جامعة العربي التبسي – تبسة –
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

مذكرة مقدمة ضمن متطلبات نيل شهادة ماستر
تخصص قانون جنائي وعلوم جنائية

بعنوان

الشرعية الدستورية في قانون العقوبات الجزائري

إعداد الطالبة:
– إيمان بوطرفة

إشراف الأستاذة:
سعاد أجعود

أعضاء اللجنة المناقشة

الإسم واللقب	الرتبة العلمية	الصفة في البحث
فهيم بوجوراف	أستاذ مساعد قسم –أ–	رئيسا
سعاد أجعود	أستاذ محاضر قسم –أ–	مشرفا ومقررا
شريفة خالدي	أستاذ مساعد قسم –ب–	مناقشا وممتحنا

السنة الجامعية: 2021/2020

جامعة العربي التبسي – تبسة –
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

مذكرة مقدمة ضمن متطلبات نيل شهادة ماستر
تخصص قانون جنائي وعلوم جنائية

بعنوان

الشرعية الدستورية في قانون العقوبات الجزائري

إعداد الطالبة:
– إيمان بوطرفة

إشراف الأستاذة:
سعاد أجعود

أعضاء اللجنة المناقشة

الإسم واللقب	الرتبة العلمية	الصفة في البحث
فهيم بوجوراف	أستاذ مساعد قسم –أ–	رئيسا
سعاد أجعود	أستاذ محاضر قسم –أ–	مشرفا ومقررا
شريفة خالدي	أستاذ مساعد قسم –ب–	مناقشا وممتحنا

السنة الجامعية: 2021/2020

الكلية لا تتحمل أي مسؤولية
على ما يرد في هذه المذكرة من آراء

بسم الله الرحمن الرحيم

بسم الله الرحمان الرحيم

﴿وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ ۚ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ ۚ لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَٰلِكَ أَمْرًا﴾

﴿الطلاق الآية 01﴾

شكر وعرفان

الحمد لله رب العالمين أهل المجد والثناء والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم وعلى آله وصحبه أجمعين

إنني أشكر الله العلي القدير أولا وأخيرا على توفيقه بإتمام هذه الرسالة فهو عز وجل أحق بالشكر والثناء وأولى بهما فالحمد لله الذي وفقني بإنجاز هذا العمل المتواضع فإن اصبت فمن الله وإن أخطأت فمن نفسي وما توفيقي إلا من الله تعالى

وأخص بالشكر وكل الشكر مقرون بالعرفان والاحترام لأستاذتي الفاضلة: الأستاذة سعاد أجعود التي لم تتوانى في تقديم كل ما في وسعها من جهد لمساعدتي وإرشادي نحو الأفضل ومتابعتي في كل وقت كانت صاحبة الفضل الأول بعد الله تعالى في إنجاز هذه الرسالة وعلى سعة صدرها وغزارة علمها وإذ أتقدم بوافر الشكر وعظيم الامتنان لأساتذتي أعضاء لجنة المناقشة الذين شرفوني بقبول مناقشة المذكرة وتعهدي للأخذ بكل ملاحظاتهم الهادفة إلى تصويبها وإثرائها

الإهداء

إن الحمد لله نحمده ونستعين به ونهتدي به ونعوذ به من شرور أنفسنا وسيئات أعمالنا ونشكره على عونه وإلمامه لنا بالصبر والقوة

أهدي ثمرة هذا الجهد إلى من أدين لهم بفضل كبير لا يقدر بثمن إلى من بدعائهما اهتديت وبعطائهما خطوت في طريق النجاح والإنجاز

إلى من قال فيهما الله عز وجل «وبالوالدين إحسانا» إلى أثمن لؤلؤتين أملكهما في الوجود من عيني وقلبي أبي وأمي وكذلك جدتي غزالة

أتمنى أن يحفظهم الله لي بحفظه ويرعاهم لي برعايته

وأهديها إلى أعز ما أملك وسندي في هذه الدنيا إخوتي وأخواتي

شوقي؛ نصر الدين؛ أسماء؛ هدى؛ سمية

وأهديها إلى كل من يقدس رباط الصداقة جميع صديقاتي و أخص بالذكر صديقتي مروى

إلى قريباتي بنات عماتي وبنات عمي وبنات خالي وبنات خالتي وأعمامي وعماتي وأخوالي وخالاتي وجدتي "يما مباركة" دون أن أنسى أحد

إلى كل من ساعدني في إنجاز هذا العمل جمال قرساس، سفيان بوعلي، الأستاذ سهيل غريبي، الأستاذ عماد صوالحية، وخاصة عبد الله مراحي

قائمة المختصرات

- **ج ج د ش: الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية**
- **م ج د: المحكمة الجنائية الدولية**
- **د ب ن: دون بلد النشر**
- **د د ن: دون دار النشر**
- **د ت ن: دون تاريخ النشر**
- **د ط، دون طبعة**
- **ط: الطبعة**
- **ص: الصفحة**
- **ع: العدد**
- **ج: الجزء**
- **ق: القانون**
- **ج ر: الجريدة الرسمية**
- **ق ع: قانون العقوبات**
- **ق إ ج: قانون الإجراءات الجزائية**

مقدمة

مما لا شك فيه أن وجود الدولة أخضع أفرادها لمنهج معين تحقيقا للنظام الداخلي فيها، وعلى اعتبار أن الدستور هو الوثيقة الأسمى في الدولة، فقد وجب الاعتراف له بالسيادة على جميع التصرفات القانونية والمادية، وهو بذلك هدف يرمي إلى حماية الأفراد وضمان حقوقهم تجسيدا لمبادئ الشرعية، يحدد النص في قانون العقوبات والقوانين المكملة له الأفعال المحظورة، التي بعد اقترافها بشروط معينة جريمة من الجرائم وتتعدد هذه النصوص بتعدد الأفعال التي يحظرها القانون، وتسمى نصوص التجريم، فالفعل لا يمكن اعتباره جريمة إلا إذا انطبق عليه أحد هذه النصوص، ومعنى ذلك أن النصوص المذكورة هي التي تحدد كل الجرائم وتحتكرها فلا يجوز لغيرها من النصوص القانونية أن تشاركها في هذا العمل وبذلك ينحصر التجريم والعقاب في نصوص قانون العقوبات والقوانين المكملة له الذي عليه أن يحدد ماهية الجرائم بدقة ويبين عقوباتها، وبهذا الحصر ينشأ مبدأ أساسي يسمى بمبدأ قانونية الجرائم والعقوبات أو مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات المستمد قوته من مبادئ الدستور، ومقتضى هذا المبدأ أن الجريمة لا ينشئها إلا نص قانوني وأن العقوبة لا يقررها إلا نص قانوني.

أهمية الدراسة

كون الشرعية الدستورية أسمى المصطلحات في الفضاء القانوني الواسع خاصة ما يعنى بالحقوق والحريات بمختلف مسمياتها في المواد الجزائية، ومن خلالها تسمو مبادئ الدستور وتتجسد بتفعيل القوانين، ذلك أن سيادة القانون تستمد من سيادة الدستور، فهو الذي يضع الأسس التي يقوم عليها القانون في كل فروعه، فيسمو عليها بحكم مكانته، وتخضع له جميع قواعده القانونية بحكم وحدة النظام القانوني الذي يعلوه الدستور وهذه العلاقة العضوية بين الدستور والقانون تندرج القواعد القانونية من حيث المرتبة فيتخذ منها الدستور وضعه الأسمى كما سنرى لاحقا في صلب موضوع عملنا، تحرص الدساتير على التأكيد على أن كل الأفراد متساوون في الحقوق والحريات لا تمييز بينهم لسبب الجنس أو الأصل أو اللغة أو العقيدة، ويتجسد هذا التأكيد في المبادئ القانونية التي ترد في صورة مواثيق الحريات وإعلانات الحقوق في ديباجة الدستور، وما تكفله من آليات لحماية الشرعية الدستورية على النحو الذي يعد المساس بها يطوله البطلان وعدم

الدستورية، وبعبارة أخرى فإن أي فرد أو كيان أو حتى الدولة في جميع مظاهر أنشطتهم خاضعين لسلطان الدستور سواء تعلق الأمر بنشاط تشريعي أو قضائي أو إداري.

أسباب إختيار الموضوع:

يعود إلى أسباب ذاتية وأخرى موضوعية.

الأسباب الذاتية:

- إن السبب **الذاتي** لاختيارنا هذا البحث هو حب الاطلاع أكثر في المبادئ والضمانات المتعلقة بالشرعية والنظم الدستورية وحقوق الإنسان التي تنبثق من خلالها قواعد موضوعية جزائية وأخرى إجرائية، وهي أكثر مواضيع المرغوب بالنسبة لنا والتي نسعى من خلالها الإلمام بالتفاصيل والجزئيات المتعلقة بالقانون الجنائي.

الأسباب الموضوعية:

- أما الدافع **الموضوعي** لاختيارنا البحث في مبدأ الموازنة هو أن هذه الدراسة نالت الكثير من الأبحاث المعمقة، خاصة في ظل القانون الجزائري، فيما لا تتجاوز الدراسات والأبحاث الذي تناولته إلا ما يتعلق بالعموميات المرتبطة بحقوق الإنسان غالبا، إلا المؤلفات القليلة التي تشمل جميع الجزئيات المرتبطة بشكل متناسق لتتبلور فكرة الشرعية الدستورية.

أهداف موضوع البحث:

يهدف موضوعنا إلى تناول بعض الجزئيات التي قلما نجدها في الأبحاث الدستورية المرتبطة بالمواد الجزائية خاصة بعد صدور القانون العضوي المحدد للدفع بعدم الدستورية وعلاقة ذلك بالقانون الجزائي، وتحليل الجانب الفقهي حيال ذلك، لتفعيل آليات الدولة القانونية، عبر المواد الجزائية بوجه عام، ثم عبر نصوص قانون الدستور، وفي هذا الإطار، يتناول البحث الغوص في ماهية الشرعية الجزائية، ثم تقديم عناصرها.

الإشكالية:

على ضوء الاعتبارات السابقة، **فإن الإشكالية الرئيسية** تصاغ على النحو التالي:

هل كفل المشرع الجزائري مبدأ الشرعية الدستورية في قانون العقوبات؟ وإن كان كذلك فما هي المقتضيات التي كرسها لتفعيل هذا المبدأ؟

وبصورة أوضح: **ما هي المبادئ الدستورية التي كرسها قانون العقوبات الجزائري؟**

وتتفرع عن الإشكالية الرئيسية عدة **تساؤلات** فرعية كما يلي:

- **ما هو مفهوم مبدأ الشرعية الدستورية؟**
- **ماهي الأسس التي يقوم عليها؟**

المنهجية المعتمدة في البحث:

تم في هذه الدراسة إتباع المنهجين التاليين:

الأول المنهج الوصفي لسرد المعلومات المتعلقة بموضوع الدراسة، والمنهج التحليلي من خلال تحليل بعض المواد من الدستور والمواثيق ووالقوانين المتعلقة بدراستنا

الدراسات السابقة

كانت الدراسات السابقة عامة وليست متخصصة مثل أحمد سحنين، الحريات العامة في ظل الظروف الاستثنائية في الجزائر، مذكرة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 2004-2005.

صعوبات البحث:

ككل بحث علمي تم التعرض للصعوبات التالية:

- أثناء إعداد هذه الدراسة تم التعرض لعدة صعوبات منها صعوبة التنقل بسبب جائحة كوفيد 19.
- قلة المراجع المتخصصة في موضوع الدراسة.

للوصول إلى الإجابة على الإشكالية السابقة واعتمادنا على المنهجين المذكورين سابقا، تم تقسيم هذه الدراسة إلى فصلين يتضمن كل منها على مبحثين على النحو التالي:

وانطلاقا من ذلك، قمنا **بتقسيم** الدراسة إلى فصلين أساسيين:

تطرقنا في الفصل الأول إلى مضمون الشرعية الدستورية في قانون العقوبات، والذي بدوره تناولناه في مبحثين: الأول ندر فيه مفهوم الشرعية في قانون العقوبات، فيما درسنا في المبحث الثاني الأساس التشريعي للشرعية الدستورية سواء الدولية أم الداخلية.

أما في الفصل الثاني فقد عمدنا إلى دراسة كفالة الشرعية الدستورية في قانون العقوبات، تناولنا في مبحثين: الأول يضم الدفع بالبطلان وصوره، ويتعلق المبحث الثاني بالدفع بعدم الدستورية وإجراءاته وشروطه، ونختمها بعد ذلك بعدة نتائج وتوصيات.

الفصل الأول:

ماهية الشرعية الدستورية في قانون العقوبات

المبحث الأول: مفهوم الشرعية الدستورية في قانون العقوبات

المبحث الثاني: الأساس التشريعي للشرعية الدستورية

يخضع القانون الجنائي في سبيل مكافحة الجريمة وردع مرتكبها لما تسمح به النصوص الموضوعية أثناء توقيع العقوبة ووضعها موضع التنفيذ وفي تجسيد هذه المراحل الكفالة للسياسة الجنائية التي تستمدها الدولة القانونية في المجتمعات الديمقراطية حتى لا يتم الاعتداء على الحريات، وحتى تتجسد فاعلية العدالة الجنائية سواء عن طريق التجريم والعقاب أو عن طريق تحديد الإجراءات اللازمة عند كل متابعة قضائية أو حتى عند التنفيذ العقابي.

ويعبر عن قاعدة شرعية الجريمة والعقوبة بعبارة رددتها جميع التشريعات الجنائية بالقول: "لا جريمة ولا عقوبة بغير قانون" وهي الفكرة المعبر عنها للحماية من التجريم والعقاب بغير الأداة التشريعية المعبر عنها بإرادة الشعب عن طريق القانون، ولقد أضحى من البديهي أن مبدأ لا جريمة ولا عقوبة إلا بقانون، وجد أسسه الأولى فيما تولت مختلف الدساتير إقراره كمبدإ لجعل الحريات حق طبيعي إلى جانب مبادئ أخرى، وبفعل ذلك ترتبت عدة نتائج منها أن الأفعال المجرمة في قانون العقوبات تكون محددة بصورة دقيقة وواضحة، وأن الدستور وفقا لما كرسه من مبادئ يوفر لكل جميع الوسائل لمباشرة حرياته داخل الضوابط التي قيدها بها، وضرورة إعمال مبدأ رجعية القوانين العقابية بأثر رجعي إذا كان في تطبيقها مصلحة للمتهم لصيانة حريته الشخصية.

ولأجل ذلك سوف نستعرض مضمون الشرعية الدستورية في قانون العقوبات عبر مبحثين:

المبحث الأول: مفهوم الشرعية الدستورية في قانون العقوبات

المبحث الثاني: الأساس التشريعي للشرعية الدستورية

المبحث الأول: مفهوم الشرعية الدستورية في قانون العقوبات

إن الشرعية هي تلك المبادئ التي تتقيد بها الدولة الديمقراطية، كما يجب أن تكفل هذه المبادئ احترام حقوق الإنسان والموازنة بينها وبين المصلحة العامة، إذ يقوم مبدأ الشرعية بصفة أساسية على دعامتين هما: حماية المصلحة الفردية وحماية المصلحة العامة، كما يحمل هذا المبدأ الطابع الدستوري، ولهذا سوف نقوم بداية بتحليل مفهوم الشرعية في قانون العقوبات كما يستلزم ذلك أيضا دراسة مقتضيات سمو الدستور والرقابة التي يكفلها على القوانين الجنائية.[1]

وسوف نقوم في هذا الصدد باستعراض تعريف مبدأ الشرعية الجنائية في مطلب أول، ثم مقتضيات سمو الدستور عن طريق الرقابة على القوانين وتدرجها في مطلب ثان.

المطلب الأول: تعريف المبدأ

من أجل بيان معنى المبدأ لابد من بيان موقف الفقه الجنائي منه وكذلك موقف التشريع ولهذا فسوف نتناول بحث هذا المطلب في فرعين: الأول نخصصه لدراسة المبدأ في الفقه الجنائي، والآخر دراسته في التشريع وفقا ما يلي:

الفرع الأول: التعريف الفقهي

لقد اختلف الفقه الجنائي في التسمية التي يطلقها على مبدأ لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص، إذ أطلق عليه البعض مبدأ الشرعية، والآخر أطلق عليه مبدأ قانونية الجرائم والعقوبات، وذهب آخرون إلى تسميته بمبدأ المشروعية،[2] ولكن وعلى الرغم من هذا الاختلاف إلا أن الفقه الجنائي متفق على مضمون هذا المبدأ، إذ أنهم يقصدون بهذا المبدأ أن أي فعل لا يعد جريمة يوجب العقاب إلا إذا نص القانون على ذلك، وهذا ثابت من تعريفات الفقهاء لهذا المبدأ، فقد عُرف عند من أطلق عليه مبدأ الشرعية أنه: "حصر مصادر التجريم والعقاب في نصوص القانون، فتحديد الأفعال التي تعد جرائم وبيان أركانها، وتحديد العقوبات المقررة لها سواء من حيث نوعها أو مقدارها كل ذلك من

---

[1] محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم العام النظرية العامة للجريمة والنظرية العامة للعقوبات والتدابير الاحترازية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط 6، 1989، ص 70.

[2] علي حسين الخلف، و د. سلطان عبد القادر الشاوي، المبادئ العامة في قانون العقوبات، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد، 1982، ص30.

