Royaume du Maroc

Ministère de l'Education Nationale, de la Formation Professionnelle, de l'Enseignement Supérieur et de la Recherche Scientifique

Université Sidi Mohamed Ben Abdellah

Faculté des Sciences Juridiques Économiques et Sociales-Fès

المملكة المغربية

وزارة التربية الوطنية والتكوين المهني و التعليم العالي و البحث العلمي

جامعة سيدي محمد بن عبد الله

كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية-فـاس

ماستر: العدالة الجنائية والعلوم الجنائية

وحدة : القانون الجنائي الدستوري

عرض تحت عنوان:

الدفـع بعـدم الدسـتوريـة

- دراسـة مقـارنـة -

مـن إعـداد الطلبة:

- ✓ عبد الرحيم حساني
- ✓ علاء المسيح
- ✓ عبد العالي كحكور
- ✓ مصطفى الرزاقي
- ✓ رشيد العاشوري

تحت إشراف الأستاذ:

د. أحمد مفيد

السنة الجامعية

2019-2018

مقـــدمة :

في حياة الأمم والشعوب و على سلم التطور التاريخي للبشرية، ثمة محطات رئيسية لتحولات عميقة أصابت صيرورة هذه الشعوب نحو تطورها وتقدمها، وعلى الرغم من التباين والاختلاف بينها في الزمان والمكان، وفي طبيعة التحول ذاته، إذ شهدت المرحلة الحالية من تاريخنا المعاصر تناقضا في مساراتها المتعددة، وعلى الرغم من المخاض الصعب والمتناقض هذا، يبدو أن صوت حماية حقوق الإنسان وحرياته طاغيا على غيره من الميادين الأخرى.

ومما لا شك فيه أن خير حماية وضمانة للحقوق والحريات، هو التنصيص عليها صراحة في الدستور باعتباره أسمى تشريع في الدولة وهذا هو التوجه الذي سلكته معظم الدول ومنها الدولة المغربية منذ إقرار أول دستور[1]؛ لأن الإقرار الدستوري للحريات والحقوق بالنص عليها في صلب الوثيقة الدستورية، يجعل منها تتمتع ليس فقط بالصفة الدستورية بل بالحماية الدستورية، بحيث إذا اعتدى المشرع على هذه الحقوق والحريات بأن انتقص منها أو أهدرها، من خلال تشريعاته التي يصدرها أو أساء استخدامها، فإن هذه التشريعات تكون عرضة للحكم عليها بعدم الدستورية، وإذا كان الأمر كذلك فإن أثر الرقابة الدستورية تمثل الارتكاز الأساسي في حماية هذه الحقوق والحريات[2].

وتسند الدساتير حماية الحقوق والحريات الأساسية عن طريق مراقبة دستورية القوانين وأعمال السلطة العامة، إلى هيئة عليا تعتبر المفسر الأسمى للدستور وتكون مستقلة عن الهيئات الأخرى، وتختلف تسمية واختصاص هذه الهيئة تبعا للتنظيم الدستوري لكل دولة وحيث تسمى

[1] حجاجي امحمد، بصمات المجلس الدستوري المغربي في مجال الحقوق والحريات الأساسية، سلسلة دراسات الدستورية والسياسية منشورات مجلة العلوم القانونية، العدد التاسع، السنة 2018، ص35.

[2] عبد الحق بلفقيه، القضاء الدستوري بالمغرب دراسة مقارنة، مسالك في الفكر والسياسة والاقتصاد، القضاء الدستوري بالمغرب المحكمة الدستورية ونظم المراقبة على دستورية القوانين، العدد 37/38، السنة 2016، ص17.

في الولايات المتحدة الأمريكية بالمحكمة العليا الاتحادية[3]، وفي فرنسا المجلس الدستوري، أما في ألمانيا الاتحادية تتولى مهمة الرقابة المحكمة الدستورية الاتحادية[4]، وبخصوص المغرب فقد تميز مسار الرقابة الدستورية التي تعد دعامة دولة الحق والقانون بالتذبذب والمحدودية انطلاقا من أول دستور تعرفه البلاد في سنة1962 المحدث للغرفة الدستورية؛ التي كانت مجرد غرفة ضمن غرف المجلس الأعلى للقضاء آنذاك، وتعود مهمة رئاستها إلى رئيس هذا المجلس والى غاية دستور 1992المهد لإرهاصات التناوب الأولي حيث أسس لإحداث تطور نوعي في مجال الرقابة الدستورية، بنصه على إحداث هيئة مستقلة تختص بهذه الرقابة وتتمثل في المجلس الدستوري، غير أن عمله تميز بالمحافظة والانغلاق استنادا إلى حجم القرارات الصادرة عنه وكذلك بالنظر إلى ضعف الوسائل والمكانة الوظيفية التي طبعت مساره قياسا مع باقي المؤسسات الدستورية[5].

ولذلك عمل المشرع المغربي الدستوري بمناسبة المراجعة الدستورية لسنة 2011، إلى إحداث تحول نوعي في مجال الرقابة الدستورية التي تعد أساس دولة القانون وذلك بنصه على إحداث محكمة دستورية تعوض المجلس الدستوري، والتي منح لها اختصاصات جديدة ولعل أهمها هو البت 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 وبالحريات التي يضمنها الدستور.

إن الرقابة عن طريق الدفع بعدم دستورية القانون ليست دعوى أصلية يحق للأفراد ممارستها أمام المحكمة الدستورية مباشرة، وإنما اشترط المشرع أن يكون هذا الدفع بمناسبة

---

[3]أنشئت المحكمة سنة 1789، وكانت تتكون من رئيس وخمسة أعضاء وهي مكونة حاليا من رئيس وثمانية أعضاء، يعينهم رئيس الجمهورية بموافقة مجلس الشيوخ ولمدى الحياة.
ورئيس المحكمة العليا الذي يلقب بالقاضي الرئيس للولايات المتحدة، يعتبر الشخصية الثانية بعد رئيس الجمهورية، متقدما بذلك عن نائب الرئيس ومتفوقا عليه من ناحية الأهمية.
راجع بهذا الخصوص مصطفى قلوش، المبادئ العامة للقانون الدستوري، شركة بابل للطباعة والنشر والتوزيع ، الطبعة الرابعة، ص 236.

[4]أحدثت هذه المحكمة - لتولي مهمة الرقابة على دستورية القوانين - في دستور 1949، وتتألف وفقا للمادة 94 الفقرة الأولى من قضاة اتحاديين وأعضاء آخرين، ينتخب نصف أعضاء المحكمة الدستورية الاتحادية من قبل البوندستاغ بينما ينتخب النصف الآخر من قبل البوندسترات ولا يجوز أن يكون هؤلاء أعضاء في البوندستاغ أو في البوندسترات، أو في الحكومة الاتحادية أو فيما يقابلها من هيئات في الولايات »

[5]د عبد المولى المسعيد، المحكمة الدستورية في ظل دستور 2011، مجلة مسارات في الأبحاث والدراسات القانونية، العدد الأول ص9.

وجود نزاع معروض على القضاء بمقتضى دعوى أصلية؛ حيث إن الرقابة عن طريق الدفع تكون مقيدة وجوبا بوجود دعوى رائجة أمام إحدى المحاكم كانت مدنية أو تجارية أو زجرية أو إدارية.

وإذا كانت هذه الآلية أقرتها أكثر من 42دولة فإنها تتباين من حيث أساسها إذ تجد في البعض منها أساسها في الدساتير كما هو الشأن بالنسبة للمغرب، إذ نص الفصل 133من دستور 2011 " 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"، وفرنسا إذ اعتمد المشرع الفرنسي هذه الآلية بمقتضى التعديل الدستوري ل23يوليوز 2008، غير أنه لم يستعمل كلمة دفع وسماها بمقتضى القانون التنظيمي رقم 1523 لسنة 2009 الصادر في 2009/12/10، « question prioritaire de constitutionnalité » والمتضمن كيفية تطبيق المادة 61-1 من الدستور وقد تم إعمالها في فاتح مارس 2010، وتمت ترجمتها إلى اللغة العربية تحت مسمى "المسألة الدستورية ذات الأولية" وقد تم إعمالها سنة2010[6]، في حين شكلت السوابق التاريخية والأحكام القضائية الصادرة من المحاكم بعض الولايات والمتعلقة بالرقابة على دستورية القوانين قبل إنشاء الاتحاد الأمريكي والمحكمة الاتحادية أهم أسس الرقابة على دستورية القوانين كما أن الأسباب التي استند إليها قاضي القضاة "مارشال "في قضية "ماربوري" ضد "ماديسون"عام 1803[7]لا تزال تمثل حجر الأساس الذي تعتمد عليه المحاكم الأمريكية في قضائها في هذا الموضوع[8].

---

[6] جمال العزوزي، تأملات أولية في مشروع القانون التنظيمي المتعلق بالدفع بعدم دستورية القانونين، المجلة المغربية للحكامة القانونية والقضائية، مطبعة الأمنية، الرباط، العدد الأول، السنة 2016، ص 107.

[7] ماربوري وهو قاضي أمريكي رفع دعوى أمام المحكمة العليا ضد ماديسون وهو وزير العدل، يطلب فيها إصدار أمر قضائي على ماديسون يقضي بتسليمه قرار تعينه قاضيا، والذي وافق عليه مجلس الشيوخ وصدق عليه رئيس الدولة في ظل قانون النظام القضائي الصادر عام 1789، الذي قررت الفقرة 13 منه للمحكمة العليا أن تصدر أوامر قضائية بصفة أصلية (ابتدائية)، في حين أن المادة الثالثة من الدستور حددت اختصاصات المحكمة بصورة حصرية وليس من بينها إصدار أوامر قضائية، فبعد أن قررت المحكمة أنه من حق ما ربوري الحصول على الأنمر القضائي الملزم لوزير العدل، إلا انها قررت عدم اختصاصها هذا الأمر .

[8] عادل حميد الصلوي، القضاء الدستوري في الولايات المتحدة الأمريكية)(رقابة الامتناع نموذجا. مجلة قانونية قانون وأعمال، العدد الخامس،ص107.

وتكمن أهمية الموضوع من الناحية النظرية في كون الدفع بعدم الدستورية، تعد الركيزة الأساسية لحماية الحقوق والحريات العامة للأفراد، التي كفلتها الشرائع السماوية والدساتير والمواثيق الدولية، وذلك من أي تعسف قد تقوم به المؤسسات العامة بما تصفه من قوانين ولوائح لتنظيم الحيات العامة والنشاط، أما عن الأهمية العملية فتكمن في أن هذه الآلية أضحت من أهم الموضوعات التي أسالت كثيرا من المداد فقها وقضاء وتشريعا، وأثارت العديد من النقاشات داخل المؤسسات البحثية والعلمية في الدراسات المقارنة.

ومن هنا يمكن طرح الإشكالية المحورية التالية : إلى أي حد يمكن القول أن الدفع بعدم الدستورية آلية قانونية من شأنها حماية الحقوق والحريات ؟

وتتفرع عن هذه الإشكالية المحورية مجموعة من التساؤلات الفرعية من قبيل :

- ما هي الضوابط الموضوعية والإجرائية للدفع بعد الدستورية؟ وماذا عن آثار هذا الدفع؟ ثم كيف تعامل القضاء الدستوري المغربي والمقارن ما هذه الآلية القانونية؟

وانطلاقا من الإشكالية المحورية والتساؤلات الفرعية يمكن طرح الفرضيات التالية :

الدفع بعدم الدستورية ضمانة هامة لحماية الحقوق والحريات الأساسية؛

الدفع بعدم الدستورية وسيلة قانونية تساهم في إعلاء أحكام الدستور؛

الدفع بعدم الدستورية تسهل ولوج الأطراف إلى العدالة الدستورية.

وللإجابة على الإشكالية أعلاه نقترح مقاربة الموضوع، معتمدين في ذلك المنهج الاستقرائي التحليلي والمنهج المقارن، وفق التصميم التالي :

المبحث الأول : ضوابط ممارسة الدفع بعدم الدستورية

المبحث الثاني : آثار الدفع بعدم الدستورية وتطبيقاته في التشريعات المقارنة

المبحث الأول : ضوابط ممارسة الدفع بعدم الدستورية

تتأرجح أشكال الرقابة على دستورية القوانين[9] بين رقابة سياسية وأخرى قضائية، أو الرقابة السابقة والرقابة اللاحقة، ومن دون الخوض في تفاصيل كل نوع على حدة، فإنه في المجمل تشكل الرقابة على دستورية القوانين محور الرهان في الحفاظ على حقوق وحريات المواطنين، بما يكفل عدم الاعتداء عليها أو المس بها، ولعل في صيانة هذه الحقوق والحريات للأفراد ما يضمن تحقيق العدالة الدستورية[10] والدفاع عن حرمة وسمو مقتضيات الدستور باعتباره أسمى وثيقة في الدولة.

لكن بالرغم من التطور الذي عرفه القضاء الدستوري بالمغرب، فإن حق إثارة الرقابة على دستورية القوانين ظل في جميع الدساتير السابقة على دستور 2011 حكرا على المؤسسات التشريعية والتنفيذية؛ بحيث لم يكن من حق الأفراد إثارتها أمام المجلس الدستوري[11] بغرض

[9] ينسجم هذا الحق مع ما وافق عليه المغرب من اتفاقيات دولية ولا سيما الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948؛ الذي نص في مادته الثامنة على أن "لكل شخص الحق في ان يلجأ إلى المحاكم الوطنية لإنصافه من أعمال فيها إعتداء على الحقوق الأساسية التي يمنحها له القانون.

[10] عثمان الزياني، المواطن والعدالة الدستورية حق الأفراد في الدفع بعدم الدستورية في ظل الفصل 133 من دستور 2011، مجلة الحقوق سلسة المعارف القانونية والقضائية، الإصدار 21 تحت عنوان المحكمة الدستورية بالمغرب نحو رؤية استشرافية، السنة 2018، ص 73.

[11] مارس صلاحياته مند تنصيبه في مارس 1994 عوض الغرفة الدستورية وأصدر إلى غاية 2015 973 قرارا، المجلس الدستوري، الجامع لمبادئ وقواعد القضاء الدستوري المغربي، مطبعة الأمنية، الرباط ص 7.

الطعن في دستورية قانون ما يمس حقوقهم وحرياتهم[12]، ولكن مع الدستور الحالي وبموجب الفصل 133 منه أصبح بإمكان الأفراد مباشرة الرقابة القضائية عن طريق الدفع بعدم الدستورية في إطار ضوابط موضوعية تحدد الأشخاص المعنيين بهذا الدفع وميقاته وطبيعة موضوعه (المطلب الأول) وأخرى إجرائية وذلك وفق شروط وإجراءات حددها مشروع القانون التنظيمي رقم 86.15 (المطلب الثاني) كل ذلك سيتم في إطار دراسة مقارنة للنموذج الأمريكي، الألماني والفرنسي.

المطلب الأول : الضوابط الموضوعية للدفع بعدم الدستورية

بالرجوع إلى الأساس الدستوري لحق الدفع بعدم الدستورية واستنادا إلى أحكام الفقرة الأولى من الفصل 133 فإن الدستور قد حدد ضوابط موضوعية على أساسها يحق فقط لأطراف الدعوى بممارسة هذا الحق دون سواهم، وإن كان الأمر ليس كذلك في تشريعات أخرى (الفقرة الأولى) داخل نسق موضوع الدفع نفسه، كلما تعلق الأمر بقانون ماس بالحقوق والحريات التي يضمنها الدستور (الفقرة الثانية) الذي حدد مشروع القانون التنظيمي رقم 86.15 كما أحال عليه الفصل 133 شروطا وإجراءات لممارسة هذا الحق.

الفقرة الأولى : الدفع بعدم الدستورية المعنيين به وميقاته

إذا كان مبدئيا من حق أي شخص متضرر اللجوء إلى القضاء، سواء كان عاديا أو متخصصا وعلى اختلاف درجاته، فإن الوضع في الدفع بعدم الدستورية يظل مقصورا على فئات وجهات معنية بذاتها، تحددها التشريعات بناء على فلسفة دستورية، سواء بمصلحة مباشرة أو غير مباشرة (أولا) مع ضرورة التقيد بوقت محدد لإثارته (ثانيا)

[12] أحمد مفيد، النظرية العامة للقانون الدستوري والمؤسسات السياسية دراسة في الدولة وأنظمة الحكم الديمقراطي وآليات المشاركة السياسية، مطبعة أنفوبرانت، فاس، الطبعة الأولى، 2017، ص 125.

أولا : المعنيين بالدفع بعدم الدستورية

استنادا إلى أحكام الفقرة الأولى من الفصل 133 من دستور 2011، يحق لكل شخص طرف في دعوى معروضة على إحدى محاكم المملكة أن يثير الدفع بعدم دستورية قانون ساري المفعول، من شأن تطبيقه على النزاع أن يمس إحدى الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور[13]، وكعادتها تظل في كثير من الأحيان بعض عبارات النصوص القانونية مثار جدل حول دلالتها ومعانيها، وهو ما حصل مع عبارة "الأطراف" وهم الأشخاص المعنيين بهذا الدفع.

