

الدعوى الدستورية الإحتياطية كآلية لحماية الحقوق والحريات الأساسية

-دراسة مقارنة -

The precautionary constitutional lawsuit as a mechanism of protecting fundamental rights and liberties - comparative study-

ط.د/ أبجري هاجر¹، د/ برقوقي عبد العزيز²¹ المركز الجامعي مرسلبي عبد الله تيبازة، مخبر المؤسسات الدستورية والنظم السياسية (الجزائر)، abahri.hadjer@cu-tipaza.dz² المركز الجامعي مرسلبي عبد الله تيبازة (الجزائر)، b.azouz2007@yahoo.fr

تاريخ النشر: 2021/06/30

تاريخ القبول: 2021/06/07

تاريخ الإرسال: 2021/05/05

المخلص

يُعتبر موضوع الحقوق والحريات الأساسية من الموضوعات التي أسالت الكثير من الحبر، حيث تعتبر هذه الأخيرة أحد المرتكزات الأساسية في الدولة القانونية وأحدث ماتوصلات إليه الليبرالية الغربية عند تنظيمها لعلاقة الدولة بالفرد؛ ونظرا لأهميتها فقد تبنت التشريعات المعاصرة، وسيلة دستورية متميزة لضمان تعزيز حمايتها و هي الدعوى الدستورية الإحتياطية. التي نهدف من خلال هذه الدراسة إلى تسليط الضوء عليها في كل من التجارب الألمانية والسويسرية، النمساوية وبشكل خاص في التجربة الإسبانية؛ بصورة تخدم الإتجاه نحو نقل الخبرات الأجنبية في مجال حماية الحقوق والحريات الأساسية في نُظُمنا العربية. على إعتبار أن تبني الدعوى الدستورية الإحتياطية في النظم الدستورية يؤدي بشكل فعال إلى تفعيل الحماية الدستورية للحقوق والحريات الأساسية، وذلك بتقييدها لصلاحيات السلطات العامة للدولة وخاصة السلطة التقديرية للمشرع، وهذا لما لها من أبعاد إجرائية وموضوعية لا نجدها في وسائل الرقابة الدستورية الأخرى.

الكلمات المفتاحية: الحماية الدستورية للحقوق و الحريات الأساسية، الدعوى الدستورية، انتهاكات

السلطات العامة، رقابة القضاء الدستوري.

Abstract:

The subject of fundamental rights and liberties is one of the topics that have shed a great deal of ink , as these latter are one of the basic pillars of the state of law and The latest findings of the Western liberalism when organizing the relationship of the state to the individual. In view of the importance of fundamental rights and liberties, the contemporary legislations have adopted a special tool to strengthen the protection of these rights and liberties which is The precautionary constitutional lawsuit that we aim to shed the light on through this study in each of the German, Swiss, and Austrian experiences, and in particular in the Spanish experience; in a way that serves the transfer of foreign expertise in the field of protecting fundamental rights and liberties in our Arab systems. Adopting the precautionary constitutional lawsuit in

constitutional systems, effectively leads to the constitutional protection of fundamental rights and liberties by restricting the competences of the state's public authorities, especially the legislator's discretionary authority, and this is due to its procedural and objective dimensions that are not present in other constitutional monitoring methods.

Keywords: the constitutional protection of fundamental rights and liberties; the constitutional lawsuit; Violations of public authorities; constitutional jurisdiction control.

مقدمة

يعد الدستور بمثابة حجر الزاوية لبناء دولة القانون، إذ تنصدر قواعده باقي القواعد القانونية في النظام القانوني؛ لذلك يتعين أن تصدر أعمال وتصرفات السلطات العامة متفقة مع القواعد الدستورية إلزاماً بمبدأ سمو الدستور وعلوه. وباعتبار أن الوثيقة الدستورية تحظى بقدسية ومكانة رفيعة، فقد حرصت الدول على تضمين داخل نصوصها تلك الحقوق والحريات؛ التي كافحت الشعوب للحصول عليها من أجل أن تصبح عليها مكانتها وقدسيتها، حيث نصت معظم الدول في وقتنا الحاضر صراحة على الحقوق والحريات الأساسية للأفراد في دساتيرها بتخصيص فصل كامل لها¹.

وبالرغم من أهمية النص في الوثيقة الدستورية على تمتع الأفراد بحقوقهم وحرياتهم، إلا أنه يظل أمر غير كافٍ ما لم يقترن بضمانات جديّة لحمايتها على أرض الواقع؛ وأهم هذه الضمانات هي الرقابة على دستورية القوانين، حيث لا تزال الرقابة الدستورية من أهم الضمانات القانونية المقررة لحماية الحقوق والحريات، ضد إنتهاكات السلطات العامة².

و تأخذ الرقابة على دستورية القوانين بواسطة هيئة قضائية عدة صور، أهمها الدعوى الدستورية الأصلية والدفع بعدم الدستورية ونظام الإحالة³، وإلى جانب هذه الوسائل كرسّت بعض النظم الدستورية الغربية وسيلة أخرى إستثنائية لتعزيز حماية حقوق وحريات الأفراد ضد إنتهاكات السلطات العامة؛ من خلال الوصول المباشر للقاضي الدستوري للمطالبة بحمايتها، وهي "الدعوى الدستورية الإحتياطية"، والتي سنعالجها في هذه الدراسة.

تكمن أهمية دراستنا للدعوى الدستورية الإحتياطية، في أنها الوسيلة الوحيدة التي تسمح للأفراد باللجوء المباشر للقاضي الدستوري في النظم الدستورية المقارنة، إلى جانب إتصالها بموضوع الحقوق و الحريات الأساسية والذي بدون شك يعتبر من أهم الموضوعات التي تقوم عليها الدساتير المعاصرة حالياً.

وتهدف هذه الدراسة إلى تسليط الضوء على نظام الدعوى الدستورية الاحتياطية باعتبارها آلية متميزة أخذت بها بعض الدول الغربية، لتدعيم وتعزيز حماية حقوق الأفراد، وذلك بالتركيز على كل من التجارب الألمانية والنمساوية، السويسرية، وبشكل خاص التجربة الإسبانية؛ وعلى اعتبار أن هذه المقارنة تجري بين نظم دستورية متقدمة في هذا الخصوص، فإن دراسة موضوع " الدعوى الدستورية الإحتياطية" يخدم الإتجاه نحو نقل الخبرات الأجنبية في مجال تطوير منظومة الحقوق والحريات في نظمنا العربية.