اختصاص المشرع"،[1] ومؤدي هذا المبدأ عند البعض أن على المشرع تحديد سلفاً ما يعتبر من الأفعال الصادرة عن الإنسان بأنها جريمة، فيحدد لكل جريمة نموذجها القانوني، كما يحدد لكل جريمة عقوبتها.[2]

وقد أريد به عند من أطلق عليه مبدأ قانونية الجرائم والعقوبات " أن المشرع وحده هو الذي يملك تحديد الأفعال المعاقب عليها والمسماة بالجرائم، وتحديد الجزاءات التي توقع على مرتكبيها والمسماة بالعقوبات، كما عرفه البعض منهم أنه: "القاعدة التي يستند إليها الوجود القانوني للجريمة، والمسوغ العادل لفرض العقاب".

أما من أطلق عليه مبدأ المشروعية فقد أراد به "تعذر فرض أي عقوبة عن ارتكاب أي فعل لم يكن القانون قد نص على تجريمه ومهما كانت جسامته وخطورته".[3] هذا وقد ظهر من يدعو إلى مدلول جديد لمبدأ الشرعية لكي ينسجم ويتلاءم مع التطورات الحديثة، إذ قرر هذا الاتجاه أن يكون التجريم والعقاب بالحد الذي لا يؤدي إلى تعسف السلطة التشريعية في التجريم والعقاب وذلك حماية لمصلحة المجتمع وتقليل الفجوة التي يمكن أن تحصل بين القانون والمجتمع فقد يفرض المشرع قيمة أخلاقية لا تتفق وأخلاق المجتمع، أو أن يحدد عقوبة لا تتناسب مع الجرم المرتكب، فالمدلول التقليدي لمبدأ الشرعية أصبح لدى مؤيدي هذا الاتجاه غير متفق مع الفكر الديمقراطي الحديث للشرعية وإنما يجب تكملته لكي يكون معبرا بصدق عن مصالح المجتمع الذي سوف يطبق فيه.

إن ظهور هذا المبدأ كان في البداية لمواجهة تعسف وتحكم القضاة فبدأت التشريعات مهمتها لتقييد سلطة القضاء، حيث بدأت أولا بالتقييد المطلق لهذه السلطات، إذ أصبح دور القاضي محدد بتطبيق النص دون أن يكون له أي سلطة تقديرية عند أعماله، ونتيجة للنقد الموجه لهذه الصورة الجامدة للمبدأ فقد منح القاضي سلطة تقديرية في تحديد العقاب دون التجريم إذ ظهر هذا الأخير من اختصاص المشرع، فظهرت حالة تعسف السلطة التشريعية في التجريم والعقاب، بذلك نكون قد خرجنا من مشكلة تعسف

[1] محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص 71.

[2] عبد الفتاح مصطفى الصيفي، القاعدة الجنائية، دراسة تحليلية على ضوء الفقه الجنائي المعاصر، الشركة الشرقية للنشر والتوزيع، بيروت، د. س. ن، ص291.

[3] عدنان الخطيب، المبادئ العامة في مشروع قانون العقوبات الموحد، مطبعة جامعة دمشق، ج1، 1961، ص47.

القضاة ودخلنا في مشكلة تعسف السلطة التشريعية وان احتمال تعسف السلطة التشريعية في نطاق التجريم والعقاب أشد خطورة من تعسف القضاة، حيث لا شيء يمنع السلطة التشريعية من صياغة النصوص في شكل فضفاض يمكن أن يتناول كثير من الأفعال،[1] ولضمان عدم إسراف السلطة التشريعية في التجريم وعدم القسوة في العقاب، ومن أجل أن يحقق هذا المبدأ غايته كان لابد من النص على معيار في الدستور يضمن تحقيق كل ما سبق، ومثال هذا المعيار عدم تجريم الأفعال التي تعتبر ممارستها حق من الحقوق التي كفلها الدستور كحرية العقيدة وحرية الفكر، وحرية المراسلات، كما لا بد من وجود قيود تحد من التعسف المحتمل من قبل المشرع، الأمر الذي سنتولى بحثه تفصيلا في الفصل الثاني عند دراسة الكفالة المقررة للشرعية الدستورية.

وكما اختلف الفقه في التسمية التي تطلق على هذا المبدأ فقد اختلف الفقه في تحديد موضع هذا المبدأ من الجريمة، فذهب البعض ومنهم الفقيه الإيطالي (انتوليزي) إلى أن المبدأ هو أساس الجريمة وجوهرها وأن موضوعه أعلى من الركن المادي والركن المعنوي للجريمة، إذ لا يمكن الكلام على وجود جريمة دون وجود مبدأ الشرعية، وذهب آخرون أمثال (فون هيبل) الألماني إلى اعتباره ركنا في الجريمة بجانب ركنيها المادي والمعنوي ولا يتصور وجود الجريمة دون اجتماع هذه الأركان الثلاثة.

وذهب اتجاه ثالث وهو اتجاه الفقه الغربي، أن المقصود بالمبدأ هو نص التجريم ذاته فهو الذي يحدد الفعل المحظور على أساس أن الفعل لا يعد جريمة إلا إذا وجد نصاً بذلك، ويرى غيرهم أن مبدأ الشرعية باعتبار ما يرتبه من نتيجة تتمثل بجعل النص التشريعي المصدر الوحيد للتجريم والعقاب، ليس ركنا من أركان الجريمة وإنما هو كاشف على ركنيها المادي والمعنوي كما أنه كاشف لنوع العقاب المقرر على مرتكبها لأن الجريمة فعل غير مشروع وليس في مبدأ الشريعة شيء غير مشروع وبالتالي فإن هذا المبدأ ليس جزاء من الجريمة.[2]

وعليه، يعد مبدأ الشرعية الجنائية أحد ركائز التشريع الجنائي، ويعنى هذا المبدأ أن الشارع وحده هو الذي يملك سلطة التجريم والعقاب. فلا يملك القاضي أن يجرم فعلا لم

[1] أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات العام، ط5، دار النهضة العربية، القاهرة، 1989، ص 41.

[2] باسم عبد الزمان الربيعي، نظرية البنيان القانوني للنص العقابي، أطروحة دكتوراه، جامعة بغداد، 2000، ص 35.

يجرمه القانون، ولا أن يقضى بعقوبة غير التي نص عليها القانون. فلا يجوز اعتبار فعل أو امتناع عن فعل جريمة، إلا إذا كان هناك نص في القانون سابق على ارتكابه، كما لا يجوز توقيع عقوبة ما لم تكن محددة سلفاً نوعاً ومقداراً، بنص في القانون كجزاء على ارتكاب الجريمة.

الفرع الثاني: التعريف التشريعي

نص على هذا المبدأ العديد من التشريعات العقابية باختلاف أنظمتها ومنها التشريع الجزائري دستورا وقانونا، حيث يقصد بمبدأ الشرعية حصر الجرائم والعقوبات في نصوص القانون المكتوب، وذلك بتحديد الأفعال التي تعد جرائم وبيان أركانها من جهة، وفرض العقوبات المقررة لها ونوعها ومدتها من جهة أخرى.

وقد صيغ هذا المبدأ في نص المادة الأولى من قانون العقوبات الجزائري بنصها على" لا جريمة ولا عقوبة أو تدابير أمن بغير لقانون"،[1] كما يعتبر مبدأ الشرعية مبدأ دستوريا يكفل الحماية للحقوق والحريات الفردية وذلك بألا يفلت الجاني من الجزاء وأن لا يدان البريء، حيث تنص المادة 43 من دستور 2020 "لا إدانة إلا بمقتضى قانون صادر قبل ارتكاب الفعل المجرم"[2] وهذه المادة تعتبر ثابتة على مر الدساتير المتعاقبة إلى غاية الدستور المستحدث سنة 2020.

وبالتالي يحدد في كل نص الشروط التي يتطلبها في الفعل كي يخضع لهذا النص ويستمد منه الصفة غير المشروعة ويحدد العقوبة المقررة لهذا الفعل وبالتالي فإن القاضي لا يستطيع أن يعتبر فعلاً معيناً جريمة إلا إذا وجد نصًا يجرم هذا الفعل فإذا لم يجد مثل هذا النص فلا سبيل إلى اعتبار الفعل جريمة ولو اقتنع بأنه مناقض للعدالة أو الأخلاق أو الدين.

---

[1] أنظر المادة الأولى من الأمر 66-155 المؤرخ في 08 جوان 1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، الجريدة الرسمية عدد 48 لسنة 1966.

[2] دستور 2020 الصادر بموجب مرسوم رئاسي رقم 20-442 مؤرخ في 15 جمادى الأولى عام 1442 الموافق 30 ديسمبر سنة 2020، يتعلق بإصدار التعديل الدستوري، المصادق عليه في استفتاء أول نوفمبر سنة 2020، في الجريدة الرسمية، العدد 82.

وأساس هذا المبدأ هو حماية الفرد وضمان حقوقه وحريته وذلك بمنع السلطات العامة من اتخاذ أي إجراء بحقه ما لم يكن قد ارتكب فعلا ينص القانون عليه وفرض على مرتكبيه عقوبة جزائية.

المطلب الثاني: مبدأ سمو الدستور

إن مبدأ سمو الدستور يعد من المبادئ الأساسية المسلم بها دون حاجة إلى النص عليها في صلب الدساتير، ويرجع ذلك إلى أن الدستور هو الذي يضع النظام القانوني للدولة وينشأ السلطات العامة ويحدد مالها من اختصاصات، كما يعتبر هذا المبدأ تأكيدا لمبدأ الشرعية بمعناه الواسع وتأييدا لنظام الدولة القانونية التي يتقيد فيها كل من الحكام والمحكومين بأحكام القانون.

فالدستور باعتباره تجسيدا لإرادة المجتمع في كيفية تنظيمه وتسيير مؤسساته من جهة، وبصفته القانون الأسمى في الدولة من جهة أخرى، ولهذين الاعتبارين وجب أن تتقيد بأحكامه جميع السلطات، وأن تكون القوانين الصادرة في الدولة منسجمة في أحكامه وألا تتعارض مع روحه.

والدستور بصفته القانون الأسمى في الدولة يتطلب ضمانات لحمايته حتى يشعر الجميع بضرورة تطبيقه ميدانيا من جهة، وعدم مخالفة إرادة السلطة المؤسسة المجسدة في أحكام الوثيقة الدستورية من جهة أخرى.

ولتوضيح المسألة سندرس الرقابة على دستورية القوانين من خلال الأسس التي قام عليها في مجال كفالة احترام الشرعية الدستورية من خلال الفرع الأول، ثم نوضح التدرج القانوني ضمن الفرع الثاني.

الفرع الأول: الرقابة على دستورية القوانين

نجد في كل الدول أحكام محددة توضح كيفية ممارسة السلطة فيها، وبحيث نجد أن هذه السلطة تكفل حماية حقوق الأفراد وجماعات، وكذلك تنص على حدود وقيود لا يجب للسلطات تجاوزها أثناء ممارستها لصلاحيات المخولة لها، وبالتالي توصف الدولة بأنها دولة دستورية باحترامها للأحكام الواردة في الدستور.[1]

[1] رابحي أحسن، الوسيط في القانون الدستوري، دار هومة للطابعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، ص 488.

وتعرف الرقابة الدستورية على القوانين بكونها: "التحقق من مخالفة القوانين للدستور تمهيدا لعدم إصدارها إذا كانت لم تصدر أو إلغاءها أو الامتناع عن تطبيقها إذا تم إصدارها".[1]

وتقسم التشريعات حسب الدساتير الجامدة إلى ثلاثة درجات بعضها فوق بعض، وذلك حسب قوتها، كما يمنع الأدنى من مخالفة الأعلى، ويعلو التشريع الدستوري قمة هذه الأقسام، ثم يليه التشريع العادي فالتشريع الفرعي أو كما يعرف باللوائح الإدارية.

الرقابة الدستورية هي الآلية الرقابية التي تعتمدها الدولة للتأكيد من مدى دستورية كل التشريعات التي تصدرها الدولة،[2] فهي تهدف إلى منع صدور النصوص القانونية المخالفة للدستور وهذا ما يؤكد بأنها الوسيلة الأنجع لحماية الدستور من أي خرق أو اعتداء وإلى وضع مبدأ سمو الدستور على غيره من النصوص القانونية.

تحسم الرقابة على دستورية القوانين في النزاع بين الاتجاهات السياسية حول مضمون بعض القوانين وذلك إذا ما حدثت مواجهة بين الأغلبية والمعارضة حول مسائل هامة ثار حولها خلاف دستوري، ففي هذه الحالة يكون اللجوء إلى القضاء الدستوري ضروري لحسم هذه المواجهة، وفي هذه الحالة تؤدي الرقابة على دستورية القوانين إلى تجنب الاضطراب التشريعي إذا ما جاءت أغلبية برلمانية جديدة تريد المساس بالقانون، طالما أن القضاء الدستوري قد قال كلمته بشأن مدى مطابقة هذا القانون للدستور، هذا من جهة، ومن جهة أخرى تساهم الرقابة على دستورية القوانين في تحقيق الاستقرار وحسم المنازعات حول القانون والمراكز القانونية الناشئة بواسطته، إذ النظر للقضاء العادي فإنه يفصل في منازعات تحكمها تشريعات مختلفة مرتبطة في النهاية بمصدر يعلوها وهو الدستور، وهو ما يعزز وحدة النظام القانوني، أين يقف الدستور على قمته، وأيضا هو ما يجعل من القضاء الدستوري المفوض الوحيد في تحديد معاني الدستور عن

[1] رابحي أحسن، مرجع سابق، ص 489.

[2] زواقري الطاهر، معمري عبد الرشيد، المفيد في القانون الدستوري، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر،2011، ص 60.

طريق الرقابة على الدستورية محافظا بذلك على الاستقرار القانوني القائم هو الآخر على مبدأ سيادة القانون، ولذلك تنعكس نصوص الدستور على جميع فروع النظام القانوني.[1]

تتنوع أشكال الرقابة على دستورية القوانين، فتوجد الرقابة السياسية والرقابة القضائية، ومن أبرز أساليبها هو الدفع بعدم الدستورية كما سنبينه لاحقا في دراستنا.

وقد برزت الرقابة على دستورية القوانين في الجزائر بموجب نص المادة 63 من دستور 1963 عن طريق إنشاء مجلس دستوري، لكن في دستور 1976 لم يأخذ بمبدأ الرقابة كون هذه المهمة من اختصاص رئيس الجمهورية باعتباره حامي الدستور، أما في دستور 1989 تبنى المشرع الدستوري فكرة الرقابة صراحة في نص المادة 153 عن طريق تفعيل المجلس الدستوري في الرقابة على دستورية القوانين.[2]

أما بصدور دستور سنة 1996 تم إعطاء دور أكثر فعالية لمهمة الرقابة عن طريق التغيير في تشكيل ومهام المجلس الدستوري خاصة بعد اعتماد ثنائية البرلمان ونظام الازدواجية القضائية، بالإضافة إلى الأخذ بمفهوم القوانين العضوية لأول مرة في تاريخ التطور الدستوري للجزائر، وهذا ما انعكس على مهام المجلس الدستوري وصلاحياته.[3]

بعد الإستفتاء الشعبي بتاريخ 01 نوفمبر 2020 على الدستور الذي أعاد صياغة السلطات وغيرها وأصبحت بدل السلطة التنفيذية رئيس الجمهورية والحكومة في المواد من84 إلى 113 في دستور 2020،[4] كما تم تغيير المحكمة الدستورية بدل المجلس الدستوري.[5]

وأبقى المشرع الدستوري في الفصل الأول من الباب الرابع من دستور 2020 بعد عرضه على الإستفتاء وصدوره بموجب مرسوم رئاسي رقم 20-442 في المادة 198 على أنه: "

---

[1] أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، ط2، دار الشروق، القاهرة، 2002، ص 162.

[2] سعيد بوشعير، القانون الدستوري والنظم السياسية المقارنة، ج1، الديوان الوطني للمطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989، ص 84.

[3] نسيب محمد أرزقي، أصول القانون الدستوري والنظم السياسية: مفهوم القانون الدستوري، ظاهرة الدولة والدستور، ج 1، دار الأمة للنشر والتوزيع، الجزائر، 1998، ص 198.

[4] أنظر المواد من 84 إلى 113 من دستور 2020.

[5] أنظر المواد من 185 إلى 198 من دستور 2020.

"إذا قررت المحكمة الدستورية عدم دستورية معاهدة أو اتفاق أو اتفاقية، فلا يتم التصديق عليها. إذا قررت المحكمة الدستورية عدم دستورية قانون، لا يتم إصداره.
إذا قررت المحكمة الدستورية عدم دستورية أمر أو تنظيم، فإن هذا النص يفقد أثره، ابتداء من يوم صدور قرار المحكمة الدستورية
إذا قررت المحكمة الدستورية أن نضا تشريعيا أو تنظيميا غير دستوري على أساس المادة 195 أعلاه، يفقد أثره ابتداء من اليوم الذي يحدده قرار المحكمة الدستورية.
تكون قرارات المحكمة الدستورية نهائية وملزمة لجميع السلطات العمومية والسلطات الإدارية والقضائية"[1]

فالرقابة الدستورية هي وسيلة تعتمد عليها الدول من أجل منع صدور نصوص قانونية مخالفة للدستور، ولكن الوضع يختلف عندما الوضع يختلف عندما يصدر القانون مطابق للدستور من الناحية الشكلية، ولكن رغم ذلك كان مخالف لأحكام الدستور لذلك اتخذت النظم الدستورية نوعين من الرقابة وهما: الرقابة السياسية والرقابة قضائية.[2]

أولا: الرقابة السياسية

تتميز الرقابة السياسية بأنها أسلوب وقائي يسبق صدور القانون وتحول دون إصداره إذا كان مخالفا لدستور، أي مهمتها التأكد من مدى مطابقة القانون لأحكام الدستور، وتتولى الرقابة السياسية هيئة ذات طابع سياسي ونص على اختصاصها بالرقابة في الدستور.[3] ذلك سواء كان مجلسا دستوريا أم غرفة في البرلمان،[4] وللرقابة السياسية صور وسنحاول دراستها كالتالي:

1. صور الرقابة السياسية: تقوم بمهمة الرقابة السياسية هيئة ذات صيغة سياسية أو هيئة تشريعية بحد ذاتها.