ولهذه الغاية وفي إطار مساهمته في إغناء النقاش العمومي المتعلق بإصلاح منظومة العدالة، عمد المجلس الوطني لحقوق الإنسان إلى إصدار مذكرة[14] بشأن القانون التنظيمي للدفع بعدم الدستورية، المسجل بالأمانة العامة للحكومة في 14 فبراير 2018 وضمنها اقتراحات بناء على مرجعيات دولية ووطنية، خاصة فيما يتعلق بتحديد بعض المفاهيم، ومن بينها مدلول عبارة "الأطراف"، حيث اقترح المجلس أن يحيل هذا المدلول على الأطراف الرئيسية والمتضمنة والأطراف المتدخلة في الدعوى أو المتدخل فيها.

غير أن واضعي المشروع المذكور في إطار تحديدهم لمدلول "أطراف الدعوى" عمدوا إلى حصر هذه الأطراف في كل من المدعى والمدعى عليه في الدعاوى المدنية أو التجارية أو الإدارية وفي كل من المتهم والمطالب بالحق المدني والمسؤول المدني في الدعوى العمومية[15].

وبما أن القوانين التنظيمية تحال حسب الفقرة الثانية من الفصل 132 من دستور 2011 وجوبا على المحكمة الدستورية قبل صدور الأمر بتنفيذها في إطار الرقابة السياسية[16]، فإن

---

[13] جمال العزوزي، مرجع سابق، ص 108.

[14] مذكرة منشورة على الموقع الإلكتروني للمجلس الوطني لحقوق الإنسان على الرابط التالي: https://cndh.ma/ar/lar-lstshry-ltwsyt-w-lmdhkrt-lmrfw-l-jll-lmlk/mdhkrtyn-bshn-lqnwn-ltnzymy-llmhkm-ldstwry-wlqnwn
وقد تم الاطلاع عليه بتاريخ 21-04-19. على الساعة 13:50.

[15] البند "ب" من المادة الثانية من مشروع القانون التنظيمي رقم 86.15 المتعلق بتحديد شروط وإجراءات تطبيق الفصل 133 من الدستور كما أحيل على الأمانة العامة للحكومة.
وفي ما يلي نص البند : " ... أطراف الدعوى : كل مدع أو مدعى عليه في قضية معروضة على المحكمة وكل متهم أو مطالب بالحق المدني أو مسؤول مدني في الدعوى العمومية؛ ..."

المحكمة وفي قرار لها تحت رقم 70-18 [17] الصادر في 6 مارس 2018 صرحت في منطوق القرار بعدم دستورية عدد من مواد مشروع القانون رقم 86.15 ومن بينها البند "ب" من البند الثاني؛ حيث تمت إضافة النيابة العامة كطرف إلى جانب الأطراف المذكورة سلفا على اعتبار أن حق الدفع بعدم الدستورية جعلته الفقرة الأولى من الفصل 133 بصيغة العموم، وحيث أنه لتحديد المقصود بأطراف الدعوى يجب الرجوع لقانون المسطرة الجنائية والمدنية وإلى نصوص أخرى التي تجعل النيابة العامة إلى جانب أطراف أخرى تتوفر على شرطي الصفة والمصلحة إما طرفا رئيسيا أو منظما حسب الحالة[18].

وننتظر أن يدخل هذا المشروع حيز التنفيذ خاصة وأن أي دفع في الوقت الحالي سيكون مصيره تعذر البت فيه كما حصل في قرار[19] للمحكمة الدستورية؛ دفع فيه دفاع المتهم بأن المادة 265 من ق م ج غير دستورية، بعلة أن القانون لم يصدر بعد.

النقاش نفسه – حول إمكانية تقديم الدفع من طرف النيابة العامة – احتدم أثناء مناقشة القانون التنظيمي الفرنسي[20] المتعلق بالمسألة الدستورية ذات الأولية، فالنقاشات البرلمانية أيدت إمكانية الدفع متى كانت النيابة العامة طرفا في الدعوى، في حين أن الحكومة – خلال

---

[16] تعود نشأة الرقابة السياسية على دستورية القوانين إلى عهد الثورة الفرنسية، وأخذت به الدول الاشتراكية، وتسمى بالرقابة السياسية لكونها قبلية تتولاها هيئة دستورية تتكون من أعضاء ينتدبون عن طريق مسطرة التعيين يفترض فيها الاستقلالية عن جميع السلطات، عبد الحق بلفقيه، القضاء الدستوري بالمغرب دراسة مقارنة، مجلة مسالك للفكر والسياسية والاقتصاد، العدد مزدوج 38/37، 2016، ص 21.

[17] قرار المحكمة الدستورية تحت رقم 70/18 الصادر في 6 مارس 2018 المتعلق بمشروع القانون التنظيمي المتعلق بتحديد شروط وإجراءات تطبيق الفصل 133 من دستور 2011.

[18] وكانت المحكمة الدستورية قد وجهت أمرا بتبليغ نسخة من قرارها المذكور في تاريخ صدوره إلى رئيس الحكومة، من أجل ترتيب الآثار القانونية على مشروع القانون التنظيمي السالف الذكر ونشره بالجريدة الرسمية، الذي عقد بشأنه مجلس الحكومة في 11 أبريل 2019 وأدخل التعديلات اللازمة عليه.

[19] يتعلق الأمر بقرار رقم 80/18 ملف عدد 029/18 بتاريخ 12 يونيو 2018، منشور بموقع المحكمة الدستورية على الرابط التالي : https://www.cour-constitutionnelle.ma/ar/%D9%82%D8%B1%D8%A7%D8%B1%D8%A7%D8%AA/%D9%82%D8%B1%D8%A7%D8%B18018 تم الاطلاع عليه بتاريخ 19/04/21 على الساعة 20:43.

[20] اعتمد المشرع الدستوري الفرنسي – بعدما ظل المجلس الدستوري مند سنة 1958 يمارس رقابة سياسية –هذه الآلية بمقتضى التعديل الدستوري ل23 يوليوز 2008 تقدم به رئيس الجمهورية نيكولا ساركوزي ، غير أن لم يستعمل كلمة دفع وسماها بمقتضى القانون التنظيمي رقم 1523 لسنة 2009 الصادر في 2009/12/10، "المسألة الدستورية ذات الأولية" والمتضمن كيفية تطبيق المادة 61-1 من الدستور وقد تم إعمالها في فاتح مارس 2010.

الأعمال التحضيرية - اعتبرتها غير مختصة بإثارة مسألة من القبيل ذاته، غير ذلك، فإن كل شخص طرف في الدعوى يمكنه أن يثير مدى مطابقة المقتضى التشريعي المتعلق بالحقوق والحريات للدستور- وفي حالة قبول القاضي للدفع فإنه يحليه لمحكمة النقض أو لمجلس الدولة على حسب الأحوال اللذان يملكان إحالته للمجلس الدستوري أو رفضه[21] - وتضم هذه القاعدة الأشخاص الطبيعيين وكذا الاعتباريين الخاضعين للقانون الخاص كما العام، وقد عد حق للمواطن ولا يمكن للقاضي أن يثيره من تلقاء نفسه[22].

وفي ألمانيا الاتحادية فإن الرقابة من طرف المحكمة الدستورية الاتحادية[23]يمكن اللجوء إليها وفقا للمادة 93 من دستورها[24]، ورفع دعاوى أمامها من جهات متعددة وتختلف حسب موضوع الدعوى، يمكن إجمالها في سبع جهات : رئيس الجمهورية، والحكومة الفدرالية، والبوندسترات والبوندستاغ[25]، والولايات أو الجماعات المحلية للدفاع عن استقلالها الذاتي والقضاة الذين يمكنهم دعوى المحكمة للبث في دستورية قانون ما، والمواطن الذي يمكنه التقاضي أمام المحكمة بعد استنفاذه لجميع الطعون العادية[26]، ومن خاصيات التجربة الألمانية كون الأجانب أيضا لهم الحق في تقديم الدعوة الدستورية طالما أنهم قادرون على التمتع بالحقوق الأساسية[27].

إذا كان الأمر واضحا في التشريعات آنف ذكرها؛ فإنه لا بد من التمييز في إطار مراقبة الدستورية في الولايات المتحدة الأمريكية بين أساليب الرقابة؛ إذ يحق للأمريكيين في أسلوب الدفع أو الامتناع الدفع بعدم دستورية القوانين في قضية معينة أمام المحاكم العادية للولايات

---

[21]حسن مصطفى البحيري، القضاء الدستوري "دراسة مقارنة"، دار الطبع غير مذكورة، الطبعة الأولى 2017، ص 75.

[22]محمد أتركين، دعوى الدفع بعد الدستورية في التجربة الفرنسية " الإطار القانوني والممارسة القضائية "، مطبعة النجاح الجديدة – الدار البيضاء، الطبعة الأولى 2013، ص38.

[23]أحدثت هذه المحكمة - لتولي مهمة الرقابة على دستورية القوانين - في دستور 1949.

[24]صدر بتاريخ 23 ماي 1949 وتم تعديله بموجب قانون صدر في 22 يوليوز 2002.
تنص في فقرتها الرابعة » الشكاوى الدستورية، التي يجوز لأي شخص أن يرفعها إلى المحكمة بدعوى أن السلطات العامة قد انتهكت أحد حقوقه الأساسية ، أو أحد حقوقه الواردة في الفقرة 4 من المادة 20 أو المواد 33 و 38 و 101 و 103 و 104.

[25]هما غرفتان بمجلس برلمان ألمانية الاتحادية.

[26]محمد الرضواني، مدخل للقانون الدستوري، مطبعة المعارف الجديد، الرباط، الطبعة الأولى، 2013، ص 100.

[27]الذهبي بدر، حق الدفع بعدم الدستورية بين الدستور المغربي والنموذج الألماني، مجلة مسالك في الفكر والسياسية والاقتصاد، العدد المزدوج 38/37، السنة 2016، ص 90.

بشأن مطابقة القانون فيه لدستور الولاية أو الدستور الاتحادي أو أمام المحكمة العليا بشأن أحكام هذه المحاكم. نفس الأمر بالنسبة للأحكام التقريرية شريطة توافر المصلحة الشخصية والخصومة الحقيقية، بخلاف الأمر القضائي أسلوب يمكن الأشخاص من مهاجمة القانون قبل تطبيقه عليهم بدعوى عدم دستوريته، ويمارس سواء أمام المحاكم الاتحادية أو المحلية[28].

ثانيا : ميقات الدفع بعد الدستورية

بحسب ما نصت عليه الفقرة الثالثة من المادة الثالثة من مشروع القانون التنظيمي، يجب في جميع الأحوال أن يثار الدفع بعدم الدستورية قبل اعتبار القضية المعروضة على المحكمة جاهزة، كما يمكن أن يثار هذا الدفع أمام مختلف محاكم الدرجة الأولى أو الدرجة الثانية ومحكمة النقض إذا تعلق الأمر بإثارة الدفع لأول مرة، على أن تبث المحكمة الدستورية في الدفع داخل أجل 60 يوما من تاريخ إحالة الدفع إليها أو من تاريخ إثارته لأول مرة أمامها[29]. عكس التوجه الفرنسي الذي جعله في أي مرحلة من المسطرة ابتداء من وضع الدعوى وسريان المحاكمة؛ يعني تقديم هذا الدفع مرتبط فقط بوجود دعوى موضوعية جارية، وعدم إغلاق النقاش أو المسطرة الكتابية أو التحقيق[30]، شروط تبدو في ألمانية الاتحادية أكثر تحررا، بذلك فأي خرق للمقتضيات المتعلقة بأحكام الدستور أو أي خطأ مسطري خلال إصدار القوانين قد يكون كافيا لتفسير وتعليل انتهاك أحد الحقوق الأساسية[31].

وبخصوص الولايات المتحدة الأمريكية فإن الرقابة على الدستورية[32] تمارس إما عن طريق الدفع أو الامتناع الذي تمارسه المحكمة العليا الاتحادية أو محاكم الولايات، أو عن طريق الأمر

---

[28] عبد الحق بلفقيه، مرجع سابق، ص 30- 31.
[29] نصت على ذلك المادة 23 من مشروع القانون التنظيمي رقم 86.15.
[30] محمد أتركين، مرجع سابق، ص49.
[31] الذهبي بدر، مرجع سابق، ص 91.
[32] اعتبر القضاء الأمريكي أن ممارسة الرقابة على دستورية القوانين تشكل جزء من وظيفته ويعود ذلك لسنة 1803في قضية ماربون ضد ماديسون حيث تتمثل هذا الرقابة في امتناع القاضي عن تطبيق القانون المخالف للدستور.

القضائي وهو إجراء يسمح لأي فرد أن يهاجم القانون قبل تطبيقه عليه، استنادا إلى أن القانون يتضمن مخالفة للدستور، أو عن طريق الحكم التقريري؛ وتفترض هذه الوسيلة أن فردا يلجأ إلى المحكمة يطلب منها إصدار حكم يقرر ما إذا كان القانون الذي يراد تطبيقه عليه دستوريا أو غير دستوري ويترتب على ذلك توقف الموظف المختص بتنفيذ القانون إلى حين صدور الحكم[33].

الفقرة الثانية : طبيعة موضوع الدفع بعدم الدستورية

قد نتساءل عن طبيعة موضوع الدفع بعدم دستورية قانون، ما إذا كان الأمر يتعلق بجميع النصوص القانونية الموضوعة أمام المحكمة (أولا) أم أن الأمر يتعلق بنوع دون الآخر، وعن حدود المس بالحقوق والحريات موضوع الدفع (ثانيا)

أولا : طبيعة القانون موضوع الدفع بعدم الدستورية

جاء في البند الأول في المادة الثانية من مشروع القانون التنظيمي رقم 86.15 أنه يراد القانون؛ هو ما يدفع به أحد أطراف الدعوى بأنه يمس بالحقوق والحريات التي يضمنها الدستور : كل مقتضى دو طابع تشريعي يراد تطبيقه في دعوى معروضة على المحكمة ويدفع طرف من أطرافها بأن تطبيقه سيؤدي إلى خرق وانتهاك أو حرمان من حق من الحقوق أو حرية من الحريات التي يضمنها الدستور.

ومعلوم أن المقتضيات التشريعية يمكن أن تفهم إما من خلال المعيار الشكلي؛ فيكون المقصود بها النصوص التي تتخذ شكل القانون أو من خلال المعيار المادي؛ فتعني بذلك كل النصوص التي تندرج في مجال القانون، وإما من خلال التحليل المعياري؛ فتشمل بذلك كل المقتضيات التي لها قوة التشريع بغض النظر عن شكلها[34]، ومن ثم تكون جميع القوانين العادية

[33] مصطفى قلوش، مرجع سابق، ص 249و 252.
[34] جمال العزوزي، مرجع سابق 110.

تقبل الدفع بعدم الدستورية سواء تلك التي صدرت قبل القانون التنظيمي رقم 86.15 أو صدرت بعده؛ أي بعد أن يدخل حيز التنفيذ.

وعن القرارات والمراسيم فهي تبقى خاضعة لرقابة القضاء الإداري، فيما القوانين التنظيمية تخضع وجوبا لرقابة المحكمة الدستورية كما سبق ذكر ذلك؛ ويفهم مما سبق أنها غير معنية بالدفع، خاصة وأن قرارات المحكمة الدستورية لا تقبل كما نصت الفقرة الثانية من الفصل 134 من الدستور لأي طريق من طرق الطعن، وتلزم كل الجهات الإدارية والقضائية، إلا أنها تظل قابلة للدفع بعدم دستوريتها في حال تغيرت الأسس التي تم بناء عليها البت في دستوريتها، وهو ما يمكن أن يستفاد من مقتضيات الشرط الأخير من المادة 5 من مشروع القانون التنظيمي.

نفس التوجه اختاره المشرع الفرنسي بالنسبة لطبيعة موضوع الدعوى، إذ سيضع المشرع العضوي أخذا بعين الاعتبار لطبيعة القواعد الدستورية المضمنة في الفصل 61-1[35] من الدستور حدودا عديدة لمسطرة المسألة الدستورية ذات الأولية وسيقصر دعوى الدفع على المقتضيات التشريعية، كما أن الأحكام الدستورية المعنية بالحماية لا تتجاوز دائرة الحقوق والحريات المضمونة دستوريا، في حين تتميز في ألمانيا كون دعوى الدفع يمكن أن توجه ضد أي عمل صادر عن السلطة العامة؛ والذي قد يأخذ صيغة القانون، المرسوم، القرارات والأحكام القضائية، وكذا القرارات الإدارية[36]، أو أي حكم قضائي اتخذته محكمة عادية[37].

[35] ARTICLE 61-1 Lorsque A l'occasion d'une instance en devant une juridiction il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la constitution garantit le conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du conseil d'état ou de la cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé.
- وقد دخلت هذه المادة حيز النفاذ في الأول آذار 2010 بعد صدور قانونها الأساسي رقم 2009_1523 بتاريخ 2009/12/10.

[36] محمد أتركين، مرجع سابق، ص 37.
[37] الذهبي بدر، مرجع سابق، ص 90.

خلافا لطبيعة موضوع الدفع بالنسبة للمغرب فإن الولايات المتحدة الأمريكية التي تعتبر البلد الأول الذي مارس الرقابة على دستورية القوانين عن طريق الدفع[38]؛ تمارس هذا الدفع في إطار نظام مركزي – أي أن حق الرقابة مقتصرا فقط على المحكمة الاتحادية العليا – تمارس من خلاله دستورية القوانين الصادرة في الولايات وقوانين الكونغرس، أو لا مركزي – أي أن حق الرقابة بيد محاكم الولايات – تمارس من خلاله دستورية القوانين التي تصدرها الهيئات التشريعية للولايات بالنسبة لدساتيرها المحلية دون القوانين التي تسنها الهيئة التشريعية الاتحادية[39].