نعالج هذا الموضوع على ضوء الإشكالية التالية : **مالمقصود بالدعوى الدستورية الإحتياطية، وماهي أهم الأسس والضوابط القانونية التي تحكم هذه الدعوى ؟.**

للإجابة عن الإشكالية المطروحة إعتدنا في دراستنا على المنهج الوصفي والمنهج التحليلي وهو المنهج المناسب للدراسة وذلك بغرض الإطلاع على مختلف النصوص الدستورية والقانونية المتعلقة بها وتحليل مضمونها، بالإضافة الى المنهج المقارن بما أن دراستنا قائمة في الأساس على المقارنة بين أهم النظم الدستورية التي أخذت بهذه الدعوى .

وإنطلاقا من الإشكالية المطروحة وتحقيقا لأهداف الورقة البحثية : قسمنا دراستنا الى **مبحثين**، خصصنا المبحث الأول لبيان ماهية الدعوى الدستورية الإحتياطية، والمبحث الثاني خصص لدراسة النظام القانوني للدعوى الدستورية الإحتياطية.

المبحث الأول- ماهية الدعوى الدستورية الإحتياطية

إن القيمة السامية للقواعد الدستورية المنظمة للحقوق والحريات الأساسية للأفراد وتعلقها بالنظام العام الدستوري أكثر من غيرها من قواعد الدستور الأخرى، جعل بعض المشرعين الدستوريين حريصين على تأمين حمايتها من خلال إظهار نتائج ملموسة على صعيد الدعوى الدستورية؛ وذلك بتمكين الأفراد من اللجوء مباشرة الى القضاء الدستوري بواسطة آلية إضافية غير مؤلفة الهدف منها هو ردع كل الإنتهاكات الماسة بحقوقهم وحرياتهم من قبل السلطات العامة الوطنية بعد إستنفاد كافة طرق الطعن وهي الدعوى الدستورية الإحتياطية⁴ أو كما تسمى في إسبانيا بدعوى الحماية الدستورية للحقوق الأساسية، وتسمى كذلك في بعض دول أوروبا بالشكوى الدستورية الفردية.

نتوقف في هذا المبحث على بيان مفهوم الدعوى الدستورية الإحتياطية في المطلب الأول، ثم تحديد طبيعتها القانونية في المطلب الثاني.

المطلب الأول- مفهوم الدعوى الدستورية الإحتياطية

سنبين في هذا المطلب كل من نشأة الدعوى الدستورية الإحتياطية في الفرع الأول، ثم تعريفها في الفرع الثاني، وأخيرا سنحاول تمييزها عما يشابهها في الفرع الثالث.

الفرع الأول- نشأة الدعوى الدستورية الإحتياطية

في فترة ما قبل الدستور أو حتى مابعده، كان يمكن العثور على بعض السوابق للحماية الدستورية منها مؤسسة "justicia mayor"⁵ مثلا؛ إلا أن أهم سابقة تمثلت في طلب الحماية الدستورية أو مؤسسة "الأمبارو"⁶؛ حيث عرفت المكسيك بعد إستقلالها مباشرة عن إسبانيا بروز مؤسسة خاصة لحماية الحقوق الدستورية، والتي كانت متأثرة بتواجدها بثلاثة عوامل وهي القانون الإستعماري للدولة، بالإضافة إلى المناقشات السابقة لدستور إسبانيا ولا ننسى قانون أمريكا الشمالية (المراجعة القضائية)، هذا وقد مرت مؤسسة الأمبارو في المكسيك بكل من دستور 1841 و دستور 1842، بعد ذلك تم تكريسها في الدستور الفدرالي المكسيكي سنة 1847⁷ لتشمل كل الاتحاد المكسيكي، وذلك بعد الموافقة على قانون الإصلاحات لسنة 1847، بعد عامين من ذلك فتح الدستور الألماني لسنة 1849 على الحماية القضائية للحقوق و الحريات العامة، مع ترك مهمة تجسيد الشكل و الأسلوب للمشروع و بعد عدة عقود قدمت النمسا ذلك في دستور 1929⁸.

كان أول إستقبال للحماية الدستورية للحقوق و الحريات الأساسية في أوروبا في إسبانيا، وذلك سنة 1931؛ وقد كان العامل الأساسي لإدراجها في الدستور هو التأثير بكل من الفقه المكسيكي والنمساوي، اللذان ساهما في تكوين مؤسسة الأمبارو في إسبانيا لكن بشكل مختلف عن النموذج المكسيكي، حيث تجسد ذلك في المادة 121 من الدستور الإسباني لسنة 1931؛ والتي نصت على حماية الحقوق الدستورية كأحد إختصاصات محكمة الضمانات الدستورية التي أنشأت أول مرة في إسبانيا بناء على النموذج النمساوي.⁹

بعد الحرب العالمية الثانية، عرفت ألمانيا ولأول مرة تكريس إجراء قضائي مشابه للألمبارو وهي " الشكوى الدستورية الفردية" وذلك سنة 1949¹⁰، ومع ذلك فإن الفقه الألماني لم يعترف بأي تأثيرات من أصول أخرى وخاصة الأصل الإسباني لها، كما أنه لم ينص بشكل صريح على أن المحكمة الدستورية تفصل في حق الحماية الدستورية، إلا بعد تعديل قانون بون الأساسي 1969 والذي إعتترف بموجبه المشرع الألماني صراحة و لأول مرة بإختصاصاتها في النظر في الشكوى الدستورية الفردية، التي يرفعها أي شخص يعتقد أن السلطة العامة قد مست أحد حقوقه الأساسية، المنصوص عليها في المواد 20 فقرة 4 و المواد 33 و 38 و 101 و 103 و 104 من القانون الأساسي المذكور أعلاه¹¹ .

لقد بقي كل من حق الحماية المكسيكي والشكوى الدستورية الفردية في ألمانيا بالإضافة الى دستور إسبانيا 1931 في أذهان الشعب الإسباني في ذلك الوقت، مما جعل المشرع الدستوري الإسباني و بالضبط في عام 1978¹² يدرج الألمبارو كوسيلة محددة لحماية الحقوق الأساسية وذلك من خلال المادة 53 الفقرة الثانية منها¹³، وقد تم تنظيمها بموجب القانون الأساسي للمحكمة الدستورية في أكتوبر 2/1979.

لاحقا إنتشر هذا النموذج من الدعوى الدستورية في العديد من الدول غرب أوروبا (سويسرا، المجر، بلجيكا... إلخ)، بالإضافة إلى بعض دول شرق ووسط أوروبا (تركيا، روسيا... إلخ) .

الفرع الثاني-تعريف الدعوى الدستورية الإحتياطية

مادام أن الدعوى الدستورية الإحتياطية هي تطبيق من تطبيقات الدعوى القضائية الدستورية، كان لزاما علينا تعريف الدعوى الدستورية عامة (أولا)، ثم الدعوى الدستورية الإحتياطية بصفة خاصة(ثانيا).

