سنة 2017.

- **أحمد سلامة**، الوجيز في مدخل لدراسة القانون، دار النهضة العربية-القاهرة، ط 1969.

- **أحمد شوقي عمر أبوخطوة**، المساواة في القانون الجنائي-دراسة مقارنة، الناشر دار النهضة العربية القاهرة، الطبعة الأولى، سنة 2002-2003 .

- **أحمد فتحي سرور**، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، دار الشروق، مصر، الطبعة الثانية 2000.

- **أحمد فتحي سرور**، النقض الجنائي (الطعن بالنقض وطلب إعادة النظر في المواد الجنائية) ط الأولى، دار المشرق، القاهرة، ط 2003.

- **أحمد فتحي سرور**، الوسيط في قانون العقوبات القسم العام، دار النهضة العربية،1996.

- **أيمن ناصر عبد العالي**، مظاهر الإخلال بالمساواة في الإجراءات الجنائية-دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة، مطبعة الشروق، القاهرة، ط 2، 2008.

- **ثروت بدري**، النظم السياسية– الجزء الأول – النظرية العامة دار النهضة العربية القاهرة،1980.

- **جيروم بارونوس – توماس دينس**، الوجيز في القانون الدستوري، المبادئ الأساسية للدستور الأمريكي الجمعية المصرية لنشر المعرفة، 1980.

- **حاتم بكار**،أصول الإجراءات الجنائية، منشأة المعارف الإسكندرية، بدون ذكر الطبعة،2000.

- **حافظ علوان حمادي الدليمي**، النظم السياسية في أوروبا الولايات المتحدة الأمريكية، دار وائل للطباعة والنشر، ط1، عمان، 2001.

- حسن أوريد : السياسة و الدين في المغرب – جدلية السلطان و الفرقان – المركز الثقافي العربي، الطبعة الأولى 2020.

- **حسن محمد شفيق العاني**، الأنظمة السياسية والدستورية المقارنة، مطبعة بغداد، 1986.

- **حسن محمد هند ونعيم عطية**، الفلسفة الدستورية للحريات الفردية، دراسة مقارنة مدعمة بأحكام للمحكمة الدستورية العليا، دار الكتب القانونية، مصر، بدون ذكر الطبعة والسنة.

- **حسين عصام**، ضوابط القواعد الجنائية، دار الكتاب الحديث، القاهرة-مصر، بدون ذكر الطبعة، سنة 2010.

- **حمد خلف**، مبادئ علم العقاب، مطابع الثورة للطباعة والنشر بنغازي، الطبعة الثالثة 1978.

- **دينيس لويد**، تعريب سليم الصويص، فكرة القانون سلسة سلسلة عالم المعرفة العدد47 كتب ثقافية شهرية يصدرها المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب الكويت نونبر 1981 .

- **رقية المصدق**، الحريات العامة وحقوق الإنسان، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء،1999.

- **رمزي الشاعر**، القضاء الدستوري في مملكة البحرين، دون ذكر للناشر، 2003.

- **رمسيس بهنام**، "النظرية العامة للقانون الجنائي"، طبعة ثالثة منقحة، منشأ المعارف الإسكندرية، 1998 .

- **روبير شوفان جان جاك سوبير**،،حقوق الإنسان والحريات الأساسية"، ترجمة علي الصاوي، منشورات المؤسسة العربية للنشر والإبداع، سلسلة الترجمة4، مطابع إفريقيا الشرق، الدارالبيضاء 1999.

- **سامي جمال الدين**، أصول القانون الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية،2004.

- **سامي جمال الدين**، القانون الدستوري والشرعية الدستورية على ضوء قضاء المحكمة الدستورية العليا، ط2، منشأة المعارف، الإسكندرية،2005.

- **سحر محمد نجيب**، التنظيم الدستوري لضمانات حقوق الإنسان وحرياته-دراسة مقارنة في بعض الدساتير العربية، دار الكتب العربية، مصر،2011.

- **سرحان عبد العزيز**، الإطار القانوني لحقوق الإنسان في القانون الدولي، دار النهضة للطباعة، الطبعة الأولى1987.

- **سعيد الحكيم**، الرقابة على أعمال الإدارة في الشريعة الإسلامية والنظم الوضعية، دار القاهرة، الطبعة الأولى القاهرة،1987.

- **سليمان الطماوي**، النظم السياسية والقانون الدستوري، القاهرة، 1981.

- **سليمان محمد الطماوي**، السلطات الثلاث في الدساتير العربية المعاصرة وفي الفكر السياسي الإسلامي، دار الفكر العربي، القاهرة الطبعة الأولى 1979.

- **سليمان عبد المنعم**، النظرية العامة لقانون العقوبات-دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت -لبنان، دون ذكر الطبعة، سنة 2003.

- **سليمان عبد المنعم**، إحالة الدعوى الجنائية من سلطة التحقيق إلى سلطة الحكم، دار الجامعة الجديدة، طبعة2007.

- **سناء خليل**، دراية عن النظام القانوني المصري وحقوق الإنسان مطبعة برنامج الأمم المتحدة الإنمائي القاهرة 2003.

- **شعبان احمد رمضان**، أثر انقضاء المصلحة على السير في دعوى الإلغاء والدعوى الدستورية في النظام القانوني المصري، دار النهضة العربية 2009.

- **صالح جواد الكاظم ود، علي غالب العاني**، الأنظمة السياسية، مطبعة دار الحكمة، بغداد، 1991.

- **طارق المجذوب**، قوة القضية المحكوم بها للقرارات الصادرة عن المجلس الدستوري وأثرها في قرارات مجلس شورى الدولة.

- **طارق سرور**، المحاكمة الغيابية في مواد الجنايات، دار النهضة العربية القاهرة، الطبعة الأولى،2007.

- **طارق عزت رضا**، قانون حقوق الإنسان- بين النظرية والتطبيق في الفكر الوضعي والشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، مصر 2005.

- **طارق محمد الشيراوي**، ضمانات وحقوق المتهم في قانون الإجراءات الجنائية، دراسة مقارنة بدون مطبعة، ط 2005.

- **عادل يوسف الشكري**، المسؤولية الجنائية الناشئة عن الاهمال، دراسة تحليلية تطبيقية مقارنة "، دار الكتب والقانون، بدون ط. سنة النشر 2011.

- **عاطف سالم عبد الرحمن**، دور القضاء الدستوري في الإصلاح السياسي،- الإجتماعي – الاقتصادي- دراسة تحليلية تطبيقية مقارنة بين مصر والولايات المتحدة الأمريكية-،الرحمة للطباعة، الطبعة الأولى 2010، مصر.

- **عبد الحفيظ بلقاضي:**" القانون الجنائي المغربي –القسم العام "، الطبعة الرابعة، 2013 .

- **عبد الحميد متولي**، أزمة الأنظمة الديمقراطية، منشأة المعارف بالإسكندرية، ط 1993.

- **عبد الحميد متولي**، القانون الدستوري والأنظمة السياسية مع المقارنة بالمبادئ الدستورية في الشريعة الإسلامية، دار المصارف بمصر، الطبعة السادسة،مصر1989.

- **عبد الرشيد مأمون**، الوجيز في المدخل للعلوم القانونية-نظرية القانون، دار النهضة العربية- القاهرة، ط 2002.

- **عبد العظيم مرسي وزير**، افتراض الخطأ كأساس للمسؤولية الجنائية، دار النهضة العربية، ط. الثالثة، 1988.

- **عبد الغني بسيوني عبد الله**، القانون الدستوري، جامعة الإسكندرية وبيروت العربية 1987.

- **عبد الفتاح مصطفى الصيفي**، الجزاء الجنائي دراسة تاريخية وفلسفية وفقهية، دار النهضة العربية للطباعة والنشر بيروت سنة 1972 .

- **عبد القادر البكري**، المدخل لدراسة القانون والشريعة الإسلامية، الجزء الأول مطبعة الآداب، 1982.

- **عبد الله الشيخ**، مدى استقلال القضاء الدستوري في شأن الرقابة على دستورية التشريعات، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003.

- **عبد المجيد ابراهيم سليم**، السلطة التقديرية للمشرع دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة 2010.

- **عبد الواحد العلمي**، شرح القانون الجنائي المغربي، القسم العام، مطبعة النجاح الجديدة، ط الخامسة 2013.

- **عبد الوهاب الشيشاني**، حقوق الإنسان وحرياته الأساسية في النظام الإسلامي والنظم المعاصرة، ط 1980

- **عبد الوهاب خلاف**، علم أصول الفقه دار الحديث، القاهرة 2003.

- **عثمان محمود غزال**، آليات حماية حقوق الإنسان بين النظرية والتطبيق، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى،2015.

- **عصام أحمد محمد**، النظرية العامة للحق في سلامة الجسم دراسة جنائية مقارنة، المجلد الأول، دار الفكر والقانون بالمنصورة، الطبعة الأولى 2008.

- **علوي جعفر**، المعين في شرح القانون الجنائي العام فقها وقضاء، دار القلم الطبعة الأولى 2010.