أ . الرقابة عن طرق المجلس الدستوري: عرفت لأول مرة هذه الهيئة في فرنسا، وهي هيئة وقائية تم إنشائها من أجل النظر في مطابقة التشريعات التي تصدرها الهيئة

[1] أنظر المادة 194 من دستور 2020.

[2] نسيب محمد أرزقي، مرجع سابق، ص 199.

[3] نعمان أحمد الخطيب، الوسيط في نظم السياسية والقانون الدستوري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2004، ص 547.

[4] المرجع نفسه، ص 547.

المختصة لأحكام الدستور، وهذا من أجل احترام مبدأ الفصل بين السلطات وذلك من أجل القضاء على تعدي سلطة على اختصاصات سلطة أخرى وقبل ذلك تحفظ الحقوق والحريات للأفراد في مواجهة السلطة العامة.[1]

هذه الهيئة تتشكل عموما من أعضاء يتم تعينهم أو انتخابهم أو كلاهما معا، ويمكن للسلطة القضائية المشاركة في تعين هؤلاء الأعضاء، وكذلك عادة ما يشترك البرلمان والسلطة التنفيذية في ذلك، يتم تجديد جزء من الأعضاء دوريا، ويتم تعين بعض أعضائه كل مدة معينة، مما يسمح بالتداول العضوية في المجلس بحسب الأغلبية التي يؤول إليها الحكم.[2]

ب . الرقابة عن طريق هيئة برلمانية: يعتبر هذا النوع من الرقابة منتشرا أكثر في الدول الاشتراكية وهذا النوع من الرقابة فيه ضمان للاستقرار التشريعي في البلاد إذ أنه يمنع التضارب بين الآراء وتفادي سوء تفاهم بين السلطات، كما أن العرض لا يهدف مثلما هو الحال في الدول الليبرالية الذي يهدف إلى حماية حقوق الأفراد من اعتداءات السلطة التشريعية أو التنفيذية ونجد أن الحقوق والواجبات في الدول الاشتراكية لا تعد ذات مفهوم سلبي للأفراد وإنما ذات مفهوم إيجابي.[3]

نجد أن هناك بعض الأنظمة قد أخذت بهذا النوع من الرقابة منها الإتحاد السوفياتي سابقا وذلك بإسناد مهمة الرقابة إلى هيئة رئاسة السوفيات الأعلى ويؤدي هذا الجهاز نشاطاته ضمن الحدود المنصوص عليها في الدستور.[4]

نجد أيضا جمهورية ألمانيا الشرقية لسنة 1968 قبل اندماجها مع الجمهورية الألمانية الفيدرالية تسند مهمة الرقابة لمجلس الدولة بحيث يقوم بدراسة مشروع القوانين ويتأكد من مدى دستوريتها.

إن هذا النوع من الرقابة يعتبر منتقدا لكونه لا يسند تلك المهمة إلى هيئة مستقلة عن البرلمان، وإنما يسندها إلى نفس الهيئة وهذا ما يسمى بالرقابة الذاتية.

---

[1] بوسطلة شهرازد، مدور جميلة،" مبدأ الرقابة على دستورية القوانين وتطبيقاته"، عدد 4، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2008، ص 351.

[2] المرجع نفسه، ص 351.

[3] بوالشعير سعيد، مرجع سابق، ص 199.

[4] نسيب محمد أرزقي، مرجع سابق، ص 201.

2. تقيم الرقابة السياسية: الجدير بالذكر أن الرقابة السياسية يتماشى مع عمل السلطة التشريعية بحيث نجد أن أعضاء هذه الهيئة معينون من قبل هذه السلطة وهذا ما يسهل عملية الرقابة ويجعلها غير غريبة على البرلمان.

إلى جانب ذلك نجد أن الرقابة السياسية تمتد إلى مدى ملائمة القانون المنظور في مدى دستورية وتماشيه مع الأوضاع السياسية والاقتصادية والاجتماعية فضلا عن جوانبه القانونية.

باعتبار الرقابة السياسية رقابة وقائية فهي تؤدي إلى تجنب سوء التفاهم الذي يقع بين السلطات ويسمح أيضا بتفادي تضارب الأحكام حتى ولو أسندت مهمة الرقابة لعدة حكام ولكانت ملزمة.[1]

أما فيما يخص عيوبها فتمثل في عدم استقلالية أعضاء الهيئة المكلفة بالرقابة وبالتالي نجد أن المجلس أو الهيئة التي تمارس الرقابة يقع كثيرا في هيمنة السلطة التنفيذية وتعمل كأداة في يدها ضد السلطة التشريعية، وبالتالي أعضاء الهيئة السياسية ليسوا عادة رجال قانون وتنقصهم الكفاءة القانونية،[2] هذه الرقابة تكون وسيلة وقائية فقط ونجدها تحرك قبل صدور القانون وتحريكها موكل إلى أشخاص محددين ونجد أنه يحرم الأفراد من هذه الرقابة لأنهم ليس لهم مصلحة في تحريكها.[3]

نجد أن الرقابة السياسية تنصب أكثر على القوانين الصادرة عن البرلمان فقط ولا تمس المراسيم واللوائح والمعاهدات صادرة عن رئيس جمهورية.

مما سبق نجد أن الرقابة السياسية هي أقل أهمية بالمقارنة بالرقابة القضائية وهذا ما يفسر لجوء الجزائر إلى الرقابة المختلطة.[4]

ثانيا: الرقابة القضائية

تتم الرقابة القضائية بواسطة هيئة تابعة للقضاء، و تكون أمام كل المحاكم مهما كانت درجتها، ومهمتها هي النظر في مدى دستورية القوانين وهذا عبارة عن جزء من

---

[1] بوالشعير سعيد، مرجع سابق، ص 200.

[2] شريط الأمين، الوجيز في القانون الدستوري والمؤسسات السياسية المقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1998، ص 150.

[3] حسني بوديار، الوجيز في القانون الدستوري، دار العلوم للنشر والتوزيع الجزائر، 2003، ص 105.

[4] شريط الأمين، مرجع سابق، ص 151.

الوظيفة الأصلية لسلطة القضائية، والطبيعة القانونية لعمل المحكمة هو تحديد القانون الواجب التطبيق في حالة وجود تعارض بين القوانين وفي حالة تعارض قانون عادي مع نص دستوري فإنه من الواجب على القاضي أن يفصل في النزاع المطروح عليه، وبحيث نجد غالبية الدساتير الأخرى تنص على أنه تمنح مهمة الرقابة الدستورية إلى جهات قضائية محددة تكون من اختصاص تكون من اختصاص المحكمة العليا في نظامها القضائي العادي، أو من اختصاص المحاكم الخاصة تنشأ لهذا الغرض ونجد أن غالبية الفقه يفصل على أن تكون الرقابة عن طريق محكمة دستورية مهمتها الرقابة على دستورية القوانين.[1]

إذا المهمة الأساسية للقضاء هي السهر على مدى احترام تطبيق القانون وبذلك فالرقابة القضائية هي رقابة لاحقة أو بعدية، لأنها تثور عند تطبيق القانون.[2]

تقتصر فعالية وأهمية الرقابة القضائية ونجاحها في الواقع بمدى استقلالية الجهاز القضائي في الدولة وتعتبر هذه المسألة نسبية في بعض البلدان ومن الصعب تحقيقها بنفس الكيفية.[3]

1. صور الرقابة القضائية: للرقابة القضائية عدة صور نجد من بينها الرقابة عن طريق الدعوى الأصلية، الرقابة عن طريق الدفع، الرقابة عن طريق الأمر القضائي، الرقابة عن طريق الحكم التقريري:

أ- الرقابة عن طريق الدعوى الأصلية: يتمثل أسلوب الرقابة عن طريق الدعوى الأصلية وسيلة مباشرة يستعملها الفرد المتضرر أثناء تطبيق قانون معين ومن المحتمل أن يلحق هذا القانون ضرر بالفرد إن طبق، ويعتبر أيضا وسيلة هجومية للذين يعارضون النص أمام المحاكم المختصة قبل تطبيقه عليهم وذلك عن طريق رفع دعوى بهدف الإلغاء.[4]

تصدر المحكمة حكم بالإلغاء ويكون إما جزئي أو كلي أو يمكن أن ترفض الدعوى في حالة التوصل إلى العكس، فإذا حكمت المحكمة بالإلغاء هذا القانون المخالف

[1] شيتور جلول، " الرقابة القضائية على دستورية القوانين"، م.ج.ق، عدد 4، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2008، ص 65.

[2] رابحي أحسن، مرجع سابق، ص 508.

[3] شريط الأمين، مرجع سابق، ص 115.

[4] نسيب محمد أرزقي، مرجع سابق، 1998، ص 251.

للدستور، فإن أثاره يسرى على الماضي والمستقبل معا، كما يسري أيضا ذلك الحكم على جميع المواطنين والأفراد في الدولة مهما كانت وظيفتهم وانتمائهم دون استثناء، ويعود الاختصاص في هذا النوع من الرقابة إلى المحكمة العليا الواحدة في الدولة.[1]

ب- الرقابة القضائية عن طريق الدفع: إن هذا النوع من الرقابة لم ينص عليه الدستور صراحة فهدفها يقتصر على تطبيق القانون المطعون فيه، فإذا كان مخالفا لأحكام الدستور[2] دون إلغاءه، ويتضح لنا أن مهمة الرقابة القضائية عن طريق الدفع هي وسيلة دفاعية من جانب صاحب الشأن أو الأمر، حيث يتم اختصاصها بدفع بعدم دستورية القانون أثناء النظر وليس برفع دعوى أصلية ضد هذا القانون.[3]

في الأخير يحوز الحكم الصادر من المحكمة على حجية نسبية مقصور على موضوع النزاع المطروح أمامها، ولا يسرى أيضا على أية دعاوي أخرى، كما أن رفض أو امتناع المحكمة عن تطبيق هذا القانون لا يؤثر على المحاكم القضائية الأخرى ولا بمنعها من تطبيق ذات القانون على منازعات أخرى، بل إن المحكمة التي امتنعت في البداية تطبيق القانون لاقتناعها بعدم دستوريته لا تتقيد برأيها هذا، حيث يجوز لها تطبيقه في دعاوى أخرى إذا ما رأت أنه قانون دستوري.

هذا لا يعني أن تلك المحكمة مقيدة أو ملزمة بتقيد بأحكامها، بل تتمتع بكامل الحرية في الحكم مرة ثانية بدستورية ذلك القانون الذي قضي في البداية بعدم دستوريته.[4]

ج- الرقابة عن طريق الأمر القضائي: ظهر هذا النوع من الرقابة في إنجلترا ثم انتقل إلى الولايات المتحدة الأمريكية، ويقصد بهذا النوع من الرقابة طلب أحد الأفراد من المحكمة أن تصدر أمر يتعلق يوقف تنفيذ قانون معين قد صدر في حقه على أساس أنه قانون غير دستوري، ومن هنا تقوم المحكمة بالنظر في هذا الطلب.[5]

---

[1] زواقري الطاهر، معمري عبد الراشيد، مرجع سابق، ص 62.

[2] بو الشعير سعيد، المرجع سابق، ص 204.

[3] ديدان مولود، مباحث في القانون الدستوري والنظم السياسية: دار النجاح للكتاب، الجزائر، 2005، ص 99.

[4] المرجع نفسه، ص 100.

[5] شريط الأمين، مرجع سابق، ص 148.

إذا تبين لها أن القانون مؤسس فتصدر أمر إلى الموظف الذي يريد تطبيق القانون على الشخص تأمره بوقف التنفيذ.[1]

تنقسم الأوامر القضائية إلى نوعين وهما: أوامر مؤقتة يتم إصدارها من طرف المحكمة أثناء النظر في الدعوى المرفوعة أمامها.

أوامر دائمة تصدرها المحكمة بناءا على دعوى مباشر يتم رفعها أمامها وتعتبر هذه الأوامر ضمانة لحقوق الأفراد وحمايتها في مختلف المجالات وذلك لتجنب الفرد الوقوع في تشريعات مخالفة لدستور بما يضمنه من حقوق وحريات.[2]

د- الرقابة عن طريق الحكم التقريري: يعتبر هذا الأسلوب شبيه بالأسلوب المتمثل في الرقابة عن طريق الأمر القضائي، بحيث نعني به لجوء شخص معين إلى المحكمة يطلب منها أن تصدر حكم يقرر دستورية أو عدم دستورية قانون ما يراد تنفيذه.[3]

بالتالي يتوقف تنفيذ ذلك القانون إلى غاية صدور حكم من المحكمة وإذا قضت المحكمة أن القانون غير دستوري ففي هذه الحالة يمتنع الموظف من تطبيقه.[4]

إن هذا النوع من الحكم يتمتع بحجية نسبية لا ينعكس أثره إلا على من تقرر لصالحه أو مما يستفاد.[5]

2. تقيم الرقابة القضائية: لهذه الرقابة مزايا عديدة ومختلفة حيث جعلت كثير من الفقهاء يفضلونها عن الرقابة السياسية وذلك أنها:

تستند إلى هيئة قضائية يتفق مع مشكلة دستورية القوانين ذلك أنها مشكلة قانونية وليست سياسية ولأنها لا يتعلق بملائمة القانون لظروف المختلفة مثل الظروف السياسية والاجتماعية إنما يتوقف على مدى مطابقة القانون أو عدم مطابقته لمبادئ ونصوص الدستور باعتباره القانون الأعلى في الدولة.[6]

---

[1] شريط الأمين، مرجع سابق، ص 148.

[2] نعمان أحمد الخطيب، المرجع سابق، ص 576.

[3] زواقري الطاهر، معمري عبد الرشيد، المرجع سابق، ص 63.

[4] شريط الأمين، المرجع سابق، ص 148.

[5] نعمان أحمد الخطيب، المرجع سابق، ص 578.

[6] رابحي أحسن، مرجع سابق، ص 508.

أنها تعطي للفرد الحق في تقديم الطعون كلما رأى أن هنالك قوانين غير دستورية يراد تطبيقها، تعتبر أيضا سلاح يحمي مبدأ سمو الدستور وكذا ضمانة أساسية لحماية حقوقهم.

أنها تستند للقاضي لأنه الأقدار على البحث في مدى مطابقة القوانين لدستور لأنه تلقى تكوين قانونيا وبحكم الإجراءات القضائية منها العلانية ومناقشة الحضورية وكذا تسبيب القرارات كلها دعائم لرقابة القضائية.[1]

أما فيما يخص عيوبها أنها لا يمكن تحريكها إلا بعد صدور القانون وسريانه في أرض الواقع، وذلك بجعله يطبق وهو مخالف للدستور ولا يمكن تحريكها إلا من المواطنين الذين يفقهون القانون وذلك إذا صدر القانون مخالف لدستور فإذا كان الموطنين لا يفقهونه فإنه يطبق عليهم وهذا ما يجعل مبدأ عدم مساواة المواطنين أمام القانون.[2]

هذه الرقابة تجعل القاضي عن تطبيق نفس الحكم في نفس القضية إذا لم يدفع صاحبها أن هذا القانون مخالف لدستور، وهذه الرقابة تجعل القاضي يقوم بفحص مطابقة القوانين مع الدستور مما يجعله يخرج عن وظيفته والتي تتعلق بالأساس تطبيق النصوص القانونية وليس تقييمها.[3]

الفرع الثاني: مبدأ التدرج القانوني

يعد مبدأ تدرج القواعد القانونية أساس دولة القانون الشكلية، ودولة القانون فكرة من ابتكار الفقهاء الألمان، في النصف الثاني من القرن التاسع عشر، التي مفادها تأطير تقييد سلطة الدولة عن طرق القانون في تدرجه من القاعدة الأعلى إلى القاعدة الأدنى، وقد اعتبر المؤسس أن الدستور هو أسمى تشريع في قمة الهرم القانوني الذي يعنى بتدرج القوانين ثم حدد مباشرة القواعد التي تليه، وهذا ما نصت عليه الفقرة الرابعة عشر من ديباجة دستور 1996 المعدل والمتمم.[4]

---

[1] بوسطلة شهرزاد ومدور جميلة، مرجع سابق، ص 350.

[2] زواقري الطاهر، معمري عبد الرشيد، مرجع سابق، ص 64.

[3] رابحي أحسن، مرجع سابق، ص 510.

[4] نبالي فطة، المجلس الدستوري وتدرج القواعد القانونية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 49، عدد عدد 03، ص: 10.