أولا-تعريف الدعوى الدستورية بصفة عامة

الدعوى الدستورية هي مجرد دعوى قضائية كباقي الدعاوى التي ترفع أمام المحاكم وما ينطبق على الدعاوى القضائية من شروط عامة ينطبق عليها¹⁴ .

إلا أن الدعوى الدستورية لديها طبيعة خاصة والتي تظهر من تعريف الفقه لها بأنها " كل دعوى متعلقة بمسألة من مسائل الدستور والتي ترفع أمام الجهة القضائية المختصة (محكمة دستورية أو مجلس دستوري) " ¹⁵.

ثانيا- تعريف الدعوى الدستورية الاحتياطية بصفة خاصة

تعتبر الدعوى الدستورية الاحتياطية من إبتداع المشرع الدستوري الألماني؛ الذي أخذ بها كمرحلة نهائية لتعزيز حماية الحقوق والحريات الأساسية¹⁶. حيث نجد أن تعريفها تختلف صياغته من نظام قانوني إلى آخر، فمثلا يعرف النموذج الإسباني دعوى الحماية الدستورية للحقوق والحريات الأساسية بأنها إجراء قضائي خاص الهدف منه هو حماية الحقوق والحريات الأساسية¹⁷، وعلاج قانوني يسمح لكل شخص يدعي انه ضحية إنتهاك لأحد الحقوق الأساسية ويعتبر أنه لم يتحصل على الحماية من القضاء العادي، الطعن أمام القاضي الدستوري؛ هذا الوصول المباشر للقاضي الدستوري مفتوح لجميع المتقاضين و يمكن أن يكون مشابه إلى الشكوى الدستورية الفردية الموجودة في الدستور الألماني و النمساوي¹⁸.

هذا وتعرف الدعوى الدستورية الاحتياطية بأنها عبارة عن وسيلة دستورية يمنحها الدستور للأشخاص ذو صفة طبيعية أو معنوية والتي بموجبها يستطيع الأفراد ذوي المصلحة أو غيرهم - بشكل احتياطي - اللجوء إلى المحكمة الدستورية طالبن منها التدخل من أجل تأمين حماية حقهم أو حريتهم، التي تم إنتهاكها بإصدار عمل من أعمال السلطة التشريعية أو عمل قانوني للسلطة التنفيذية أو حتى أحكام قضائية نهائية، وهذا بعد إستنفاد كافة طرق التقاضي العادية وغير العادية مع مراعاة الشروط و الضوابط المحددة قانونيا لتحريكها¹⁹. بعبارة أخرى فإن هذه الدعوى الدستورية تهدف إلى تحقيق ثلاثة أهداف رئيسية: ²⁰

- حماية حقوق و حريات الأفراد الأساسية المكفولة دستوريا .
- التحقق من شرعية أعمال السلطات العامة، وبشكل خاص مدى دستورية القوانين.
- العمل على تكريس القيم الديمقراطية في ضمائر الشعوب من خلال السماح للأفراد بلجوء المباشر للعدالة الدستورية.

الفرع الثالث-تميز الدعوى الدستورية الإحتياطية عن مايشابهها .

تتشابه الدعوى الدستورية الإحتياطية مع الدعوى الدستورية الأصلية، فكلاهما عبارة عن مكنة دستورية يختص بها القضاء الدستوري من أجل حماية الحقوق والحريات²¹، فهناك من الفقه من يعتبرها مجرد تطبيق للدعوى الدستورية الأصلية ولكنها محددة في موضوع معين²².

إن إتفاق كلا الدعويين في هذه النقاط لا يعني أنهما نفس الدعوى، إذ يختلفان في عدة نقاط أخرى سنذكرها على التوالي :

- إن الدعوى الدستورية الأصلية تتميز بأنها دعوى عينية ويعني ذلك أنها تقوم في جوهرها على مقابلة النصوص التشريعية المطعون عليها بأحكام الدستور تحرياً لمطابقتها معها²³، بغض النظر إذا كانت تلك القواعد لديها علاقة بحقوق وحريات الأفراد أو مبادئ دستورية أخرى؛ أما الدعوى الدستورية الإحتياطية فهي أقرب إلى الدعوى الشخصية منها إلى العينية فالهدف منها أن يجد الفرد ملاذاً أخيراً و خاصاً للدفاع عن حقوقه وحرياته الأساسية.²⁴

- إن الدعوى الدستورية الأصلية لا تحرك من قبل الأفراد و إنما يقتصر تحريكها على السلطات العامة في الدولة (خاصة السلطتين التشريعية و التنفيذية)، حيث نجد أن أغلب الدول العربية التي أخذت بنظام الدعوى الدستورية الأصلية لتحريك الرقابة القضائية الدستورية منعت الأفراد من اللجوء مباشرة للقضاء الدستوري،²⁵ في حين أن الدعوى الدستورية الإحتياطية يمكن للأفراد تحريكها من أجل حماية حقوقهم وحرياتهم الدستورية.

- إن الدعوى الدستورية الأصلية تكون القاعدة الخاضعة للرقابة فيها هي القاعدة التشريعية فحسب²⁶، بينما تكون الأعمال الخاضعة للرقابة في إطار الدعوى الدستورية الإحتياطية هي أعمال السلطة التشريعية بالإضافة إلى أعمال السلطة التنفيذية عند وضعها للوائح وتنفيذ القوانين، كما تنصب على أعمال السلطة القضائية أثناء النظر في المنازعات الفردية المعروضة عليها وتطبيقها للقانون.²⁷

- إن الدعوى الدستورية الأصلية يمكن تحريكها أمام المحكمة الدستورية بمجرد نفاذ القانون المطعون فيه، وبالتالي لا يشترط أن ترتبط بدعوى أمام قضاء الموضوع فهي تتسم بالإستقلالية؛ أما

الدعوى الدستورية الإحتياطية لا يمكن اللجوء إليها مادام هناك وسيلة أخرى يمكن عن طريقها أن يطعن الشخص في العمل المنتهك للحق أو الحرية سواء أمام جهات القضاء الإداري أو العادي .²⁸

المطلب الثاني-الطبيعة القانونية للدعوى الدستورية الإحتياطية

سنعرض في هذا المطلب كل من موقف المشرع من تكييف الدعوى الدستورية الإحتياطية في الفرع الأول ثم موقف القضاء الدستوري المقارن من تكييفها في الفرع الثاني .