- **علي خطار شطاوي**، موسوعة القضاء الإداري، الجزء الأول، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان 2004، سمير خيري توفيق، مبدأ سيادة القانون، دار الحرية للطباعة، بغداد 1978،

- **عماد محمد فوزي ملوخية**، حقوق الإنسان وحرياته العامة وفقه المتغيرات السياسية، دار المطبوعات الجامعية 2015.

- **عمر مرزوقي**، حرية الرأي والتعبير في الوطن العربي في ظل التحول الديمقراطي.

- **عوض محمد عوض**، المبادئ العامة في قانون الإجراءات الجنائية، منشأة المعارف، طبعة 2002.

- **عيد أحمد حسبان**، حق التعليم في النظم الدستورية المعاصرة، دراسة تحليلية مقارنة، دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد 39، العدد1، الجامعية الأردنية،2012.

- **غازي حسن صباريني**، الوجيز في حقوق الإنسان وحرياته الأساسية، مكتبة دار الثقافة لنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى 1995.

- **فتوح الشاذلي**، المساواة في الإجراءات الجنائية، دار المطبوعات الجامعية،1990.

- **فتوح عبد الله الشادلي**، شرح قانون العقوبات –القسم العام – الكتاب الثاني، المسؤولية والجزاء " دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية 1997.

- **فتوح عبد الله الشاذلي وعلي عبد القادر**القهوجي، شرح قانون العقوبات، القسم العام، النظرية العامة للجريمة، المسؤولية والجزاء الجنائي، الكتاب الأول، دار المطبوعات الجامعية بالإسكندرية مصر 1997.

- **فؤاد العطار**، النظم السياسية والقانون الدستوري، الجزء الأول، دار النهضة العربية، القاهرة،1965.

- **فؤاد عبد المنعم أحمد**، مبدأ المساواة في الإسلام – بحث من الناحية الدستورية بالمقارنة مع الديمقراطيات الحديثة، المكتب العربي الحديث –مصر دون ط-2002.

- **كريم لحرش**، الدستور الجديد للمملكة المغربية، سلسلة العمل والاجتهاد القضائي، العدد 3، 2012.

- **الطاهر عطاف**، السياسة الجنائية في مجال مكافحة جرائم الإرهاب، مطبعة البيضاوي، ط الأولى، 2009.

- **الشافعي محمد بشير**، "قانون حقوق الإنسان مصادره وتطبيقاته الوطنية والدولية"، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط الثالثة 2004.

- **الشمري سليمان جازع**، الصحافة والقانون في العالم العربي والولايات المتحدة، القاهرة، الدار الدولية للنشر والتوزيع (الطبعة الأولى)، 1993.

- **محمد اتركين**، الدستور والدستوراينة من دساتير فصل السلط إلى دساتير صك الحقوق، "مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، الطبعة الأولى 2007.

- **محمد الادريسي العلمي المشيشي** "دراسة حول ملاءمة قانون المسطر الجنائية مع مبادئ حقوق الإنسان "المجلس الوطني لحقوق الإنسان مطبعة المعرف الجديدة الرباط.

- **محمد الإدريسي العلمي المشيشي**، "دراسة حول ملاءمة مشروع القانون الجنائي مع المبادئ والقواعد المعتمدة في منظومة حقوق الإنسان"، منشورات المجلس الوطني لحقوق الإنسان، مطبعة المعارف الجديدة – الرباط، ط الثانية 2012.

- **محمد البزاز**، حقوق الإنسان عالميا وإقليميا ووطنيا، طبعة 2010.

- **محمد الحبيب الفاسي**، مسار القضاء المغربي، ترجم من الفرنسية من طرف الأستاذين محمد عواد وعائشة عواد حجي، مطبعة الأمنية، سنة 2005.

- **محمد الحلبي**، شرح قانون العقوبات، مطبعة الشروق، القاهرة، ط 1، 1996.

- **محمد الرضواني**، مدخل لدراسة القانون الدستوري مطبعة المعارف الجديدة، الرباط،ط الأولى 2013.

- **محمد الزلايجي**، مبدأ التناسب في سياسة التجريم دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، ط1، س 2016.

- **محمد رمضان بارة**، "مبادئ علم الجزاء الجنائي"، دار الكتب القانونية، بنغازي ليبيا، الطبعة الأولى 1998.

- **محمد زكي أبوعامر**، شائبة الخطأ في الحكم الجنائي، دار المطبوعات الجامعية، الطبعة الأولى،1986.

- محمد السقا، "فلسفة عقوبة الإعدام او العقوبة العظمى بين النظرية والتطبيق"، مكتبة الطالب، الرباط، سنة 1978.

- **محمد شعيبي المذكوري**، مدخل إلى فلسفة القانون، الطبعة الأولى 1992.

- **محمد عياط**، دراسة في قانون المسطرة الجنائية المغربي، الجزء الأول، مطبعة الانبعاث، الدار البيضاء، ط 1، 2000.

- **محمد الكشبور** ، الوسيط في قانون الأحوال الشخصية، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء 2003.

- **محمد نورالدين فرحات**، تاريخ القانون الدولي الإنساني والقانون الدولي لحقوق الإنسان، دار المستقبل العربي، الطبعة الأولى، القاهرة 2000.

- **محمود عاطف البنا**، الوسيط في النظم السياسية، دار الفكر العربي القاهرة، ط 1988،1.

- **محمود غزال**، آليات حماية حقوق الإنسان بين النظرية والتطبيق، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى 2015.

- **محمود نجيب حسني** " النظرية العامة للقصد الجنائي: دراسة تأصيلية مقارنة للركن المعنوي في الجرائم العمدية "، دار النهضة العربية. القاهرة، الطبعة 3، 1988،

- **محمود نجيب حسني**، شرح قانون العقوبات، القسم العام، دار النهضة العربية، ط السادسة،1989.

- **محي الدين أمزازي**، " العقوبة "، منشورات جمعية تنمية البحوث والدراسات القضائية، مطبعة الأمنية، الرباط، 1993.

- **مصطفى قلوش**، "المبادئ العامة للقانون الدستوري"، الطبعة الرابعة بابل للطباعة والنشر والتوزيع الرباط، بدون سنة.

- **مليكة الصاروخ**، القانون الإداري دراسة مقارنة، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، الطبعة الأولى، سنة 1990.

- **منذرعنبتاوي**، الإنسان قضية وحقوق، تونس منشورات المعهد العربي لحقوق الإنسان 1991.

- **منيرعبد المجيد**، "أصول الرقابة على دستورية القوانين واللوائح"، منشأة المعارف، الاسكندرية 2000.

- **مها بهجت يونس الصالحي**، الحكم بعدم دستورية نص تشريعي ودوره في تعزيز دولة القانون - مطبعة بيت الحكمة الطبعة الأولى 2009 بغداد العراق.

- **موفق الحمداني، عدنان الجادري**– مناهج البحث العلمي، مؤسسة الوراق للنشر والتوزيع، جامعة عمان للدراسات العليا، عمانُ، ط الأولى، 2006.

- **ميراي دلماس مارتي، محي الدين أمزازي**، التحولات الممكنة للسياسات الجنائية العربية، دراسة قام بها المجلس الوطني لحقوق الإنسان، 2013.

- **ناصرفتحي بدوي**، المشكلات العملية للحكم الغيابي، دار الكتب القانونية، مصر 2006.

- **ناهد يسري حسين العيسوي**، ضمانات المحاكمة العادلة المنصفة جامعة عين شمس،2012 مصر.

- **نجيب سحرمحمد**، التنظيم الدستوري لضمانات حقوق الإنسان وحرياته – دراسة مقارنة في بعض الدساتير العربية، دار الكتب القانونية مصر 2011.

- **نزارأيوب**، حرية الرأي والتعبير، مؤسسة الحق، رام الله، 2001.

- **نظام عساف**، مدخل إلى حقوق الإنسان في الوثائق الدولية والإقليمية والأردنية، أمانة عمان الكبرى، الطبعة الأولى، الأردن 1999.

- **نعمان الخطيب**، المذهب الإجتماعي وأثره على الحقوق والحريات العامة، منشورات مركز دراسات الوحدة العربية، -بيروت- سنة 1986.

- **نعمان الخطيب**، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، دار الثقافة النشر والتوزيع، عمان ط، الإصدار الثاني 2004.

- **نعمان عطا الله إلهيتي**، "حقوق الإنسان – القواعد والآليات الدولية"، دار ومؤسسة رسلان، ط الأولى 2007.

- **هاشم علوي**، البنيان الدستوري الجديد للسلطة القضائية وحتمية إصلاح شمولي عميق للقضاء"، مطبعة الأمنية، سنة2012.

- **هاني الطيعمات**، حقوق الإنسان وحرياته الأساسية، الطبعة الأولى، دار الشروق للنشر والتوزيع، عمان،الأردن، 2001.

- **يوسف البحيري**، حقوق الإنسان والحريات العامة جدلية الكونية والخصوصية، مطبعة الورقة الوطنية بمراكش، الطبعة الأولى، 2015.

- **يوسف بناصر**، الجريمة الإرهابية بالمغرب وآليات المكافحة القانونية، سلسلة بناصر للدراسات القانونية والأبحاث القضائية، طبعة دار القلم،2004.