تأخذ القواعد الدستورية مكانتها التي تليق بموضوعها وتعتلي قمة التدرج القانوني في الدولة، ويطلق على الدساتير التي تنتهج هذا المنهج اصطلاح الدساتير الجامدة، وفي هذه الحالة فقط يمكن التمييز بين النصوص الدستورية والقوانين العادية ويكون حينئذ لهذا التمييز أثر هام، حيث لا يمكن للبرلمان أن يمس من أحكام الدستور تعديلا، ومن باب أولى إلغاء، وعكس ذلك يعد هدما لقيمة الدستور وتفوقه في النظام القانوني للدولة من جهة، والتقليل من أهمية السلطة المؤسسة من جهة ثانية، الأمر الذي يؤول إلى انهيار التدرج القانوني الذي يميز الأنظمة القانونية للدولة ذات الدساتير الجامدة، حيث تحتل هذه الأخيرة قمة الهرم القانوني، ثم تأتي القوانين العادية، ثم اللوائح وهكذا.[1]

ويستشف من ذلك أن قانون العقوبات لا يمكنه بأي حال النص على قواعد تتعارض مع أحكام الدستور طالما أن هذا الأخير هو الوثيقة الأسمى بالإضافة إلى ما يتضمنه من مبادئ عامة تضبط ما تحتويه الشرعية الجزائية، كما أنه لا يمكن بحال أن تتعارض النصوص الأقل درجة من قانون العقوبات بصفته في المركز الثاني في الهرم التشريعي بعد الدستور أن تتعارض مع ما ورد في قواعده كاللوائح والقرارات التي تتضمن نصوصا جزائية كما هو الحال بالنسبة اللوائح المتعلقة ببعض المخالفات البسيطة على سبيل المثال.[2]

يتأسس النسق القانوني للدولة التي تتبنى دستورا مدونا (مكتوبا) جامدا على مبدأ التدرج القانوني، إذ أن هناك أربعة مستويات:

1- القوانين الدستورية: وهي القوانين التي تنظم سير وعمل السلطات العامة داخل الدولة، وتضعها هيئة تسمى بالسلطة التأسيسية الأصلية، وتقوم بتعديلها هيئة تسمى بالسلطة التأسيسية الفرعية.

2- القوانين التنظيمية: وهي قوانين يحددها الدستور، وتعتبر امتدادا ماديا للقوانين الدستورية على أساس أنها تهدف إلى تنظيم عمل السلطات العامة انطلاقا من المبادئ

[1] بوسطلة شهرزاد ومدور جميلة، مرجع سابق، ص 250.

[2] رابحي أحسن، مرجع سابق، ص 51.

المقررة في الدستور، وباعتبارها امتدادا ماديا للدستور، فإن القوانين التنظيمية تحتل موقعا وسطا بين القوانين الدستورية والقوانين العادية.[1]

3- القوانين العادية: وهي قوانين تختص بوضعها، تعديلها وإلغائها السلطة التشريعية.

4- التشريعات الفرعية: وهي مجموع المراسيم والقرارات التي تختص بوضعها السلطة التنفيذية باعتبارها سلطة إدارية.

إن هذه المستويات من التشريعات مؤسسة بشكل تدرجي بحيث لا يمكن لقانون أدنى أن يلغي أو يعدل مقتضيات قانون أعلى منه، وعليه ففي أنظمة سياسية تأخذ بدستور مدون جامد، لا يمكن تعديل أو إلغاء مقتضيات قاعدة دستورية إلا بقاعدة دستورية أخرى.

وقد بين المحكمة الدستورية أن هناك نوع من التدرج للمؤسسات الدستورية مستخلصا ذلك من أحكام الدستور، كما كرس المؤسس الدستوري سمو الدستور باعتباره أعلى قانون يتم تشريعه يتضمن ويكفل الحقوق والحريات، والإطار الذي تمارس فيه الشرعية، إذ تنص ديباجة دستور 2020 على: "إن الدستور فوق الجميع، وهو القانون الأساسي الذي يضمن الحقوق والحريات الفردية والجماعية، ويحمي مبدأ حرية اختيار الشعب، ويضفي الشرعية على ممارسة السلطات، ويكفل الحماية القانونية، ورقابة عمل السلطات العمومية في مجتمع تسوده الشرعية، ويتحقق فيه الإنسان بكل أبعاده".[2]

ولا تثير هذه القوانين مسألة موقعها بالنسبة للدستور بما أن المشرع قد أخضعها للرقابة الدستورية التي يمارسها المجلس الدستوري، واعتبارا أنه إذا كان من اختصاص المشرع إعداد القانون والتصويت عليه بكل سيادة طبقا للدستور، فإنه يعود للمجلس الدستوري بمقتضى اختصاصاته الدستورية أن يسهر على احترام المشرع للأحكام الدستورية حين ممارسته سلطته التشريعية.[3]

---

[1] نبالي فطة، مرجع سابق، ص 58.

[2] الفقرة الرابعة عشر من ديباجة الدستور الصادر بالمرسوم الرئاسي رقم 20-442، يتعلق بإصدار نص تعديل الدستور، الصادر بتاريخ 30 ديسمبر سنة 2020.

[3] رابحي أحسن، مرجع سابق، ص 55.

وبهذا بين المؤسس سمو الدستور وأسس بذلك تدرجا بينه وبين القوانين التي تليه مرتبة، تتمثل تلك القواعد في: قواعد القانون الدولي الاتفاقي، القوانين العضوية والعادية، التنظيمات، النظام الداخلي لكل من غرفتي البرلمان، فيعد أول درجة للبناء القانوني، ثم أرسى تدرجا بالنسبة لبعض القواعد التي تلي الدستور مرتبة.[1]

وبعد أن حدد المؤسس الدستوري القواعد التي تلي مباشرة الدستور، أسس نوعا من التدرج في بعض من تلك القواعد، لكن هذا التدرج ليس بالوضوح الذي يمكن تصوره، فالتدرج واضح بالنسبة للمعاهدات التي تسمو على القانون، ويتضح التدرج في القوانين والتنظيمات التنفيذية، ولذا لم تحدد إلا الخطوط العريضة للتدرج القانوني، وقد تدخل المجلس الدستوري لتحديد مرتبة البعض من القواعد القانونية وساهم نوعا ما في تشييد البناء القانوني، إذ كرس تدرجا واضحا بين البعض من القواعد القانونية وبعضها يتأرجح بين التدرج وتوزيع الاختصاص.[2]

تستمد كل من القوانين العضوية والعادية والتنظيمات المستقلة اختصاصاتها مباشرة من الدستور فالعلاقة بينها هي علاقة توزيع اختصاص، ويمكن استثناء أن تربط بين القوانين العضوية والقوانين العادية علاقة تدرج إذا ما أراد الدستور أن ينشئ هذه العالقة بالنسبة للبعض منها أظهر المؤسس الدستوري نيته في ترسيخه دولة القانون بالاعتراف بسمو الدستور، وأرسى تدرجا بينه وبين القواعد القانونية التي تليه مباشرة في الدرجة متمثلة في قواعد القانون الدولي الاتفاقي كما وضحنا سابقا، القوانين العضوية، القوانين العادية، التنظيمات المستقلة، النظام الداخلي لكل من غرفتي البرلمان، تعد هاتين أول طبقة أو درجة للبناء القانوني، ولضمان احترام هذا التدرج تم تأسيس المجلس الدستوري الذي يسهر على احترام الدستور، وأرسى أيضا تدرجا لبعض القواعد التي تلي الدستور مرتبة وهو التدرج القائم بين مختلف القوانين والتنظيمات التنفيذية.[3]

رغم مساهمة المجلس الدستوري في توضيح بعض الأحيان تشييد البناء القانوني، إلا أن ذلك غير كاف فمازالت مرتبة العديد من القواعد القانونية غير واضحة في النظام

[1] نبالي فطة، مرجع سابق، ص 13.

[2] رابحي أحسن، مرجع سابق، ص 56.

[3] نبالي فطة، مرجع سابق، ص 60.

القانوني، فلم يبين لنا المجلس الدستوري موقع المعاهدات والاتفاقيات وغيرها من الالتزامات الدولية التي لا تحتاج إلى تصديق، وكذا مرتبتها بالنسبة للقوانين العضوية باعتبار هذه الأخيرة امتداد مادي للدستور.

عند النظر لهذا الترتيب الممنهج نجد أن الشرعية الدستورية تشق طريقها مباشرة في جميع الهرم التشريعي تدرجا ابتداءا من القوانين إلى غاية اللوائح فكل درجة تشريعية تستمد قوتها من التشريع الذي أعلى منها وهذا ما يجسد الدستورية في قانون العقوبات وكفالة الحقوق والحريات.[1]

[1] نبالي فطة، مرجع سابق، ص 15.

المبحث الثاني: الأساس التشريعي للشرعية الدستورية

إن مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات تلتزم به الدولة القانونية، حيث يضمن القانون احترام الحقوق والحريات للأفراد في مواجهة الدولة، وقد أكدت العديد من التشريعات هذا المعنى في نصها بأن مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، وإن اتخذ من الحريات والحقوق بنيانا لإقرارها وتوكيدها، إلا أن هذه الأخيرة هي التي تقيد من محتواه، فلا يكون إنفاذ هذا المبدأ لازما إلا بالقدر وفي الحدود التي تكفل صونها، من خلال إسناد وظيفة التجريم والعقاب والإجراءات الجزائية إلى المشرع وحده، تطبيقا لمبدأ إنفراد المشرع بالاختصاص في مسائل الحقوق والحريات، باعتبار أن القيم التي يحميها قانون العقوبات لا يمكن تحديدها إلا بواسطة ممثلي الشعب، وهو ما تعبر عن القيم الجوهرية التي يصدرها القانون الجنائي لحمايتها دوليا وداخليا.[1]

ولهذا سوف نستعرض ضمن هذا المبحث الأسس الدولية والداخلية للشرعية الدستورية من خلال مطلبين:

المطلب الأول: الأسس الدولية

المطلب الثاني: الأسس في التشريع الوطني

المطلب الأول: الأسس الدولية للمبدأ

تعد الشرعية الدستورية عماد القانون بصفة عامة والقانون الجنائي بصفة خاصة، لذلك تنص عليه مختلف النصوص والمواثيق الدولية ذات الصلة بحقوق الإنسان وكذا دساتير الدول وتشريعاتها المختلفة ولهذا سوف نستعرض في دراستنا الحماية الدولية للشرعية الدستورية في الفرع الأول، فيما ندرس ضمن الفرع الثاني تجسيد الدستور الوطني لمبادئ الإعلان العالمي لحقوق الإنسان.[2]

الفرع الأول: الحماية الدولية للشرعية الدستورية

يقتضي مبدأ الشرعية أن ينص القانون على الفعل الذي يمكن اعتباره جريمة بوصفه المصدر الوحيد للتجريم، ومن المعروف أن القانون الدولي الجنائي هو قانون عرفي بعد أن فشلت كل المحاولات حتى الآن في تقنينه، ولذا فالجرائم الدولية ليست

[1] نبالي فطة، مرجع سابق، ص 18.

[2] رابحي أحسن، مرجع سابق، ص 51.

أفعالا منصوص عليها في قانون مكتوب كما هو الحال في الجرائم الداخلية، وإنما هي أفعال بنيانها العرف فحسب، ويبقى العرف الدولي مصدر التجريم في الجرائم الدولية حتى ولو نصت المعاهدات الدولية على تجريم بعض الأفعال باعتبار أن هذه المعاهدات لا تنشئ الجرائم، وإنما تكشف عن العرف الذي جرمها، وهكذا فإن قاعدة الشرعية المكتوبة لا تجد مكانها في القانون الدولي الجنائي، إذ يعني التمسك بالقاعدة حرفيا أنه لا جريمة دولية بلا قانون مكتوب يحددها.[1]

إن إنشاء المحكمة الجنائية الدولية نصت المادة الأولى من الباب الأول من النظام الأساسي للمحكمة على إنشاء المحكمة، على أن تكون هيئة دائمة لها سلطة ممارسة اختصاصها على الأشخاص الذين يرتكبون أشد الجرائم خطورة على المجتمع الدولي، وأن اختصاص هذه المحكمة مكمل للاختصاصات القضائية الجنائية الوطنية، حيث نصت المادة الأولى على أن هذا النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية يطبق على الأشخاص الذين يرتكبون الجرائم الدولية الخطيرة التي تهدد المجتمع الدولي والمنصوص عليها على سبيل الحصر في المادة الخامسة من هذا النظام الأساسي، وهذا يعد تطبيقا لمبدأ الشرعية في القانون الدولي الجنائي وتجسيدا للمبادئ العالمية، حيث أنه بميلاد هذا النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، والنص صراحة على الجرائم الدولية محل اختصاصها، وتقريره للعقوبات، ودخول هذا النظام الأساسي حيز النفاذ بعد مرور ستين يوما من تصديق الدول الستون عليه أصبح مبدأ الشرعية القائل بأنه: لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص قائم بلا خلاف في القانون الدولي الجنائي شأنه شأن القوانين العقابية الوطنية المختلفة.[2]

إن المحاكم الدولية وقبلها الداخلية، غير قابلتين أيا منهما على العمل وتحقيق العدالة بصفة منفردة، ولهذا كان من الضروري التكاثف فيما بينهما لتحقيق أغراض العدالة الدولية الجنائية، إلا أن الدول تخشى أن يهدد الاختصاص الدولي سيادتها عندما

---

[1] أحمد سحنين، الحريات العامة في ظل الظروف الاستثنائية في الجزائر، مذكرة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 2005/2004، ص05.

[2] منتصر سعد حمودة، المحكمة الجنائية الدولية، النظرية العامة للجريمة الدولية، أحكام القانون الدولي الجنائي، دار الفكر الجامع، ط1، مصر، 2009، ص 70.

يسبق اختصاصها كما حدث في المحكمة الدولية الجنائية ليوغسلافيا سابقا والمحكمة الدولية الجنائية لرواندا، ولتحقيق التوازن بين سيادة الدول وفعالية المحكمة الدولية قامت اللجنة التحضيرية بمناقشة مبدأ التكامل كحل يحكم العلاقة بين المحكمة الدولية الجنائية، والقضاء الوطني، من ذلك فإن الاختصاص التكميلي للمحكمة الدولية الجنائية يؤكد على الدور الأولي والرئيسي للسلطات القضائية الوطنية في الاضطلاع بما يرتكب على إقليم الدولة من جرائم تدخل في اختصاص المحكمة الدولية الجنائية،[1] كما يجعل لها اختصاصا احتياطيا عالميا قادر على التدخل لتصحيح إدارة العدالة الجنائية في حالة إخفاق الدول الأطراف، وفي حالة عدم تطبيقهم قواعد العدالة الجنائية على النحو الأمثل وهذا ما يجعل للمحكمة الدولية الجنائية دورا في توحيد قواعد العدالة الجنائية بشقيها الدولي والوطني، وتكريسا لمبادئ الشرعية الدستورية القائمة على احترام المبادئ العامة التي تكفل الحقوق والحريات العامة.

الفرع الثاني: تجسيد الدستور الوطني لمبادئ الإعلان العالمي لحقوق الإنسان

يعد مبدأ الشرعية أهم ضمانة اكتسبها الإنسان على مر العصور، فلا وجود لأية ضمانة أخرى بدون وجود مبدأ الشرعية، فجميع الضمانات الأخرى تستمد وجودها منه وتدور في فلكه، فهو الضابط لأعمال السلطة والمرجع في حالة الإدعاء بالتجاوز.

يعد الدستور الإطار الأساسي للحقوق والحريات العامة، نظرا لما يتضمنه من مبادئ ومقتضيات لقيام دولة القانون، لذا أقرت غالبية الدول ومن ضمنها الجزائر حقوق وحريات الأفراد التي هي من عوامل التطور، بل وكذلك من شروطه الأساسية، بالنسبة للجزائر، فقد تضمنت مختلف الدساتير التي عرفتها منذ الاستقلال إلى الآن أحكام تؤكد تمسكها بمبادئ حقوق الإنسان، وإن كان ذلك بدرجات متفاوتة، ووفقا ظروف صدور كل دستور، يبين لنا تغير وتطور مفهوم حقوق الإنسان عبر هذه الدساتير.[2]

[1] بومعزة منى، دور القضاء الدولي الجنائي في تطبيق القانون الدولي الإنساني، مذكر ماجستير، جامعة باجي مختار – عنابة، 2008-2009، ص 77

[2] باية سكاكني، دور القاضي الإداري في حماية الحقوق والحريات الأساسية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011، ص38.