الفرع الأول-تكييف المشرع للدعوى الدستورية الإحتياطية

بالرجوع إلى قوانين الدول التي تبنت نظام الدعوى الدستورية الإحتياطية²⁹، نلاحظ أن المشرع لم يحدد لنا الطبيعة القانونية لهذه الدعوى، وهذا راجع إلى أن التكييف القانوني منوط بالقضاء على عكس التوصيف القانوني- يقصد به التحديد التشريعي للأفعال التي لها أثر قانوني معين - فيتولاه المشرع؛ وبالتالي لابد من البحث في الإجتهادات القضائية الدستورية المقارنة لمعرفة موقفها من ذلك .

الفرع الثاني-تكييف القضاء الدستوري للدعوى الدستورية الإحتياطية

على إعتبار أن النظام الدستوري الألماني كان ولايزال من أكثر الأنظمة التي إهتمت بحقوق الأفراد و حرياتهم الأساسية، والتي عززت آلية الدعوى الدستورية الإحتياطية لحمايتها، فقد إستطاعت المحكمة الفدرالية الألمانية من خلال إجتهاداتها القضائية، أن تضع معيار عام لتحديد طبيعتها إذ لم تعتبرها إستثنافا بديلا أو طعن عادي في أحكام المحاكم العادية والإدارية إنما إعتبرها طعن إحتياطي ذو طبيعة خاصة إستثنائية .³⁰

وبالتالي، فإنه لا يمكن القول أن الدعوى الدستورية الإحتياطية تعتبر درجة من درجات التقاضي أو مرحل من مراحلها، وذلك لأن التقاضي إما يكون على درجة واحدة أو درجتين .³¹

لقد إستطاع الفقه الدستوري المقارن أن يفسر هذه الدقة في التكييف بقولها- ليست إستثنافا وإنما طعن إحتياطي- لتقادي مختلف الإشكالات الدستورية والقانونية، الناجمة عن إعتبرها إستثنافا أو طعنا عاديا و المتمثلة في الخلط بينها و بين المكنات الدستورية الأخرى لحماية الحقوق والحريات؛ ففي حال

أخذنا بالمفهوم السابق-أنها طعنا عاديا- سيؤدي إلى إعتبار الدعوى الدستورية الإحتياطية بديلا عن وسائل الرقابة السابقة إلى جانب إشكالية الإزدواجية في الحماية في آن واحد . ذلك أن التكييف القانوني للدعوى الدستورية الإحتياطية بأنها طعن إحتياطي يجعل هناك نوع من التتالي في الحماية، أولا أمام كافة المحاكم حسب إجراءاتها ثم أمام المحاكم الدستورية بواسطتها .³²

أن تكييف الدعوى الدستورية الإحتياطية بأنها دعوى إحتياطية يؤدي إلى إظهار النتائج التالية :

- إن الأخذ بالطبيعة الإحتياطية لهذه الدعوى يجعل هناك نوع من الحماية الإضافية للحقوق والحريات الأساسية للأفراد، وذلك عندما لا يكون هناك رقابة على الأحكام القضائية الحائزة على قوة الشيء المقضي فيه .³³

- إن الأخذ بالطبيعة الإحتياطية لهذه الدعوى يبين بشكل غير مباشر آجال اللجوء إليها .
- إن الأخذ بالطبيعة الإحتياطية لهذه الدعوى لا يعرقل إستعمال بقية الوسائل الدستورية الموجودة لحماية الحقوق والحريات الأساسية، بما يجعل الفرد يتجاهلها و يلجأ مباشرة للدعوى الدستورية الإحتياطية، وبالتالي يصبح ملزما بالمرور على كل الوسائل السابقة وتصبح الدعوى الإحتياطية الملاذ الأخير المتاح له لحماية حقوقه وحرياته المنتهكة .³⁴

المبحث الثاني-النظام القانوني للدعوى الدستورية الإحتياطية

إن أي دعوى قضائية تتطلب وجود نظام قانوني إجرائي لتحريكها، وبما أن الدعوى الدستورية الإحتياطية هي دعوى قضائية دستورية فهي في الأصل تخضع لنفس القواعد التي تخضع لها الدعوى الدستورية الأصلية؛³⁵ ولكن نظرا لطبيعتها الخاصة قيدها المشرع بمجموعة من الأسس والضوابط القانونية لإمكانية رفعها أمام الجهة القضائية المختصة وهذا ما سنبينه في المطلب الأول من هذا المبحث، والتي تصدر بدورها حكما للفصل في الدعوى و يكون له حجية وأثار سنوضحها في المطلب الثاني .

المطلب الأول-أسس وضوابط الدعوى الدستورية الإحتياطية

لكي تقبل الدعوى الدستورية الإحتياطية كوسيلة لحماية الحقوق والحريات الأساسية أمام القضاء الدستوري في كل من النظام القانوني الألماني و الإسباني، السويسري والنمساوي لابد أن يحترم رافعها

الشروط المحدد في ذلك، وهذا حتى لا تصبح هذه الآلية مجرد مكنة في يد الفرد يحركها متى يشاء، مما يؤدي إلى إشغال المحكمة الدستورية وإرباكها في أداء وظائفها الفعلية، الأمر الذي تطلب صياغة قواعد خاصة لقبول هذه الدعوى أمام الجهة القضائية المختصة³⁶ إذ تتمثل هذه الضوابط في كل من :

- ضرورة النص على الدعوى الدستورية الإحتياطية في الدستور : فلا يمكن قبول الدعوى الدستورية الإحتياطية بدون النص عليها صراحة من طرف المشرع الدستوري و إلا لا يمكن قبولها .

- ضرورة تحريك الدعوى الدستورية الإحتياطية من طرف أشخاص محددة نص عليها الدستور.³⁷

- ضرورة تحريك الدعوى الدستورية الإحتياطية أمام الجهة المختصة بالفصل فيها، وإلا لا تقبل الدعوى لعدم الإختصاص وعادة ما تكون هذه الجهة هي نفسها الجهة المختصة بالرقابة على دستورية القوانين داخل الدولة .³⁸

- ضرورة تحريك الدعوى الدستورية الإحتياطية ضد الأعمال القانونية والقضائية المحددة من طرف المشرع .

- ضرورة تحريك الدعوى الدستورية الإحتياطية في الأجل القانونية المحددة لذلك .

- من الضروري أن يكون الشخص محرك الدفع متضرر من عمل يمس حقوقه وحرياته الأساسية بشكل مباشر، بمعنى لديه مصلحة في تحريكها .

- ضرورة اللجوء إلى الدعوى الدستورية الإحتياطية بعد إستنفاد كافة إجراءات ووسائل الحماية العادية وغير العادية، حيث لا بد أن تكون تلك الأعمال المطعون ضدها قد إكتسبت الصفة النهائية .