ثانيا : حدود المس بالحقوق والحريات التي يضمنها الدستور

ما أثير بخصوص طبيعة القانون موضوع الدفع، يثار بخصوص طبيعة الحقوق والحريات وحدود المس بها والتي اشترطها المشرع كسبب للدفع بعدم دستورية المقتضى التشريعي، وقد اقترح المجلس الوطني لحقوق الإنسان في مذكرته تعريفا واسعا للحقوق والحريات التي يضمنها الدستور، بالشكل الذي يمكن من إدماج تلك المتعارف عليها عالميا بما في ذلك المضمنة في المواثيق أو الاتفاقيات الدولية التي صادق عليها المغرب أو انضم إليها[40].

وهو ما لا يمكن أن يكون محلا لذلك خاصة عندما جعل تصدير دستور 2011 الاتفاقيات الدولية المصادق عليها تسمو فور نشرها على التشريعات الوطنية[41]، فكيف يمكن إذن الدفع بعدم دستورية مقتضى وارد في إحدى الاتفاقيات المصادق عليها وهي تسمو فوق هذا الدفع الدستوري، فيفهم من ذلك ومن البند الأول من المادة الثانية مشروع القانون التنظيمي أن موضوع الدفع يقتصر فقط على القانون الذي يمس بالحقوق والحريات التي يضمنها الدستور،

[38] مصطفى قلوش، مرجع سابق، ص 241.
[39] عبد الحق بلفقيه، مرجع ستبق، ص 27.
[40] مذكرة المجلس الوطني لحقوق الإنسان بشان مشروع القانون التنظيمي رقم 86.15 المتعلق بتحديد شروط وإجراءات تطبيق الفصل 133 من الدستور.
[41] تصدير الدستور والمبادئ المضمنة فيه جزء لا يتجزأ منه فصول الدستور نفسه طبقا للفقرة الأخير من التصدير.

وقد سبقه في ذلك التعديل الدستوري الفرنسي لسنة 2008، إذ حصر موضوع المسألة الدستورية ذات الأولية بموجب المادة 61-1 في ما يمكن أن يمس الحقوق والحريات الأساسية، حيث تنص على أنه " إذا ثبت أثناء دعوى قيد النظر أمام جهة قضائية أن حكما تشريعيا ينتهك الحقوق والحريات التي يكفلها الدستور ..."[42]

ووفقا للمادة 93 الفقرة الرابعة من دستورها تقرر المحكمة الدستورية الاتحادية الألمانية بشأن الدعاوى الدستورية التي يمكن رفعها من قبل أي شخص يدعي أن السلطات قد انتهكت واحدة من حقوقه الأساسية أو واحدة من الحقوق المماثلة لحقوقه الأساسية؛ بمعنى أنه لا يتم استخدام هذه الدعاوى لضمان الامتثال لجميع الحقوق المكتوبة، بل هي مسطرة محددة تستخدم لمنع انتهاكات حقوق الإنسان الأساسية؛ ولذلك معايير مقبولة تقتصر على الحقوق الأساسية المنصوص عليها في المادة 93 الفقرة الأولى من دستور الجمهورية الاتحادية الألمانية[43].

المطلب الثاني : الضوابط الإجرائية للدفع بعدم دستورية القوانين

لقد أخذ المشرع المغربي بنظام الدفع بعدم الدستورية مع فحص مزدوج للقبول، الذي يقتضي بأن تتم عملية تصفية الدفع بعدم الدستورية على مرحلتين، حيث بعد أن يتأكد قاضي الموضوع من استفاء مذكرة الدفع للشروط المحددة لقبول الدفع بعدم الدستورية يقوم بإحالة المذكرة إلى محكمة النقض (الفقرة الأولى) التي يعود لها اختصاص إحالتها من عدمه إلى المحكمة الدستورية (الفقرة الثانية)

[42] حسن مصطفى البحيري، مرجع سابق، ص 76.
[43] الذهبي بدر، مرجع سابق، ص 89 -90.

الفقرة الأولى : الدفع بعدم الدستورية أمام قاضي الموضوع

طبقا للمادة الخامسة[44] من المشروع يتعين على مثير الدفع تقديم دفعه وفق مجموعة من الشروط، وذلك تحت طائل عدم القبول، ويمكن تقسيم هذه الشروط إلى شرط شكلية (أ) وأيضا شروط موضوعية (ب)

أ: الشروط الشكلية

يجب تقديم الدفع بعدم الدستورية في مذكرة كتابية[45] تتوفر فيها مجموعة من الشروط الشكلية وهي:

_ أن تقدم بصفة مستقلة، بمعنى أن تقدم بشكل منفصل على النزاع الأصلي.

_أن تكون موقعة من قبل الطرف المعني أو من قبل محام مسجل في جدول هيئة من هيئات المحامين بالمغرب حسب الحالة، مع مراعاة الاتفاقيات الدولية النافذة.

_أن يؤدى عنها رسم القضائي الذي يحدد مبلغه وفق التشريع الجاري به العمل، ما لم يتم تمتيع مثير الدفع بالمساعدة، كما يجب أن يتضمن المقتضى التشريعي موضوع الدفع؛ بمعنى أن تتضمن بشكل واضح ودقيق المقتضى المطعون فيه(بند ، مادة ،فقرة...) مع بيان الحقوق التي تم انتهاكها ويضمنها الدستور..... وبالرجوع إلى المشرع الفرنسي وبالضبط البند الأول من المادة 23-1

---

[44]تنص المادة الخامسة من مشروع القانون التنظيمي رقم 86.15 على ما يلي :
" يجب تحت طائلة عدم القبول من قبل المحكمة المعروض عليها النزاع إثارة الدفع بعد الدستورية بواسطة مذكرة كتابية، مع مراعاة الشروط التالية :
- أن تكون مذكرة الدفع مقدمة بصفة مستقلة؛
- أن تكون موقعة من قبل الطرف المعني أم من قبل محام مسجل في جدول هيئة من هيئات المحامين بالمغرب، حسب الحالة، مع مراعاة الاتفاقيات الدولية النافذة؛
- أن يؤدى عنها رسم قضائي يتم تحديد مبلغه وفق التشريع الجاري بها العمل، ما لم يتم تمتيع مثير الدفع بالمساعدة القضائية؛
- أن يتضمن المقتضى التشريعي موضوع الدفع؛
- ان يكون المقتضى التشريعي موضوع الدفع هو الذي تم تطبيقه أو يراد تطبيقه من لدن المحكمة في الدعوى أو المسطرة أو يشكل أساسا للمتابعة حسب الحالة؛
- ألا يكون قد سبق البت بمطابقة المقتضى التشريعي حمل الدفع للدستور، ما لم تتغير الأسس التي تم بناء عليها البت المذكور؛
- يجب أن ترفق المذكرة بنسخ منها متساوية لعدد الأطراف وعند الاقتضاء بأي وثيقة أخرى يرغب الطرف المعني في الإدلاء بها أمام المحكمة ."

[45]بغض النضر عن طبيعة المسطرة المتبعة أمام المحكمة ،أي سواء تعلق الأمر بالمسطرة الكتابية أو الشفوية.

نجده اشترط لقبول الدعوى أمام قاضي الموضوع، أن تقدم في مذكرة مكتوبة، منفصلة ومعللة، وشرط الكتابة يطبق ليس فقط على المساطر الكتابية بل أيضا الشفوية[46]؛ والمقصود بالتعليل هنا هو تبيان عدم دستورية المقتضى المطعون فيه، وأن يكون التعليل كافيا ومستفيضا، حتى تتمكن المحكمة من مراقبة جدية المسألة وحسب regis fraisse فإن عريضة الطعن يجب أن تتضمن "تحديد المقتضى التشريعي بدقة، هل يتعلق الأمر بمادة أو بند...وكيف يتم تطبيق المقتضى على النزاع، حيث العريضة التي تطرح المسألة الدستورية ذات الأولية يجب أن تحتوي على تعليل متعلق بتطبيق المقتضى المطعون فيه على النزاع، إضافة إلى التحقق من كون المقتضى التشريعي المطعون فيه لم يتم التصريح بمطابقته للدستور من قبل المجلس الدستوري"[47].

وبجانب هذه الشروط الشكلية فإنه هناك شروط موضوعية يلزم الاستناد عليها حتى يعتد بالدفع بعدم الدستورية

ب: الشروط الموضوعية

لا تقوم المحكمة التي أثير أمامها الدفع بإحالة مذكرة الدفع إلى محكمة النقض مباشرة إلا بعد التحقق من كونها تستجيب للشرطين الموضوعين الآتيين[48].

_ألا يكون القانون موضوع الدفع هو الذي هو الذي تم تطبيقه أو يراد تطبيقه من قبل المحكمة في الدعوى أو المسطرة أو يشكل أساسا للمتابعة، حسب الحالة.

_ألا يكون قد سبق البث في بمطابقة القانون محل الدفع للدستور، ما لم تتغير الأسس التي تم بناء عليها البث المذكور.

---

[46]محمد أتركين مرجع سابق ص 56.

[47] محمد أتركين، مرجع سابق، ص 57.

[48] إضافة إلى هذين الشرطين نص المشرع الفرنسي في البند الأول من المادة 22_2 من القانون التنظيمي المتعلق بالمسألة الدستورية ذات الأولية على شرط ثالث وهو أن المسألة غير مجردة من الطابع الجدي هذا الشرط ارتأى واضعو المشروع إلى محكمة النقض في حالة إحالة مذكرة الدفع ليهم (الفقرة الأولى من المادة 11 من المشروع).

وبالرجوع إلى التشريع الفرنسي نجد أن المحاكم التي أثيرت أمامها المسألة الدستورية ذات الأولوية[49] لا تحيلها بشكل مباشر إلا بعد التحقق من كونها تستجيب للشروط المحددة في المادة 23_2 من القانون التنظيمي مجتمعة وهي:

_ أن المقتضى التنظيمي المطعون فيه يطبق على النزاع أو على المسطرة أو يشكل أساس المتبعات.

_أنه لأم يسبق للمجلس الدستوري، وباستثناء حالة تغير الظروف، أن صرح في حيثيات ومنطوق قراره بمطابقة المقتضى المعني للدستوري؛

_أن المسألة غير مجردة من الطابع الجدي.

وبمقارنة هذه الشروط نجدها تقريبا متطابقة فالمشرع المغربي وكما هو معروف يستأنس كثيرا بنظيره الفرنسي .

أما في ما يخص آجال الطعون فإن المشروع يلزم المحكمة بضرورة التحقق من استفاء الدفع للشروط الشكلية والموضوعية داخل أجل 12 يوما من تاريخ صدور مقررها بقبول مذكرة الدفع أمامها[50]، وإن تم انصرام هذا الأجل دون بت الحكمة داخل هذا التاريخ فان المشرع بقي صامتا فيما يخص هذه النقطة، لكن بالرجوع إلى المادة السادسة في فقرتها الثانية فانه يمكن أن يثار الدفع أمام المحكمة الأعلى درجة.

أما فيما يخص المشرع الفرنسي فإنه لم يحدد أي آجال لقاضي الموضوع لكي يبت في المسألة الدستورية ذات الأولية [51]، وفي مقابل عدم تحديد أجل البت، فإن القانون التنظيمي قد حدد أجلا للإحالة على المحكمة العليا التي يتبع لها قاضي الموضوع في حالة استجابتها للشروط المتطلبة

[49] بمجرد إثارة المسألة الدستورية ذات الأولية أمام محكمة تابعة لمحكمة النقض، فإنها ملزمة بتوجيه المسألة المثارة أمامها إلى النيابة العامة ، حتى تتمكن من إبداء رأيها في حالة إذا لم تكن طرفا في الدعوى حسب المادة 23_1 من القانون التنظيمي.
[50] أنظر المادة الأولى الفقرة السادسة من المشروع.
[51]أنظر المادة 23_2 من القانون التنظيمي.

في ثمانية أيام من إصدار قرارها[52]؛ إذا وبعد تحقق قاضي الموضوع من استفاء مذكرة الدفع لشروطها فإنه يكون أمام خيارين إما إحالة مذكرة الدفع إلى محكمة النقض أو لمجلس الدولة اللذان يملكان إحالته للمجلس الدستوري في حال كانت مستوفية لشرطها أو العكس صحيح.

إذا وبعد تحقق المحكمة من الشروط المذكورة فانه يتعين عليها إحالة الدفع إلى محكمة النقض إن كانت طبعا مستوفية للشروط المذكورة آنفا.

الفقرة الثانية : المسطرة المتبعة أمام المحكمة الدستورية

يودع الدفع بعدم دستورية قانون مثار من أحد الأطراف الدعوى ، مرفقا بمقرر الإذن بتقديم هذا الدفع بالمحكمة الدستورية، كما يودع الدفع بعدم دستورية قانون بمنسبة الطعن في الانتخابات البرلمانية لدى نفس المحكمة، ويقدم الدفع بعدم الدستورية قانون أمام المحكمة الدستورية بواسطة مذكرة كتابية تتوافر فيها مجموعة من الشروط المنصوص عليها في البنود 1 و 2 و 3 و 4 و 5 و 6 من المادة 5 [53].

كما تتضمن علاوة على ذلك الاسم الشخص والاسم العائلي لصاحب الدفع وصفاته وعنوانه، ويجب إرفاق مذكرة الدفع بنسخ مساوية لعدد الأطراف وكذلك بجميع الوثائق والمستندات التي يرغب صاحب الدفع في الإدلاء بالمحكمة الدستورية وتتحقق المحكمة من استفاء جميع الشروط لتحدد بعدها لصاحب الدفع بموجب مقرر غير قابل للطعن لتحدد بعدها أجل شهر يبتدئ من تاريخ صدور المقرر المذكور لتقديم دفعه أمام المحكمة الدستورية وفيما يخص أجل البث في الدفع في دستورية القوانين من قبل المحكمة الدستورية فقد حدد المشروع أجل 60 يوم لكي تبث في الدفع ويحسب هذا الأجل من تاريخ إحالته إليها[54] بينما نجد

---

[52] حيث ينص البند 6 من المادة 23_2 من القانون التنظيمي على أنه"يوجد قرار إحالة المسألة على مجلس الدولة أو محكمة النقض داخل أجل ثمانية أيام من صدوره".

[53] بالضبط المادة الخامسة منه.

[54] أنظر المادة 21 من المشروع.

المشرع الفرنسي قد حدده في ثلاثة أشهر[55]، وتجدر الإشارة على أنه لا وجود لإمكانية التنازل بعد إحالته على المحكمة الدستورية[56] وبعد الحكم فإنه ينبغي تبليغ قرار المحكمة الدستورية ونشره طبقا للمادة 24 من المشروع إذ يتم تبليغ قرار المحكمة الدستورية الصادر بشأن الدفع بعدم دستورية قانون إلى المحكمة المثار أمامها الدفع داخل أجل 8 أيام من صدوره خلافا للمشرع الفرنسي الذي نص على ضرورة إرساله إلى مجلس الدولة أو محكمة النقض، وعند الاقتضاء إلى المحكمة التي أثيرت أمامها المسألة الدستورية ذات الأولوية ولم يحدد أجلا لذلك[57] كما يتم إبلاغ القرار إلى الملك ورئيس كما يتم إبلاغ القرار إلى الملك وإلى رئيس الحكومة ورئيس كل مجلس من مجلسي البرلمان، وللأطراف وتنشر القرارات الصادرة بخصوص الدفع بعدم دستورية قانون بالجريدة الرسمية.

وبعد استفاء دعوى الدفع بعدم الدستورية لكافة الضوابط موضوعية وإجرائية المبينة آنفا وسلوكها مسطرة التصفية، نتساءل عن الآثار الممكنة للدفع بعدم الدستورية؟ و ما مدى الحجية التي تكسيها قرارات المحكمة الدستورية ؟

المبحث الثاني : آثار الدفع بعدم الدستورية وتطبيقاته في التشريعات المقارنة

يعتبر الدفع بعدم الدستورية عن طريق دعوى قضائية تكون فيها المنازعة في دستورية قانون أصدره البرلمان، حيث يقوم من خوله القانون رفع الدعوى، بمخاصمة القانون غير

[55] المادة 23-10.
[56] أنظر المادة التاسعة من المشروع 86-15.
[57] الفصل 61 من الدستور الفرنسي.