☜ الكتـب الخاصـة:

- **إبراهيم محمد صالح الشرفاني**، رقابة المحكمة الدستورية على السلطة التقديرية للمشرع، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت.

- **خليفة سالم الجهمي**، طرق تحريك الرقابة الدستورية (دراسة تحليلية مقارنة)، دار الفكر الجامعي، بيروت.

- **رومان خليل رسول**، اختصاص القضاء الدستوري برقابة الانحراف التشريعي-دراسة مقارنة- دار الفكر الجامعي، ط 2019.

- **شعبان احمد رمضان**، ضوابط وآثار الرقابة على دستورية القوانين " دراسة مقارنة دار النهضة العربية 2000.

- **عبد الحق بلفقيه**، دعوى الدفع بعدم الدستورية نص تشريعي ما بين رؤرية المشرع المغربي وتخلي القاضي الدستوري-دراسة مقارنة-مطبعة سبارطيل- طنجة، ط الثانية، 2019

- **عبد العزيز محمد سالمان**، نظم الرقابة على دستورية القوانين دراسة مقارنة، الناشر، سع السمك للمطبوعات القانونية، القاهرة، طبعة 2000.

- **عبد العزيزالنويضي**، المجلس الدستوري بالمغرب سلسلة مؤلفات وأعمال جامعية الطبعة الأولى 2001.

- **عبد العزيزمحمد سالمان**، اجراءات الدعوى الدستورية، الجزء الأول، مطبعة دار الفكر العربي، ط1،2006.

- **عبد العزيز محمد سالمان**، الحريات العامة في الدساتير العربية والفقه والقضاء والشريعة الإسلامية –دراسة مقارنة- دار الفكر العربي، القاهرة، 1974.

- **عبد العزيزمحمد سالمان**، رقابة دستورية القوانين، دار الفكر العربي، نصر، ط1، 1995.

- **عصام سعيد عبد احمد**، الرقابة على دستورية القوانين دراسة مقارنة المؤسسة الحديثة للكتاب لبنان الطبعة الأولى 2013

- **علي الباز**، الرقابة على دستورية القوانين في مصر 1989، مكتبة القاهرة الحديثة، ذكر الطبعة والسنة.

- **عوض المر**، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية، مركز رينية، جان دبوي للقانون والتنمية، دون ذكر السنة.

- **عيد أحمد غفول**، الدفع بعدم الدستورية في القانون الفرنسي، دار النهضة العربية القاهرة؛ طبعة1969،2.

- **كامل نبيلة عبد الحكيم** - الرقابة القضائية على دستورية القوانين -القضاء الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة 1993.

- **ماجد راغب الحلو**، دستورية القوانين، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية،2016.

- **مايا محمد نزار**، الرقابة القضائية على التناسب في القرار الإداري، ط1، المؤسسة الحديثة للكتاب، 2013.

- **محمد باهي أبويونس**، القضاء الدستوري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية،2014.

- **محمد رفعت عبد الوهاب**، رقابة دستورية القوانين (المبادئ النظرية والتطبيقات الجوهرية) دار الجامعة الجديدة، 2011 مصر.

- **محمد ماهر أبو العنين**، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، الكتاب الثاني، المركز القومي للإصدارات القانونية، ط 1، 2013.

- **مصطفى محمود عفيفي**، رقابة الدستورية في مصر والدول الأجنبية. دراسة تحليلية مقارنة لأنظمة الرقابة في الدساتير المعاصرة- ط الأولى، 2012.

- **منصور محمد أحمد**، الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين في فرنسا، دار النهضة العربية، القاهرة 2012.

- **يحيى حلوي**، تطبيقات المجلس الدستوري في الرقابة على الدستورية مطبعة OP PRINT، الطبعة الأولى 2016.

☜ الأطـاريح:

- **أحمد الأمين**، عدالة القرب بالمغرب محاولة في وضع المقومات وتقييم الحصيلة، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص كلية العلوم القانونية والاقتصادية والإجتماعية السنة الجامعية 2012-2013.

- **أمينة عتيوي**،" شرعية تنفيذ الجزاء الجنائي"، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في الحقوق، شعبة القانون الخاص، جامعة القاضي عياض، مراكش، السنة الجامعية 2001/2002.

- **السلام محمد الغنامي**، مراقبة دستورية القوانين في المغرب والقانون المقارن، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون العام، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية، والاقتصادية والإجتماعية، الرباط، 1999-2000.

- **بولمكاحل احمد**، الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، أطروحة دكتوراه، السنة الجامعية 2014-2015.

- **جميلة بوستاوق**، الأسس الدستورية للعدالة الجنائية، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والإجتماعية، فاس، السنة الجامعية 2016-2017.

- **ضياء الحق دراويش**، الضمانات الدستورية للحقوق والحريات ودور القضاء الدستوري في حمايتها- دراسة مقارنة- أطروحة لنيل دكتوراه في القانون العام، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والإجتماعية، ظهر المهراز، فاس، السنة الجامعية2015-2016.

- **عادل عمر شريف**، القضاء الدستوري في مصر، الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 1988.

- **عادلة الوردي**، الحقوق السياسية بالمغرب بين النص القانوني والممارسة العملية، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والإجتماعية، السنة الجامعية 2016-2017.

- **عبد القادر الأعرج**، السياسة التشريعية والقضائية وإشكالية حماية حقوق الإنسان، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في القانون العام، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والإجتماعية- أكدال-جامعة محمد الخامس– الرباط، السنة الجامعية 2012.

- **عبد القادر الكيحل**، "المعاملة العقابية بالمغرب دراسة تحليلية نقدية مقارنة للقانون 98.23 المتعلق بتنظيم وتسيير المؤسسات السجنية"، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة سيدي محمد بن عبد الله كلية العلوم القانونية والاقتصادية والإجتماعية فاس، السنة الجامعية 2014/2013.

- **عبد المنعم عبد الحميد إبراهيم شرف**، المعالجة القضائية والسياسية للانحراف التشريعي، أطروحة دكتوراه،كلية الحقوق،جامعة القاهرة،2011.

- **عدنان عاجل عبيد**، أثر استقلال القضاء عن الحكومة في دولة القانون، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة النهرين، 2007.

- **علي السيد الباز**، الرقابة الدستورية على القوانين في مصر مع المقارنة بالأنظمة الدستورية الأجنبية، رسالة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 1989.

- **لطيفة المهداتي**، الشرعية وتنفيذ العقوبات السالبة للحرية، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون الخاص، بجامعة محمد الخامس،كلية العلوم القانونية والاقتصادية والإجتماعية،الرباط، السنة الجامعية 2001-2002.

- **محمد الصفريوي**، الإجتهاد القضائي الدستوري في المادة الإنتخابية – مرجعياته وتطبيقاته – أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون جامعة محمد الخامس كلية العلوم القانونية والاقتصادية والإجتماعية أكدال الرباط، السنة الجامعية 2014-2015.

- **محمد صلاح العادلي**، حق الدفاع أمام القضاء الجنائي، أطروحة دكتوراه كلية الحقوق جامعة القاهرة، 1991.

- **نجيب الأعرج**، استقلالية السلطة القضائية مدخل لتحقيق محاكمة جنائية منصفة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والإجتماعية-فاس، السنة الجامعية 2013-2014.

- **نوال التغدويني**، تجريح قضاة النيابة العامة في النظام القانوني المغربي، أطروحةلنيل شهادة الدكتوراه، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والإجتماعية، بفاس، السنة الجامعية 2015-2016.

- **هاشل بن راشد**، نظم الرقابة على دستورية القوانين في دول مجلس التعاون الخليجي، أطروحة دكتوراه قانون، رياض الريّس للكتب والنشر".بيروت، 2011.

الرسائــل:

- **أحمد البستاني**، حقوق الإنسان بالمغرب -دراسة مقارنة، رسالة لنيل دبلوم السلك العالي للمدرسة الوطنية للإدارة العمومية-الرباط، السنة الجامعية1992.

- **أنوارعشيبة**، دور القضاء الدستوري في حماية الحقوق والحريات رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص كلية الحقوق بفاس السنة الجامعية 2013/2014

- **أوبراهيم رشيدة**، ضمانات المحاكمة العادلة للحدث-دراسة مقارنة – رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المتخصصة في القانون الخاص، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والإجتماعية بفاس، 2008/2007

- **المرزكيوي رشيد**، النظام الأوروبي لحماية حقوق الإنسان، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون العام، جامعة محمد الخامس، كلية الحقوق بالرباط، السنة الجامعية 1991- 1992.

- **حسنية ركراكي**، الحماية القانونية والقضائية لمبدأ المساواة ومكافحة كل أشكال التمييز، رسالة لنيل شهادة الماستر في العدالة الجنائية والعلوم الجنائية، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والإجتماعية-فاس، السنة الجامعية 2016-2017.

- **خليل الإدريسي**، "السياسة العقابية بالمغرب، أي تأهيل؟»، بحث لنيل دبلوم الدراسات العليا المتخصصة في علوم التربية، جامعة محمد الخامس كلية علوم التربية الرباط، شعبة علم النفس التربوي، وحدة إعادة إدماج الجانحين والتأهيل المهني، السنة الجامعية 2004/2003.