- ضرورة الإستمرار في إنتهاك تلك الحقوق والحريات الأساسية رغم طرق الحماية المقررة .³⁹

وسنقتصر الحديث في هذا المطلب على أهم ثلاث أسس وهي محل الدعوى الدستورية الإحتياطية (الفرع الأول) والجهة المؤهلة بتحريكها (الفرع الثاني)، والأجل القانونية المحددة لتحريكها (الفرع الثالث) .

الفرع الأول-محل الدعوى الدستورية الإحتياطية

إن محل الدعوى الدستورية الإحتياطية هو مجمل الأعمال القانونية وغيرها من الأعمال الصادرة عن السلطات العامة ذات العلاقة بالحقوق والحريات المحمية دستورياً؛ والتي تكون وبشكل إستثنائي محددة من طرف المشرع الدستوري نظراً لخصوصيتها،⁴⁰ وهي تشمل كل من أعمال السلطة التشريعية التي سنتطرق لها أولاً وأعمال السلطة التنفيذية التي سنبينها ثانياً وأعمال السلطة القضائية وهذا ماسنوضحه ثالثاً.⁴¹

أولاً-الأعمال الصادرة عن السلطة التشريعية

تنبؤ السلطة التشريعية مكانة هامة في النظم السياسية المعاصرة وذلك راجع إلى دورها الأساسي في صنع التشريع داخل الدولة إذ لا يمكن تصور دولة بدون سلطة مشرعة لها. إلا أنه ليس كل ما يصدر عنها هو تشريع بالمفهوم الضيق وإنما تقوم بمهام أخرى ليس لها الصبغة التشريعية أو لا تكتسي القيمة القانونية للأعمال التشريعية.⁴² حيث تشمل الأعمال البرلمانية غير التشريعية كل قرار أو نشاط لا يتمتع بقوة القانون يصدره المجلس أو أي هيئة تشريعية أو الجمعيات التشريعية وطيناً أو على المستوى الإقليمي؛⁴³ والتي تخضع للرقابة الدستورية بواسطة دعوى الحماية الدستورية إذا كانت تمس بالحقوق والحريات الأساسية للأفراد، وهذا ما نجده في إسبانيا؛ وقد أكدته المحكمة الدستورية الإسبانية بتفسيرها لنص المادة 42⁴⁴ من القانون الأساسي للمحكمة الدستورية الإسبانية والمتعلقة بالأعمال الخاضعة للدعوى الدستورية الإحتياطية .

وفيما يخص الأعمال التشريعية الصادرة عن البرلمان - سواء كان برلماناً فدرالي أو مركزي -وهي القوانين في حال إنتهاكها لحقوق وحريات الأفراد،⁴⁵ فإنها تخضع للرقابة الدستورية عن طريق الدعوى الدستورية الإحتياطية كوسيلة إستثنائية وأخيرة بعد الدعوى الأصلية أو الدفع بعدم الدستورية والإحالة وذلك في كل من ألمانيا وهذا حسب المادة 4/93/أ من القانون الأساسي الألماني لسنة 1969⁴⁶ بشرط أن تكون تلك القوانين نافذة . وفي النمسا كان الطعن ضد القرار الإداري الفردي هو الطريقة الوحيدة المعروفة لتقديم أمام المحكمة الدستورية لإلغاء قاعدة مخالفة للقانون وذلك إلى غاية التعديل الدستوري

1975، حيث يمكن الآن للفرد وبموجب الشكوى الفردية أن يدافع عن نفسه ضد قاعدة عامة حتى في حال عدم وجود فعل، حيث يستخدمه لتحدي القوانين وذلك حسب المادة 139 و المادة 140.⁴⁷

لم يخرج المشرع السويسري عن ذات الاتجاه المعمول به من قبل التشريعات السابقة، حيث نظم الدستور الفدرالي السويسري هذه الدعوى في المادة 189 من الدستور و المادة 82 من القانون الخاص بالمحكمة الفدرالية المكلفة بالرقابة على دستورية القوانين، على أن تقتصر هذه الرقابة على القوانين المحلية بمعنى القوانين الصادرة عن هيئات المقاطعات التشريعية "cantons"، و لا تمتد إلى الرقابة على القوانين الاتحادية⁴⁸. في حين أن المشرع الإسباني لم ينص صراحة على إخضاع القوانين الصريحة للرقابة بواسطة الدعوى الدستورية الاحتياطية⁴⁹، حيث أنه في الأصل و كباقي الأنظمة الدستورية الأخرى تخضع القوانين الماسة بالحقوق والحريات للرقابة عن طريق الدعوى الدستورية الأصلية أو الدفوع الدستورية أو نظام الإحالة؛ لكن في حال إذا لم يستطع الفرد اللجوء إلى إحدى الوسائل التالية كفوات أجال رفع الدعوى الدستورية الأصلية مثلا، هنا يمكنه رفع الدعوى الدستورية الاحتياطية⁵⁰، كما سمح بإخضاع الإمتناع التشريعي للرقابة عن طريق الدعوى الدستورية الاحتياطية وهذا ما أكدته القانون الأساسي للمحكمة الدستورية⁵¹.

ثانيا-الأعمال الصادرة عن السلطة التنفيذية

تعد السلطة التنفيذية من أكثر السلطات العامة تعسفا ضد الحقوق والحريات، وذلك بسبب تصادم هذه الحقوق و الحريات مع النظام العام للدولة والذي تكون السلطة التنفيذية مكلفة بتأمينه كما أنها مكلفة بتطبيق القوانين التي تنص على هذه الحقوق⁵²، حيث أن الأصل في حمايتها هنا يعود للقاضي الإداري، لكن أحيانا يمكن أن يكون القضاء الدستوري مكلفا بذلك عن طريق الدعوى الدستورية الاحتياطية ، بشروط وهي: ضرورة اللجوء للقاضي الإداري أولا من أجل الحصول على الحماية ضد إنتهاكات الحقوق والحريات الأساسية، وفي حال بقاء الإنتهاك مستمرا أو فوات الآجال المحددة لذلك أو في حال إذا حاز حكم القضاء الإداري على قوة الشيء المقضي فيه، هنا يمكنه رفع الدعوى الدستورية الاحتياطية .⁵³

في سويسرا تلقى هذه الدعوى إهتماما كبيرا وتجد تطبيقا واسعا لها، خاصة إذا تعلق موضوعها بطلب حكم بعدم دستورية قرار إداري أو لائحة إدارية، يمكنها المساس بالحقوق و الحريات الأساسية