الدستوري بصفة أصلية طالبا إلغائه[58]، وتظهر التجربة المغربية في مجال الدفع بعدم الدستورية متأخرة قياسا مع العديد من الدول كالولايات المتحدة الأمريكية وفرنسا واسبانيا وألمانيا، وإذا كان المشرع الدستوري المغربي كرس حق الأطراف بالدفع بعدم دستورية قانون فإن ذلك الدفع يترتب عليه مجموعة من الآثار سواء على الدعوى موضوع المنازعة، أو على أطرافها من خلال الحفاظ على حقوقهم وحرياتهم الفردية المكفولة دستوريا (المطلب الأول) وهو ما كرسه القضاء الدستوري في التجارب المقارنة التي أخذت بهذه الآلية القانونية كضمانة أخرى لحماية للحقوق والحريات الأساسية (المطلب الثاني)

المطلب الأول : آثار الدفع بعدم الدستورية

كما سبق وأشرنا أن الدفع بعدم الدستورية باعتباره صورة من صور الرقابة على دستورية القوانين تبنته مجموعة من دساتير التشريعات المقارنة من قبيل التشريع الأمريكي والألماني ويترتب على هذا الإجراء - أي الدفع بعدم الدستورية - مجموعة من الآثار سواء على الدعوى موضوع المنازعة كما يرتب آثارا على أطراف الدعوى كحق من حقوق المتقاضين وضمان حماية حقوقهم وحرياتهم المنصوص عليها دستوريا (**الفقرة الأولى**) حيث يترتب على إثارة الدفع بعدم الدستورية وقبوله صدور قرار يتأرجح بين دستورية المقتضى القانوني المطعون فيه أو عدم دستوريته والدي يكتسب حجية تختلف من تجربة إلى أخرى (الفقرة الثانية)

الفقرة الأولى : آثار الدفع بعدم الدستورية على الأطراف و الدعوى موضوع المنازعة

إذا كانت الرقابة عن طريق الدفع بعدم دستورية القوانين لا تعتبر دعوى أصلية يحق للأفراد ممارستها أمام المحكمة الدستورية بشكل مباشر [59]، وإنما اشترط المشرع الدستوري أن يكون

[58]أحمد عبد الحميد الخالدي، المبادئ الدستورية العامة للقانون الدستوري، دار شتات للنشر والبرمجيات مصر ص 103.
[59]لقد أقرت بعض الدساتير المقارنة ممارسة هذه الدعوى مباشرة أمام المحكمة الدستورية كالدستور الألماني ، على خلاف المشرع الدستوري المغربي الذي لم يخول للأفراد حق الدفع بعدم الدستورية القوانين أمام المحكمة الدستورية، بدعوى أصلية مباشرة، غير أنه

هذا الدفع بمناسبة وجود نزاع معروض على القضاء بمقتضى دعوى أصلية حيث -أن الرقابة عن طريق الدفع تكون مقيدة وجوبا بوجود دعوى رائجة أمام إحدى المحاكم سواء كانت مدنية زجرية إدارية أو تجارية، ويقتصر دور المحكمة العادية على إيقاف البث في الدعوى أثناء دفع المتضرر بعدم دستورية القانون المراد تطبيقه في المنازعة وبكونه يمس بأحد الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور[60].

وتثور دستورية القانون بمناسبة قضية معروضة على المحكمة، حيث يدفع الشخص المراد تطبيق القانون عليه بعدم دستوريته ، وتأكد القاضي من عدم دستورية القانون يجعله يمتنع عن تطبيقه في القضية المعروضة أمامه[61] إذا كان الأصل في الدفع بعدم الدستورية أن القاضي المختص في النظر في الدعوى الأصلية مختص أيضا بالبث في الدفع بعدم الدستورية، كما هو الشأن في التجربة الأمريكية التي تعد مهد هذا النوع من الرقابة الدستورية على القوانين[62] لكن الدفع المنصوص عليه في الفصل 133[63] من دستور 2011 لا يعدو أن يكون مجرد دفع فرعي يلزم القاضي الذي أثير أمامه بالتوقف عن البث في الدعوى الأصلية إلى حين صدور قرار عن المحكمة الدستورية التي أوكل لها الدستور أمر البث في هذا النوع من الدفوع[64].

أجاز إثارة الدفع بعدم الدستورية أحد القوانين المراد تطبيقها في نزاع معين بمناسبة النظر في قضية معروضة على إحدى محاكم الموضوع وليس كدعوى أصلية .

[60]مقال منشور ، مجلة الأبحاث والدراسات القانونية ، مجلة علمية محكمة، دار الآفاق المغربية للنشر والتوزيع – العدد 1 ، ص 23 -24.

[61]محمد يحيا ، النظرية العامة للقانون الدستوري والمؤسسات السياسية على ضوء دستور المملكة لفاتح يوليوز 2011 مطبعة اسبارطيل – طنجة لسنة 2013 ص 74.

[62]تم تكريس هذا النوع من الرقابة على دستورية القوانين في و م أ بمقتضى الحكم الشهير الذي أصدره القاضي جون مارشال في قضية "ماربوري" ضد "مادسون " وذلك سنة 1803 ، حول نشأة هذه الرقابة، أنظر: عبد السلام محمد الغنامي ، مراقبة دستورية القوانين في المغرب والقانون المقارن ، أطروحة لنيل دكتوراه في الدولة في القانون العام ، جامعة محمد الخامس كلية الحقوق الرباط ، 1999 ، 2000 ص 188.

[63]ينص الفصل 133 من الدستور 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 .

[64]أجمع الفقه الفرنسي على أن المسألة الدستورية ذات الأولوية المنصوص عليها في الفصل 1-61 من الدستور الفرنسي ليست بشكل دقيق دفعا بعدم الدستورية وإنما هي مجرد مسألة فرعية ، أنظر : محمد أتركين ، دعوى الدفع بعدم الدستورية في التجربة الفرنسية – الإطار القانوني والممارسة القضائية – مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء ، الطبعة الأولى ، 2003 ص32

وبالتالي فإنه إذا قررت محكمة الموضوع إحالة مذكرة الدفع إلى محكمة النقض فإنه يترتب على هذا القرار وقف الفصل في الدعوى الأصلية المنظورة أمامها، كما توقف الآجال المرتبطة بها وذلك إلى حين توصلها بقرار محكمة النقض القاضي برفض الدفع أو بقرار المحكمة الدستورية القاضي برفض الدفع[65]، وهو ما تنص عليه المادة 7 من مشروع القانون رقم 86_15 ولابد من إثارة الانتباه إلى أن العبارة الأخيرة الواردة في الفقرة الثانية من المادة 7 أي " بقرار المحكمة الدستورية في حالة إحالة الدفع إليها" لأن المحكمة ملزمة بتوقيف البث في الدعوى الأصلية إلى حين توصلها بقرار المحكمة الدستورية كيف ما كانت نتيجته إلا أن المشروع نص على مجموعة من الاستثناءات التي ترد على وقف الفصل في الدعوى تتمثل في ما يلي :

- إجراءات التحقيق في المجالين المدني والجنائي؛
- اتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية الضرورية ؛
- اتخاذ الإجراءات القانونية المناسبة متى تعلق الأمر بتدبير سالب للحرية:
- عندما ينص القانون على أجل محدد للبث في الدعوى أو البث على سبيل الاستعجال؛
- إذا كان الإجراء يؤدي إلى إحداث ضرر بحقوق أحد الأطراف يتعذر إصلاحه

هذا ونجد المشرع المغربي نهج نفس أسلوب التجربة الفرنسية حيث تحدد المادة 23 من القانون التنظيمي في بندها الأول مبدأ عاما، يجعل قاضي الموضوع في حالة إحالته المسألة الدستورية ذات الأولية إلى التوقف عن البث في الدعوى الأصلية، وانتظار قرار مجلس الدولة أو محكمة النقض وقرار المجلس الدستوري في حالة الإحالة عليه ، إذن عندما تحال المسألة، تتوقف

[65] عبد الرحيم أضاوي، مروان عبادي منشورات المجلة المغربية للحكامة القانونية والقضائية مجلة نصف ثانوية محكمة، مطبعة الأمنية، الرباط، 2016 ص 114.

المحكمة (محكمة الموضوع) عن البث في الدعوى إلى حين توصلها بقرار من مجلس الدولة أو محكمة النقض بشأنها،

إلا أن هذه القاعدة ترد عليها الاستثناءات الآتية :

- إن المحكمة لا يمكنها التوقف عن البث إذا كان الشخص معتقلا على ذمة الدعوى أو إذا كانت هذه الأخيرة ترمي إلى وضع حد لإجراء المنع من الحرية، وهو ما يعكس البند الثاني من المادة نفسها" ومع ذلك لا يمكن توقيف البت في الدعوى في حالة وجود شخص محروم من حريته على ذمة الدعوى، أو إذا كان من شأن الفصل فيها إنهاء إجراء سالب للحرية"
- كما أن هناك استثناء ثاني ورد في صيغة "الإمكانية" ويتعلق بإمكانية استمرار البت في الدعوى، إذا كان القانون أو النظام ينصان على البث داخل أجل محدد، أو على سبيل الاستعجال وذلك ما نستشفه في البند الثالث من المادة 23.
- القانون التنظيمي يستشرف أيضا حالة ثالثة تبقى اختيارية للتوقف عن البث، وهي الحالة التي يكون فيها للتوقف عن البث في الدعوى نتائج سلبية على حقوق الأطراف يتعذر معها إصلاحها، وفي هذه الفرضية، المحكمة التي تقرر الإحالة يمكنها أن تبث في النقاط التي يجب أن يحسم فيها وبشكل فوري وهو ما كرسه البند الرابع من المادة نفسها.

ومهما تكن شرعية هذه الاستثناءات، أفلا تقود عمليا إلى إمكانية صدور حكم في الموضوع، دون انتظار موقف المجالس العليا، وكذا قرار المجلس الدستوري في حالة الإحالة عليه، تحرزا من هذه الفرضية ، فإن البند الخامس من المادة 23 ومن مقتضى هذا البند علق عليه المجلس الدستوري بتأويل تحفظي في قراره رقم 595-2009 يشترط

دستوريته، معتبرا أنه ".....يمكن للعبارة الأخيرة من البند الأخير من المادة 23 (3) أن تقود إلى إصدار قرار نهائي، بخصوص الدعوى التي بمناسبتها تمت إحالة المسألة الدستورية ذات الأولية على المجلس الدستوري دون انتظار بت فيها، وفي هذه الفرضية فإن هذه المقتضيات كما حجية الشيء المقضي به لا تحد من إمكانية المتقاضي من تقديم دعوى جديدة، حتى يتمكن من أن يؤخذ بعين الاعتبار قرار المجلس الدستوري، وتحت طائلة هذا التحفظ فإن المادة 23 (3) ليست مخالفة للدستور"[66]

وإذا كان المشرع المغربي رتب على الدفع بعدم الدستورية وقف الفصل في الدعوى كما هو الشأن في التجربة الفرنسية، فإن التشريع الأمريكي نجده مخالف تماما حيث نجد أن صاحب الشأن لا يبادر إلى مهاجمة القانون بصورة مباشرة، وإنما ينتظر حتى يطبق القانون عليه، وعندئذ ينازع في صحة القانون الذي مس مركزا قانونيا له عن طريق الدفع بعدم دستوريته مستهدفا فقط عدم تطبيق القانون في الدعوى المنظورة أمام القضاء[67]

كما يمكن ملامسة مجموعة من الأهداف والآثار التي يمكن تحقيقها من خلال الدفع بعدم الدستورية ومن بينها إعطاء حق جديد للمتقاضي بتمكينه من الاعتداد بحقوقه المضمونة دستوريا لتصفية النظام القانوني من المقتضيات غير الدستورية[68]، وبالرجوع إلى التجربة الأمريكية نجد أن الرقابة عن طريق الدفع هو حق للأمريكيين في قضية معينة أمام المحاكم العادية للولايات بشأن مطابقة القانون المطعون فيه لدستور الولاية أو للدستور الاتحادي، أو أمام المحكمة العليا بشأن أحكام هذه المحاكم وبشأن مطابقة القانون الفيدرالي المطعون فيه للدستور الاتحادي[69] كما يعتبر هذا الشكل من الدفع الدستورية في النموذج الألماني تشجيعا

[66]محمد أتركين ، مرجع سابق ص 70- 71- 72.
[67]مصطفى قلوش ، المبادئ العامة للقانون الدستوري ، شركة بابل للطباعة والنشر والتوزيع ، الرباط ، ص 248.
[68]بوستاوق جميلة : أطروحة لنيل الدكتورة في القانون الخاص ، موضوع الأسس الدستورية ، العدالة الجنائية سنة 2016- 2017.
[69]عبد الحق بلفقيهن مرجع سابق،ص30.

للمشاركة الفعالة للمواطنين في تحقيق الديمقراطية، بل ويعطي كل شخص القدرة على معارضة الدولة "كموضوع" ويجعله عنصرا أساسيا في الدفاع عن الديمقراطية، كما نجد هذا الحق مكفول دستوريا في التشريع الفرنسي ذلك أن كل شخص طرف في الدعوى يمكنه أن يثير مدى مطابقة المقتضى التشريعي المتعلق بالحقوق والحريات للدستور، وتضم هذه القاعدة الأشخاص الطبيعيين وكذا الاعتباريين الخاضعين للقانون الخاص كما القانون العام، فالدفع بعدم الدستورية في التربة الفرنسية قد عد حقا للمواطن ولا يمكن للقاضي أن يثيره من تلقاء نفسه[70]، كذلك فآلية الدفع بعدم الدستورية في تطوير عمل القضاء الدستوري المغربي في هذا الجانب انطلاقا مما سيخلفه من قرارات في هذا أمامها بالإضافة إلى أن المحكمة ستراكم اجتهادات هامة تؤدي إلى تحقيق ملائمة العديد من القوانين مع الدستور، كما أن مجمل الأبحاث والاجتهادات الألمانية بشأن هذه المسألة، تفيد بأن الدعوى الدستورية هو إجراء قضائي يهدف لضمان وفرض الحقوق القانونية الفردية التي كفلها الدستور، وبالنظر إلى أن للمواطن الحق بأن يطالب في كل حالة انتهاك، بقرار من المحكمة الدستورية الاتحادية، فإنها لا تسمح بانتهاكات حقوق الإنسان من قبل أجهزة الدولة ، فوظيفة حماية الحقوق الفردية هي التي تميز الدعوى الدستورية على جميع الإجراءات الأخرى في المحكمة الدستورية الاتحادية، ومن خاصية التجربة الألمانية كون الأجانب أيضا لهم الحق في تقديم الدعوى الدستورية طالما أنهم قادرون على التمتع بالحقوق الأساسية [71] كما أن تفعيل هذا الأسلوب يكرس مبدأ مساواة المتقاضين أمام القضاء الدستوري من خلال تمكين المتقاضين أمام المحاكم العادية والمتخصصة بواسطة حكم تمهيدي من تقديم دفوعاتهم الجدية أمام المحكمة الدستورية، كغيرهم من المتقاضين الذين يدفعون

[70] محمد أتركين مرجع سابق ص 38.

[71] مقال منشور في مجلة "مسالك" ، القضاء الدستوري بالمغرب : المحكمة الدستورية ونظم الرقابة على دستورية القوانين، العدد 37_38 سنة 2016 ص .89.

بعدم دستورية القوانين أمام المحكمة الدستورية مباشرة بمناسبة المنازعات المتعلقة بانتخاب أعضاء البرلمان.

وكخلاصة فقد أظهرت لنا دراسة نموذج الدولة الألمانية في المراقبة البعدية "الشعبية" للقوانين أن الاستفادة من الطعن أمام المحاكم الدستورية ليست فقط ممكنة ولكنها ضرورية لحماية الحقوق الأساسية من أي انتهاك صادر من قبل السلطات.

الفقرة الثانية : حجية قرارات المحكمة الدستورية

فيما يتعلق بقرارت المحكمة الدستورية فلما لهذه المحكمة ولما لقضائها من طبيعة خاصة، فقد تكفل قانون المحكمة الدستورية بتحديد حجية أحكام المحكمة الدستورية ونص بما يفيد أن أحكام المحكمة في الدعاوى الدستورية وقراراتها بالتفسير ملزمة لجميع سلطات الدولة وللكافة، ويترتب على الحكم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم.

ولما كان الدفع بعدم دستورية مقتضى قانوني دفع موضوعي لكون أن تطبيقه في النازلة يمس بحقوق دستورية لدافعه والحكم لصالح خصمه، وحيث أنه وسيلة توجه فيها الخصومة إلى التشريع ذاته، فإن مقتضى ذلك أن الحكم الذي صدر بعدم دستورية نص تشريعي يلغى قوة نفاذ هذا النص، ويغدو معدوما من الناحية القانونية، أو يسقط كتشريع من تشريعات الدولة، ولما كان ذلك الأثر لا يقبل التجزئة بطبيعته فإن حجية الحكم الصادر بعدم دستورية نص تشريعي لا يقتصر على أطراف النزاع في الدعوى التي قضى فيها فقط، وإنما ينصرف أثر هذا الحكم إلى الكافة، وذلك يعني أن الأحكام الصادرة برفض الطعن فإنها لا تمس التشريع المطعون فيه، ولا يكون لهذه الأحكام سوى حجية نسبية بين أطرافها.

ومما لا خلاف عليه فقها وقضاء، أن أحكام المحكمة الدستورية التي تقضي بعدم دستورية نص تتمتع بحجية مطلقة، وتلتزم به جميع سلطات الدولة، ويصبح له حجية على الكافة بما يعني عدم جواز إثارة النزاع مرة أخرى حول مدى دستورية نص كانت المحكمة الدستورية قد قضت بعدم دستوريته سواء كان ذلك من ذات الخصوم في الدعوى الدستورية أو من خصوم آخرين فالحكم يحوز الحجية في مواجهة الكافة، وفي مواجهة سلطات الدولة جميعها.

بالنسبة للولايات المتحدة الأمريكية يحق للأمريكيين الدفع بعدم دستورية القوانين في قضية معينة معروضة[72] أمام المحاكم العادية للولايات لشأن مطابقة القانون المطعون فيه لدستور الولاية أو الدستور الاتحادي أو أمام المحاكم العادية للولايات بشأن مطابقة القانون الفيدرالي المطعون فيه للدستور الاتحادي.