- **خالد فتحي أبوزيد، "الأحكام الصادرة في الدعوى الدستورية و أثرها"، كلية الحقوق، جامعة المنصورة.**

- **سيف الدين إمحيطوش** " آليات تعزيز جودة التشريع " رسالة الماستر القانون والممارسة القضائية كلية العلوم القانونية والاقتصادية والإجتماعية السويسي بالرباط، السنة الدراسية 2017-2018.

- **لطيفة المهداتي**، حدود سلطة القاضي التقديرية في تفريد الجزاء، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص بجامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والإجتماعية، الرباط، السنة الجامعية 1992-1993.

- **محمد أكعبون**، المؤسسات الوطنية لحقوق الإنسان بالمغرب – المجلس الوطني لحقوق الإنسان نموذجا – رسالة لنيل شهادة الماستر في القانون العام، جامعة المولى إسماعيل، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والإجتماعية بمكناس، السنة الجامعية 2011/ 2012.

- **عبد الحي بن الشيخ:** المساواة بين الجنسين في التشريع الجنائي المغربي والمواثيق الدولية، بحث لنيل شهادة الماستر في العدالة الجنائية والعلوم الجنائية، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والإجتماعية-فاس، السنة الجامعية 2013-2014.

-**عبد الرحمن الصلالي**، جريمة التعذيب في التشريع المغربي، رسالة لنيل شهادةالماستر في القانون الخاص،جامعة سيدي محمد بن عبد الله، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والإجتماعية-فاس، السنة الجامعية 2015-2016.

-**يونس كوجيل**، "المعاملة العقابية بمراكز الإصلاح والتهذيب"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المتخصصة في القانون الخاص، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والإجتماعية بفاس، السنة الجامعية 2008-2009.

☜ المقـالات:

- **أحمد التهامي**، "مدى دستورية مكونات العقوبة السالبة للحرية"، المجلة المغربية لقانون واقتصاد التنمية 22و23 يناير، العدد 29 سنة 1993.

- **أحمد مفيد**، الرقابة على دستورية القوانين بالمغرب بين دستوري 1996و2011 مقال منشور بالمجلة المغربية للمالية العمومية، العدد 2 سنة 2012.

- **أحمد عبادي**، عقوبة القتل في الفقه الإسلامي، سلسلة منشورات المجلس الوطني لحقوق الإنسان.

- **إدريس الحياني ويوسف أديب**، ضمانات الأشخاص في الصيغة الأولى لمسودة مشروع ق م ج أي رهانات، قراءات في المادة الجنائية، ع 1، 2016.

- **إدريس بلماحي**، أثر الإلتزامات الدولية في إعادة بناء القانون الجنائي، حقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني نموذجا، ندوة السياسة الجنائية بالمغرب واقع وأفاق، المجلد الثاني، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، العدد 4 سنة 2005.

- **إدريس كركين**، "متعة المطلقة في دعوى التطليق للشقاق"، مجلة المنبر القانوني، العدد الأول كتوبر 2011، مطبعة النجاح الجديدة.

- **إحسان المفرجي**، مبدأ استقلال العدالة في المواثيق الدولية، مقابلة منشورة في جريدة حقوق الإنسان، العدد 12، الصادرة عن جمعية حقوق الإنسان العراقية، لسنة 2001.

- **الحسن الجاي**، مستجدات التشريع الجنائي والمحاكمة العادلة، مجلة المعيار، ع 34، نونبر 2005.

- **الذهبي بدر**، حق الدفع بعدم الدستورية بين الدستور المغربي والنموذج الألماني، مجلة مسالك القضاء الدستوري بالمغرب- المحكمة الدستورية ونظم الرقابة على دستورية القوانين- العدد 38/37 السنة الثانية 2016.

- **المجلس الوطني لحقوق الإنسان** - تأسيس هيأة المناصفة ومكافحة كل أشكال التمييز مذكرة يناير 2013.

- **بدر الذهبي**، حق الدفع بعدم الدستورية بين الدستور المغربي والنموذج الألماني، مجلة مسالك العدد 37.38، مطبعة النجاح الدار البيضاء.

- **بوطلحة امبارك**، العدالة الدستورية بالمغرب في ضوء دستور 2011 - مجلة المنار عدد خاص، سنة2019.

- **جعيط كمال الدين**، الإسلام وحقوق الإنسان في ضوء المتغيرات العالمية، بحث مقدم لمجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بجدة، العدد رقم 13.

- **حميد الربيعي**، قراءة في قرارات المجلس الدستوري في ظل الدستور الجديد، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، الرباط، 2013.

- **عمر الشرقاوي** – الزمن و الدستور: قراءة في المهل الدستورية، مقال منشورة بمجلة R.E.M.A L.D. العدد 153، يوليوز غشت 2020.

- **رشيد المدور**، إشكالية النظام الداخلي البرلمان في ضوء الدستور، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 111، الطبعة الأولى، 2016.

- **رشيد المدور**، تسهيل الولوج إلى العدالة الدستورية تطور في النص ومناهج عمل القضاء الدستوري المغربي، مجلة معهد القضاء، الكويت، عدد21 فبراير 2019.

- **زكرياء خليل**، مسؤولية الدولة عن أعمال التشريع بين المقتضيات القانونية والإجتهاد القضائي دراسة في فرنسا والمغرب ملحق خاص – العدد (2 – (الجزء الثاني – صفر/ ربيع الأول 1439هـ- نوفمبر 2017 م 400 أبحاث المؤتمر السنوي الرابع – «القانون أداة للإصلاح والتطوير» - 9 / 10 مايو2017.

- **عقوبة الإعدام منشورات المجلس الوطني لحقوق الإنسان**، سلسلة الندوات، الرباط 11- 12، اكتوبر 2008.

- **جمال شيتور**، الرقابة القضائية على دستورية القوانين، مجلة الإجتهاد القضائي، العدد الرابع، 2014، بسكرة، الجزائر.

- **حسن البحري**، دور السلطة التنفيذية في العملية التشريعية في النظام البرلماني البريطاني، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية– المجلد 24 -العدد الأول-20.

- **حنان براهيمي**، اجتهاد القاضي في مجال الحقوق والحريات في ظل الإتفاقيات الدولية، مجلة الإجتهادالقضائي، كليةالحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة محمد خضيرة الجزائر، العدد 8.

- **خالد روشو**، جودة القاعدة الدستورية ضمانة لحماية الدستور، مقال منشور مجلة القانون الدستوري والعلوم الإدارية، العدد الرابع، شتنبر 2019 المركز الديمقراطي العربي، ألمانيا – برلين.

- **خالد عليوي العرداوي**، "القانون بين جمود النص وقابلية التغيير"، مقال منشور بموقع www.anbae.org.

- **سعد عصفور**، رقابة القضاء وضرورة حماية الفرد في الدولة الحديثة، مقال منشور بمجلة المحاماة، العدد 9، سنة 1981.

- **سعيد بن عربية**" تجنب التعسف والشافية الإجرائية والوقائية "، ممثل اللجنة الدولية للقانونين بسويسرا مقالة منشورة بمجلة المجلس الوطني.

- **سمير ناجي**، استقلال السلطة القضائية واستقلال القضاء، بحث منشور في المجلة الجنائية القومية، المجلد 38، الأعداد 1 و2 و3، 1995.

- **طارق التلمساني**، ما بين طبيعة واختصاصات المحكمة الدستورية، مجلة مسالك العدد 37-38، سنة 2012.

- **عادلة الوردي**، الحماية القانونية والقضائية للحرية تأسيس الجمعيات بالمغرب على ضوء المقتضيات الدستورية الجديدة، المجلة المغربية للسياسات العمومية، العدد الثالث، 2015.

- **عبد الحق بلفقيه**، القضاء الدستوري بالمغرب –دراسة مقارنة – مقال منشور بمجلة مسالك القضاء الدستوري بالمغرب المحكمة الدستورية ونظم الرقابة على دستورية القوانين، العدد 38/37 .

- **عبد الرحمان السحمودي**، مكانة حقوق الإنسان في الدستور المغربي من خلال القضاء والفقه الدستوريين، م.م.إ.م.ت، عدد 56، ماي – يونيو 2004.

- **عبد الرحيم منار السليمي** -مناهج عمل القاضي الدستوري بالمغرب "دراسة سوسيوقضائية– المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية – الطبعة الأولى –الدار البيضاء - سنة 2006.

- **عبد الرزاق السنهوري** – مخالفة التشريع للدستور والإنحراف في استعمال السلطة التشريعية – مقال منشور بمجلة مجلس الدولة مصر يناير 1952.

- **عبد الرزاق السنهوري**، مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية، مجلة مجلس الدولة، السنة الأولى،العدد2الثاني.

- **عبد السلام بوهوش**- عبد المجيد الشفيق، الجريمة الإرهابية في التشريع المغربي مع قراءة في الإتفاقيات الدولية، منتدى المعرفة القانونية والقضائية.

- **عباس العبودي**، مبدأ استقلال السلطة القضائية وأثره في جدول نظام الدعوى، مقابلة منورة في جريدة الجمهورية، العدد7342، الثلاثاء 23أكتوبر 1990، الصادرة عن جمعية حقوق الإنسان العراقية.