ويرجع ذلك إلى ما عرف في سويسرا من عدم وجود محكمة إدارية في نظام الكانتونات.⁵⁴ أما في النمسا فإنه بالموازات مع وجود الرقابة العرضية للقوانين المنصوص عليها في المادة 89 توجد طريقة أخرى محتملة يستطيع من خلالها الفرد اللجوء مباشرة إلى المحكمة الدستورية الاتحادية المنصوص عليها في المادة 144 الفقرة الأولى من الدستور ويطلب الحكم بعدم دستورية القرارات الإدارية التي تنتهك حقوقهم وحرياتهم الدستورية⁵⁵، إذ يعتبر هذا الطعن من قبل الأشخاص ضد الإجراءات الفردية الإدارية أمام المحكمة الدستورية من أهم أشكال الحماية القانونية للحق المكفول دستوريا عند تطبيقها معيار عام مخالف للقانون.⁵⁶

وقد حدث في ألمانيا أن رفعت مواطنة ألمانية مسلمة طعنا ضد قرار اللجنة الخاصة بتعيين المعلمين، وذلك بسبب رفض تعيينها لإرتدائها الحجاب وهذا في رأيهم لا يتفق مع شرط الإخلاص للدستور الألماني، وقد لجأت المواطنة لرفع الشكوى الدستورية الفردية مباشرة أمام المحكمة الدستورية الاتحادية، التي نضرت في الطعن المرفوع أمامها و حكمت بإلغاء قرار اللجنة لأنه لا يستند إلى قانون صحيح ، حيث أنه لا يوجد أي نص يمنع ذلك .⁵⁷

ثالثا-الأعمال الصادرة عن السلطة القضائية

لقد منح المشرع الدستوري مهمة حماية الحقوق والحريات للسلطة القضائية ليس فقط من خلال الرقابة على أعمال السلطات الماسة بتلك الحقوق و الحريات، وإنما كذلك عن طريق تطبيق القانون بشكل عادل من أجل تحقيق التوازن بين الحرية والسلطة⁵⁸؛ إلا أنه أحيانا يتم تطبيق القانون بصفة تأثر على الحقوق والحريات أو يتم إصدار أحكام قضائية ماسة بها، حيث يمكن لها إنتهاك تلك الحقوق والحريات.⁵⁹ الأمر الذي أدى ببعض النظم الدستورية المقارنة إلى التفكير في إخضاع هذه الأحكام لرقابة القضاء الدستوري كآخر وسيلة في يد الفرد لحماية حقوقه وحرياته عن طريق رفع الدعوى الدستورية الاحتياطية.

وعليه عندما ترفع الدعوى الدستورية الاحتياطية ضد أحد الأحكام أو القرارات القضائية يثير الطاعن في الدعوى تطبيق المحكمة التي أصدرت الحكم قواعد غير دستورية في حكمها، أو أنها طبقت قواعد فسرتها على نحو مخالف للدستور بطريقة غير دستورية .

وبالتالي تستخدم الدعوى الدستورية الإحتياطية كأحدى وسائل الرقابة على أحكام القضاء ضمانا لحماية الحقوق والحريات الدستورية وذلك بعد استنفاد كافة طرق التقاضي العادية منها وغير العادية.⁶⁰ ومن الدول التي جعلت أعمال السلطة القضائية الفدرالية و المحلية محلا لهذه الدعوى هي ألمانيا، وكذلك المؤسس الدستوري السويسري بإخضاعه لأعمال السلطات القضائية المتعلقة بالقانون العام محلا للدعوى الدستورية الإحتياطية.⁶¹

في حين أن الدستور الإتحادي النمساوي لم يسمح بإخضاع القرارات و الأحكام القضائية للطعن أمام المحكمة الدستورية النمساوية وذلك ناتج عن أن فكرة الحماية القانونية مكفولة وبشكل كاف من خلال الضمانات القضائية للهيئات الإشرافية.⁶²

أما بالنسبة للنظام الدستوري الإسباني فقد أخضع أعمال كل السلطات العامة الوطنية لدعوى الحماية الدستورية (بإستثناء القوانين الصريحة) ومنها أحكام السلطة القضائية الماسة بالحقوق والحريات الأساسية المحددة في المواد من 14 الى ⁶³، 29 إلا أنه إشتراط أن يكون الإنتهاك مباشر وحالا. كما إشتراط وجوب التمسك بالحق المنتهك أمام جهة الموضوع سواء في المرحلة الإبتدائية أو مرحلة الإستئناف أو مرحلة النقض.⁶⁴

الفرع الثاني-الجهات المؤهلة لإقامة الدعوى الدستورية الإحتياطية

إن ملتسوا الدعوى الدستورية الإحتياطية هم الأشخاص الذين يعترف لهم الدستور بحقوق وحريات أساسية أو ممكن أشخاص آخرين مكنهم الدستور من ذلك، فصفة من يتمتع بهذه الحقوق يمكن أن يكون أشخاص طبيعية أو معنوية في الدولة.⁶⁵ وقد حدد دستور كل نظام الأشخاص المؤهلين لرفعها بشكل محدد، لكن المشرع الألماني أجاز لكل شخص قانوني (طبيعي أم إعتباري)⁶⁶ رفع دعوى ضمانة الحقوق، الذي يرى أنها حقا من حقوقه الأساسية المنصوص عليها في المواد 20 الفقرة 4 او المواد 38، 101، 103 و 104 من الدستور الإتحادي قد إنتهكت من قبل عمل من أعمال السلطة العامة.⁶⁷

وكذلك فإن المشرع النمساوي أجاز للأفراد الطعن ضد القرارات الإدارية أو قرارات "الدوائر الإدارية المستقلة"، واللوائح الإدارية بالإضافة الى القوانين و المعاهدات الدولية، إذا قدر رافع الدعوى أن هذه الحقوق تنتهك حق من حقوقه الدستورية .⁶⁸

ولو عدنا إلى القانون الأساسي للمحكمة الدستورية الإسبانية في المادة 46 منه، نجد أنه على عكس بقية التشريعات المنظمة لهذه الدعوى، فرق بين الجهات المؤهلة قانونا بتحريك دعوى الحماية الدستورية حسب محل الدعوى؛ فإذا كان محلها هو عمل غير تشريعي صادر عن السلطة التشريعية كان للأفراد الذين تضرروا مباشرة، بالإضافة إلى هيئة المدافع عن الشعب والمدعي العام الحق في رفعها؛ أما إذا كان الطعن ضد أعمال السلطة التنفيذية أو الأحكام القضائية فإن لكل من أطراف دعوى الموضوع الذي صدر بها الحكم النهائي، بالإضافة الى هيئة المدافع عن الشعب والمدعي العام حق تحريكها.⁶⁹

الفرع الثالث-المهلة القانونية المحددة لتحريك الدعوى الدستورية الاحتياطية

إن المتفق عليه عموماً، أن رافع الدعوى كلما تماطل في رفع دعواه بسبب إنتهاك حق من حقوقه كلما قل الإعتراف بمصلحته في الطعن، إضافة لذلك فإنه كلما مضى الوقت كلما صعب إثبات وقائع القضية، لهذه الأسباب ومن أجل المصلحة العامة وتحقيق الأمن القانوني تم تحديد مهلة لمباشرة هذا الإجراء ولا تقبل أي دعوى بعد تجاوز هذه المدة المحددة .⁷⁰ هذا وقد تتغير هذه المهلة القانونية بحسب العمل محل الدعوى، ففي ألمانيا تم تحديد مدة رفع الدعوى الدستورية الاحتياطية خلال سنة من بدأ تنفيذ القانون أو العمل بالقانون المختص وخلال شهر من علم صاحب المصلحة بالحكم القضائي أو القرار الإداري .⁷¹

المطلب الثاني- طبيعة الحكم الصادر في الدعوى الدستورية الإحتياطية من حيث الحجية و الآثار المترتبة عنه .