وفي حالة صدور حكم بعدم دستورية القوانين عن المحكمة العليل فإنه يلزم كافة محاكم الولايات وتمنع عن تطبيقه نظرا لأخذ الولايات المتحدة الأمريكية بنظام "السوابق القضائية". أما بالنسبة لألمانيا فنجدها قد أخذت بأسلوب الدعوى الأصلية، وذلك منذ سنة 1949 حيث تم تعديل هذا الدستور أكثر من مرة وفي عام 1985 أصدر تعديل القانون الخاص بالمحكمة الدستورية في 12 ديسمبر 1985. وأجاز الأخذ بنظام الدعوى الأصلية وأصبح تحريك الرقابة على الدستورية من حل كل السلطات العامة والأفراد لكن بقيود معينة.

وفقا للمادة 93 من الدستور فإن المحكمة الدستورية الاتحادية تفصل في حالة النزاع أو الشك في مطابقة قانون اتحادي أو قانون ولاية من ولايات الدستور سواء من الناحية الشكلية أو الموضوعية. كذلك نفس الأمر في حالة النزاع أو الشك في مطابقة قانون ولاية قانون اتحادي آخر، ومن نفس المادة يكون تحريك الدعوى الدستورية بناء على طلب الحكومة الفيدرالية أو

[72]- محمد اوزيان ومحمد الحمومي، سليلة "المعارف القانونية والقضائية"، المحكمة الدستورية بالمغرب.

حكومة ولاية من الولايات أو على طلب ثلث مجلس النواب. أما بالنسبة لتحريك الدعوى عن طريق الأفراد يتم اللجوء إلى المحكمة الدستورية الفيدرالية بدعوى انتهاك أحد الحقوق الأساسية الواردة في الفقرة 4 من المادة 20، 30، 38، 103، 104، والمحكمة هي التي تقدر مدى جدية هذا الدفع فإن هي قدرت جديته تم قبول الدعوى وصرحت لصاحب المصلحة باللجوء إلى المحكمة الدستورية.

أما بالنسبة فرنسا فإذا كان قرار المجلس الدستوري بأن النص التشريعي المطعون فيه غير دستوري فإنه يقرر بإلغائه وزواله نهائيا من النظام الفرنسي، ويكتسب القرار حجية مطلقة في مواجهة العامة أي أنه لا يسري على طرفي النزاع.

المطلب الثاني : تطبيقات الدفع بعدم الدستورية في التشريعات المقارنة

إذا كانت التجربة المغربية في مجال الدفع بعم الدستورية لم تخرج بعد حيز الوجود بالتالي فإن مجمل حالات الدفع سيكون مصيرها الرفض كما سبق وأن أشرنا إلى ذلك مع قرار للمحكمة الدستورية المغربية رقم 18/80 ملف عدد 18/029[73]، فإن التجارب المقارنة في هذا المجال كما سنبين في هذا المطلب غنية بقرارات عززت الحماية الدستورية للحقوق والحريات.

فالرقابة اللاحقة على دستورية القوانين أي التثبت من دستورية أحكام قانونية دخلت حيز النفاذ تكمن من كشف حالة عدم الدستورية التي تظهر عند تطبيق قانون ما والتي لم يكن من الممكن أحيانا تشخيصها في بداية الأمر، لذلك سنعرض لبعض القرارات التي كرست الحماية الفعلية للحقوق الأساسية في التجربة الألمانية في **(الفقرة الأولى)** والتجربتين الفرنسة والأمريكية في **(الفقرة الثانية)**

[73]قرار حول الدفع بعد دستورية المادة 265 من قانون المسطرة الجنائية تقدم به دفاع المتهم وقوبل بالرفض لكون القاضي التنظيمي 86.15 لم يخل بعد حيز التنفيذ.

الفقرة الأولى : تطبيقات الدفع بعدم الدستورية في التجربة الألمانية

ما دامت الرقابة من طرف المحكمة الدستورية الاتحادية الألمانية يمكن اللجوء إليها وفقا للمادة 93 من دستورها ورفع دعاوى من جهات متعددة، وأنها الوحيدة المختصة بالحكم على دستورية القوانين؛ فإذا امتنعت إحدى المحاكم من تطبيق مادة قانونية معينة لعدم دستوريتها فإنها ترفع الأمر إلى المحكمة الدستورية لتفصل في الموضوع ومن تم الالتزام بقرارها سواء كان بالتعديل أو السحب.

خير مثال نورده في هذا الصدد حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 282/108 الصادر عن الغرفة الثانية بتاريخ 24 شتنبر 2003 يتعلق بالحجاب الإسلامي[74]، طالبت فيه الطاعنة بإعادة توظيفها في المنظومة المدرسة في ولاية بادن فورتمبرغ، بعد قرار وزارة التعليم المدرسة العليا لشتوتكارت التي أقرته المحاكم الإدارية، وقد تم من خلال هذا القرار، رفض قبول الطعن في النظام الأساسي للموظفين العموميين بعد اجتياز الاختبار (مدرسة في التعليم الابتدائي والتعليم الأساسي) بحجة أنها تفتقر إلى الخبرة اللازمة للقبول في المنصب بناء على عزمها المعلن على ارتداء الحجاب الإسلامي في المدرسة وخلال الحصص الدراسية.

قوبلت دعوى طعن الحماية بالقبول والدعم، لأن القرارات المطعون فيها تنتهك الفقرة 2 من المادة 33 من القانون الأساسي المرتبط بالفقرتين 1 و 2 من المادة 4 من القانون الأساسي والفقرة 3 من المادة 33 من القانون الأساسي[75]، وقد تمت الموافقة على هذا الحكم بواقع خمس أصوات مقابلا ثلاثة ...[76] .

---

[74] يشير الحكم إلى الحجاب أو الخمار، وهو لباس تستخدمه النساء المسلمات لستر الشعر والعنق عبارة كويشتوخ الألمانية أكثر دقة من العبارتين : خمار ووشاخ بالإسبانية .

[75] تنص المادة 33 من دستور ألمانيا ليوم 28 مايو 1949 مع آخر تعديل لسنة 2012 على ما يلي :
الفقرة الأولى :
يتمتع كل الألمان في كل الولايات بنفس الحقوق والواجبات الوطنية.
الفقرة الثانية :
يحق لكل ألماني، أن يتدخل بالمساواة لأي منصب عمومي وفقا لمؤهلاته وكفاءته وقدراته المهنية.

وفي حكم آخر[77] للمحكمة الدستورية الفيدرالية الألمانية رقم 328/9 يتعلق بالحد الأدنى للسن للقابلات قضت فيه المحكمة برفض طعن الحماية التي رفعتها القابلة ضد قرار المحكمة الدستورية الفيدرالية الصادر بتاريخ 22 نونبر 1956-1 ت 54/198، حيث منعت الطاعنة من الاستمرار في مهنة القابلة بعد أن بلغت من العمر 70 عاما في فاتح فبراير 1951 تحت طائلة العقوبة الجنائية.

وقد أعلنت الطاعنة أنه تشكل هذه القاعدة القانونية انتهاكا لما هو منصوص عليه في الفقرة 1 من المادة 3 من القانون الأساسي بدعوى أن نفس الوقائع – ممارسة مهنة المولدة ومهنة الطب – قد تم تنظيمها بنظامين داخليين بشكل متمايز، من جهة لا يوجد للأطباء أي حد أدنى للسن، ولا يوجد مع ذلك دافع مادي معقول ليكون هذا الاختلاف موضوعيا.

الفقرة الثانية : تطبيقات الدفع بعدم الدستورية في التجربتين الأمريكية والفرنسية

تعد التجربة الأمريكية في الرقابة على دستورية القوانين من أقدم التجارب وأكثرها ثراء وأبعدها تأثيرا وقد ظلت هذه التجربة طوال القرن التاسع عشر وبدايات القرن العشرين التجربة الوحيدة في الرقابة على دستورية القوانين، إلى أن بدأت في أروبا عقب الحرب العالمية الأولى وبعد ذلك بدأت في الانتشار الواسع في النصف الثاني من القرن العشرين .

لذلك ستكون دراستنا في هذا المجال بعض تطبيقات أو قرارات المحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية، حيث يعد النظام القضائي الأمريكي أكثر النظم القضائية قوة في العالم،

الفقرة الثالثة :
يكون التمتع بالحقوق المدنية، بالحقوق المواطنة، والقبول في تولي الوظائف العمومية، والحقوق المكتسبة أثناء العمل في المرافق العمومية مستقلا عن الطائفة الدينية، ولا يمكن أن يميو أي شخص بسبب انتمائه أو عدم انتمائه إلى طائفة دينية، أو إيديوجية.
الفقرة الرابعة :
تسند ممارسة اختصاصات بواسطة مسطرة عامة بلقب مهمة دائمة في سلك الموظفين العموميين، ويخضعون في علاقتهم للقانون العام للخدمة والنزاهة.
الفقرة الخامسة :
يجب أن ينظم ويطور النظام القانوني للوظيفة العمومية وفقا للمبادئ الأساسية المألوفة للموظف العمومي.

[76] أحمد السوداني، ترجمة أحكام الدستورية الفيدرالية الألمانية الحقوق والحريات الأساسية ، الجزء الثاني، دار الطبع لون الرباط المغرب، نشر مؤسسة كورناد أديناور، 2017، ص 197.

[77]. أحمد السوداني، مرجع سابق، ص 129.

وتنهض أسس هده القوة على حقيقة أن المحاكم الأمريكية تفسر القانون وأن للمحكمة الحكم النهائي في تفسير الدستور وقد مارست المحكمة منذ عام 1803 سلطة المراجعة القضائية أي سلطة إعلان عدم دستورية أحد القوانين.

والمقصود بأحد القوانين هو قانون القضاة الاتحادي لعام 1789 الذي قضى بعدم دستورية القاضي " جون مارشال" في القضية المشهورة " ماربورى ضد ماديسون" [78] حيث تتلخص هذه القضية في تلك الفترة أنه كان صراع بين الإتحادين، ولما أجريت الانتخابات العامة سنة 1800 أسفرت عن فوز "جيفرسون " بالرئاسة وهو من خصوم الفدرالية، وسنحت الفرصة لتعيين رئيس اتحادي للمحكمة العليا وهو جون مارشال وكان ذلك ضمن برنامج للسيطرة على السلطة القضائية فأصدر الكونغرس في عام 1801 قانون جديد لينظم هذه السلطة .

وفي منتصف اليوم السابق على تخليه عن عمله وقع رئيس الدولة على هذه التعيينات وعرف هؤلاء القضاة بقضاة الليل وفي غمرة هذه الأحداث نسي الرئيس تسليم عدد من القرارات إلى أصحابها فرفع بري وزملائه دعوى أمام المحكمة العليا ليصدر أمر قضائي يسلمهم قرارات التعيين وعندما عرض الأمر على جون مارشال أن يشتغل هذه القضية غير الهامة ليؤكد حق المحكمة العليا في الرقابة على دستورية القوانين حيث لجأ مارشال إلى مناورة أذهلت أنصاره وخصومه عنده وجد أن الفقرة الثالثة من قانون النظام القضائي الصادرة لعام 1789 التي أقرت للمحكمة العليا الاختصاص بإصدار الأوامر السالفة بصفة أصلية تخالف المادة الثالثة من الدستور التي حددت الاختصاص الابتدائي والاستثنائي للمحكمة العلي عاتقها الرقابة على

[78] عادل حميد الصلوي، القضاء الدستوري في الولايات المتحدة الأمريكية، رقابة الامتناع نموذجا، مجلة قانونية، قانون وأعمال العدد الخامس، السنة 2017، ص 107.

دستورية القوانين، وعلى اثر هذه الواقعة أعلنت المحكمة واستنادا إلى المادة 3 من الباب الثاني من الدستور أن الباب الثالث عشر من قانون القضاء الاتحادي غير دستوري[79] .

ومن تطبيقات الدفع بعدم الدستورية أيضا نجد القوانين تمتد في الولايات المتحدة الأمريكية من طرف المحكمة العليا منذ سنة 1810 في قضية " فليشر" ضد " بيك" قد قضت بأن قانون إحدى الولايات غير دستوري على اساس أن القانون محل الطعن كان قد انتهك " فترة العقد" في المادة1/20 من الدستور.

كما نجد أيضا من أشهر القضايا ذلك النزاع الذي أثير بصدد دستورية أحد القوانين أمام محكمة "مقاطعة روايلند" وكان ذلك في سنة 1786 قبل إنشاء المحكمة الاتحادية العليا، وقد انتهت محكمة المقاطعة بعد فحص القانون إلى عدم دستوريته، ورفضت تطبيقه في النزاع المطروح أمامها وكذلك أيضا عشية الاستقلال لسنة 1786 وجه قاضي من ولاية "ماساسوتش "هيئة المحلفين لتقرير إن قوانين البرلمان تنتهك القانون الأساسي ويجب تجنبها[80] .

كما نجد أيضا قرار للمحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية حيث رفضت مرسوم الرئيس الأمريكي دونالد ترامب لتقييد الحق في طلب اللجوء الذي أقرته محكمة استئناف فديرالية سابقا، وبذلك رفضت المحكمة العليا الأمريكية تثبيت المرسوم الذي يستهدف بالأساس طلبات اللجوء المقدمة من أشخاص عبروا الحدود الجنوبية بشكل غير شرعي والذي يحرم المهاجرين العابرين للحدود بين الولايات المتحدة والمكسيك بطريقة غير شرعية من حق المطالبة باللجوء، الأمر الذي أدى إلى إبطال تعليق هذا المرسوم المثير للجدل الذي يخالف مقتضيات

[79] بسمة عبد المعطي الحوراني، بحث قانوني ودراسة حول تجربة الرقابة القضائية في الولايات المتحد الأمريكية جامعة العلوم الإسلامية العالمية بحث منشور على موقع محاماة نت. كلية الشريعة والقانون ، بحث منشور على موقع محاماة نت https://www.mohamah.net، تم الاطلاع عليه بتاريخ 25، 04:30.

[80] بسمة عبد المعطي الحوراني ، نفس المرجع أعلاه.

الدستور والذي أقرته محكمة استئناف فدرالية في سان فرانسيسكو بعد أن وقعه دونالد ترامب في التاسع من تشرين الثاني _ نونبر سنة 2018[81].

حقوق الإنسان ركن أساسي في شرعية السلطة، وقد غدت محورا من محاور القانون الدولي، ولم تعد شأن محض داخلي، فالتجارب التي مرت بها الشعوب خاصة أثناء الحرب العالمية الثانية، وما رافقها من انتهاكات فظيعة لحقوق الإنسان أكدت انه لا يجوز الإبقاء على المبدأ القائل بأن حقوق الإنسان شأن داخلي، يندرج في إطار العلاقة بين المواطنين والسلطة ، وفي إطار ما تمثله هذه السلطة من سيادة وطنية، وانه يجب على السلطة أن تحترم حقوق مواطنيها وفق معايير دولية، تعبر عن إرادة شعوب العالم باحترام حقوق الإنسان وصونها في أية بقعة من بقاع العالم، مهما كانت الاديولوجية التي ترتكز عليها الأنظمة السياسية

هذا الأمر يستدعي البحث في ضمانات الحقوق في القانون الداخلي، ووفق تسلسل أو تراتبية القواعد التي يقوم عليها النظام القانوني في الدولة، والتي تجعل منها دولة مؤسسات ، يأتي الدستور في سلم تراتبية القواعد الحقوقية، مما يعني أن جميع القواعد القانونية بمختلف أشكالها ينبغي ألا تخالف الدستور، ولضمان سمو قواعد هذا الأخير أقر المشرع بعض الآليات القانونية ، كما أحدث أجهزة تتولى البت في دستورية القواعد القانونية الأدنى وتختلف تسميتها من دولة إلى أخرى، إذ تسمى الأولى في بعض الدول بآلية الدفع بعدم الدستورية وفي البعض الأخر المسألة الأولية الدستورية ، وتسمى الثانية في بعض التجارب بالمحكمة الدستورية وفي البعض الأخر بالمجلس الدستوري.

ومن هنا فإن هذه الأجهزة تسهر على حماية الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور كلما أثير أمامها دعوى تتعلق بعدم دستورية مقتضى قانوني، ولم يشد المجلس الدستوري الفرنسي على

[81] الولايات المتحدة : المحكمة العليا ترفض تطبيق مرسوم ترامب بشأن طلب اللجوء ، مقال منشور على صفحة فرانس 24 ، تما الإطلاع عليه بتاريخ 2-06 2019 على الساعة 14:40.

هذا النحو إذ اصدر بهذا الخصوص قرارات عديدة تكرس إعلاء المقتضيات الدستورية وكان أهمها القرار الذي صدر حديثا [82] الذي أكد أن مساعدة مجانية للأجانب في وضع غير قانوني لا يمكن أن تعرض صاحبها لملاحقات، مكرسا للمرة الأولى "مبدأ الأخوة " باعتباره واحد من أبرز مبادئ القانون الفرنسي ، ذلك أن المجلس لدستوري شدد أن شعار الجمهورية الفرنسية هو "حرية ، مساواة، أخوة "ومن هذا المبدأ الدستوري تنبع حرية مساعدة الأخر، بهدف إنساني، من دون الأخذ بعين الاعتبار قانونية إقامته على الأراضي الفرنسية ، وهو ما يلغي جنحة التضامن التي كان يلاحق بها الفرنسيين يساعدون مجانا مهاجرين ، وتحقق ذلك بفعل قضية رفعها سيدريك هيرو الذي أدين هو أخر من طرف المحاكم بتهمة تقديم المساعدة للأجانب المقيمين بطريقة غير قانونية ، والذي بتكريس المجلس لمبدأ الأخوة أضحت هذه الأحكام غير دستورية ومن ثم كانت المادة 622.1 التي تعاقب المساعدة في الدخول والتنقل والإقامة غير القانونية بالسجن خمس سنوات حدا أقصا وبغرامة تبلغ 30 ألف يورو[83].