- **عبيد أحمد الحسبان**، الطبيعة الخاصة للنصوص الدستورية في مجال الحقوق الأساسية دراسة مقارنة مقال منشور بمجلة الحقوق تصدرها كلية الحقوق جامعة البحرين المجلد الثامن العدد الثاني دجنبر 2011.

- **عثمان حسين**، نظام شغل الوظائف القضائية، منشور في المجلة القضائية، العدد 12.

- **عصام سليمان**، العدالة الدستورية وحكم القوانين، مجلة العدل والقضاء، العدد الثالث، العراق 2011.

- **غازي حنون خلف**، العقوبة المبررة، مجلة جامعة بابل، العلوم الإنسانية،المجلد 14،العدد2008،2.

- **فريد السموني**، تحديث التشريع الجنائي بين الحفاظ على الثوابت ومواكبة المتغيرات، مقال منشور بمجلة المنبر القانوني العدد الأول أكتوبر 2011.

- **كوثر أمرير**، الرقابة الدستورية على الحقوق والحريات (دراسة مقارنة) مجلة المنار للدراسات القانونية والإدارية، مطبعة دار السلام الرباط، عدد خاص 2019.

- **مجيد حميد العنبكي**، فكرتا المصلحة والحق، مجلة دراسات قانونية، بيت الحكمة، بغداد، 12 فبراير 2018، العدد 45.

- **محمد الأعرج** – نحوإرساء شروط لقيام مسؤولية الدولة عن القوانين – بحث منشور في المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية عدد 59 سنة 2004.

- **محمد الحمياني**، دراسة نقدية للمادة 537 من قانون المسطرة الجنائية، المنازعات الجنائية على ضوء المستجدات التشريعية والإجتهادات القضائية، منشورات مجلة العلوم القانونية، سلسلة فقه القضاء الجنائي، مطبعة الأمنية، الرباط، سنة 2015، العدد الأول.

- **محمد الساسي**، "الملك يقدم الدستور قراءة في العلاقة بين نص الخطاب الملكي ل 17 يونيو2011 ونص الدستور الجديد"، مقال منشور بمجلة دفاتر وجهة نظر مطبعة النجاح الجديدة 2011.

- **محمد القدوري**، "الرسوم القضائية في ضوء القانون المغربي، مجلة الاشعاع، العدد 25، سنة 2002.

- **محمد لمعمري**، "حجية الشيء المقضي به وطرق الطعن في الاحكام"، نشرة قرارات محكمة النقض الغرفة المدنية، العدد 27، السلسلة 6.

- **محمد قصري**، الوكيل القضائي للمملكة عضوسابق بالمحكمة الدستورية "أثار الحكم الصادر بعدم دستورية قانون مطعون فيه " مقال منشور بالمجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية عدد 128 سنة 2016.

- **محمد بوزلافة**، قانون الجنسية ومقارنة النوع الإجتماعي مقالة منشورة بمجلة القانون والاقتصاد جامعة سيدي محمد بن عبد الله كلية العلوم القانونية والاقتصادية والإجتماعية فاس، ابريل سنة2016.

- **محمد مصطفى الريسوني**، حقوق الإنسان تطوير وتفعيل الضمانات القانونية وإصلاح الممارسة، مجلة المحاماة العدد 40 أبريل 1997.

- **محمد مصطفى حسن**، المصلحة العامة في القانون والتشريع الإسلامي،مجلة العلوم الإدارية،السنة 25،العدد الأول، يونيو1983.

- **محمد مرحوم**، آلية الدفع بعدم الدستورية في مواجهة مقتضيات ذات الصلة بحقوق الإنسان، المجلة المغربية للرصد القانوني والقضائي - عدد مزدوج 9/8، 2021.

- **محمد طيب عمر**، "وجهة نظر في موضوع الإجهاض"، مقال منشور بمجلة المحاكم المغربية، العدد 167 شتنبر – اكتوبر 2019، مطبعة النجاح.

- **محمد معتصم**، فعلية القانون الدستوري المغربي وحمولته القانونية، مقال منشور بمجلة أشغال ندوة القانون والممارسة بالمغرب ص18 السنة 1994 .

- **محمد ناصر متيوي مشكوري**، المساواة بين الرجل والمرأة بين الشريعة والقانون، مقال منشور بالمجلة المغربية للطفل والأسرة العدد1 يناير 2010،

- **محند جوهر**، حريات في ذاكرة القانون الجنائي المغربي مقال منشور بالمجلة الدولية للأبحاث الجنائية والحكامة الأمنية العدد الثالث.

- **مسعود شعنان**، حقوق الإنسان بين عالمية القيم وخصوصيات الثقافات وعلاقة ذلك بالعولمة،مجلة المفكر العدد الثامن.

- **مصطفى بنشريف**، التشريع ونظم الرقابة على دستورية القوانين سلسلة الوعي القانوني العدد 1.

- **مصطفى الرميد**، "عقوبة الإعدام بين المعايير الدولية لحقوق الإنسان والتشريعات الوطنية"، مقالة منشورة بالموقع الالكتروني www.kafapress.ma.

- **مقال منشور** بمجلة المحكمة الدستورية بالمغرب نحورؤية إستراتيجية سلسلة المعارف القانونية والقضائية دار النشر المعرفة الطبعة الأولى 2014.

- **مليكة النعيمي**، قراءة في النظام الإفريقي لحقوق الإنسان، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، العدد 72-73 يناير-أبريل 2007.

- **مولاي عبد الرحمن قاسمي**، "قواعد في صياغة النص الجنائي كمدخل للإصلاح مقال منشور بالمجلة الدولية للأبحاث الجنائية والحكامة الأمنية العدد الثالث سنة 2020 مراكش.

- **نسرين الرحالي**، العمل القضائي المغربي في جرائم الإرهاب، مجلة العلوم القانونية، العدد الثالث،2016.

- **نصرت منلا حيدر**، طرق الرقابة على دستورية القوانين، مجلة المحامون، الأعداد 10، 12،11، 1985.

- **نظام توفيق**، "قاعدة الحضور الشخصي للمشتكي عليه "الظنيين أو المتهم" للمحاكمة"، مجلة الشريعة والقانون، بدون عدد، بدون سنة.

- **نورالدين اشحشاح**، المجلس الدستوري المغربي، أهمية الدور الحقوقي ومعوقاته المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية عدد 74، 2007.

- **نور الدين العماني**، منظومة التجريم في ضوء مسودة مشروع القانون الجنائي: المستجدات ومواطن القصور "، المجلة المغربية للقانون الجنائي والعلوم الجنائية، العدد الثالث، 2016 .

- **يوسف اليحياوي** – مراقبة دستورية القوانين العادية – المحكمة الدستورية بالمغرب نحورؤية استشرافية – سلسلة المعارف القانونية والقضائية – منشورات مجلة الحقوق – دار النشر المعرفة – 2014.

- **يوسف عبد المحسن**، عبد الفتاح تجربة الرقابة السابقة على دستورية القوانين في النظامين القانونيين المصري والبحريني مقال منشور بمجلة القانونية العدد السابع يناير 2016 مطابع الأيام التجارية مملكة البحرين.

☜ الـدراسـات:

- **أحمد مفيد**، دراسة مقارنة حول الأحكام الدستورية المعنية بحماية الحقوق الإجتماعية والإقتصادية الأساسية في المنطقة العربية-المنظمة العربية للقانون الدستوري، السنة 2015-2016.

- **المركزالفلسطيني** لاستقلال المحاماة والقضاء "مساواة"، حرية الرأي والتعبير والحق في السمعة.

- **المرصد المغربي للسجون**، مذكرة حول الإصلاح العميق للمنظومة القانونية للسجون بالمغرب ماي 2016.

- **إلزابيت كينغ و أندروماسون وأخرون**، إدماج النوع الإجتماعي في التنمية من خلال المساواة في الحقوق والموارد والرأي، دراسات اجتماع، البنك الدولي، في تقرير بحوث السياسات، ترجمة هشام عبد الله، الطبعة الأولى سنة 2004.

- **حجية القرارات الدستورية المغربية و أثرها** – دراسة مقارنة-، مقال منشور بمجلة المنارة، عدد خاص سنة 2019.

- **غني ريسان جادر الساعدي** – الجديد في إشكاليات المسؤولية المدنية – دراسة مقارنة المركز العربي للنشر و التوزيع الطبعة الأولى 2020.