حرص المؤسس الدستوري على نص نصوص كثيرة في لتأكيد الاعتراف بحقوق الإنسان والحريات الأساسية للمواطن، سواء الحقوق السياسية أو الاجتماعية والثقافية أو الاقتصادية.[1]

وقد جاء الفصل الأول بعنوان الحقوق الأساسية والحريات العامة من الباب الثاني تحت عنوان الحقوق الأساسية والحريات العامة والواجبات من دستور 2020 في مواده من 34 إلى 77 وتضمن موافقة الجمهورية على الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948، وأعلنت في نفس المادة استعدادها الكامل للانضمام إلى كل منظمة تهتف بشعار حقوق الإنسان"، فقد تم تخصيص فصل أول كامل للحريات الأساسية وحقوق الإنسان والمواطن.[2]

وقد نص الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على أن: "لكل شخص الحق في الحياة والحرية وسلامة شخصه"، كما نص عليه العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، وأورد المشرع الجزائري هذا الحق في نص المادة 33 من الدستور على أن: "تضمن الدولة عدم انتهاك حرمة الإنسان، ويحظر أي عنف بدني أو معنوي" وبالتالي فإنّه لا يجوز إلقاء القبض على أي فرد، أو اعتقاله أو حبسه، وعدم اتخاذ أي إجراء يمس أمنه إلاّ وفقا للقانون مع مراعاة إجراءات الضمانات الواردة في المادة 44 حيث تنص على: "لا يتابع أحد ولا يوقف أو يحتجز إلاّ في الحالات المحددة في القانون وطبقا للأشكال التي نص عليها"، حيث أن كل شخص يعتبر بريئا حتى تثبت جهة قضائية نظامية إدانته مع كل الضمانات التي يتطلبها القانون.[3]

جاء في مقدمة الدستور بأنه فوق الجميع، وهو القانون الأساسي الذي يضمن الحقوق والحريات الفردية والجماعية، ويحمل مبدأ حرية اختيار الشعب ويضفي الشرعية على ممارسة السلطات ويكفل الحماية القانونية ورقابة عمل السلطات العمومية في مجتمع تسوده الشرعية، ويتحقق فيه تفتح الإنسان بكل إبعاده إلى جانب هذا فقد تضمن هذا

[1] أحمد سحنين، مرجع سابق، ص 07.

[2] أنظر المواد 34 إلى 77 من دستور 2020.

[3] الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر بموجب قرار الجمعية العامة رقم 3/217 بتاريخ 19 ديسمبر 1948.

الدستور مبادئ ميثاق الأمم المتحدة وقواعد الإعلان العالمي لحقوق الإنسان العام 1948 وكذا العهدين الدوليين لعام 1966.

جاء ضمان الحقوق والحريات للمواطن الجزائري ضمن الفصل الرابع الخاص بالحقوق والحريات، وما نلاحظه على هذا التعديل أنه لم يحذف أي حق كان موجودا من قبل، وإنما قام بإضافة حقوق جديدة.[1]

المادة 11 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان المعتمد والمنشور على الملأ بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 217 ألف المؤرخ في 1948/12/10 الذي يعتبر جزء من الكتلة الدستورية بعد أن نصت ديباجة الدستور على أن[2] " يعبر الشعب الجزائري عن تمسكه بحقوق الإنسان المنصوص عليها في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948" أشارت إلى فحوى مبدأ الشرعية عل النحو التالي:

"لا يدان أي شخص بجريمة بسبب أي عمل أو امتناع عن عمل لم يكن في حينه يشكل جرما بمقتضى القانون الوطني أو الدولي، كما لا توقع عليه أية عقوبة أشد من تلك التي كانت سارية في الوقت الذي ارتكب فيه الفعل الجرمي".

المادة 15 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية المعتمد والمعروض على التوقيع والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 2200 ألف (د21-) المؤرخ في 1966/12/16 والذي دخل حيز التنفيذ بتاريخ 23 مارس 1976 والذي وافقت عليه الجزائر في سنة 1989 بموجب القانون 89-08 المؤرخ في 1969/04/25 المتضمن الموافقة على العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية والبروتوكول الاختياري الخاص بالحقوق المدنية والسياسية الموافق عليها من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة يوم 1966/12/16، ثم انضمت لهم الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي 89-67 المؤرخ في 16 ماي 1989 (ج.ر عدد 20)[3]:

---

[1] أحمد سحنين، مرجع سابق، ص 15.

[2] الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الإعلان العالمي لحقوق الإنسان.

[3] مرسوم رئاسي رقم 89 - 67 مؤرخ في 11 شوال عام 1409 الموافق 16 مايو سنة 1989 يتضمن الانضمام الى العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية

"لا يدان أي فرد بأية جريمة بسبب أي فعل أو امتناع عن فعل لم يكن وقت ارتكابه يشكل جريمة بمقتضى القانون الوطني أو الدولي. كما لا يجوز فرض أية عقوبة تكون أشد من تلك التي كانت سارية في الوقت الذي ارتكبت فيه الجريمة..."

وقد جعلت المادة 4 هذا المبدأ من الحقوق التي لا يجوز مخالفتها أو إيجاد استثناءات عليها حتى في حالات الطوارئ الاستثنائية.

المادة 15 من الميثاق العربي لحقوق الإنسان المعتمد بتونس في ماي 2004 المصادق عليه من طرف الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي 06-62 المؤرخ في 2006/02/11 (ج.ر08)[1]: "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص تشريعي سابق، ويطبق في جميع الأحوال القانون الأصلح للمتهم".

المادة 7 من الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب المصادق عليه من طرف الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 87-37 المؤرخ في 1987/02/04 (ج.ر رقم 06):" لا يجوز إدانة شخص بسبب عمل أو امتناع عن عمل لا يشكل جرما يعاقب عليه القانون وقت ارتكابه ولا عقوبة إلا بنص والعقوبة شخصية".[2]

والبروتوكول الاختياري المتعلق بالعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية الموافق عليها من طرف الجمعية العامة للامم المتحدة يوم 16 ديسمبر سنة 1966، الجريدة الرسمية، العدد 20، الصادرة بتاريخ 17 مايو سنة 1989.

[1] مرسوم رئاسي رقم 06 – 62 مؤرخ في 12 محرم عام 1427 الموافق 11 فبراير سنة 2006، يتضمن التصديق على الميثاق العربي لحقوق الإنسان، المعتمد بتونس في مايو سنة 2004، الجريدة الرسمية، العدد 20، الصادر بتاريخ 15 فبراير سنة 2006.

[2] مرسوم رقم 87 – 37 مؤرخ في 4 جمادى الثانية عام 1407 الموافق 3 فبراير سنة 1987 يتضمن المصادقة على الميثاق الافريقي لحقوق الانسان والشعوب الموافق عليه في نيرو بى سنة 1981، الجريدة الرسمية، العدد 06، الصادرة بتاريخ 4 فبراير سنة 1987.

المطلب الثاني: الأسس في التشريع الوطني

يؤكد المؤسس الدستوري الجزائري على احترام المبدأ والعمل بمقتضاه من خلال النصوص الدستورية وكذلك النصوص القانونية.

الفرع الأول: في النصوص الدستورية

أكد الدستور الجزائري لسنة 2020 في عدة نصوص منه على احترام الشرعية وهو بذلك يرتفع بالمبدأ من مبدأ قانوني إلى مبدأ دستوري، وبهذا يستفيد المبدأ من كافة الضمانات التي يمنحها الدستور لمبادئه فقد جاء في الدستور:

المادة 37: "كل المواطنين سواسية أمام القانون".

المادة 41: "كل شخص يعتبر بريئا حتى تثبت جهة قضائية نظامية إدانته، مع كافة الضمانات التي يتطلبها القانون".

المادة 43: "لا إدانة إلا بمقتضى قانون صادر قبل ارتكاب الفعل المجرم".

المادة 44: "لا يتابع أحد أو يوقف أو يحجز إلا في الحالات المحددة بالقانون، وطبقا للأشكال التي نص عليها".

المادة 165: "يقوم القضاء على أساس مبادئ الشرعية والمساواة

القضاء متاح للجميع

يضمن القانون التقاضي على درجتين، ويحدد شروط وإجراءات تطبيقه".

المادة 167: "تخضع العقوبات الجزائية لمبدأي الشرعية والشخصية".

ومن جهة أخرى، فقد جعل الدستور حق التشريع من اختصاص البرلمان وذلك في نص المادة 114 من دستور 2020 على أنه[1]: " يمارس السلطة التشريعية برلمان يتكون من غرفتين، وهما المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة.

كل غرفة من غرفتي البرلمان لها السيادة في إعداد القانون والتصويت عليه."

وهو ما جسدته الدساتير السابقة.

الفرع الثاني: في التشريع الجزائي

ان مبدأ الشرعية من أهم المبادئ المكرسة في القانون الجنائي إن لم نقل أهمها على الإطلاق، وقد صاغت هذا المبدأ المادة الأولى من قانون العقوبات على أنه «لا

[1] أنظر المادة 114 من دستور 2020

جريمة ولا عقوبة أو تدابير أمن بغير قانون»[1]، والمقصود بذلك أن القاضي مقيد بالقانون الذي هو المصدر الوحيد للتجريم والعقاب. وبما أن هذا المبدأ ليس إلا أحد مظاهر مبدأ الشرعية بالمعنى الواسع والذي يجعل الدولة دولة قانون، فمن الطبيعي أن يهتم به الدستور وينص عليه في أكثر من مكان.

ولابد من الإشارة بداية إلى أن مبدأ الشرعية بمعناه الواسع قد أعلن عنه في ديباجة الدستور.[2] فقد جاء فيها «أن الدستور فوق الجميع، وهو القانون الأساسي الذي يضمن الحقوق والحريات الفردية والجماعية، ويحمي اختيار الشعب، ويضفي الشرعية على ممارسة السلطات، ويكفل الحماية القانونية ورقابة عمل السلطات العمومية في مجتمع تسوده الشرعية.[3]

أما مبدأ الشرعية الجنائية ذاته فقد نص على مختلف مظاهره في نصوص مختلفة من الدستور. ويأتي في مقدمتها نص المادة 43[4] على أنه: "لا إدانة إلا بمقتضى قانون صادر قبل ارتكاب الفعل المجرم، فهذا النص يكرس المبدأ من خلال إعلان إحدى أهم نتائجه المتمثلة في مبدا آخر هو عدم رجعية القوانين الجنائية.

بالرغم من القواعد الصريحة سابقة الذكر فإن التنظيم يتدخل بشكل واسع كنص تجريمي خاصة في بعض المجالات التي تتطلب السرعة والمعرفة التقنية الخاصة، وهما عنصران يصعب أحيانا توفرهما في العمل البرلماني، وهذا ما يشكل أحد الأسباب الرئيسية لظاهرة التضخم التشريعي التي سبقت الإشارة إليها باعتبارها من العوامل المساهمة في انهيار مبدأ الشرعية.[5]

لقد جسد التشريع الجزائي الجزائري على الشرعية في قانون، وتأكيدا لمبدأ الشرعية، فقد جاءت، فنصت المادة الثانية على مبدأ عدم الرجعية وهو من أهم المبادئ الداعمة لمبدأ الشرعية على ما سنرى كالآتي:

---

[1] أنظر المادة الأولى من قانون العقوبات المعدل والمتمم.

[2] أنظر المواد 34 وما بعدها من دستور 2020.

[3] أنظر الفقرة 14 من ديباجة دستور 2020.

[4] أنظر المادة 43 من دستور 2020.

[5] مصطفى مرزوق، مرجع سابق، ص 08.

"لا يسري قانون العقوبات على الماضي إلا ما كان منه أقل شدة"[1]، ونصت المادة الثالثة على تحديد نطاق قانون العقوبات على النحو التالي: "يطبق قانون العقوبات على كافة الجرائم التي ترتكب في أراضي الجمهورية"[2].

كما يطبق على الجرائم التي ترتكب في الخارج إذا كانت تدخل في اختصاص المحاكم الجزائية طبقا لأحكام قانون الإجراءات الجزائية.

ويعتبر قانون العقوبات وقانون الإجراءات الجزائية، مثالين حقيقيين يعبران عن جسامة النتائج التي قد تترتب بسبب إهدار الأمن القانوني، والقانونين معا يتم التوفيق بين حقوق الإنسان وحريته من جهة، ومقتضيات الحماية الجنائية للنظام العام القائم من جهة أخرى، وفي هذا الصدد ينصب مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات كصمام أساسي لتأمين الاستقرار القانوني الذي يجب على المشرع الجزائي مراعاته بمناسبة حمايته الحرية الشخصية للفرد، ويقابله مبدأ قرينة البراءة صمام الأمن القانوني الذي يجب على المشرع الجزائي الإجرائي مراعاته عند تحديد جملة الإجراءات الجزائية الواجب إتباعها عند كل متابعة قضائية، لكي لا تكون وسيلة بطش وتعسف.

على الرغم من الانتقادات الموجهة لمبدأ الشرعية إلا أنه مازال صامدًا إلى وقتنا الحالي ويجد تطبيقًا له في كثير من الدول بل اعتبره بعض الدول من المبادئ الدستورية ونص عليه في دساتيرها نظرًا للأهمية العملية لهذا المبدأ سواء بالنسبة للأفراد أو للقضاء فأما بالنسبة للأفراد تمثل هذا المبدأ إنذار مسبق للعلم بالأفعال المجرمة والعقوبة المقررة لها وبالتالي ترك الحرية للأفراد بإتيان الأفعال غير المنصوص عليها، أما بالنسبة للقضاء فإنهم يجدون في مبدأ الشرعية الأساس القانوني لتجريم الأفعال وتحديد العقوبات، فضلا على أنه أحسن حل لمنع تسلط القضاة في الأحكام.[3]

[1] أنظر المادة 02 من قانون العقوبات المعدل والمتمم.

[2] أنظر المادة 03 من قانون العقوبات المعدل والمتمم.

[3] أحمد فتحي سرور، مرجع السابق، ص 90.

خلاصة الفصل الأول

يحدد النص في قانون العقوبات والقوانين المكملة له الأفعال المحظورة، التي يعد اقترافها بشروط معينة جريمة من الجرائم وتتعدد هذه النصوص بتعدد الأفعال التي يحظرها القانون، وتسمى نصوص التجريم، فالفعل لا يمكن اعتباره جريمة إلا إذا انطبق عليه أحد هذه النصوص تكريسا للشرعية الجزائية التي تستمد كيانها بما جاءت به النصوص الدستورية المجسدة له، وباعتبار أن الدستور هو الوثيقة الأسمى في الهرم التشريعي بما يتضمنه من مبادئ تتفرع عنها أسسا دولية وأخرى تشريعية داخلية تكفل حماية الشرعية في قانون العقوبات، عن طريق آلية الرقابة الدستورية على القوانين، حماية وصونا للحريات والحقوق.

الفصل الثاني:
كفالة الشرعية الدستورية في قانون العقوبات
المبحث الأول: الدفع بالبطلان
المبحث الثاني: الدفع بعدم الدستورية

لا شك أن المعايير والضوابط الدستورية والقانونية، تعد قيودا على جميع السلطات والأفراد في الدولة، يتعين على الجميع الالتزام بها وعدم مخالفتها، وأن تأتي جميع تصرفاتهم في هذا الإطار بما يكفل حق الأفراد في التمتع بتلك الحقوق والحريات وفقا للتنظيم القانوني الذي كفلته تلك النصوص، ولا شك أن النصوص الدستورية والقانونية تعتبر السياج الواقي لحقوق الإنسان، وهي التي تكفل تنظيمها وتوضح كيفية ممارستها وتضع الضوابط اللازمة للجهات المختصة عند مباشرة اختصاصها قد تقيد من إمكانية ممارسة تلك الحقوق والحريات، ولهذا فقد وجد آلية الدفع ببطلان ما يهتك بالشرعية الدستورية، والدفع بعدم دستورية أي نص يتعارض أو يتناقض مع الحريات والحقوق.

ولهذا سوف نتطرق ضمن هذا الفصل إلى دراسة آلية الدفع بالبطلان وصورها، بالإضافة إلى الدفع بعدم الدستورية والإجراءات التي تليها، وهذا عن طريق تقسيم الفصل كالتالي:

- **المبحث الأول: الدفع بالبطلان**
- **المبحث الثاني: الدفع بعدم الدستورية**

المبحث الأول: الدفع بالبطلان

البطلان مصطلح استقر في معجم الأصول الإجرائية، بما يجسده لمبدأ الشرعية الجزائية الذي يقابله مبدأ الشرعية في قانون العقوبات: "لا جريمة ولا عقوبة أو تدابير أمن بغير قانون"، فإن مبدأ الشرعية الإجرائية تستند إلى مبدأ أنه لا دعوى جزائية ولا تقرير تجريم دون مراعاة الضوابط الإجرائية التي نص عليها القانون، ولا إدانة بجريمة دون مراعاة لتلك الضوابط لأن تلك الضوابط هي بمثابة الضمانات التي أراد المشرع توفيرها في الخصومة الجزائية، وهي ما تعكس مدى تجسيد الشرعية الدستورية التي تعنى بحماية الحقوق والحريات.[1]

وسوف نتطرق ضمن هذا المبحث إلى مفهوم البطلان في المطلب الأول، فيما نتولى بعد ذلك دراسة صور البطلان في المطلب الثاني.

المطلب الأول: تعريف البطلان

لم يقم المشرع الجزائري على غرار باقي التشريعات الأخرى بتعريف البطلان، مكتفيا بالنص على حالاته في بعض مواد قانون الإجراءات الجزائية والسبب في ذلك أن المشرع ترك مسألة التعريفات للقضاء والفقه متجنبا بذلك وضع حدود وقيود على القضاء وحتى على الفقه، وأن وضع تعريف محدد للبطلان من طرف المشرع قد يسقط حالات لم يتناولها مما جعله يتفادى هذا الطرح تاركا المسألة لإعمال الفكر القانوني من طرف القضاة والفقهاء للإلمام والحصر لحالات البطلان وكذا الأسباب.

الفرع الأول: التعريف اللغوي والإصطلاحي

أولا: البطلان لغة: مأخوذ من كلمة بطل، يقال: بطل الشيء يبطل بطلا وبطلانا بضم الباء، فسد وسقط حكمه، فهو باطل.

البطلان من الباطل، وهو عدم صلاحية الشيء لترتب أثاره عليه، وجاء بمعنى عدم مشروعية الشيء من أصله.[2]

---

[1] أحمد فتحي سرور، مرجع السابق، ص 95.