كما اصدر المجلس الدستوري الفرنسي قرار يقضي بعدم دستورية المادة 13.600 من مدونة التعمير بتاريخ 19 ابريل 2019 رقم 777.2019 بعد إحالة قدمت له من طرف مجلس الدولة في 11 ابريل 2019، وفقا للشروط المحدد في المادة 61.1من الدستور.

وتتلخص وقائع هذه القضية في كون المسمى بوشعيب سمير تقدم بطعن ضد المادة 13.600 من مدونة التعمير لأنها تمس بأحد حقوقه الإجرائية الأساسية الذي هو حق في التقاضي أمام

[82] Décision n°2018-717/7818 QPC du 06 juillet 2018- saisi par le conseil constitutionnel française.

[83] Pour la première fois le conseil constitutionnel a jugé que la fraternité est un principe, à valeur constitutionnelle pour ce faire il a rappelé qu'aux termes de sont article 2 : « la devise de la république est liberté, égalité, fraternité, » la constitution se réfère également dans son préambule et dans son article 72-3 à idéale commun de liberté d ègalité et de fraternité il découle de ce principe la liberté d aider autrui dans un but humanitaire son considération de la régularité de son séjour sur le territoire national .

القضاء الإداري في منازعات التعمير، حيث تم الارتكاز في هذا الطعن، على مبادئ ذات قيمة دستورية تخص أساسا الحق في التقاضي والحق في الولوجية إلى القانون ومفهوميته.

فقد نصت المادة 13.600 من مدونة التعمير على انه يمكن للقاضي أن يحكم ببطلان العريضة الافتتاحية إذا لم يقدم صاحبها الوثائق المطلوبة للنظر في القضية داخل أجل محدد، ووفق تبرير مشروع ، وهو ما اعتبره الطاعن، من خلال محاميه، بمثابة عيب قانوني يشوب هذه المادة، وينتهك حق الطعن القضائي المخول للمتقاضين.

وفي هذا السياق، فقد تأسست مذكرة الطعن على مجموعة من النواقص القانونية التي اعترت المادة السابقة، من بينها أن مقتضياتها جاءت عامة وفضفاضة، ولم تحدد بدقة نوعية الوثائق التي يجب أن تدرج في عريضة الطعن، كما استند القاضي الدستوري اثناء النظر في القضية على المادة 16 من إعلان حقوق الإنسان والمواطن التي تضمن للأفراد حق ممارسة الطعن القضائي ، حيث خلص في هذا الصدد على أن المقتضى موضوع الطعن لا يتناسب مع المصلحة المرجوة، ويحمل في متنه مخالفة للدستور.

خـــــــاتـــــــمة :

لاحظنا من دراستنا لموضوع الدفع بعد الدستورية، الذي شكل ثورة حقوقية في بلادنا، من خلال مشروع القانون التنظيمي المتعلق بشروط وإجراءات الدفع بعدم الدستورية وبعض التجارب المقارنة؛ أنه يعد من الركائز الأساسية لحماية الحقوق والحريات التي يكفلها الدستور، كما أن هذه ا آلية القانونية تعتبر من الركائز الأساسية لتكريس دولة الحق والقانون وكذا الديمقراطية التشاركية، من خلال فتح الباب أمام الأفراد لولوج العدالة الدستورية .

وقيامنا بالمقارنة بين التجارب المذكورة ليس من أجل تفضيل أو ترجيح نظام على آخر بقد ما هو استفادة من هذه التجارب العريقة.

وتنزيل هذه الآلية – الدفع بعدم الدستورية – ليس بالأمر السهل وإنما يتطلب من المشرع ضرورة تحقيق نوع من التوازن والتكامل بين الغاية المنشودة من إحداثها، وهي صون الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور، وبين ضرورة تحقيق النجاعة القضائية، ولا سيما على متسوى تبسيط المساطر وتقليص الآجال وقواعد الحكامة العادلة.

ونشير فالأخير إلى نجاح آلية الدفع بعد الدستورية رهين بحسن تقدير أهميتها ليس فقط من طرف المواطنين، بل حتى من طرف الأجهزة القضائية التي تبت فيها. كما نتساءل عن مدى إمكانية القاضي الدستوري في الطعن بعدم دستورية قانون يمس بالحقوق والحريات التي تكفلها المواثيق الدولية المصادقة عليه، علما أن المشرع الدستوري جعل هذه الأخير تسمو على التشريعات الوطنية بما فيها الدستور؟

كما نود في الأخير فتح باب النقاش حول موضوع ذو أهمية يرتبط أساسا بحماية القضاء للحقوق والحريات، ويتجلى في مدى إمكانية حماية الحقوق والحريات المنصوص عليها في المواثيق الدولية المصادق عليها والتي لا تتضمنا المواثيق الدولية.

وقد يبدو للوهلة الأولى أن طرح هذا التساؤل مجرد تحصيل حاصل ،بدليل أن الدستور قد نص على سمو الاتفاقيات الدولية المصادق عليها على القوانين الوطنية ، لكن الصياغة الركيكة الفضفاضة العامة التي جاء بها هذا المبدأ هي التي فرضت علينا طرح هذا التساؤل ، إذ نجد ان هذا المبدأ مقيد بشروط تفرغه من محتواه ومضمونه إلى درجة يبدو وبشكل كبير أن الذي يسمو هو القوانين الوطنية، لكن نأمل رغم كل هذا أن يسير القضاء الدستوري المغربي على النحو الذي سار عليه القضاء العادي والإداري من خلال الاستشهاد بالمواثيق الدولية المصادق عليها من طرف المملكة المغربية.

ملـحق :

1- قرار المحكمة الدستورية تحت رقم 70/18 الصادر في 6 مارس 2018 المتعلق بمشروع القانون التنظيمي المتعلق بتحديد شروط وإجراءات تطبيق الفصل 133 من دستور 2011.

المملكة المغربية الحمد لله وحده،

المحكمة الدستورية

ملف عدد: 18/024

قرار رقم : 18/70 **م.د**

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

المحكمة الدستورية،

بعد اطلاعها على القانون التنظيمي رقم 86.15 المتعلق بتحديد شروط وإجراءات الدفع بعدم دستورية قانون، المحال عليها بمقتضى رسالة السيد رئيس الحكومة، المسجلة بأمانتها العامة في 14 فبراير 2018، وذلك من أجل البت في مطابقته للدستور؛

وبعد اطلاعها على رسالة السيد رئيس الحكومة المسجلة بالأمانة العامة المذكورة في 22 فبراير 2018؛

وبعد الاطلاع على الوثائق المدرجة في الملف؛

وبناء على الدستور، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.91 بتاريخ 27 من شعبان 1432 (29 يوليو 2011)، لاسيما الفصول 5 و6 و49 و71 و84 و85 و110 و120 و123 و132 و133 و134 و153 منه؛

وبناء على القانون التنظيمي رقم 066.13 المتعلق بالمحكمة الدستورية، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.14.139 بتاريخ 16 من شوال 1435 (13 أغسطس 2014)، لاسيما المادتين 23 و25 منه؛

وبعد الاستماع إلى تقرير العضو المقرر والمداولة طبق القانون؛

أولا– فيما يتعلق بالاختصاص:

حيث إن الفصل 132 من الدستور ينص في فقرته الثانية على أن القوانين التنظيمية، قبل إصدار الأمر بتنفيذها، تحال إلى المحكمة الدستورية لتبت في مطابقتها للدستور، مما تكون معه المحكمة المذكورة مختصة بالبت في مطابقة القانون التنظيمي المحال إليها للدستور؛

ثانيا- فيما يتعلق بالشكل والإجراءات المتبعة:

1- في شأن الإجراءات الخاصة بإقرار القانون التنظيمي:

حيث إنه، يبين من الاطلاع على الوثائق المدرجة في الملف، أن القانون التنظيمي رقم 86.15 المتعلق بتحديد شروط وإجراءات الدفع بعدم دستورية قانون، المحال على المحكمة الدستورية، اتُّخذ في شكل قانون تنظيمي، جرى التداول في مشروعه بالمجلس الوزاري المنعقد بتاريخ 23 يونيو 2016 طبقا لأحكام الفصل 49 من الدستور، وتم إيداعه بالأسبقية لدى مكتب مجلس النواب بتاريخ 11 يوليو 2016، ولم يشرع في التداول فيه، من قبل هذا المجلس، إلا بعد مضي عشرة أيام على إيداعه لدى مكتبه، ووافق عليه، في قراءة أولى، في جلسته العامة المنعقدة بتاريخ 8 أغسطس 2017، وبعد ذلك تداول فيه مجلس المستشارين وأدخل تعديلات على بعض مواده، ووافق عليه في جلسته العامة المنعقدة بتاريخ 16 يناير 2018، ثم صادق عليه مجلس النواب نهائيا، في قراءة ثانية، في الجلسة العامة المنعقدة بتاريخ 6 فبراير 2018 بأغلبية 158 صوتا من أصل 188 من أعضائه الحاضرين؛

وحيث إنه، تبعا لذلك، يكون شكل تقديم القانون التنظيمي رقم 86.15 المتعلق بتحديد شروط وإجراءات الدفع بعدم دستورية قانون وإجراءات إعداده والتداول فيه والتصويت عليه، مطابقا لأحكام الفصلين 84 و85 من الدستور؛

2- في شأن الإجراءات المتطلبة وفق المادة 25 من القانون التنظيمي المتعلق بالمحكمة الدستورية:

حيث إن المادة 25 من القانون التنظيمي المذكور تنص على أنه "تقوم المحكمة الدستورية، فور إحالة القوانين التنظيمية...بإبلاغ ذلك إلى الملك ورئيس الحكومة ورئيس كل مجلس من مجلسي البرلمان الذي يتولى إعلام أعضاء مجلسه بالأمر.

ولرئيس الحكومة ورئيس مجلس النواب ورئيس مجلس المستشارين وأعضاء المجلسين أن يدلوا إلى المحكمة الدستورية بما يبدو لهم من ملاحظات كتابية في شأن القضية المعروضة عليها"؛

وحيث إنه، بناء على ذلك، أبلغت المحكمة الدستورية، فورا، الجهات المحددة في الفقرة الأولى من المادة 25 أعلاه، ومنحت رئيس الحكومة ورئيسي مجلسي البرلمان أجلا للإدلاء بملاحظاتهم في الموضوع؛

وحيث إن المحكمة الدستورية توصلت، تبعا لذلك، برسالة من السيد رئيس الحكومة، يطلب فيها من المحكمة المذكورة "تصحيح أخطاء مادية" شابت بعض مواد القانون التنظيمي، وهو ما لا يندرج ضمن الملاحظات التي تكون محل نظر المحكمة الدستورية؛

ثالثا– فيما يتعلق بالموضوع:

حيث إن الفقرة الثانية من الفصل 133 من الدستور تنص على أنه يحدد قانون تنظيمي شروط وإجراءات تطبيق الدفع بعدم دستورية قانون؛

وحيث إن القانون التنظيمي رقم 86.15 المتعلق بتحديد شروط وإجراءات الدفع بعدم دستورية قانون، المعروض على نظر المحكمة الدستورية، يتكون من 27 مادة موزعة على خمسة أبواب، يتضمن الباب الأول منها أحكاما عامة (المواد 1- 3)، والباب الثاني شروط وإجراءات إثارة الدفع بعدم دستورية قانون أمام محاكم أول درجة ومحاكم ثاني درجة (المواد 4-9)، والثالث اختصاص محكمة النقض بالنظر في الدفع بعدم دستورية قانون (المواد 10-13)، والرابع شروط وإجراءات الدفع بعدم دستورية قانون أمام المحكمة الدستورية والبت فيه (المواد 14-24)، والخامس مقتضيات ختامية (المواد 25-27)؛

وحيث إنه، يبين من فحص هذه المواد، مادة مادة، أنها تثير من حيث اكتسائها طابع قانون تنظيمي أو مطابقتها للدستور ما يلي:

في شأن المادتين الأولى و23:

حيث إن المادتين المذكورتين تنصان، بالتتابع، على أنه "تطبيقا لأحكام الفقرة الثانية من الفصل 133 من الدستور، يحدد هذا القانون التنظيمي شروط وإجراءات الدفع بعدم دستورية قانون ساري المفعول، يراد تطبيقه بشأن دعوى معروضة على المحكمة، يدفع أحد أطرافها أنه يمس بالحقوق والحريات التي يضمنها الدستور"، وأنه "يترتب عن القرار الصادر عن المحكمة الدستورية بعدم دستورية مقتضى تشريعي، نسخه ابتداء من تاريخ تحدده المحكمة الدستورية في قرارها، طبقا لأحكام الفصل 134 من الدستور"؛

وحيث إن المواضيع التي جعلها الدستور من مشمولات القانون التنظيمي المتعلق بتطبيق الفصل 133 من الدستور، هي تلك التي تهم شروط وإجراءات الدفع بعدم الدستورية؛

وحيث إن مضمون المادتين، ليس سوى تذكير بما ورد في الفصلين 133 و 134 (الفقرة الأولى) من الدستور، ولا تتضمنان أي شرط أو إجراء متعلق بمسطرة الدفع بعدم الدستورية، مما يجعلهما لا تكتسيان طابع قانون تنظيمي؛

في شان المادة الثانية:

حيث إن هذه المادة تنص على أنه "يراد بالعبارات التالية في مدلول هذا القانون التنظيمي ما يلي:

أ- القانون الذي يدفع أحد أطراف الدعوى أنه يمس بالحقوق والحريات التي يضمنها الدستور: كل مقتضى ذو طابع تشريعي يراد تطبيقه في دعوى معروضة على المحكمة، ويدفع طرف من أطرافها بأن تطبيقه سيؤدي إلى خرق أو انتهاك أو حرمان من حق من الحقوق أو حرية من الحريات التي يضمنها الدستور؛

ب- أطراف الدعوى: كل مدع أو مدعى عليه في قضية معروضة على المحكمة، وكل متهم أو مطالب بالحق المدني أو مسؤول مدني في الدعوى العمومية...؛

ج- دفع أحد الأطراف بعدم دستورية قانون: الوسيلة القانونية التي يثير بواسطتها أحد أطراف الدعوى، أثناء النظر فيها، عدم دستورية قانون يعتبره مسا بحق من الحقوق أو بحرية من الحريات التي يضمنها الدستور، وذلك طبقا للشروط والكيفيات المنصوص عليها في هذا القانون التنظيمي"؛

وحيث إنه، **من جهة**، فإن هذه المادة، لئن كانت لا تنص على الإجراءات والشروط الكفيلة بتطبيق أحكام الفقرة الأولى من الفصل 133 من الدستور، فإن تحديدها لمدلولات القانون وأطراف الدعوى والمقصود بالدفع، التي يتوقف عليها إعمال آلية الدفع بعدم الدستورية، يجعلها، بالتبعية، من مشمولات القانون التنظيمي؛

وحيث إنه، **من جهة أخرى**، فإن الفقرة الأولى من الفصل 133 من الدستور، جعلت الدفع بعدم الدستورية حقا مخولا للأطراف بصيغة العموم؛

وحيث إنه، خلافا لذلك، فإن البند (ب) من المادة الثانية المذكورة، عمد إلى بيان وتحديد الأطراف المخول لهم حق إثارة الدفع بعدم الدستورية وجعله حقا محصورا فيهم، وليس حقا مخولا لكل الجهات التي ينطبق عليها وصف "الطرف"؛

وحيث إنه، 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؛

وحيث إنه، لئن كانت النيابة العامة، باعتبارها طرفا في الدعوى المدنية، قد يشملها تعبير "مدع أو مدعى عليه"، فإن البند (ب) يستثني النيابة العامة من أطراف الدعوى العمومية المعنيين بمسطرة الدفع، بحصره الجهات المخول لها هذا الحق في المتهم أو المطالب بالحق المدني أو المسؤول المدني؛

وحيث إن 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، تعتريها شبهة عدم الدستورية؛

وحيث إنه، تبعا لذلك، فإن 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؛

في شأن المادتين الثالثة (الفقرة الأخيرة) والعاشرة (الفقرة الأخيرة):

حيث إن الفقرتين الأخيرتين من المادتين الثالثة والعاشرة، تنصان، بالتتابع، على أنه "لا يمكن إثارة الدفع...تلقائيا من لدن المحكمة"، وأن محكمة النقض لا يمكنها إثارة الدفع بشكل تلقائي؛

وحيث إن المحكمة تضم مكونين مختلفين، بالرغم من انتمائهما معا إلى الجسم القضائي نفسه، هما قضاة الأحكام وقضاة النيابة العامة ؛

وحيث إن التمييز بين قضاة الأحكام المخول لهم إصدار الأحكام، وقضاة النيابة العامة باعتبارهم طرفا في الدعوى، يجعل قاعدة عدم تلقائية إثارة الدفع من قبل المحكمة، لا تسري إلا على قضاة الأحكام دون قضاة النيابة العامة؛

وحيث إنه، مع مراعاة هذا التفسير، فإنه ليس في المادتين الثالثة (الفقرة الأخيرة) والعاشرة (الفقرة الأخيرة فيما نصت عليه في آخرها من أنه "لا يمكنها إثارته تلقائيا")، ما يخالف الدستور؛