☜ المو اقـع الالكترونيـة:

- **موقع**: www.cndh.ma

- **موقع**: http://dev.worldcoalition.org/

➢ مو اقع إلكترونية لمؤسسات رسمية:

- **المحكمة الدستورية المغربية**: www.cour-constitutionnelle.ma
- **المجلس الدستوري الفرنسي**: www.conseil-constitutionnel.fr
- **الموقع الرسمي لرئاسة النيابة العامة**: http://www.presidenceministerepublic.m
- **موقع محكمة النقض المصرية**: www.cc.gov.eg
- **مجلس النواب المغربي**: http://www.chambredesrepresentants.ma
- **مجلس المستشارين المغربي**: http://www.chambredesconseillers.ma
- **وزارة العدل المغربية**: http://www.justice.gov.ma

➢ المحكمة الدستورية العليا المصرية:

- **الموقع الإلكتروني القديم**: http://hccourt.gov.eg
- **الموقع الإلكتروني الجديد**: http://www.sccourt.gov.eg

➢ **مو اقع إلكترونية لبعض الهيئات والمنظمات:**

- **المركز العربي لاستقلال القضاء والمحاماة** : www.acijlp.com

- **المنظمة العربية للقانون الدستوري**: http://www.dustour.org

- **المنظمة الدولية للتقرير عن الديمقراطية** https://democracy-reporting.org/

- **المؤسسة الدولية للديمقراطية والإنتخابات** https://www.idea.int/

- المجلس الوطني لحقوق الانسان : www.cndh.ma

➢**مو اقع إلكترونية خاصة بالمجلات والمكتبات القانونية.**

- **المجلة الفرنسية للدراسات الدستورية والسياسية** :-www.revue-pouvoirs.fr

- **المكتبة الإلكترونية** " Cairn" : https://www.cairn.info/

- **موقع دالوز** https://www.dalloz-revues.fr/

☜ **القـوانيـن:**

- الدستور المغربي.

- الدستور الهندي.

- الدستور الأمريكي.

- الدستور الفرنسي.

- الدستور الإسباني

- دستور دولة البحرين.

- القانون التنظيمي رقم 66.13 المتعلق بالمحكمة الدستورية، المحال إلى المجلس الدستوري بتاريخ 14 يوليوز 2014.

- مشروع قانون الاثراء الغير مشروع.

- قانون المسطرة المدنية.

- قانون المسطرة الجنائية.

- مدونة الاسرة

- مدونة التجارة

- القانون الجنائي الفرنسي

- قانون المسطرة الجنائية الفرنسية

- القانون الجنائي الاسباني

- القانون المنظم للمجلس الدستوري الفرنسي

- القانون المنظم للمحكمة الدستورية الاسبانية

- ظهير 02-10-1984

- ظهير شريف رقم 1.11.25 صادر في 12 من ربيع الآخر 1432 (17 مارس 2011) بإحداث مؤسسة الوسيط.

- العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية.

☜ الأحكام القضائيـة:

- **الحكم** في الدعوى رقم 30 لسنة 11 قضائية دستورية جلسة 28-06-1990.

- **المحكمة الدستورية العليا**، الحكم في الدعوى رقم 49 لسنة 11 قضائية دستورية جلسة 23-02-1994.

- **المحكمةالدستورية العليا المصرية**، تحت عدد 71 لسنة 21 قضائيةدستورية 11-01-2004.

- **الحكم الصادرعن المحكمة الدستورية** العليا رقم 8 لسنة 30 قضائية تنازع جلسة 22-03-2009.

- **حكم المحكمة الدستورية بمصر**، الطعن 3 لسنة 14 ق. د الصادر بتاريخ 1993/02/06.

- **حكم المحكمةالدستورية العليا**، في القضية رقم 1 لسنة 15 قضائية دستوريةجلسة 06-05-1994.

- **حكم المحكمة الدستورية** في القضية رقم 19 السنةالقضائية 18 دستورية بتاريخ 1992.4.18.

- **حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية** في القضية رقم 37 لسنة 9 ق " دستورية " بجلسة 1990/5/19.

- حكم المحكمة الدستورية في القضية رقم 67 سنة 62 قضائيةدستورية بتاريخ 2006.9.3.

- حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر في القضية 35 سنة 19 قضائية دستورية بتاريخ 2000.11.4.

- حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية قضية عدد 57 سنة قضائية عدد 33 بتاريخ 02-01-2016.

- **المجلس الدستوري**، القرار رقم 943.14 بتاريخ 27 من رمضان 1435 الموافق 25 يوليوز 2014.

- **المجلس الدستوري**، القرار رقم 1 تاريخ 2002/1/31 .

- **المجلس الدستوري**، القرار رقم 408 بتاريخ 29-08-2000.

- **قرارر** قم 937/14 الصادرعن م،د،بتاريخ 30 /2014/12.

- **قرارللمحكمة الدستورية العليا** تحت عدد 48 سنة قضائية 3 جلسة 11 يونيو1983.

- **قرارالمحكمة الدستورية**، رقم 16/992 ملف عدد 16/1474 سنة 2016.

- **قرارالمحكمة الدستورية** رقم 16/992 ملف عدد 16/1474 سنة 2016.

- **قرارالمحكمة الدستورية** رقم، 66 الصادر بتاريخ 23ديسمبر 2017.

- **قرارالمحكمة الدستورية** الألمانية بتاريخ 24-04-1985.

- **قرار المجلس الدستوري الفرنسي**، المتعلق بالحراسة النظرية الصادربتاريخ 30-07-2010 تحت عدد 14.22-2010.

- **قرارالمجلس الدستوري الفرنسي**، عدد 235-2012 بتاريخ 08-06-2012.

- **قرارالمجلس الدستوري الفرنسي**، بتاريخ 16-01-1962 تحت عدد 182-62.

- **قرارالمجلس الدستوري المغربي** عدد 700\80 .

- **قرارالمجلس الدستوري اللبناني** المنشور بالجريدة الرسمية عدد 59 بتاريخ 20-12-2008.

- قرار للمجلس الأعلى بتاريخ 2008/05/07م، منشور بالنشرة الإخبارية للمجلس الأعلى، العدد 21، 2009.

- **قرار تمييز لبناني** رقم 267 في 29/06/ 1956.

- **قرار محكمة النقض المصرية** عدد الطعن رقم 6405 لسنة 62 قضائية الدوائر المدنية - جلسة 2016-04-02.

❖ ثانيا: المراجع باللغات الأجنبية

☜ المراجع باللغة الفرنسية:

Les ouvrages :

- Ascott jacqullin, le mouvement de diagonalisation, la privation de la liberté dans les payes de l` Europe occidentale archive politique criminelle .1985.

- **Dominique rousseau** "droit du contentieux constitutionnel "2 édition paris 1992.

- **Dominique Schnaper** "une sociologue au conseil constitutionnel "Collection NRF Essais, Gallimard 2010 .

- **Ferdmined Melin–soukramnien** ; le pirncipe de l'egalite dans la jurisprudence du conseil constitutionnel; Economica ; 1997 Paris.

- **Fabrice Lemaire** : La responsabilité de l'état en cas de violation de la convention Européenne des droits de l'homme par un loi : Quel fondement ? Conseil d'Etat de France, 8 février 2007, Gardedieu.

- **G .Drago**, « le conseil contitutionnel a la croise des chemins 1958-2008 cinquantieme de la constitution francaise », ouvvrage collectif de la AFDC, Paris 2008.

- **Georges Burdeau** " Manuel de droits constitutionnel " PARIS 1949.

- **J. GICAQUELÉ**, "Droit Constitutionnel et Institutions Politique" Montchrestien, Delta, 16e éd, 2000.

- **J .Graven** « Reflexions sur la peine de mort » Paris 1960.

-**Jean Pradel, André Varinard** : " les grands arrets du droit penal general ." Dalloz 11edition 2018

-**Jean PRADEL**, la condition juridique du detenu, Editions Cujas, paris 2006.

- **Julien Bonnet**,– **Pierre –Yves Gahdoun,** "la question prioritaire de consitutionnalite," Collection : **Que sais-je ?** Éditeur : Presses Universitaires de Franc**e** Année: 2014

- **Kelssen**. H "la theorie pure de droit " Paris 1993.

- **Marc Ancel** : Rapport concernant « la peine de mort dans les pazseuropeens » comite Europeen pour les problemes criminels conseil de l'europeStarsbourg;1962.

- **RIVERO (J.) et MOUTOUH (H.),** "Libertés publiques," Tome I, 9ème éd ; Presses Universitaires de France, Coll. Thémis, 7 Paris.

- **ROBLOT-TROIZIER** " La question prioritaire de constitutionnalité devant les juridictions ordinaires : entre méfiance et prudence " AJDA, janvier 2010.

- **Aurélie Cappello** « la constitutionnalisation du droit pénal pour une étude du droit pénal constitutionnel »p19 lextenso LRDJ Avril .2014

- **LOUIS FAVOREU** "Droit des libertés fondamentales", Précis Dalloz, Droit public et science politique, 4ème édition, Paris, 2007.

Luis Favoreu « la légitimité du juge constitutionnel" Revue internationale de droit comparé Année 1994

PHILIPE Belloir La question prioritaire de constitutionnalité édition de la justice au quotidien l'harmattan 2012..

Thierry DI MANNO, « Les revirements de jurisprudence du juge constitutionnel », Les Cahiers du Conseil constitutionnel, n°20 (Dossier : Les revirements de jurisprudence du juge constitutionnel), juin 2006

Les thèses et memoires :

¬ ADIL ELAABD : « Les droits de la défense pénale au Maroc à la lumière du droit français » Thèse pour le doctorat en droit français université de Perpignan via domicia faculté de droit comparé des états francophones, Académie de Montepelier; institut français de droit comparé et de droit musulman. 2010.