[2] عبد الحميد الشواربي، البطلان الجنائي، نظرية البطلان، بطلان التحقيق، بطلان المحاكمة، بطلان الحكم، د.ط، منشأة المعارف، مصر، د،س،ن، ص75.

ثانيا: البطلان إصطلاحا: ويرى الفقهاء أن لفظ البطلان والفساد، بمعنى واحد، وجاءت عدد من تعريفات عنهم منها تعريف: الباطل بأنه الذي لا يفيد والذي لا يثمر،[1] كذلك للبطلان معان عدة، فهو ما أبطل وأيضا ما لا يكون مشروعا بأصله ووصفه، والباطل هو ما لا فائدة منه ولا أثر ولا غاية.

الفرع الثاني: التعريف الفقهي

تعددت تعريفات البطلان في الفقه الجزائي وهي بمجموعها متقاربة إلى حد كبير ومن تلك التعريفات نجد:

عرف البعض البطلان بأنه: "هو الجزاء الذي يترتب على مخالفة كل قاعدة إجرائية قصد بها حماية الشرعية الجنائية سواء كان ذلك لمصلحة المتهم، أو غيره من الخصوم أو للمصلحة العامة التي تتمثل في ضمان الإشراف القضائي للإجراءات الجنائية".[2]

ويعرف أيضا: هو أحد، صور الجزاءات التي تلحق الإجراء المعيب، أي العمل الإجرائي الذي يتخذ في إطار الخصومة الجنائية أو المرحلة السابقة عليها وهي مرحلة الاستدلال متى افتقر هذا العمل إلى أحد مقوماته الموضوعية أو جرد من أحد شروطه الشكلية ويترتب على بطلانه الحيلولة دون ترتب الآثار القانونية التي كان يمكن ترتيبها فيما لو وقع صحيحا. وكما عرف أيضا على أنه: "عدم ترتب الأثر القانوني الذي نصت عليه القاعدة الإجرائية، لأن العمل الإجرائي المتخذ بناءا عليها لم يستكمل شروط صحته أو شكله أو صيغته أو الكيفية المنصوص عليه في القانون، فيصبح الإجراء وما يترتب عليه من الإجراءات لا قيمة له قانونا".[3]

ومن خلال كل هذه التعريفات يمكن تحديد عناصر البطلان وحدوده المتمثلة في:

---

[1] أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري، د.ط، دار بيروت للطباعة والنشر، لبنان، 1959، ص 321.

[2] هلالي عبد الله أحمد، النظرية العامة للإثبات في المواد الجنائية، دارسة مقارنة، دار النهضة العربية، لبنان، 1987، ص287.

[3] عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص 76.

- البطلان هو جزاء إجرائي ولكنه ليس الجزاء الإجرائي الوحيد للانعدام وعدم القبول وهنا تكمن أهمية تمييز البطلان عن غيره من صور الجزاءات الأخرى.[1]
- يلحق البطلان كل إجراء معيب، والعيب الإجرائي هو نتيجة عدم المطابقة بين الإجراء الواقع وبين نموذجه الموصوف قانونا.

المطلب الثاني: صور البطلان المقررة لحماية الشرعية الدستورية في قانون العقوبات

سوف نستعرض صور البطلان المقررة للحماية كالتالي:

الفرع الأول: البطلان القانوني

يقصد بالبطلان القانوني: أن القانون هو الذي يتولى وحده دون غيره تحديد حالات البطلان مسبقا، جزاء لعدم مراعاة القواعد الإجرائية التي نص عليها القانون، فدور القاضي هنا دور تقديري إذ لا يجوز له أن يحكم بالبطلان إلا في الحالات التي أوردها القانون على سبيل الحصر، ولا يملك أي اجتهاد في ذلك، فإذا ارتكبت مخالفة لإحدى هذه الحالات قضي بالبطلان وإذا لم ترتكب المخالفة فلا يترتب البطلان، ولو أدى ذلك إلى المساس بحقوق الدفاع وانتهاك للحريات الفردية، وقد أدى هذا الاتجاه إلى صياغة قاعدة عامة للبطلان هي: لا بطلان بدون نص.[2]

لقد اشترط قانون الإجراءات الجزائية شكليات معينة في الإجراءات التي يقوم بها قاضي التحقيق، غير أنه حسب هذا الاتجاه فإنه لا يكفي أن ينص القانون على إتباع إجراء معين ليترتب البطلان على مخالفته أو إغفاله بل لا بد من أن يقرر القانون نفسه أن عدم مراعاة هذا الإجراء يترتب عنه البطلان وقد التزم المشرع بهذا الشرط، بإضافة إحدى العبارات التالية: تحت طائلة البطلان، يعتبر ملغى، يترتب عنه البطلان بكل إجراء ينص على وجوب احترامه.

تكفل نظرية البطلان القانوني تحديد حالات البطلان فلا تتضارب الأحكام بشأنها فيعلم كل من قاضي التحقيق وأطراف الدعوى، الإجراءات التي يرتب عليها القانون للبطلان، فيعملون على احترامها، كما أن حصر جميع حالات البطلان يستبعد كل تأويل يقوم به القاضي، ومع ذلك فإن المشرع لا يستطيع أن يحصي مقدما جميع الحالات التي

[1] فوده عبد الحكم، البطلان في قانون الإجراءات الجنائية، ط 1، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1996، ص 02.

[2] عبد الوهاب حوامد ، الوسيط في الإجراءات الجزائية الكويتية، ط 3، جامعة الكويت، 1982، ص 259.

تستوجب البطلان ولا أن يتنبأ بها فلا يوفر حماية كافية للقاعدة الإجرائية الأساسية والتي قد لا يضمنها البطلان صراحة فيؤدي إلى عدم صيانة كافية لحقوق الدفاع.[1]

الفرع الثاني: البطلان الجوهري

البطلان الجوهري هو بطلان أخذ به القضاء وتبناه كجزاء رتبه على المخالفات الخطيرة للإجراءات رغم أن القانون لم ينص عليه صراحة، فالإخلال بالقواعد الإجرائية ناتج إما عن إغفال أو خرق للإجراءات الأساسية، سواء لممارسة حقوق الدعوى، أو ممارسة حقوق الدفاع، وخلافا للبطلان النصي فإن البطلان الجوهري يتميز بمنحه سلطة تقديرية للقاضي في تقرير البطلان والحكم به حتى ولو لم ينص عليه القانون صراحة، إذا تعلق الأمر بمخالفة أو إغفال قاعدة جوهرية.[2]

معيار التمييز بين الإجراءات الجوهرية التي يترتب على مخالفتها الحكم ببطلانها وبين الإجراءات غير الجوهرية التي لا يترتب على مخالفتها أي أثر لقد كشف الفقه عن ثلاثة معايير للتفرقة بين ما يعد من القواعد الجوهرية وما لا يعد كذلك:

أولا: معيار الغاية من العمل الإجرائي

يعني أنه إذا تخلفت الغاية من الإجراء كان باطلا وتجرد من آثاره القانونية، وإذا تحققت الغاية من الإجراء كان صحيحا منتجا للآثار القانونية، أي أن البطلان يلحق بأي إجراء إذا لم ينتج الغاية منه ولو كان قد حصل فعلا بينما لا يترتب البطلان على أية إجراءات لا تهدف إلى تحقيق غاية كالإجراءات التنظيمية أو التوجيهية التي تكون لخدمات إجراءات أهم وأسمى.

ثانيا: معيار المصلحة العامة

القاعدة الإجرائية تبعا لهذا المعيار تكون جوهرية متى كانت مرتبطة بالمصلحة العامة أو أنها تكفل حسن سير الجهاز القضائي، وتتمثل القواعد الإجرائية المتعلقة بالمصلحة العامة أو بالنظام العام فيما يلي:

- القواعد التي تحقق ضمانات الحرية الشخصية للمتهم استنادا لقرينة أن الأصل في المتهم البراءة.

[1] جيلالي بغدادي، التحقيق دارسة مقارنة نظرية وتطبيقية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1988، ص 245.

[2] بارش سليمان، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، ج1، دار الهدى، الجزائر، 2007، ص 35.

- القواعد المتعلقة بالإشراف القضائي على الإجراءات لما في ذلك من احترام للحرية الشخصية للمتهم ولأن هذه القواعد تضفي الصبغة القضائية على النظام الإجرائي.[1]

ثالثا: معيار حقوق الدفاع

يقصد بذلك أنه يجب ترتيب البطلان على مخالفة أي قاعدة إجرائية فيها تقرير لحقوق الدفاع أي المتهمين، وبالتالي فإن البطلان يلحق كل إجراء يهدر أحد حقوق الدفاع أو ينتقص منه بصورة عامة، فالمعايير السابقة تتكامل جميعا في تقرير بطلان العمل الإجرائي ولا يتصور اعتناق أحد هذه المعايير واعتباره وحده كافيا لتأصيل نظرية البطلان، ومما يجب التنبه إليه أن هذه المعايير تتداخل فيما بينها بمعنى أن القاعدة الإجرائية قد تعبر في أحكامها عن كل هذه المعايير الثلاثة معا، ومن ناحية ثانية لا تبدو هذه المعايير المحددة قاطعة إذ ليس ثمة تحديد تشريعي لها بل الفقه والقضاء لم يتوصلا لمفهوم جامع و مانع لما يعد من النظام العام أو من قبيل حقوق الدفاع.

[1] أحمد شوقي الشلقاني، مبادئ الإجراءات الجزائية في التشريع الجزائري، ج 2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999 ، ص 317.

المبحث الثاني: الدفع بعدم الدستورية

يعد الدفع بعدم الدستورية تجسيدا لنظام الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين، وقد أدرجه المؤسس الدستوري الجزائري في التعديل الدستوري لسنة 2020 في نص المادة 195 منه[1]، بهدف تعزيز الحقوق والحريات، واعترافا منه بحق الأفراد في الولوج غير المباشر للقضاء الدستوري، إذ يتم تحريك الرقابة على الدستورية عن طريق الدفع من قبل الأفراد أثناء النظر في نزاع معروض أمام القضاء، من أجل حماية حقوقهم وحرياتهم المكفولة في الدستور، وتتم إحالته إلى المجلس الدستوري من قبل المحكمة العليا، وتظهر أهمية الموضوع في خطورة إجراءات المتابعة الجزائية، نظرا لمساسها بحرية المواطنين واستقرارهم، كما أن تحديدها يتطلب التوفيق بين مصلحتين متعارضتين، هما: مصلحة المجتمع في توقيع العقاب، ومصلحة المتهم الذي يحتمل أن يكون بريئا، وكذا أهمية الدفع بعدم الدستورية كآلية يلجأ إليها المتهم لحماية حقوقه وحرياته التي يضمنها الدستور وكفالة للشرعية الدستورية.

وللتفصيل أكثر ارتأينا تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: مفهوم الدفع بعدم الدستورية

المطلب الثاني: إجراءات الدفع بعدم الدستورية

[1] أنظر المادة 195 من دستور 2020.

المطلب الأول: مفهوم الدفع بعدم الدستورية

تقوم الرقابة على دستورية القوانين بشكل عام والدفع بعدم دستورية القوانين[1] بشكل خاص على مبدأ سمو الدستور، الذي يقضي بأن القوانين المشكلة للمنظومة القانونية للدولة ليست على مستوى واحد بل في شكل هرم، فهذا ما يمليه علينا المنطلق القانوني باحترام التدرج القانوني.

إن آلية "الدفع بعدم الدستورية" لتحريك الرقابة على النصوص القانونية بمناسبة دعوى قضائية والمنصوص عليها في المادة 195 من المرسوم الرئاسي رقم 20-442 المتعلق بإصدار التعديل الدستوري الجزائري لسنة 2020[2] تحقق مجموعة من الآثار القانونية، بداية بوجود سلطة للمواطن في الدفاع عن الحقوق والحريات المكفولة دستوريا، مما يعزز من مفهوم المواطنة ويمكن من تجاوز عقبات التمثيل الشعبي وذلك عند عدم تطابق إرادة المواطنين مع إرادة الممثلين المنتخبين فيما يخص التشريع، وفي تحقيق المصلحة العامة بإلغاء النص غير الدستوري. كما يمتد الأثر إلى تأسيس علاقة قانونية بين القضاء العادي والمجلس الدستوري، من خلال الدور الجديد للقضاء العادي في تحريك رقابة الدستورية عن طريق الإحالة إلى هذا الأخير من طرف مجلس الدولة أو المحكمة العليا، وهو ما يفعل الرقابة البعدية للمجلس الدستوري في غياب النص على رقابة سابقة إلزامية منه على كل القوانين والتنظيمات.[3]

ان النظام القانوني للدفع يهدف إلى ضمان سمو الدستور وحماية الحقوق والحريات من أي اعتداء أو مخالفة فيما يتعلق بسلطة من سلطات الدولة، خاصة إذا كان موضوعها يتمحور حول إساءة استعمال السلطة الذي يخدم مصالحها والنوايا التي أضمرت إليها كل هيئة وليس كما أمر المشرع وهي تحقيق المصلحة العامة وهو الهدف المنشود التي تطمح إليه كل دولة.[4]

---

[1] قانون عضوي رقم 18-16 مؤرخ في 22 ذي الحجة عام 1439 الموافق 2 سبتمبر سنة 2018، يحدد شروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية، الجريدة الرسمية عدد 54، الصادرة بتاريخ 5 سبتمبر سنة 2018.

[2] أنظر المادة 195 من دستور 2020.

[3] أحمد شوقي الشلقاني، مرجع سابق، ص 318.

[4] بارش سليمان، مرجع سابق، ص 36.

يتجلى موضوع الرقابة على دستورية القوانين أهمية بالغة نظرا لموضوعها وذلك بكونه يتعلق بمدى مطابقة القوانين للدستور، ومراقبة النصوص القانونية التي تقوم السلطة التشريعية بسنها.[1]

الجهاز المخول للقيام بهذه المهمة هو المجلس الدستوري، الذي يحتل مرتبة عالية، وخول له القانون صراحة مراقبة القوانين من أجل تفادي صدور قوانين معارضة ومتناقضة فيما بينها والمجلس الدستوري هو جهاز أساسي ويعتبر آلية قانونية يكرس الحقوق والحريات باعتبارها نطاق يتعلق بالكرامة الإنسانية حيث يساهم في توفير البيئة السليمة لممارستها في إطار قانوني، لذا فإنه يسعى إلى تجسيدها وحمايتها من كل اعتداء عليها أو المساس بها، وتجد أن المشرع قد خصص لها فصلا كاملا بعنوان " الحقوق والحريات" وهو الفصل الرابع وذلك يبين لنا مدى أهمية هذه الأخيرة بحيث يتعرض كل من يقوم بالاعتداء عليها إلى عقوبات.[2]

وبذلك قسمنا هذا المطلب إلى فرعين، تناولنا الفرع الأول تعريف الدفع بعدم الدستورية فيما يتضمن الرفع الثاني الإجراءات القانونية للدفع بعدم الدستوري كالتالي:

الفرع الأول: تعريف الدفع بعدم الدستورية

يستمد الدفع بعدم الدستورية أساسه القانوني من مبدأ سمو الدستور نفسه، والذي يجعل من تدرج القوانين مقياسا لفحص مدى مطابقة كل قانون بالقانون الأسمى منه وصولا إلى قمة الهرم وهو النص الدستوري، وبالتالي تصبح القوانين كلها في النهاية خاضعة للدستور ولا تخرج عن إطاره تحت طائلة البطلان، ولهذا الغرض ذاته نجد أن النظم القانونية أوجدت آليات وهيئات تضمن نفاذ هذا المبدأ عن طريق مخاصمة القانون أمام المحاكم الدستورية أو المجالس الدستورية كما هو الحال في الجزائر بما يسمى بالدفع بعدم الدستورية.[3]

[1] بارش سليمان، مرجع سابق، ص 38.

[2] أحمد شوقي الشلقاني، مرجع سابق، ص 320.

[3] صواق عبد الرحمان، "الدفع بعدم الدستورية في المواد الجزائية"، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 4، عدد 01، 2019، ص 278.

يقصد بمراقبة دستورية القوانين، التأكد من مدى مطابقة القوانين لروح الدستور وأحكامه، ويعني ذلك أن تكون الأعمال القانونية الأدنى درجة من الدستور مسايرة وملائمة لفلسفته وأسسه العامة، وإذا ثبت وصدرت مخالفة لذلك، يُحكم عليها بـ"عدم الدستورية".

الدفع بعدم الدستورية إجراء قضائي يكرس الرقابة البعدية على دستورية النصوص القانونية، ليمنح للمتقاضين حق الطعن في النص غير القانوني الذي يؤسس عليه الحكم.[1]

لم نجد له تعريفا في الفقه الجزائري لإجراء تكريس الرقابة البعدية على دستورية النصوص القانونية، وبالرغم من قصور التشريع الجزائري في إيجاد تعريف للدفع بعدم دستورية القوانين وكذا الفقه، فنجد أنه من الضرورة بما كان التطرق إلى التعريف كما يلي: "هو حق يخول كل طرف في دعوى أمام المحكمة المدنية أو الإدارية أو الجنائية بأن يطلب مطابقة القانون الذي سيطبق على الدعوى للدستور بواسطة مذكرة مستقلة طالما أن القاضي لا يمكنه أن يثير تلقائيا هذا الدفع ".[2] وهو ما كرسه المشرع الجزائري ضمنيا من خلال القانون العضوي رقم 16-18 المؤرخ في: 02-09-2018 والمتضمن تحديد شروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية.