في شأن المواد الثالثة (الفقرة الأولى) و14 و15:

حيث إن الفقرة الأولى من المادة الثالثة تنص 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"، وأن المادة 15 تنص على أنه "يترتب عن تقديم الدفع أمام المحكمة الدستورية بمناسبة المنازعة المتعلقة بانتخاب أعضاء البرلمان، إيقاف البت في هذه المنازعة إلى حين بت المحكمة الدستورية في الدفع المقدم أمامها"؛

وحيث إن المادة 14 تنص على أنه "تحدد مسطرة البت في الدفع بعدم دستورية قانون أمام المحكمة الدستورية بموجب النظام الداخلي لهذه المحكمة..."؛

وحيث إن الفصل 133 من الدستور، الذي أوكل اختصاص البت في الدفع بعدم الدستورية إلى المحكمة الدستورية، لم يحدد الجهة القضائية التي يمكن أن يثار أمامها، عبر جعل إثارة الدفع تتم بمناسبة النظر في قضية، مما يسمح بإمكانية إثارة الدفع أمام محاكم التنظيم القضائي للمملكة بمختلف درجاتها، وأيضا أمام المحكمة الدستورية في الاختصاص المخول لها في شكل "قضية"؛

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؛

وحيث إن المحكمة الدستورية، باعتبارها قاضيا انتخابيا بمناسبة نظرها في الطعون الانتخابية المتعلقة بأعضاء البرلمان، تطبق أحكام القانونين التنظيميين المتعلقين بمجلسي البرلمان، إلى جانب المقتضيات ذات الصلة الواردة في قوانين أو مراسيم؛

وحيث إنه، يترتب عن هذا التفصيل للقواعد القانونية المطبقة، أنه لا يمكن إثارة الدفع بخصوص أحكام القانونين التنظيميين المتعلقين بمجلسي البرلمان، بسبب سبق البت في دستوريتهما، إلا في حالة تغير ظروف القانون أو الواقع، وهو ما يسري أيضا على القوانين التي كانت موضوع مراقبة قبلية، في حين أنه لا يندرج فحص دستورية المراسيم ضمن اختصاصات المحكمة الدستورية، سواء في إطار المراقبة القبلية أو البعدية، ولو تعلقت بالعملية الانتخابية؛

وحيث إنه، مع مراعاة ما تقدم، فإن تخويل أطراف الطعون الانتخابية، بمناسبة تقديمها، حق إثارة الدفع بعدم الدستورية، ليس فيه ما يخالف الدستور؛

وحيث إنه، باستثناء التأكيد على وقف البت في منازعة الطعون الانتخابية إلى حين البت في الدفع المرتبط بها، فإن القانون التنظيمي لم يتضمن أي مقتضى يخص الشكل الذي يتخذه هذا الدفع، وهل يقدم بمذكرة مستقلة أم في صلب عريضة الطعن أو في المذكرة الجوابية بالنسبة للمطعون في انتخابه، ومدى إلزامية الاستعانة بمحام من عدمها؛

وحيث إنه، ليس في القانون التنظيمي المعروض على نظر المحكمة أو في القانون التنظيمي المتعلق بها، ما يفيد تطبيق القواعد والأحكام الواردة فيهما، على الدفع بعدم الدستورية المثار بمناسبة المنازعة الخاصة بانتخاب أعضاء البرلمان؛

وحيث إن القانون التنظيمي المعروض، أحال بمقتضى المادة 14 منه على نظام داخلي للمحكمة الدستورية تحديد مسطرة البت بعدم دستورية قانون أمامها، مع مراعاة القواعد الواردة في المواد من 16 إلى 24 منه؛

وحيث إن إحالة القانون التنظيمي، على نظام داخلي للمحكمة الدستورية، تحديد قواعد تتعلق بالدفع المثار أمام المحكمة المذكورة، بخصوص المنازعة في انتخاب أعضاء البرلمان، يعد تخليا من المشرع عن ممارسة اختصاص موكول له حصرا، بمقتضى الدستور؛

وحيث إن غياب أحكام من ذات القبيل المرتبطة بتطبيق حقوق وضمانات دستورية لاسيما ما يتعلق منها بإجراءات التقاضي وحق الدفاع، يشكل إغفالا تشريعيا يتعين معه التصريح بعدم دستورية المادة 14؛

في شأن المادة الخامسة:

حيث إن هذه المادة تنص، إلى جانب أحكام أخرى، على أنه "يجب...إثارة الدفع بعدم الدستورية بواسطة مذكرة كتابية...تكون موقعة من قبل الطرف المعني أو من قبل محام مسجل في جدول هيئة من هيئات المحامين بالمغرب..."؛

وحيث إن الأحكام المذكورة قد تؤول بأن إثارة الدفع يتيح للطرف المعني الخيار بين توقيعه شخصيا على مذكرة الدفع أو رفعها من قبل محام؛

وحيث إنه، تحقيقا للانسجام التشريعي بين ما ورد في المادة الخامسة المشار إليها، وبين المقتضيات الإجرائية العامة التي جاءت تطبيقا لفصول الدستور، لا سيما الفقرة الأخيرة من الفصل 120 منه، يتعين تفسير الاختيار الوارد في المادة المذكورة، بأن الدفع بعدم الدستورية، يتبع الدعوى الأصلية بخصوص ما تتطلبه 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؛

وحيث إنه، مع مراعاة هذا التفسير، فإن ما تضمنته المادة الخامسة المشار إليها من توقيع مذكرة الدفع من قبل الطرف المعني أو من قبل محام، ليس فيه ما يخالف الدستور؛

في شأن المواد السادسة والعاشرة و11:

حيث إن المادة السادسة تنص في فقرتيها الأولى والثالثة، على أنه "يجب على المحكمة أن تتأكد من استيفاء الدفع بعدم دستورية قانون، المثار أمامها، للشروط المشار إليها في المادة 5...داخل أجل أقصاه ثمانية أيام من تاريخ إثارته أمامها. يكون مقررها بعدم القبول معللا وغير قابل للطعن، ويجوز إثارة نفس الدفع من جديد أمام المحكمة الأعلى درجة"، وتنص المادة 10 على أنه "يحال الدفع بعدم دستورية قانون، المثار أمام محكمة أول درجة أو محكمة ثاني درجة، حسب الحالة، إلى الرئيس الأول لمحكمة النقض...غير أنه إذا أثير الدفع بعدم دستورية قانون أمام محكمة النقض لأول مرة بمناسبة قضية معروضة أمامها، فإن المحكمة تبت في الدفع مباشرة..."؛

وحيث إن القانون التنظيمي المعروض على المحكمة الدستورية، يكون بهذا قد أرسى نظاما للتصفية، على مرحلتين اثنتين، إذا أثير الدفع أمام محكمتي أول وثاني درجة، وعلى مرحلة واحدة إذا أثير الدفع لأول مرة أمام محكمة النقض، ويرمي هذا النظام إلى التحقق من توافر شروط معينة (المادة 5 والفقرة الثانية من المادة 10)، ويتم في أعقاب ذلك التصريح بقبول أو عدم قبول الدفع، وفي حال قبوله، يحال على هيئة محدثة بمحكمة النقض للبت في جديته (المادة 11) لتصدر مقررا معللا، إما برد الدفع أو بإحالته إلى المحكمة الدستورية؛

وحيث إن القانون التنظيمي، أسند النظر في مقبولية الدفع من عدمها، بما يعنيه ذلك من البت فيه شكلا، لمحاكم التنظيم القضائي للمملكة، دون المحكمة الدستورية، مدعما ذلك الخيار بتحصين قرارات عدم القبول (محكمتي أول وثاني درجة أو محكمة النقض) أو رد الدفع (محكمة النقض) من أي طعن؛

وحيث إن الفصل 132 من الدستور ينص على أنه "تمارس المحكمة الدستورية الاختصاصات المسندة إليها بفصول الدستور، وبأحكام القوانين التنظيمية..."، وأن الفصل 133 منه، ينص على أنه "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 وبالحريات التي يضمنها الدستور. يحدد قانون تنظيمي شروط وإجراءات تطبيق هذا الفصل"؛

وحيث إنه، بمقتضى أحكام الفصلين 132 و133 المشار إليهما، فإن الدفع بعدم الدستورية اختصاص موكول للمحكمة الدستورية أصلا بمقتضى الدستور، وليس وفق القانون التنظيمي المتعلق به؛

وحيث إن الفصل 133 المذكور، يميز بين مجال استأثر الدستور بتنظيمه ويتمثل في أن المحكمة الدستورية هي المختصة بالنظر في كل دفع يتعلق بعدم دستورية قانون، وأنه حق للأطراف يثار أثناء النظر في قضية، ويجب أن يطبق موضوعه على النزاع، وأن

يمس بالحقوق والحريات التي يضمنها الدستور، وبين مجال للقانون التنظيمي محددة مشمولاته في الشروط والإجراءات الكفيلة بتطبيق الفصل المعني؛

وحيث إن اختصاص النظر في كل دفع بعدم الدستورية الموكول للمحكمة الدستورية، هو اختصاص عام، يشمل النظر في الدفوع المحالة عليها شكلا وموضوعا، وليس في الدستور ما يشرع لتجزيء هذا الاختصاص المندرج في ولايتها الشاملة، ولا أيضا ما يبرر نقله لغير الجهة المحددة له دستوريا؛

وحيث إن الدستور حدد حصرا مجال القانون التنظيمي المعني، في موضوع الشروط والإجراءات، بما تتضمنه من شكليات، تتعلق بإقامة الدعوى وآجالها وإجراءات الدفاع والتواجهية وطبيعة الجلسات والعلاقة بين الدعوى الأصلية والدفع الفرعي، ولم يدرج ما يتعلق بالاختصاص ضمن المواضيع الموكول التشريع بمقتضاه؛

وحيث إن التشريع وفق القانون التنظيمي، يتم في نطاق الموضوعات المحددة له، احتراما لسمو الدستور، ولا يجوز، بالتالي، للمشرع أن يتجاوز مشمولاته أو بالأحرى أن ينظم من خلاله قاعدة دستورية بشكل يمس بجوهرها؛

وحيث إنه، باستثناء القانونين التنظيميين المتعلقين بالمجلس الوطني للغات والثقافة المغربية والمجلس الاقتصادي والاجتماعي والبيئي المخول لهما، طبقا للفصلين الخامس و153 من الدستور، تحديد صلاحيات المجلسين المذكورين، فإن باقي القوانين التنظيمية، المنصوص عليها دستوريا، ينحصر مجال التشريع بمقتضاها على بيان كيفيات تطبيق أو تفعيل الصلاحيات أو الاختصاصات المخولة دستوريا للمؤسسات المعنية؛

وحيث إنه، فضلا على ما تقدم:

- **من جهة**، فإن البت في الطبيعة التشريعية للمقتضيات القانونية موضوع الدفع وتحديد ما هو مندرج في الحقوق والحريات المضمونة دستوريا من عدمه (المادة الخامسة والفقرة الثانية من المادة 10 التي تحيل عليها)، يعد توسعا في الشروط الواجب التحقق منها من قبل القاضي المثار أمامه الدفع بمناسبة قضية معروضة عليه، ومن شأنه أن يحول مرحلة التحقق من استيفاء الدفع لبعض الشروط المتمثلة، في اتصال الدفع بالدعوى الأصلية ومدى تضمينه للبيانات المتطلبة في أي دعوى وأدائه للرسم القضائي، إلى مراقب أولي للدستورية، إذ أن الحسم في الطبيعة التشريعية للمقتضى القانوني المعني، وتحديد قائمة الحقوق والحريات المضمونة دستوريا، يعد من الاختصاصات التي تنفرد المحكمة الدستورية بممارستها،

- **ومن جهة أخرى**، فإن تقدير الجدية الموكول للهيئة المحدثة بمحكمة النقض، يحول الهيئة المذكورة إلى مراقب سلبي للدستورية، بالنظر لصعوبة تحديد العناصر المشكلة للجدية، وارتباط تقديرها بالموضوع، وليس بالشكل؛

وحيث إن نظام التصفية، كما تم بيانه، يؤدي إلى عدم مركزة المراقبة الدستورية، وانتقاص استئثار المحكمة الدستورية بصلاحية المراقبة البعدية للدستور، وحرمانها من ممارسة اختصاصها كاملا، عبر دفعها لمباشرة النظر في موضوع الدفوع المقبولة، دون رقابة شكلية عليها؛

وحيث إنه، يبين من الإطلاع على الأعمال التحضيرية للقانون التنظيمي، أن غاية المشرع من خلال اختياره هذا النظام للتصفية، تتمثل، على الخصوص، في تجنيب المحكمة الدستورية حالة تضخم عدد القضايا المحتمل إحالتها عليها؛

وحيث إن الغايات الدستورية، لكي تكون مبررا مقبولا للتشريع، يجب أن تتم في تلاؤم وانسجام مع قواعد الدستور احتراما لمبدإ وحدته؛

وحيث إن الغاية التي يستهدفها المشرع، لئن كانت تستجيب للعديد من المبادئ المقررة في الدستور، من قبيل، إصدار الأحكام داخل آجال معقولة وضمان النجاعة القضائية، فإنها تخالف قاعدة جوهرية صريحة تتعلق بالاختصاص المعد من النظام العام؛

وحيث إنه، لئن كان يعود للمشرع تكييف اختياراته وتفضيلاته مع متطلبات الدستورية، فإنه يسوغ للمحكمة الدستورية، بالنظر لاختصاصها في تفسير الدستور بمناسبة إحالة معروضة عليها، وفي حدود ما تقتضيه مراقبة الدستورية، تبيان كيفيات تطبيق القواعد والإجراءات الواردة في الدستور بما يتلاءم مع سموه ووحدة أحكامه؛

وحيث 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 قرارات بشأنها داخل أجل معقول، يقتضي من المشرع حصر نطاق الشروط التي يتحقق القاضي من استيفائها بمناسبة إثارة الدفع في تلك التي لا تشكل عناصر تقدير أولي للدستورية، وفي إحداث آلية كفيلة بإرساء نظام للتصفية بالمحكمة الدستورية، يحدد قانون تنظيمي تركيبتها وضوابط عملها، وذلك تحقيقا للمرونة المتطلبة الكفيلة بالوصول إلى الغايات التي سبق عرضها؛

وحيث إنه، تأسيسا على ما سبق، فإن أحكام المواد السادسة والعاشرة و11، والمواد الخامسة (فيما نصت عليه من شروط متصلة بمراقبة الدستورية كما تم بيانه) والسابعة (الفقرة الثانية) و12، المرتبطة بها، غير مطابقة للدستور؛

في شان المواد السابعة (الفقرة الأولى) والثامنة و13:

حيث إن الفقرة الأولى من المادة السابعة تنص على أنه "توقف المحكمة، التي أثير أمامها الدفع، البت في الدعوى كما توقف الآجال المرتبطة بها، ابتداء من تاريخ تقديم الدفع، مع مراعاة الاستثناءات الواردة في المادة 8..."؛

وحيث إن المادة الثامنة نصت على الاستثناءات التي ترد على وقف البت في الدعوى الأصلية، والتي حددتها في حالات "إجراءات التحقيق في المجالين 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 إصلاحه"؛

وحيث إن المادة 13 تنص على أنه "توقف محكمة النقض البت في القضية المعروضة أمامها...غير أنها لا توقف البت في الحالات الآتية: إذا تعلق الأمر بحرمان شخص من حريته في القضية التي أثير بمناسبتها الدفع، إذا كان القانون ينص على أجل محدد للبت في القضية المعروضة على النقض، أو كانت محكمة النقض ملزمة بالبت فيها على سبيل الاستعجال، إذا كان من شأن وقف البت في القضية إلحاق ضرر بحقوق أحد الأطراف يتعذر إصلاحه"؛

وحيث إن الاستثناءات المذكورة تراعي، إما قواعد جوهرية أو آجالا مقررة قانونا، أو أنها تأخذ في الاعتبار وضعيات تتعلق بالمنع من الحرية أو تلك التي يترتب عنها ضرر في حال توقف البت في الدعوى الأصلية، مما يجعلها استثناءات مشروعة ومبررة؛

وحيث إنه، عملا بذلك، فإن المحكمة المثار أمامها الدفع بعدم دستورية قانون، تواصل نظرها في الدعوى المعروضة عليها إذا تعلق الأمر بحالات تستجيب للاستثناءات المذكورة، دون اعتبار مآل الدفع وقرار المحكمة الدستورية بخصوصه، إذا اعتبرت، أن المقتضى التشريعي المطبق في الدعوى أو المسطرة أو يشكل أساس المتابعة، غير دستوري؛

وحيث إن حجية قرارات المحكمة الدستورية الملزمة طبقا للفقرة الأخيرة من الفصل 134 من الدستور، تقتضي من المشرع أن يدرج ضمن الإجراءات المتعلقة بمسطرة الدفع بعدم الدستورية، أحكاما تخول للمتقاضين، تقديم دعوى جديدة، تسمح بترتيب آثار قرار المحكمة الدستورية في الموضوع، في حال مواصلة المحكمة نظرها في الدعوى الأصلية وصدور قرار من المحكمة الدستورية بعدم الدستورية؛

وحيث إنه، يترتب عن عدم التنصيص على الأحكام المشار إليها، عدم التقيد بإلزامية حجية قرارات المحكمة الدستورية، ومس بحق الأطراف المعنية في الاستفادة من الأثر المترتب عن تلك القرارات، مما يتعين معه التصريح، من هذا الوجه، بعدم دستورية المادتين 8 و13؛