- **Aurélie Cappello** « la constitutionnalisation du droit pénal pour une étude du droit pénal constitutionnel »These de doctorat ,Paris 2 , 2014

_ DRUON (K) la constitutionnalisation du droit pénal , Mémoire DEA Paris 2000

-**Pompey (s)** L'avocat et la convention européenne des droit de l homme , these de doctorat , nice 2007.

Les revues :

- **Frédéric Joël Aïvo,** « La crise de normativité de la Constitution en Afrique", RDP, 2012, nº1, L.G.D.J

- **Johan Rawls** Théorie de la justice » Ed horizon 1990.

- **Cappelleti M** : le pouvoir des juges, articles choisis de droits judiciaire et constitutionnel comparé ; PUAM et ECONOMICA ; 1990.

- **Christine Disant**, Les effets dans le temps des décisions QPC. Le conseil constitutionnel, maitre du temps; le législateur bouche du conseil constitutionnel? Lextenso, les nouveaux cahiers du conseil constitutionnel, 2013

- **Jean François seuvic**, « force ou faiblesse de la constitutionnalisation du droit pénal », conférence de 16 Mars 2006.

- **L'cadiet« lacces** a la justice ;réflexion sur la justice a l'épreuve des mutation contemporaines de l'accès a la justice . D 2017 522 N° 16.

- La question prioritaire de constitutionnalité

- **Mathieu Disant** : La responsabilité de l'état du fait de la loi inconstitutionnelle; revue française de droit administratif novembre-décembre 2011.

- **Michel aMarzano**، Torturer « pour la sécurité du plus grand nombre »، Cités 2008/4 (n° 36).

- **V.N Bouderbala et P . Pascon** « le droit et le fait dans la société composite : Essai d'introduction au système juridique Marocaine « B.E.S.M N :117 -1970.

☜ المراجع باللغة الإنجليزية:

- **Johan Rawls** theory of *justice* Ed horizon 1990.

- **Hayek's** The Constitution of Liberty, Printed and bound in Great Britain by Hobbs the Printers, 2010.

-**Merrill D. PETERSON** Thomas Jefferson : Writings, New York, LiteraryClassics of the U.S; coll. Library of America 17, 1984.

- **William BRENNAN**, « In Defence of Dissents », Hastings Law Journal, n°37, 1985-1986.

☜ المراجع باللغة الاسبانية:

-**Carlos Bernal** "El principio de proporcionalidad como criteria para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador ; centro de estudios politicos y constitucionales Madrid, 2007.

- **Gloria Patricia Lopera** "Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales" Mesa Revista jueces para la democracia annee 2005.

- **José Cid Moliné** "Garantías y sanciones. (Argumentos contra la tesis de la identidad de garantías entre las sanciones punitivas", Revista de Administración Pública. 2014.

- **José Juan Moreso**," La indeterminación del derecho y la interpretación de la constitución", Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

- **Marcela cifuentes santander**- La responsabilidad del Estado por el hecho de las leyes inconstitucionales: estudio comparado entre Colombia y Francia, revista digital de derecho administRativo, n.º 23 ،primer semestro /2020

.- **Santiago Muñoz Machado**, "Mitos, insuficiencias y excesos en la construcción jurídica de las acciones por difamación", Poder Judicial, 1 (2ª. época), 1986.

- **Víctor Ferreres** ; "Justicia constitucional y democracia," Madrid, Centro de EstudiosPolíticos y Constitucionales, 1997.

-**Rodríguez Devesa, José María**" Los delitos de peligrohipotético" Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1981,

-**Tomás Vidal Marín**, "El derecho al honor y su protección desde la constitución española", Madrid, Centro de EstudiosPolíticos y Constitucionales, 2000, 247.

الفهرس

لائحة المختصرات..... 1

المقدمة:..... 6

البـــــــاب الأول: ضمانات صياغة النص الجنائي 26

الفصل الأول: دور المحدد الدستوري في صياغة النص الجنائي..... 28

المبحث الأول: دسترة المبادئ العامة للقانون الجنائي 30

المطلب الأول: القيمة الدستورية للمبادئ الجنائية 32

الفقرة الأولى: الأمن القانوني للحقوق والحريات 32

أولا: دور الأمن القانوني في تفعيل الحقوق والحريات: 33
ثانيا: تمظهرات مبدأ الأمن القانوني في الإجتهاد القضائي الدستوري..... 36
الفقرة الثانية : المحددات الدستورية المباشرة 38

أولا: مبدأ المساواة:..... 40
ثانيا: قرينة البراءة:..... 44
ثالثا: ضمانات المحاكمة العادلة: 48
رابعا: تعليل الأحكام الجنائية: 51
خامسا: بعض الحقوق المنصوص عليها دستوريا والمضمونة جنائيا 53
أولا : الحقوق المدنية: 54
أ: الحق في الحياة والسلامة البدنية..... 55

2: الحق في السلامة الشخصية..... 57

3- الحق في الحماية الخاصة..... 59

ثانيا : الحقوق السياسية 60
أ: حرية الرأي والتعبير..... 62

ب: حرية الاجتماع وتأليف الجمعيات..... 63

الفقرة الثانية: المبادئ الشبه دستورية 64

أ-: مبدأ التقاضي على درجتين 67
ب: حياد القاضي 69
ج: الحق في الإستعانة بمحام 70
الفقرة الثالثة: دور المشرع الدستوري في صياغة النص العقابي 73
أولا: تحديد النص العقابي 74
ثـانيا: وضوح النصوص العقابية 75
ثالثا: المحدد الدستوري للزمن العقابي..... 77
المطلب الثاني: تجليات دسترة القانون الجنائي..... 79
المبحث الثاني: تأثير المشرع الدستوري في صياغة النص الجنائي..... 83
الفقرة الأولى: دستورية القواعد الجنائية 84
الفقرة الثانية: دسترة وظائف القانون الجنائي 87
أولا: القانون الجنائي انعكاس لارادة للمجتمع: 87
ثانيا - تجليات حق الدولة في ممارسة العقاب الجنائي 88
الفصل الثـــــــــاني: الضمانات العامة لحقوق الإنسان وحرياته 92
المبحث الأول: الضمانات التشريعية لحقوق الإنسان..... 94
المطلب الأول:الضمانات الدستورية لحقوق الإنسان. 95
الفقرة الأولى: فصل السلطات ضمانة لحماية الحقوق والحريات 95
أولا: مفهوم فصل السلط..... 95
ثانيا: دور مبدأ الفصل بين السلطات في حماية حقوق الإنسان وحرياته 98
1- صيانة الحريات 98
2- تأكيد مبدأ احترام القوانين وحسن تطبيقها 100
الفقرة الثانية: مبدأ المشروعية ضمانة لحماية الحقوق والحريات 101
أولا: مفهوم مبدأ المشروعية (سيادة القانون) 101
أ - نظرية الحقوق الفردية..... 102
ب- نظرية التحديد الذاتي..... 102
ج- نظرية التضامن الإجتماعي 103
ثـــانيا: دور مبدأ المشروعية (سيادة القانون) في ضمانة حقوق الإنسان وحرياته ... 103
المطلب الـــثاني: المقتضيات الجنائية ضمانة قانونية لحماية الحقوق والحريات 107

الفقرة الأولى: الضمانات الأساسية..... 107
أولا: مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات..... 107
ثانيا : مبدأ عدم رجعية القانون 110
الفقرة الثانية: بعض المبادئ الجنائية لحماية الحقوق والحريات..... 114
أولا: مبدأ اليقين القانون الجنائي..... 114
أ – التشريع المكتوب: 114
ب – التشريعات واضحة ومحددة 115
ج – تكامل النصوص الجنائية 115
د – التفسير الدقيق للنصوص الجنائية 115
1- شخصية المسؤولة الجنائية 116
2 – مبدأ شخصية العقوبة..... 116
ثانيا : مبدأ عدم التوسع في تفسير القاعدة الجنائية..... 117
ثالثا : مبدأ الدقة في تفسير النص الجنائي 118
المبحث الثاني: الضمانة القضائية لحماية الحقوق والحريات 119
المطلب الأول: مبدأ الإحتكام إلى القضاء..... 120
الفقرة الأولى: مدلول استقلال السلطة القضائية..... 120
الفقرة الثانية: دور مبدأ استقلال القضاء في حماية الحقوق والحريات 123
المطلب الثاني: رقابة القضاء الدستوري آلية لحماية الحقوق والحريات..... 127
الفقرة الأولى: أثر صياغة التشريع في ضمان التناسب بين الحقوق والحريات..... 127
أولا: مبدأ التناسب و معاييره 128
1 - تحديد مبدأ التناسب..... 129
2 - المعايير المحددة لمبدأ التناسب..... 131
أ- المعيار الموضوعي للتناسب 131
ب- المعيار الشخصي للتناسب..... 132
ج- المعيار المختلط للتناسب..... 133
ثانيا: التناسب بين الحقوق والحريات وبين المصلحة العامة..... 134
2- دور الظروف الإجتماعية في تحقيق التوازن..... 136