"يحدد هذا القانون العضوي شروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية، طبقا لأحكام المادة 195 من الدستور".

كما أن القانون العضوي 18-16 أجاز إثارة هذا الدفع أمام جميع الجهات القضائية، العادية والإدارية، وفي مراحل الدعوى المختلفة بما فيها الاستئناف والطعن بالنقض ولو للمرة الأولى، وإذا أثير خلال التحقيق الجزائي أمام قاضي التحقيق فإن الجهة التي تنظر فيه هي غرفة الاتهام، شريطة أن يتعلق هذا الدفع بحكم تشريعي يتوقف عليه

[1] حميداتو خديجة، محمد بن محمد، "الدفع بعدم الدستورية في ظل التعديل الدستوري الجديد لسنة 2016"، دفاتر السياسة والقانون، عدد 18، جانفي 2018، ص 323.

[2] نبالي فطة، مرجع سابق، ص 36.

مآل النزاع يتضمن انتهاكا للحقوق والحريات التي يضمنها الدستور، وهو ما يتفق مع تعريف المجلس الدستوري الفرنسي للدفع بعدم الدستورية.[1]

والدفع بعدم الدستورية الذي تنظر فيه المحكمة الدستورية تطبيقا للمادة 195 من دستور 2020[2]، لا يتعلق إلا بالنصوص التشريعية، وذلك أنه تخضع النصوص القانونية عموما لرقابة المحكمة الدستورية بموجب طرق الإخطار الواردة في المادة 190 من دستور 2020.[3]

الفرع الثاني: خصائص الدفع بعدم الدستورية

يتميز الدفع بعدم الدستورية بمجموعة من الخصائص كالتالي:

أولا: دفع موضوعي

إن أغلب الفقهاء يعتبرون أن الدفع بعدم الدستورية دفعا موضوعيا يثار في جميع مراحل الدعوى، عكس الدفوع الشكلية التي تثار قبل كل دفع أو دفاع هذا من جهة، ومن جهة أخرى فالنص الواجب التطبيق لا يمكن تحديده قبل مناقشة الموضوع وإثارة الدفوع الموضوعية أي بعد السير في الدعوى، لذلك لا يمكن اعتبار الدفع بعدم الدستورية دفعا شكليا، بل يعتبر دفعا موضوعا، كونه لا يتعلق بالإجراءات مثل الدفع الشكلي، الذي يثار قبل الدخول إلى مناقشة الموضوع، وإلا سقط الحق في الدفع.[4]

ثانيا: ليس من النظام العام

لقد فصلت المادة 04 من القانون رقم 18-16[5] في تحديد طبيعة الدفع بعدم الدستورية، وذلك عندما نصت على أنه: "لا يمكن أن يثار الدفع بعدم الدستورية، تلقائيا من طرف القاضي"، وهو الحكم الذي يتعارض مع طبيعة الدفوع المصنفة من النظام العام، والتي يجوز إثارتها تلقائيا من طرف القاضي حتى ولو لم يتمسك بها الأطراف.

---

[1] أنظر المادة 02 من القانون العضوي رقم 18-16، السالف ذكره.

[2] أنظر المادة 195 من دستور 2020.

[3] أنظر المادة 190 من دستور 2020.

[4] فاطمة الزهراء تادلي، الدفع بعدم دستورية قانون طبقا لأحكام الدستور، مجلة صادرة عن هيئة المحامين بسطات، مطبعة التيسير, ديسمبر 2013، العدد 43.

[5] أنظر المادة 04 من القانون العضوي 18-16، السالف ذكره.

ثالثا: مسألة عارضة

متى أثير الدفع بعدم الدستورية أمام الجهة القضائية الجزائية، فإنه على هذه الجهة أن تفصل فيه فورا وبقرار مسبب، وذلك بإرسال الدفع بعدم الدستورية إلى المحكمة العليا بعد استطلاع رأي النيابة العامة.[1] وفي حال صدر القرار بإرسال الدفع بعدم الدستورية، ترجئ الجهة القضائية الفصل في النزاع إلى غاية توصلها بقرار المحكمة العليا أو المحكمة الدستورية عند إحالة الدفع إليه وهو ما استقرت عليه المادة 10 من القانون رقم 18-16، باستثناء الحالات التي لا يجوز فيها الإرجاء لاعتبارات تتعلق بحريات الأشخاص والآجال القانونية.

ولا يقتصر هذا الإرجاء في الفصل على المحاكم الابتدائية وجهات الاستئناف، بل يمتد أثره حتى إلى المحكمة العليا، التي تلتزم متى فصل قضاة الموضوع في الدعوى ورفع إليها الطعن بالنقض بإرجاء الفصل في الطعن بالنقض إلى غاية الفصل في الدفع بعدم الدستورية من طرف المجلس الدستوري وهو ما نص عليه القانون العضوي رقم 18-16 في المادة 12.

وعليه فإن إرجاء الفصل يعطي للدفع بعدم الدستورية طابعا عارضا، ويجعل منه مسألة أولية لا يجوز للقاضي الجزائي الفصل فيها متى قبل الدفع، وعليه أن يرجئ ذلك إلى غاية الفصل فيه من الجهة المختصة وهي المجلس الدستوري إذا ما أحالت إليه المحكمة العليا هذا الدفع، وهو بذلك يشترك مع المسائل العارضة الأولية في هذه الخاصية، وفق ما نصت عليه المادة 331 من قانون الإجراءات الجزائية.[2]

المطلب الثاني: إجراءات الدفع بعدم الدستورية

حدد الدستور الجزائري لسنة 2020 وكذا القانون العضوي رقم 18-16، الإجراءات التي يتطلبها الدفع بعدم الدستورية، بالإضافة إلى الشروط التي يستوفيها الدفع

[1] أنظر المادة 07 من القانون رقم 16-18، السالف ذكره.

[2] أنظر المادة 331 من الأمر رقم 15-02 مؤرخ في 7 شوال عام 1436 الموافق 23 يوليو سنة 2015، يعدل ويتمم الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966 والمتضمن قانون الإجراءات الجزائية، الجريدة الرسمية عدد 4.

كي يكون مقبولا أمام الجهات التي يثار أمامها، والتي سنستعرضها من خلال الفرعين الآتيين كالتالي:

الفرع الأول: شروط الدفع بعدم الدستورية

حتى يكون الدفع بعدم الدستورية مقبولا أمام الجهات القضائية يجب أولا من أجل إرجاء الفصل والأمر بإرسال الملف في سبيل إحالته على المجلس الدستوري، وثانيا لتأسيسه تأسيسا قانونيا أمام المجلس الدستوري من حيث الشكل والموضوع، لا بد أن يستوفي الشروط التي حددها دستور 2020 والقانون العضوي 18-16 والتي يمكن تلخيصها فيما يلي:

أولا: يجب أن يثار الدفع بعدم الدستورية من طرف أطراف الدعوى، ممن له صفة ومصلحة في الدفع على غرار المتهم والطرف المدني والنيابة العامة، ولا يجوز للقاضي أن يثيره تلقائيا ولا يكون مقبولا منه، لعدم تعلقه بالنظام العام.[1]

ثانيا: يجب أن يقدم الدفع بعدم الدستورية، تحت طائلة عدم القبول، بمذكرة، أي أن يكون الدفع مكتوبا فلا يقبل الدفع به شفاهة، ولا مكتوبة ومنفصلة، ومسببة يجب دمجه مع دفع آخر في مذكرة واحدة، بل يجب أن تتضمنه مذكرة مستقلة ومنفصلة عن أي دفع أو دفاع آخر في الشكل أو الموضوع، وأن يرفع للجهة القضائية التي تنظر في الدعوى، وأن يتم وفق أحكام قانون الإجراءات الجزائية، من حيث عدد المذكرات وشكلها، وكيفية طرحها. [2]

ثالثا: أن يتوقف على الحكم التشريعي- موضوع الدفع بعدم الدستورية- مصير ومآل الدعوى، أو أن يكون النص التشريعي هو أساس المتابعة القضائية ضد صاحب الدفع، فإذا تعلق الدفع بنص لا علاقة له بالموضوع ولا يتوقف عليه الفصل في الدعوى كان غير مقبول وهو ما نصت عليه المادة 08 من القانون العضوي رقم 18-16، فهي إذن مسألة تخضع لتقدير القاضي المثار أمامه الدفع ورقابة الجهة القضائية التي يرفع إليها الطعن في حالة عدم القبول بما فيها جهة النقض.[3]

---

[1] المادة 04 من القانون العضوي 18-16، السالف ذكره.

[2] أحمد فتحي سرور، مرجع السابق، ص 90.

[3] أنظر المادة 8 من القانون العضوي 18-16، السالف ذكره.

رابعا: ألا يكون الحكم التشريعي قد سبق طرحه على المجلس الدستوري، وقرر المجلس التصريح بمطابقته للدستور، ويستوي الأمر هنا في سبق النظر في مدى دستورية النص فيما إذا كان بمناسبة الإخطار من طرف إحدى الجهات المخول لها ذلك بموجب المادة 190 من الدستور[1]، أو في إطار أحكام المادة 195 منه[2]، تطبيقا لمبدأ حجية الشيء المقضي فيه.

وذلك أن النظر في دستورية النصوص التشريعية ومراقبتها هي دعوى موضوعية، لا تتعلق بالحسم في النزاع القائم بين الأطراف بذواتهم، ولكن النظر والفحص في مدى مطابقة النص لمقتضيات الدستور، مما يجعل قرار المجلس يسري على الغير أيضا لتعلقه بالنص وليس بأطراف الدعوى محل الدفع بعدم الدستورية، إضافة إلى أن قرارات المجلس الدستوري غير قابلة للطعن بأي وجه من أوجه الطعن أو إعادة النظر.[3]

خامسا: أن يكون الدفع جديا، أي متصل بموضوع النزاع، وله أصل في أوراق الدعوى، ولا يتحقق ذلك إلا بأن يقصد صاحبه فعال الدفع بعدم تطابق النص التشريعي مع مقتضيات الدستور بأن يعرض وجهة نظره معللا إياها بأسباب كافية ومقنعة، وذلك تجنبا للتعسف في استعمال هذا الدفع كإطالة أمد النزاع أو ربح الوقت أو التأثير على سير الدعوى، وقد أكد القانون على الجدية كشرط لقبول الدفع، والتي تعتبر مسألة تقديرية تبحث فيها الجهة القضائية المثار أمامها الدفع، عن طريق الوقوف على مدى علاقة الدفع بالنص الواجب التطبيق، والفائدة التي تعود على صاحب الدفع ومدى تأثيرها على مآل الدعوى.[4]

الفرع الثاني: الشكليات اللازمة عند الدفع بعدم الدستورية

لقد نص الدستور الجزائري لسنة 2020، على وجه جديد من الإخطار الناتج عن الدفع بعدم الدستورية، والتي تتم بموجب الإحالة عن طريق المحكمة العليا أو مجلس الدولة بتطبيق نظام الإحالة على المحكمة الدستورية في حال الادعاء من صاحب

[1] أنظر المادة 190 من دستور 2020.

[2] أنظر المادة 195 من دستور 2020.

[3] أحمد فتحي سرور، مرجع السابق، ص 95.

[4] أنظر المادة 08 من القانون 18-16، السالف ذكره.

مصلحة أن الحكم التشريعي الذي سيطبق على النزاع مخالف للأحكام الواردة في الدستور.

وذلك أنه حدد في المادة 193 الجهة المخطرة للمحكمة الدستورية[1]

وقد فصل القانون العضوي رقم 18-16 إجراءات التمسك بالدفع بعدم الدستورية وكيفيات رفعه أمام الجهات القضائية، وإحالته على المجلس الدستوري، والملاحظ أن هذه الإجراءات والآجال القانونية اشترك في وضعها دستور 2020 في المواد 194 و195 والقانون العضوي رقم 18-16 كما يلي:[2]

أولا: يقدم الدفع بعدم الدستورية من صاحب الصفة والمصلحة إلى الجهة القضائية الناظرة في موضوع الدعوى، تحت طائلة عدم القبول في شكل مذكرة مكتوبة منفصلة، تتضمن هذا الدفع وحده دون أي دفع آخر، على أن تكون واضحة ومسببة تسبيبا كافيا.

ثانيا: تفصل الجهة القضائية فورا وبقرار مسبب، إما بعدم القبول وهنا يكون قرارها محال للطعن مع الحكم أو القرار برمته، وإما بالقبول بعد استيفاء الدفع للشروط المنصوص عليها في المادة 08 من القانون رقم 18-16 واستطلاع رأي النيابة العامة.

ثالثا: في حال قبول الدفع تصدر الجهة القضائية قرار إرسال الدفع بعدم الدستورية غير قابل لأي طعن مع عرائض الأطراف ومذكراتهم إلى المحكمة العليا، في أجل 10 أيام من صدوره، ويبلغ به الأطراف طبقا للمادة 09 من نفس القانون.

رابعا: تقوم الجهة القضائية بإرجاء الفصل في الدعوى إلى غاية توصلها بقرار إما من المحكمة العليا في حال رفض الدفع، أو من المجلس الدستوري عند إحالة الدفع إليه.

خامسا: تفصل المحكمة العليا في إحالة الدفع بعدم الدستورية في أجل شهرين من تاريخ استلام الإرسال المنصوص عليه في المادة 09 من القانون 18-16 وفي حال تجاوز هذه الآجال يحال الدفع تلقائيا، وتتم الإحالة عند استيفاء الدفع للشروط المحددة والمنصوص عليها في المادة 08 من نفس القانون العضوي 18-16، ويتم الفصل

[1] أنظر المادة 193 من دستور 2020.

[2] صواق عبد الرحمان، مرجع سابق، ص 286.

بتشكيلة مكونة من رئيس المحكمة العليا، وإن تعذر نائبه حسب الغرفة المعنية و03 مستشارين يعينهم حسب الحالة الرئيس الأول للمحكمة العليا.[1]

سادسا: تقوم المحكمة العليا بإرسال قرارها إلى المجلس الدستوري مرفقا بمذكرات وعرائض الأطراف، وتخطر الجهة القضائية التي أرسلت الدفع بعدم الدستورية بقرار الإحالة وتبلغ الأطراف في آجال 10 أيام من تاريخ صدوره.

سابعا: يعلم المجلس الدستوري رئيس الجمهورية فورا عند إخطاره طبقا لأحكام المادة 195 من الدستور، كما يعلم كل من رئيس مجلس الأمة ورئيس المجلس الشعبي الوطني والوزير الأول، حتى يتمكنوا من توجيه ملاحظاتهم حول الدفع بعدم الدستورية المحال إليه ويمكن للأطراف الممثلين بمحامي وممثل الحكومة من تقديم ملاحظاتهم وجاهيا، وذلك عند النظر في الدفع والذي يكون في جلسة علنية عموما، إلا في حالة الاستثناء التي حددها النظام المحدد لعمل المجلس الدستوري.[2]

ثامنا: يصدر المجلس الدستوري قراره بعد المداولة علنيا، ويبلغ المحكمة العليا إعلام الجهة القضائية التي أثير أمامها الدفع بعدم الدستورية طبقا للمادة 24 من القانون العضوي رقم 18-16، وينشر هذا القرار في الجريدة الرسمية، نظرا لطابعه الإلزامي لجميع السلطات العمومية والإدارية والقضائية ويكون نهائيا غير قابل لأي طعن.[3]

وبذلك يمكن القول أن الدفع بعدم الدستورية وفق هذا القانون سيفعل دور المجلس الدستوري كمحكمة دستورية تمارس سلطات شبيهة للسلطات القضائية بما أنها ستفصل في دعوى قضائية، شأنها في ذلك شأن المحاكم بمختلف درجاتها واختصاصاتها، خاصة إذا أخذنا بعين الاعتبار الإجراءات التي تتم أمام المجلس من توصل بالملف عن طريق الإحالة، وتلقي العرائض والمذكرات والوثائق من الأطراف بعد إبلاغهم بالدعوى، ضمانا للوجاهية والحضورية والعلنية، وهي إجراءات قضائية بإمتياز تكفل مضمون الشرعية الدستورية، كما أن للمجلس سلطة اتخاذ ما يراه مناسبا بشأن الدفع المثار أمامها، وحتى

---

[1] أنظر المادة 13 بالنسبة للآجال والمادة 16 بالنسبة لتشكيلة المحكمة، من القانون العضوي رقم 18-16، السالف ذكره.

[2] أحمد فتحي سرور، مرجع السابق، ص 100.

[3] أنظر المادة 24 من القانون العضوي 18-16، السالف ذكره.

ما يتخذه من قرارات يكون بعد مداولات قانونية، ويتم تبليغ أطراف الدعوى به ويتم إعلام الجهات القضائية التي أحالت الملف والتي تم إثارة الدفع أمامها لأول مرة، وما يميز قرارات المجلس الدستوري أنها تنشر وجوبا في الجريدة الرسمية وتكون ملزمة لأطراف الدعوى وللغير أيضا.[1]

[1] صواق عبد الرحمان، مرجع سابق، ص 189.