في شأن المادة 21:

حيث إن هذه المادة تنص على أنه "تكون الجلسة أمام المحكمة الدستورية علنية، ما عدا في الحالات التي تقرر فيها المحكمة الدستورية سرية الجلسات طبقا لنظامها الداخلي"؛

وحيث إن الفقرة الأخيرة من الفصل 133 من الدستور، تنص على أنه "يحدد قانون تنظيمي شروط وإجراءات تطبيق هذا الفصل"، بما يعنيه ذلك من أن مسطرة الدفع بعدم الدستورية، سواء بمناسبة إثارته أمام المحكمة المعنية أو إحالته إلى المحكمة الدستورية، يجب أن تأتي وفق قانون تنظيمي؛

وحيث إن تحديد حالات سرية الجلسات يندرج ضمن "الشروط والإجراءات" المشكلة لمشمولات القانون التنظيمي المذكور؛

وحيث إن الدستور اعتبر علنية الجلسات إحدى حقوق المتقاضين، مما يجعل تنظيمها موكولا للمشرع طبقا للفصل 71 منه، الذي ينص على أن القانون يختص بالتشريع في الحقوق والحريات المنصوص عليها في الدستور؛

وحيث إن الفصل 123 من الدستور، بنصه على أنه "تكون الجلسات علنية ماعدا في الحالات التي يقرر فيها القانون خلاف ذلك"، يكون قد جعل تحديد حالات سرية الجلسات، من اختصاص المشرع، حسب الحالة، وفق قانون تنظيمي أو قانون؛

وحيث إنه، تبعا لذلك، فإن ما نصت عليه المادة 21 المذكورة من إحالة تحديد حالات سرية الجلسات إلى نظام داخلي للمحكمة الدستورية، غير مطابق للدستور؛

في شأن المادة 26:

حيث إن هذه المادة تنص على أن "جميع الآجال المنصوص عليها في هذا القانون التنظيمي كاملة لا تشمل اليوم الأول الذي يباشر فيه أي إجراء من الإجراءات المرتبطة بالدفع ولا اليوم الأخير الذي تنتهي فيه"؛

وحيث إن احتساب الأجل الكامل، طبقا للقواعد العامة للتقاضي، يستثنى منه اليومان الأول والأخير، كما جاء في المادة 26 المذكورة، وتضاف إليها الحالة التي يصادف فيها اليوم الأخير للأجل يوم عطلة، إذ يمتد الأجل عندئذ إلى أول يوم عمل؛

وحيث إنه، مع مراعاة هذا التفسير للأجل الكامل، فإنه ليس في هذه المادة ما يخالف الدستور؛

في شأن المادة 27:

حيث إن هذه المادة تنص على أنه "يدخل هذا القانون التنظيمي حيز التنفيذ بعد انصرام أجل سنة، يبتدئ من تاريخ نشره بالجريدة الرسمية"؛

وحيث إنه، لئن كان الأثر الفوري للقانون يشكل القاعدة، فإنه يجوز للمشرع، أن يرجئ نفاذ أحكام تشريعية إلى تاريخ آخر يحدده، وذلك لوضع الترتيبات الضرورية لتنفيذها؛

وحيث إن تحديد تاريخ دخول أحكام هذا القانون التنظيمي حيز التنفيذ، المندرج في السلطة التقديرية للمشرع، يجب أن يظل محكوما بقاعدة التناسب ما بين المدة الزمنية للإرجاء وما يقتضيه إخراج النصوص التي يتوقف عليها إعمال أحكام القانون التنظيمي، وما يتطلبه إرساء آلية جديدة للتقاضي، تكفل للأطراف حق الولوج إلى العدالة الدستورية؛

وحيث إنه، تبعا لذلك، فإنه ليس في المادة 27 المذكورة، ما يخالف الدستور؛

لهذه الأسباب:

أولا- تصرح:

- بأن المواد 2 (البندان "أ" و "ج") و3 (الفقرات الأولى والثانية والثالثة) و4 و7 (الفقرتين الأولى والأخيرة) و9 و15 و16 و17 و18 و19 و20 و22 و24 و25، مطابقة للدستور؛

- بأن المواد 1 و3 (الفقرة الأخيرة) و5 (فيما يتعلق بتوقيع مذكرة الدفع) و10 (الفقرة الأخيرة فيما نصت عليه في آخرها من أنه "لا يمكنها إثارته تلقائيا") و23 و26 و27، ليس فيها ما يخالف الدستور، مع مراعاة التفسيرات المتعلقة بها؛

- بأن المواد 2 (البند "ب") و5 (فيما نصت عليه من شرطي المقتضى التشريعي والحقوق والحريات) و6 و7 (الفقرة الثانية)، و8 و13 (فيما يتعلق بعدم إقرار مسطرة ترتيب أثر قرار المحكمة الدستورية) و10 (باستثناء ما يتعلق بما ورد في آخرها من أنه "لا يمكن إثارته تلقائيا") و11 و12 و14 و21، غير مطابقة للدستور؛

ثانيا- تأمر بتبليغ نسخة من قرارها هذا إلى السيد رئيس الحكومة، وبنشره بالجريدة الرسمية.

وصدر بمقر المحكمة الدستورية بالرباط في يوم الثلاثاء 17 من جمادى الثانية 1439.

(6 مارس 2018)

الإمضاءات

اسعيد إهراي

السعدية بلمير الحسن بوقنطار عبد الأحد الدقاق أحمد السالمي الإدريسي

محمد أتركين محمد بن عبد الصادق مولاي عبد العزيز العلوي الحافظي

محمد المريني محمد الأنصاري ندير المومني محمد بن عبد الرحمان جوهري

2- قرار حول الدفع بعدم دستورية المادة 265 من قانون المسطرة الجنائية تقدم به دفاع المتهم وقوبل بالرفض لكون القانون التنظيمي 86.15 لم يدخل بعد حيز التنفيذ.

المملكة المغربية **الحمد لله وحده،**

المحكمة الدستورية

ملف عدد: 18/029

قرار رقم: 18 /80

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

المحكمة الدستورية،

بعد اطلاعها على العريضة المسجلة بأمانتها العامة في 28 مايو 2018، التي قدمها ... بواسطة دفاعه، طالبا فيها التصريح بعدم دستورية المادة 265 من قانون المسطرة الجنائية؛

وبعد الاطلاع على المستندات المدلى بها؛

وبناء على الدستور، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.91 بتاريخ 27 من شعبان 1432 (29 يوليو2011)، لا سيما الفصل 133 منه؛

وبناء على القانون التنظيمي رقم 066.13 المتعلق بالمحكمة الدستورية، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.14.139 بتاريخ 16 من شوال 1435 (13 أغسطس 2014) ، لا سيما المادة 28 منه؛

وبعد الاستماع إلى تقرير العضو المقرر والمداولة طبق القانون؛

حيث إن الفصل 133 من الدستور، ينص على أنه "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 وبالحريات التي يضمنها الدستور.

يحدد قانون تنظيمي شروط وإجراءات تطبيق هذا الفصل"؛

وحيث إنه، إذا كانت الفقرة الأولى من الفصل المشار إليه خولت للمحكمة الدستورية اختصاص البت في كل دفع متعلق بعدم دستورية قانون، فإن الفقرة الثانية منه تجعل ممارسة هذا الاختصاص متوقفا على صدور قانون تنظيمي يحدد شروط وإجراءات الدفع؛

وحيث إن ارتباط الفقرتين الواردتين في الفصل 133 المذكور، وعلى عكس ما يدعيه الطاعن، أكدته المادة 28 من القانون التنظيمي المتعلق بالمحكمة الدستورية، التي جعلت مجال نظر المحكمة المذكورة في كل دفع بعدم دستورية قانون، مرتبطا بصدور قانون تنظيمي يحدد شروطه وإجراءاته؛

وحيث إن القانون التنظيمي المتعلق بالدفع بعدم دستورية قانون لم يصدر بعد؛

وحيث إنه، تبعا لذلك، يتعذر على الحال، الاستجابة للطلب الرامي إلى فحص دستورية المادة 265 من قانون المسطرة الجنائية؛

لهذه الأسباب:

أولا- تصرح بتعذر البت في الطلب؛

ثانيا- تأمر بتبليغ نسخة من قرارها هذا إلى المعني بالأمر، وبنشره في الجريدة الرسمية.

وصدر بمقر المحكمة الدستورية بالرباط في يوم الثلاثاء 27 من رمضان 1439

(12 يونيو 2018)

الإمضاءات

اسعيد إهراي

المراجع المعتمدة :

✓ **الكتب :**

✓ **مصطفى قلوش، المبادئ العامة للقانون الدستوري، شركة بابل للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الرابعة.**

✓ **أحمد السوداني، ترجمة أحكام الدستورية الفيدرالية الألمانية الحقوق والحريات الأساسية ، الجزء الثاني، دار الطبع لون الرباط المغرب، نشر مؤسسة كورناد أديناور، 2017.**

✓ **أحمد مفيد، النظرية العامة للقانون الدستوري والمؤسسات السياسية "دراسة في الدولة وأنظمة الحكم الديمقراطي وآليات المشاركة السياسية" مطبعة أنفوبرانت، فاس، الطبعة الأولى، 2017.**

✓ **المجلس الدستوري، الجامع لمبادئ وقواعد القضاء الدستوري المغربي، مطبعة الأمنية، الرباط.**

✓ **حسن مصطفى البحيري، القضاء الدستوري "دراسة مقارنة"، دار الطبع غير مذكورة، الطبعة الأولى 2017.**

✓ **محمد أتركين، دعوى الدفع بعد الدستورية في التجربة الفرنسية " الإطار القانوني والممارسة القضائية "، مطبعة النجاح الجديدة – الدار البيضاء، الطبعة الأولى 2013.**

✓ **محمد الرضواني، مدخل للقانون الدستوري، مطبعة المعارف الجديد، الرباط، الطبعة الأولى.**

✓ **أحمد عبد الحميد الخالدي، المبادئ الدستورية العامة للقانون الدستوري، دار شتات للنشروالبرمجيات مصر.**

✓ وهيب عياد سلامة : مبادئ القانون الدستوري وتحليل النظام الدستوري المصري "مكتبة الآلات الحديثة بأسيوط، 1999ص128.

➢ **الأطاريح :**

➢ عبد السلام محمد الغنامي ، مراقبة دستورية القوانين في المغرب والقانون المقارن ، أطروحة لنيل دكتوراه في الدولة في القانون العام ، جامعة محمد الخامس كلية الحقوق الرباط ، 1999 ، 2000.

➢ أحمد كمال أبو المجد، "الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية والاقليم. المصري" رسالة الدكتوراه، 1960.

▪ **المقالات :**

▪ حجاجي امحمد، بصمات المجلس الدستوري المغربي في مجال الحقوق والحريات الأساسية، سلسلة دراسات الدستورية والسياسية منشورات مجلة العلوم القانونية، العدد التاسع، السنة 2018.

▪ عبد المولى المسعيد، المحكمة الدستورية في ظل دستور 2011، مجلة مسارات في الأبحاث والدراسات القانونية، العدد الأول .

▪ جمال العزوزي، تأملات أولية في مشروع القانون التنظيمي المتعلق بالدفع بعدم دستورية القانونين، المجلة المغربية للحكامة القانونية والقضائية، مطبعة الأمنية، الرباط، العدد الأول، السنة 2016.

▪ عادل حميد الصلوي، القضاء الدستوري في الولايات المتحدة الأمريكية)(رقابة الامتناع نموذجا. مجلة قانونية قانون وأعمال، العدد الخامس.

▪ الزياني، المواطن والعدالة الدستورية حق الأفراد في الدفع بعدم الدستورية في ظل الفصل 133 من دستور 2011، مجلة الحقوق سلسة المعارف القانونية والقضائية، الإصدار21 تحت عنوان المحكمة الدستورية بالمغرب نحو رؤية استشرافية، السنة 2018.

▪ عبد الحق بلفقيه، القضاء الدستوري بالمغرب دراسة مقارنة، مجلة مسالك للفكر والسياسية والاقتصاد، العدد مزدوج 37/ 38، السنة 2016.

▪ الذهبي بدر، حق الدفع بعدم الدستورية بين الدستور المغربي والنموذج الألماني، مجلة مسالك في الفكر والسياسية والاقتصاد، العدد المزدوج 38/37، السنة 2016.

- مجلة الأبحاث والدراسات القانونية ، مجلة علمية محكمة، دار الآفاق المغربية للنشر والتوزيع – العدد 1.
- عبد الرحيم أضاوي، مروان عبادي منشورات المجلة المغربية للحكامة القانونية والقضائية مجلة نصف ثانوية محكمة، مطبعة الأمنية، الرباط، 2016.
- عادل حميد الصلوي، القضاء الدستوري في الولايات المتحدة الأمريكية، رقابة الامتناع نموذجا، مجلة قانونية، قانون وأعمال العدد الخامس، السنة 2017.
- مجلة الممارس للدراسات القانونية والقضائية، العدد الأول، أكتوبر 2018.

المواقع الالكترونية :

- مذكرة منشورة على الموقع الإلكتروني للمجلس الوطني لحقوق الإنسان - بشأن القانون التنظيمي رقم 86.15 - على الرابط التالي :https://cndh.ma/ar/lar-lstshry-ltwsyt-w-lmdhkrt-lmrfw-l-jll-lmlk/mdhkrtyn-bshn-lqnwn-ltnzymy-llmhkm-ldstwry-wlqnwn .
- يتعلق الأمر بقرار رقم 80/18 ملف عدد 029/18 بتاريخ 12 يونيو 2018، منشور بموقع المحكمة الدستورية على الرابط التالي : https://www.cour-constitutionnelle.ma/ar/%D9%82%D8%B1%D8%A7%D8%B1%D8%A7%D8%AA/%D9%82%D8%B1%D8%A7%D8%B18018 .
- بسمة عبد المعطي الحوراني، بحث قانوني ودراسة حول تجربة الرقابة القضائية في الولايات المتحد الأمريكية جامعة العلوم الإسلامية العالمية بحث منشور على موقع محاماة نت. كلية الشريعة والقانون ، بحث منشور على موقع محاماة نت https://www.mohamah.net

❖ قوانين :

- ❖ الدستور المغربي لسنة 2011.
- ❖ الدستور الألماني، الصادر بتاريخ 23 ماي 1949 وتم تعديله بموجب قانون صدر في 22 يوليوز 2012.
- ❖ الدستور الفرنسي ل23 يوليوز 2008.
- ❖ مشروع القانون التنظيمي رقم 86.15 المتعلق بتحديد شروط وإجراءات الدفع بعدم الدستورية، كما رتبت عليه الآثار القانونية لقرار المحكمة الدستورية رقم 70.18 بتاريخ 06 مارس 2018.
- ❖ القانون التنظيمي الفرنسي المتضمن كيفية تطبيق المادة 1/61 لسنة 2009 الصادر في 2009/12/10. والمتعلق بالمسألة الدستورية ذات الأولية « question prioritaire de constitutionnalité ».

- **قرارات قضائية :**
- **قرار المحكمة الدستورية تحت رقم 70/18 الصادر في 6 مارس 2018 المتعلق بمشروع القانون التنظيمي المتعلق بتحديد شروط وإجراءات تطبيق الفصل 133 من دستور 2011.**
- **قرار رقم 80/18 ملف عدد 029/18 بتاريخ 12 يونيو 2018.**
- **حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية رقم 282/108 الصادر عن الغرفة الثانية بتاريخ 24 شتنبر 2003 يتعلق بالحجاب الإسلامي.**
- **حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية الألمانية رقم 328/9 يتعلق بالحد الأدنى للسن للقابلات، ضد قرار المحكمة الدستورية الفيدرالية الصادر بتاريخ 22 نونبر 1956-1 ت 54/198.**

الفـــهـرس :

مقـدمة :.....1
المبحث الأول : ضوابط ممارسة الدفع بعدم الدستورية 6
المطلب الأول : الضوابط الموضوعية للدفع بعدم الدستورية 7
الفقرة الأولى : الدفع بعدم الدستورية المعنيين به وميقاته 7
الفقرة الثانية : طبيعة موضوع الدفع بعدم الدستورية 12
المطلب الثاني : الضوابط الإجرائية للدفع بعدم دستورية القوانين 15
الفقرة الأولى : الدفع بعدم الدستورية أمام قاضي الموضوع.....16
الفقرة الثانية : المسطرة المتبعة أمام المحكمة الدستورية.....19
المبحث الثاني : آثار الدفع بعدم الدستورية وتطبيقاته في التشريعات المقارنة 20
المطلب الأول : آثار الدفع بعدم الدستورية 21
الفقرة الأولى : آثار الدفع بعدم الدستورية على الأطراف و الدعوى موضوع المنازعة 21
الفقرة الثانية : حجية قرارات المحكمة الدستورية 27
المطلب الثاني : تطبيقات الدفع بعدم الدستورية في التشريعات المقارنة.....29
الفقرة الأولى : تطبيقات الدفع بعدم الدستورية في التجربة الألمانية 30
الفقرة الثانية : تطبيقات الدفع بعدم الدستورية في التجربتين الأمريكية والفرنسية 31
خـــاتـــمة :.....37
ملـحق :.....38
المراجع المعتمدة :.....50
الفـهـرس :.....54