2- التناسب بين المعاملة القانونية والهدف من القانون..... 137
3- التناسب بين المعاملة القانونية والمصلحة العامة 138
ثالثا: تحديد العدالة الدستورية لمبدأ التناسب 139
أ- مبدأ التناسب أمام المحكمة الدستورية 140
ب- مبدأ التناسب والرقابة الدستورية على القوانين الجنائية 141
1- المبادئ الفرعية للتناسب 142
2- شدة السيطرة على دستورية القوانين الجنائية 145
الفقرة الثانية: مناط اختصاص القضاء الدستوري برقابة الإنحراف التشريعي 150
أولا: مفهوم الإنحراف التشريعي..... 151
1- مدلول الإنحراف التشريعي..... 151
2- خصائص الإنحراف التشريعي 155
أ- الإنحراف التشريعي عيب قصدي 155
ب - عيب الإنحراف التشريعي عيب خفي ومستتر..... 155
ج - عيب الإنحراف عيب احتياطي 156
ثانيا: معيار الإنحراف التشريعي..... 156
1- المعيار الموضوعي للانحراف التشريعي 157
2- المعيار الذاتي للانحراف التشريعي 158
الفقرة الثالثة: مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة التشريعية 160
أولا: عدم مسؤولية الدولة عن القوانين 160
أ- نظرية سيادة الدولة..... 160
ب- مبدأ الفصل بين السلط..... 161
ثانيا: مسؤولية الدولة عن سن القوانين 162
1- عدم إقرار أي تعويض 163
2- وجود مصلحة مشروعة..... 164
3-أن يكون الضرر مباشر ومحقق 165
ثالثا: موقف القضاء المغربي من التعويض عن أعمال السلطة التشريعية 165
البـــاب الثـــانـــي: الدفع بعدم الدستورية وتحديث المنظومة التشريعية 167

الفصل الأول: آلية للدفع بعدم الدستورية 171
الفرع الأول: الحاجة إلى آلية الدفع بعدم دستورية القوانين 174
المبحث الأول: شرعية الرقابة الدستورية..... 175
المطلب الأول: الرقابة الدستورية رقابة ضرورية 175
الفقرة الأولى: الرقابة حارسة للشرعية..... 176
الفقرة الثانية: الرقابة والحدود الدستورية للسلطات..... 178
الفقرة الثالثة: الرقابة مدخل لجودة التشريع..... 178
الفقرة الرابعة: الرقابة أهم ضمانات الحرية 180
المطلب الثاني: الانتقادات الموجهة لآلية الدفع بعدم دستورية القوانين..... 181
الفقرة الأولى: تعارض الرقابة الدستورية مع مبدأ فصل السلط 182
الفقرة الثانية: الرقابة تتعارض مع مبدأ سيادة الأمة..... 182
المبحث الثاني: تنظيم المحكمة الدستورية في ظل دستور 2011..... 183
المطلب الأول: استقلالية أعضاء المحكمة الدستورية..... 185
الفقرة الأولى: استقلالية قضاة المحكمة الدستورية من حيث مسطرة التعيين 185
الفقرة الثانية: المسار المهني لأعضاء المحكمة الدستورية..... 188
الفرع الثاني: إجراءات الدفع بعدم الدستورية 192
المبحث الأول: الشروط المتطلبة في آلية الدفع بعدم الدستورية. 194
المطلب الأول: الشروط الشكلية للدفع بعدم الدستورية..... 194
الفقرة الأولى: طبيعة الدفع بعدم الدستورية..... 194
الفقرة الثانية: الشروط الشكلية للدفع بعدم الدستورية..... 199
أ- الصفة في الدعوى الدستورية..... 199
ب-الأهلية في الدعوى الدستورية 200
ج- المصلحة في الدعوى الدستورية:..... 201
المطلب الثاني: الشروط الموضوعية المتعلقة بالدفع بعدم الدستورية 203
الفقرة الأولى: قبول الدفع بعدم الدستورية La recevabilité 203

أولا : شروط الدفع بعدم الدستورية 204
1: إثارة الدفع أمام المحاكم..... 204
2: الأشخاص المعنيون أطراف الدعوى..... 207
أ: استبعاد القضاة من استخدام الدفع بعدم دستورية القوانين 209
ب: الشروط الداخلية لقبول الدفع بعدم الدستورية: Les conditions internes de recevabilité
..... 211
ثانيا - معايير قبول الدفع: 216
الفقرة الثانية: محل الرقابة الدستورية..... 222
أولا: ما يصلح أن يكون محلا للرقابة الدستورية 222
أ - القوانين العادية..... 222
ب -القوانين التنظيمية..... 224
ج- المعاهدات والاتفاقيات الدولية..... 226
ثانيا: ما لا يصلح ان يكون محلا للرقابة 227
المراسيم 227
2- الرقابة على دستورية الظهائر الشريفة 228
ب- الرقابة الدستورية على الاجتهاد القضائي أو مسألة الفقه الحي في إيطاليا 231
ج- الرقابة الدستورية على الفقه المالكي..... 235
المطلب الثالث: مسطرة معالجة الدفع بعدم الدستورية..... 236
الفقرة الأولى: معالجة محاكم الموضوع للدفع بعدم الدستورية 236
أولا: أجل البت في الدفع..... 237
ثانيا: تأجيل الفصل 238
ثالثا: التنازل عن الدفع بعدم الدستورية..... 238
الفقرة الثانية: المسطرة المتبعة أمام المحكمة الدستورية..... 240
أولا: الإعلان عن الدعوى 240
ثانيا: عقد الجلسة وتبادل المذكرات 241
أ - تشكيلة الهيئة: 241
ب- تسيير الجلسة:..... 241
ج- عرض الدعوى الدستورية:..... 242

ثالثا: طريقة اتخاذ القرار من طرف المحكمة الدستورية 242
رابعا: حجية الحكم الصادر عن المحكمة الدستورية 244
المبحث الثاني: طبيعة الحكم الدستوري و آثاره 248
المطلب الأول: طبيعة الأحكام الصادرة عن المحكمة الدستورية 248
الفقرة الأولى: وصف الأحكام الصادرة عن المحكمة الدستورية..... 248
الحالة الأولى: عدم قبول الدفع..... 249
الحالة الثانية: قرار المطابقة 249
الحالة الثالثة: قرار المطابقة مع التحفظ حول التفسير..... 249
الحالة الرابعة: قرار عدم المطابقة 251
الحالة الخامسة : عدم المطابقة بأثر مؤجل 253
الفقرة الثانية: تعليل و نشر قرار المحكمة الدستورية 253
أ- تعليل قرارات المحكمة الدستورية 254
ب – نشر قرارات المحكمة الدستورية 254
المطلب الثاني: آثار قرارات المحكمة الدستورية..... 254
الفقرة الأولى: آثار الحكم القاضي بعدم الدستورية في مواجهة النص القانوني 255
أولا: الأثر الرجعي للحكم الصادر بعدم الدستورية..... 255
ثانيا: الأثر الفوري للحكم الصادر بعدم الدستورية 257
1- آثار الحكم بعدم المطابقة: 257
2- أثر الحكم بالمطابقة مع التحفظ حول التفسير 258
ثالثا: الإلغاء اللاحق لقرارات المحكمة الدستورية..... 258
الفقرة الثانية :صلاحية المحكمة الدستورية في التصدي..... 260
الفصل الثاني: الرقابة على دستورية القوانين آلية النجاعة القضائية 262
المبحث الأول: الدفع بعدم الدستورية آلية لتجديد النصوص القانونية..... 263
المطلب الأول: دور الرقابة الدستورية في تعديل القانون الجنائي الموضوعي 265
الفقرة الأولى : آثار ممارسة الدفع بعدم الدستورية على بعض الفصول الجنائية..... 266
أولا : دستورية الحق في الحياة وإلغاء عقوبة الإعدام 266
ثانيا : مدى دستورية جريمة زعزعة عقيدة مسلم 269
ثالثا : مساهمة الدفع بعدم الدستورية في تطوير قانون الصحة 272
رابعا : أثر الدفع في علاقته مع ظهير 02-10-1984..... 275

الفقرة الثانية: أثر الدفع بعدم الدستورية على بعض الفصول المرتبطة بالقانون الجنائي 277
أولا : الدفع بعدم الدستورية في علاقته بمدونة الاسرة المساواة 277
ثانيا: عدم دستورية المادة 9 من قانون المالية العمومية لسنة 2020 279
المطلب الثاني : الدفع بعدم الدستورية في القانون الجنائي الإجرائي..... 281
أولا: تمظهرات إخلال المسطرة الجنائية بمبدأ المساواة..... 282
ثانيا: عدم دستورية المسطرة الغيابية..... 285
1 -إهدار الحق في شفوية إجراءات المحاكمة" مبدأ الحضورية":..... 285
2- إهدار الحق في المساواة أمام القضاء: 287
3-خرق المسطرة الغيابية لمبدأ التقاضي على درجتين:..... 287
ثالثا: عدم دستورية نظرية العقوبة المبررة..... 290
رابعا : الحق في الدفاع وضمانات المحاكمة المنصفة..... 295
سادسا : عدم دستورية مبدأ الشرعية في ميدان الأعمال..... 299
المبحث الثاني : مسؤولية الدولة عن الأحكام الغير دستورية 303
الـخاتمة: 308
لائحة المراجع 314
الفهرس 342