خلاصة الفصل الثاني

لحماية الشرعية الدستورية في المواد الجزائية أوجدت عدة إجراءات وآليات في سبيل تكريس الحقوق والحريات والمحافظة عليها، فلمجابهة الغلو في التسلط على سبيل المثال لا الحصر كانت المبادئ الدستورية المكرسة في قانون العقوبات كمبدأ التقاضي على درجتين، والحق في المحاكمة العادلة، والحق في الدفاع الشرعي، ومبدأ شرعية العقوبة، وقرينة البراءة، ومن ثم القانون الأصلح للمتهم، غطاء إجرائيا لحماية المصالح المكفولة دستوريا، خاصة عند الشق الجزائي لقانون العقوبات بمناسبة خصومة جزائية معروضة أمام الجهات القضائية، أما خارج الدعاوى نطاق الجزائية فجاء دستور 2016 ومن بعده الدستور المستحدث مؤخرا سنة 2020 إلى تكريس الدفع بعدم الدستورية خاصة في المجال الجزائي الذي يمس بالحقوق بشكل مباشر، فاستحدث القانون العضوي الصادر سنة 2018 إجراءات الدفع بعدم الدستورية أمام المجلس الدستوري.

الخاتمة

بعد انتهائنا من معالجة إشكالية البحث المعنون بـ "الشرعية الدستورية في قانون العقوبات، نكون قد استخلصنا جملة من النتائج الهامة، فقد اتبعنا في ذلك خطة عمل ومنهج بحث مناسبين وكافيين لإيصال فكرة الشرعية الدستورية، تحقيقا لجملة ما يهدف إليه موضوع بحثنا المتواضع هذا أين تناولنا مضمونه في قسمين رئيسيين هما: مفهوم الشرعية الدستورية وكفالة حمايتها، فقد تناولنا في مفهوم الشرعية الدستورية التعريف بالشرعية الجنائية في التشريع العقابي في مادته الأولى بالإضافة إلى تجسيد ذلك سلفا من قبل جميع الدساتير المتعاقبة، ولو أننا لم نغفل تأثر الدستور الجزائري بالإعلان العالمي لحقوق الإنسان باعتباره وثيقة دولية في قمة الهرم التشريعي كما أبرزنا مبدأ سمو الدستور والتدرج القانوني الذي يبدأ بالدستور انتهاء باللوائح والتنظيمات، ناهيك عن ظهور حاجة الموضوع إلى بحث ترابط قانون العقوبات بالدستور ومشتملاته، وعلاقة مسألة الشرعية والحقوق والحريات مع مقاصد قانون المجلس الدستوري فيما يخص الدفع بعدم الدستورية الذي تناولناه بدوره في الفصل الثاني، والذي كانت لنا مناسبة للتعرف على مضمون القانون العضوي المستحدث لأول مرة في الجزائر من أجل تكريس الدفع بعدم الدستورية وإقرار حالات البطلان المرتبطة بالشق الجزائي أما القضاء لموازاة مع عرض ذات المسألة للبحث في ظل الموازنة بين النظم الإجرائية وفكرة الشرعية الدستورية الجزائية.

ومما يستخلص من موضوع دراستنا خلصنا أخيرا إلى **النتائج** التالية:

- إن للشرعية الدستورية ماهية خاصة ومتميزة، فيما له علاقة لإجراءات الجزائية بوجه عام، تظهر من خلال قيامها على أسس عامة ودعائم قاعدية، وفي ظل هذه النتيجة ترتبت نتائج أخرى.
- إن حقيقة حماية الشرعية الدستورية تتجلى بين مبدأ سمو الدستور وتدرج القوانين، وآلية الدفع بعدم الدستورية.
- أن لمقتضيات الشرعية الدستورية خصوصية تجلت من خلال مقاصد قانون العقوبات وحتى من خلال طبيعته القانونية والتشابك بينها.

- إن خضوع القانون الجزائي لمبدأ الرقابة على دستورية القوانين، ضرورة ملحة عبر ما هو موكول للمجلس الدستوري الجزائري من أدوار عن طريق القانون العضوي 16/18 الصادر سنة 2018.

التوصيات

- ضرورة أن يقوم المشرع بالترتيب للشرعية الدستورية وكفالتها من حيث مجال إعمالها في قانون العقوبات، وفق عناصر مستقرة، من حيث المبدأ ومتطورة من حيث التماشي مع التشريعات التي تولي أهمية بالغة للمبادئ القانونية تكريسا للأمن في نسق متكامل، يتلائم ومتطلبات تحقيق التوازن المطلوب؛
- ضرورة تفعيل الدعائم القاعدية للشرعية الدستورية والحقوق والحريات في القانون الجزائي؛
- ضرورة أن تسير الشرعية الدستورية في قانون العقوبات بوجه عام في نسق متكامل قوامه فاعلية العدالة الجنائية، التي تقتضي لضرورة تطبيق نصوص قانون العقوبات، عبر كشف الحقيقة وفق ما يتوفر من أدلة تدار وفق عقلانية إجراءات مقبولة؛
- ضرورة تثمين وتدعيم وبلورة الفكر الدستوري لدى الدارسين والعارفين بالمجال حتى يتسنى إعمال نظام قانوني قائم على الشرعية الدستورية فعليا.

قائمة المصادر والمراجع

أولا: المصادر

I. الدستور

1. دستور 2020 الصادر بموجب مرسوم رئاسي رقم 20-442 مؤرخ في 15 جمادى الأولى عام 1442 الموافق 30 ديسمبر سنة 2020، يتعلق بإصدار التعديل الدستوري، المصادق عليه في استفتاء أول نوفمبر سنة 2020، في الجريدة الرسمية، العدد 82.

II. الإعلانات العالمية:

1. الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر بموجب قرار الجمعية العامة رقم 3/217 بتاريخ 19 ديسمبر 1948.

III. النصوص القانونية

1. الأوامر

1- الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966 والمتضمن قانون الإجراءات الجزائية، المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية عدد 44 لسنة 1966.

2-الأمر 66-156 المؤرخ في 08 جوان 1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، الجريدة الرسمية عدد 48 لسنة 1966.

2. القوانين

1-القانون عضوي رقم 18-16 مؤرخ في 22 ذي الحجة عام 1439 الموافق 2 سبتمبر سنة 2018، يحدد شروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية، الجريدة الرسمية عدد 54، الصادرة بتاريخ 5 سبتمبر سنة 2018.

IV. التنظيمات

1. مرسوم رقم 87 – 37 مؤرخ في 4 جمادى الثانية عام 1407 الموافق 3 فبراير سنة 1987 يتضمن المصادقة على الميثاق الافريقي لحقوق الانسان والشعوب الموافق عليه في نيرو بى سنة 1981، الجريدة الرسمية، العدد 06، الصادرة بتاريخ 4 فبراير سنة 1987.

2. مرسوم رئاسي رقم 89 – 67 مؤرخ في 11 شوال عام 1409 الموافق 16 مايو سنة 1989 يتضمن الانضمام الى العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية والبروتوكول الاختياري المتعلق بالعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية الموافق عليها من طرف الجمعية العامة للامم المتحدة يوم 16 ديسمبر سنة 1966، الجريدة الرسمية، العدد 20، الصادرة بتاريخ 17 مايو سنة 1989.
3. مرسوم رئاسي رقم 06 – 62 مؤرخ في 12 محرم عام 1427 الموافق 11 فبراير سنة 2006، يتضمن التصديق على الميثاق العربي لحقوق الإنسان، المعتمد بتونس في مايو سنة 2004، الجريدة الرسمية، العدد 20، الصادر بتاريخ 15 فبراير سنة 2006.

ثانيا: المؤلفات

I. الكتب

1-أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري، د.ط، دار بيروت للطباعة والنشر، لبنان، 1959.

2-أحمد سحنين، الحريات العامة في ظل الظروف الاستثنائية في الجزائر، مذكرة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 2005/2004.

3-أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، ط2، دار الشروق، القاهرة، 2002.

4-أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات العام، ط5، دار النهضة العربية، القاهرة، 1989.

5-بارش سليمان، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، ج1، دار الهدى، الجزائر، 2007.

6-بوسطلة شهرازد، مدور جميلة،" مبدأ الرقابة على دستورية القوانين وتطبيقاته"، عدد 4، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2008.

II. الأطروحات والرسائل:

1. الأطروحات:

1-أحمد شوقي الشلقاني، مبادئ الإجراءات الجزائية في التشريع الجزائري، ج 2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999.

2-باسم عبد الزمان الربيعي، نظرية البنيان القانوني للنص العقابي، أطروحة دكتوراه، جامعة بغداد، 2000.

3- باية سكاكني، دور القاضي الإداري في حماية الحقوق والحريات الأساسية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011.

4-جيلالي بغدادي، التحقيق دارسة مقارنة نظرية وتطبيقية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1988.

5-حسني بوديار، الوجيز في القانون الدستوري، دار العلوم للنشر والتوزيع الجزائر، 2003.

6-حميداتو خديجة، محمد بن محمد، "الدفع بعدم الدستورية في ظل التعديل الدستوري الجديد لسنة 2016"، دفاتر السياسة والقانون، عدد 18، جانفي 2018.

7-ديدان مولود، مباحث في القانون الدستوري والنظم السياسية: دار النجاح للكتاب، الجزائر، 2005.

8-رابحي أحسن، الوسيط في القانون الدستوري، دار هومة للطابعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012.

9-زواقري الطاهر، معمري عبد الرشيد، المفيد في القانون الدستوري، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر،2011.

10- سعيد بوشعير، القانون الدستوري والنظم السياسية المقارنة، ج1، الديوان الوطني للمطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989.

11- شريط الأمين، الوجيز في القانون الدستوري والمؤسسات السياسية المقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1998.

12- شيتور جلول، " الرقابة القضائية على دستورية القوانين"، م.ج.ق، عدد 4، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2008.

13- عبد الحميد الشواربي، البطلان الجنائي، نظرية البطلان، بطلان التحقيق، بطلان المحاكمة، بطلان الحكم، د.ط، منشأة المعارف، مصر، د،س،ن.

14- عبد الفتاح مصطفى الصيفي، القاعدة الجنائية، دراسة تحليلية على ضوء الفقه الجنائي المعاصر، الشركة الشرقية للنشر والتوزيع، بيروت، د. س. ن.

15- عبد الوهاب حوامد ، الوسيط في الإجراءات الجزائية الكويتية، ط 3، جامعة الكويت، 1982.

16- عدنان الخطيب، المبادئ العامة في مشروع قانون العقوبات الموحد، مطبعة جامعة دمشق، ج1، 1961.

17- علي حسين الخلف، و د. سلطان عبد القادر الشاوي، المبادئ العامة في قانون العقوبات، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد، 1982.

18- فوده عبد الحكم، البطلان في قانون الإجراءات الجنائية، ط 1، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1996.

19- محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم العام النظرية العامة للجريمة والنظرية العامة للعقوبات والتدابير الاحترازية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط 6، 1989.

20- منتصر سعد حمودة، المحكمة الجنائية الدولية، النظرية العامة للجريمة الدولية، أحكام القانون الدولي الجنائي، دار الفكر الجامع، ط1، مصر، 2009.

21- نسيب محمد أرزقي، أصول القانون الدستوري والنظم السياسية: مفهوم القانون الدستوري، ظاهرة الدولة والدستور، ج 1، دار الأمة للنشر والتوزيع، الجزائر، 1998.

22- نعمان أحمد الخطيب، الوسيط في نظم السياسية والقانون الدستوري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2004.

23- هلالي عبد الله أحمد، النظرية العامة للإثبات في المواد الجنائية، دارسة مقارنة، دار النهضة العربية، لبنان، 1987.

2. الرسائل:

1- بومعزة منى، دور القضاء الدولي الجنائي في تطبيق القانون الدولي الإنساني، مذكرة ماجستير، جامعة باجي مختار – عنابة، 2008-2009.

ثالثا: المجلات:

1. صواق عبد الرحمان، "الدفع بعدم الدستورية في المواد الجزائية"، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 4، عدد 01، 2019.
2. فاطمة الزهراء تادلي، الدفع بعدم دستورية قانون طبقا لأحكام الدستور، مجلة صادرة عن هيئة المحامين بسطات، مطبعة التيسير، ديسمبر 2013، العدد 43.
3. نبالي فطة، المجلس الدستوري وتدرج القواعد القانونية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 49، عدد 03.

الفهرس

البسملة
آية قرآنية
شكر وعرفان
إهداء
قائمة المختصرات
مقدمة..... أ
الفصل الأول: ماهية الشرعية الدستورية في قانون العقوبات..... 06
المبحث الأول: مفهوم الشرعية في قانون العقوبات..... 07
المطلب الأول: تعريف المبدأ..... 07
الفرع الأول: التعريف الفقهي 07
الفرع الثاني: التعريف التشريعي 10
المطلب الثاني: مبدأ سمو الدستور 11
الفرع الأول: الرقابة على دستورية القوانين 11
الفرع الثاني: مبدأ التدرج القانوني..... 20
المبحث الثاني: الأساس التشريعي للشرعية الدستورية..... 25
المطلب الأول: الأسس الدولية للمبدأ 25
الفرع الأول: الحماية الدولية للشرعية الدستورية..... 25
الفرع الثاني: تجسيد الدستور الوطني لمبادئ الإعلان العالمي لحقوق الإنسان..... 27
المطلب الثاني: الأسس في التشريع الوطني..... 31
الفرع الأول: في النصوص الدستورية..... 31
الفرع الثاني: في التشريع الجزائي..... 31
خلاصة الفصل الأول..... 34
الفصل الثاني: كفالة الشرعية الدستورية في قانون العقوبات..... 36
المبحث الأول: الدفع بالبطلان 37
المطلب الأول: تعريف البطلان 37
الفرع الأول: التعريف اللغوي والإصطلاحي..... 37

الفرع الثاني: التعريف الفقهي..... 38
المطلب الثاني: صور البطلان المقررة لحماية الشرعية الدستورية في قانون العقوبات 39
الفرع الأول: البطلان القانوني..... 39
الفرع الثاني: البطلان الجوهري..... 40
المبحث الثاني: الدفع بعدم الدستورية..... 42
المطلب الأول: مفهوم الدفع بعدم الدستورية..... 43
الفرع الأول: تعريف الدفع بعدم الدستورية..... 44
الفرع الثاني: خصائص الدفع بعدم الدستورية..... 46
المطلب الثاني: إجراءات الدفع بعدم الدستورية..... 47
الفرع الأول: شروط الدفع بعدم الدستورية..... 48
الفرع الثاني: الشكليات اللازمة عند الدفع بعدم الدستورية..... 49
خلاصة الفصل الثاني..... 53
الخاتمة..... 55
قائمة المصادر والمراجع..... 58
الفهرس..... 64

ملخص

يحدد النص في قانون العقوبات والقوانين المكملة له الأفعال المحظورة، التي يعد اقترافها بشروط معينة جريمة من الجرائم، وتتعدد هذه النصوص بتعدد الأفعال التي يحظرها القانون وتسمى نصوص التجريم، فكل فعل لا يمكن اعتباره جريمة إلا إذا انطبق عليه أحد هذه النصوص –لا جريمة إلا بنص– تكريسا للشرعية الجزائية التي تستمد كيانها مم جاءت به النصوص الدستورية المجسدة له.

ولحماية الشرعية الدستورية في المواد الجزائية أوجدت عدة إجراءات وآليات في سبيل تكريس الحقوق والحريات والمحافظة عليها، فلمجابهة الغلو في التسلط على سبيل المثال لا الحصر كانت المبادئ الدستورية المكرسة في قانون العقوبات كمبدأ التقاضي على درجتين، والحق في المحاكمة العادلون الحق في الدفاع الشرعي، ومبدأ شرعية العقوبة، وقرينة البراءة، ومن ثم القانون الأصلح للمتهم، غطاء إجرائيا لحماية المصالح المكفولة دستوريا، خاصة عند الشق الإجرائي لقانون العقوبات بمناسبة خصومة جزاءات معروضة أمام الجهات القضائية، أما خارج الدعاوى نطاق الجزائية، فجاء دستور 2016 ومن بعده الدستور المستحدث مؤخرا سنة 2020 إلى تكريس الدفع بعدم الدستورية خاصة في المجال الجزائي الذي يمس بالحقوق بشكل مباشر، فاستحدث القانون العضوي الصادر سنة 2018 إجراءات الدفع بعدم الدستورية أمام المجلس الدستوري.

Résume

La disposition du Code pénal et des lois qui y sont complétées définit les actes interdits, dont la commission est assortie de certaines conditions d'une infraction pénale, qui sont multiples par la multiplicité des actes interdits par la loi et qui sont qualifiés de délits, tout acte ne peut être considéré comme une infraction que s'il est appliqué par l'une de ces dispositions - et seulement par le texte - de la légalité pénale dont il est établi qu'il est inspiré par les textes constitutionnels.

Afin de protéger la légalité constitutionnelle des articles de procédure pénale, plusieurs procédures et mécanismes ont été mis en place pour garantir et préserver les droits et les libertés. Pour lutter contre l'abus de pouvoir, les principes constitutionnels consacrés dans le Code pénal étaient, entre autres، le principe de deux degrés، le droit à une procédure régulière, le principe de la légalité de la peine, la présomption d'innocence et, par consequent, le droit plus juste de l'accusé, la protection des intérêts constitutionnels, en particulier en cas où des sanctions pénales étaient soumises à des sanctions pénales. En dehors de la procédure pénale, la Constitution de 2016 et la Constitution de 2020, qui a été récemment adoptee, consacrent l'exception d'inconstitutionnalité, en particulier dans le domaine penal, qui porte directement atteinte aux droits, a introduit la loi organique de 2018, qui prévoit des procédures de recours en amparo devant le Conseil constitutionnel.