كنا قد ذكرنا سلفاً، أن الدعوى الدستورية الإحتياطية ماهي إلا مكنة دستورية يمكن من خلالها معرفة مدى مشروعية نظام معين تم العمل إستنادا إليه أو دستورية قانون معين صدر العمل بمقتضاه، بهدف حماية سُمو الدستور من خلال حماية الحقوق والحريات الأساسية الموجودة فيه؛ و بالتالي فإن

حجية الحكم الصادر في الدعوى الدستورية الاحتياطية كما سنوضحه في الفرع الأول والآثار المترتبة عليها لا تختلف كثيرا عن الآثار المترتبة عن الدعوى الدستورية الأصلية، إلا في الجزء المتعلق بتوسع نطاق الدعوى الدستورية الاحتياطية عن الدعوى الدستورية الأصلية وهذا ما سنبينه في الفرع الثاني.⁷²

الفرع الأول-حجية الحكم الصادر في الدعوى الدستورية الاحتياطية

يكون للحكم الصادر في الدعوى الدستورية الاحتياطية الحجية المطلقة للشيء المقضي فيه ، ويقصد بذلك أنه أنه بمجرد صدوره يكتسب حجيته في مواجهة كافة، سواء في مواجهة الشخص رافع الدعوى و الغير عندما تصل المحكمة إلى حكم مفاده عدم وجود إنتهاك للحق أو الحرية الأساسية، أو حتى عندما يصدر في مواجهة السلطة العامة والجهات القضائية وذلك عند قبولها للطعن المقدم لها بإعتباره يمس أو ينتهك الحق أو الحرية، وهذا الأمر اكدت عليه المحكمة الدستورية الإسبانية بشكل مستمر إبتداءا من الحكم الذي أصدرته وهو رقم 1974/31 الصادر في 28 مارس 1974 .⁷³

الفرع الثاني-الآثار المترتبة عن الحكم الصادر في الدعوى الدستورية الاحتياطية

سنبين في هذا الفرع الآثار المباشرة ، ثم الآثار غير المباشرة على النحو الآتي :

أولا-الآثار المباشرة

إن المحكمة الدستورية عندما تصلها الدعوى الدستورية الاحتياطية، تتولى ومن خلال هيئاتها مهمة التدقيق في الشروط الشكلية للدعوى وهنا إما ترفض الدعوى شكلا لعدم توافر تلك الشروط،⁷⁴ أو قبولها لتوفر شروطها الشكلية ومن ثم النظر في الشروط الموضوعية، بعد ذلك يمكن لها أن تصدر حكما يمكن أن يكون حالة واحدة أو أكثر من الحالات التالية حسب المادة 55 / 1 من قانون المحكمة الدستورية الإسبانية :⁷⁵

-الإعلان بإلغاء القرار أو العمل أو الحكم الذي منع ممارسة الحقوق و الحريات الأساسية مع

تحديد آثاره و/أو

-الإعتراف بالحق أو الحرية وفقا لمضمونها الدستوري و/أو

-إعادة الحق أو الحرية لصاحبها مع الإعتماد على التدابير المناسبة عند الإقتضاء لحفظها .

ثانيا-الآثار غير المباشرة

يمكن للمحكمة الدستورية بهيئتها المصغرة عند التدقيق في الدعوى الدستورية الاحتياطية، أن تلاحظ أن القانون الذي صدر بمقتضاه العمل محل الدعوى يمس الحقوق و الحريات، فتكون ملزمة بإحالة إلى المحكمة الدستورية بهيئتها العامة لكي تنظر في مدى دستوريته -وبهذا فإن رفع الدعوى الدستورية الاحتياطية سيؤدي بطريقة غير مباشرة إلى النظر في دستورية القوانين - وإذا رأت أنه بالفعل هذا القانون يخالف الدستور فإنها تصدر الحكم بعدم دستوريته،⁷⁶ وتكون آثار تنفيذ الحكم بعدم الدستورية هي آثار فورية بمعنى أنه يتم العمل به من تاريخ الحكم بعدم الدستورية، ولا يكون له أثر رجعي إلا في الحالات المتعلقة بعدم دستورية نص يقرر عقوبة محددة، هنا يكون الحكم الفاصل في الدعوى قابلا للإلتماس إعادة النظر فيه وفق لحكم المحكمة الدستورية.⁷⁷

الخاتمة

تبين لنا من خلال العرض السابق، أن الحقوق والحريات الأساسية تعتبر أحد أهم المرتكزات الأساسية في مفهوم الدولة القانونية كما تشكل أحدث ما توصلت اليه الدستورية الغربية عند تنظيمها لعلاقة الفرد بالدولة، لذلك فقد عملت غالبية الأنظمة -بعد الحرب العالمية الثانية- على تكريس أجهزة رقابة دستورية والتي تهدف إلى إعمال إرادة المؤسس الدستوري في حماية الحقوق والحريات، وذلك بواسطة رفع دعوى دستورية أصلية أو الدفع بعدم الدستورية .

ومع ذلك هناك من النظم الدستورية المعاصرة (ألمانيا، سويسرا ، إسبانيا ، النمسا... الخ)، لم تكتف بهذه الأساليب حيث أنها توسعت في الحماية الدستورية لهذه الحقوق و الحريات، عن طريق تكريس دعوى إضافية متميزة وهي الدعوى الدستورية الاحتياطية .

والتي نخلص من خلال دراستنا لها أنها وسيلة دستورية منح من خلالها الدستور للأفراد الحق في اللجوء مباشرة الى القضاء الدستوري من أجل تأمين حماية حقوقهم وحرياتهم المنتهكة من طرف أعمال

صادرة عن السلطة التشريعية أو التنفيذية أو أحكام وقرارات قضائية، و ذلك بعد إستنفاد كافة طرق التقاضي العادية و غير العادية، على أن تكون هذه الحماية مقرونة بمجموعة من الأسس والضوابط اللازمة لتحريكها والتي سبق ذكرها بشكل مفصل في البحث .

وعليه، بناء على دراستنا لماهية الدعوى الدستورية الإحتياطية ونظامها القانوني في الأنظمة السابق ذكرها توصلنا إلى مجموعة من النتائج :

-تعتبر الدعوى الدستورية الإحتياطية بلا ريب أحسن وسيلة تمكن الفرد من اللجوء إلى العدالة الدستورية وأشمل حماية لحقوقه وحرياته الأساسية، والدليل على فاعليتها هو إنتشارها السريع من نظم دستورية في دول امريكا اللاتينية إلى الدول الأوروبية .

-يمكن إعتبار الدعوى الدستورية الإحتياطية تطبيق من تطبيقات الدعوى الدستورية الأصلية بالرغم من إختلافها عنها في كونها محددة بهدف معين، كما أنها الوسيلة الوحيدة التي تمنح للأفراد اللجوء المباشر للقضاء الدستوري.

- يختلف النظام القانوني للدعوى الدستورية الإحتياطية من دولة لأخرى، فهناك من الدول من وسع في نطاقها وهناك من ضيق منها ونفس الأمر بالنسبة للأجال والجهة المؤهلة بتحريكها.

-إن تبني الدعوى الدستورية الإحتياطية في النظام الدستوري، يفعل حماية للحقوق والحريات الأساسية ، وذلك بتقييد صلاحيات السلطات العامة خاصة السلطة التقديرية للمشرع، وذلك لما لها من أبعاد إجرائية و موضوعية، فمن الناحية الإجرائية تسمو إجراءات تحريكها على كافة الإجراءات، كما أنها موضوعيا تنصب على كافة أعمال السلطة وحتى أعمال السلطة القضائية وهذا ما لا نجده في وسائل الرقابة الدستورية الأخرى.

-إن منح الحق للأفراد بالتوجه مباشرة للقضاء الدستوري ، بالرغم من المزايا التي يقدمها، إلا أنه يمكن أن يؤدي إلى إساءة إستعماله، وبالتالي تتكدس القضايا أمام المحكمة الدستورية وتُعيقها في تأدية مهامها، ومع ذلك لا يمكن انكار أهميتها في تطور العدالة الدستورية في النظم الدستورية المعاصرة، بإتجاه حماية أقوى و أوفر لمنظومة الحقوق و الحريات .

وبناء على ما تقدم نقترح التوصيات التالية :

-ضرورة إستفادة الأنظمة الدستورية العربية من تجارب الدول التي أخذت بالدعوى الدستورية الإحتياطية كآلية متميزة لحماية الحقوق والحريات الأساسية للأفراد، مع وضع نظام للتصفية لكي لا تتكدس القضايا أمام المحاكم الدستورية .

-بما أن الغاية من الرقابة الدستورية هو حماية الشرعية الدستورية وكفالة الحقوق والحريات، فكان من الضروري العمل على توسيع آليات تحريكها بما يسمح للكثيرين وعلى رأسهم الأفراد القيام بذلك بيسر، دون تضيق يفقدها قيمتها وهذا مايتجسد في إعتداد آلية الدعوى الدستورية الإحتياطية .

الهوامش

1. شعبان أحمد رمضان، الحماية الدستورية لحقوق الإنسان " رقابة الدستورية كوسيلة لحماية الحقوق والحريات " ، دار النهضة العربية، مصر، سنة 2006، ص 1.

2. المرجع نفسه، ص 2 و 3 .

3. مراد بن عودة حسكر، الدفع القضائي بعدم الدستورية كضمانة لفاذ القواعد الدستورية للحقوق والحريات، مجلة معالم للدراسات القانونية و السياسية الصادرة عن معهد الحقوق و العلوم السياسية جامعة تندوف، المجلد 3 ، العدد 2، سنة 2019 ،الجزائر، ص 155 .

4. عيد أحمد الغفلول، فكرة النظام العام الدستوري وأثرها في تحديد نطاق الدعوى الدستورية " دراسة مقارنة"، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، مصر، سنة 2006، ص 176 .

5. كانت تتواجد هذه المؤسسة في مملكة أرغون الإسبانية في العصور الوسطى وكان هدفها هو حماية الأفراد عند ممارسة حرياتهم سواء كان التعدي عليها حاضرا أو مستقبلا .

6. Carlos Ruiz Miguel, concept, genèse et évolution de l’amparo : le modèle espagnol, cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux, Le corps humain saisi par le droit : entre liberté et propriété, N° 15, 2017, P 134, disponible sur : <https://journals.openedition.org/crdf/567> ,accédé le 28/01/2021.

7. Guillermo Cambero Quezada, Le recours d'Amparo dans l'ordre juridique mexicain, Voie de contrôle juridictionnel de l'administration publique ,Mémoire du master, Faculté de droits et de science politique, Université de Nantes, 2006 , France ,P 22 , disponible sur :

https://www.researchgate.net/publication/326719389_Le_recours_d'Amparo_dans_l'ordre_juridique_mexicain , accédé le 15/01/2021.

8. تعتبر النمسا من الولايات القضائية الاولى الناطقة باللغة الألمانية التي عملت على تطبيق الدعوى الدستورية الإحتياطية بأوروبا، راجع في هذا الشأن: محمد علي حسونة، الحماية الدستورية للحقوق والحريات الأساسية عبر الدعوى الإحتياطية في النظم الدستورية المعاصرة، دار الفكر الجامعي، مصر، سنة2018، ص 127.

9. Carlos Ruiz Miguel, op.cit, p137.

10. هذا ما نصت عليه المادة 4/93 من الدستور الألماني لسنة 1949، الدستور الألماني 1949 شاملا لتعديلاته الى غاية 2012،(2021)، ص 35، متوفر على موقع :
https://www.constituteproject.org/constitution/German_Federal_Republic_2012.pdf?lang=ar ، تم الإطلاع عليه بتاريخ 2021/01/15.

11. Carlos Ruiz Miguel, op .cit, P137.

12. Ibid, p 138.

13. " يحق لأي مواطن أن يطالب بضمان الحريات والحقوق المنصوص عليها في المادة 14 والقسم الأول من الفصل الثاني، وإذا إقتضى عن طريق النظم لدى المحاكمة الدستورية ..."، دستور إسبانيا لسنة 1978 ، 2020 ، ص13. متوفر على موقع :
https://www.constituteproject.org/constitution/Spain_2011.pdf?lang=ar ، تم الإطلاع عليه بتاريخ 2020/02/28.

14. ممدوح محمد عارف الشيايب، الدعوى الدستورية بين الرقابة السياسية والقضائية " دراسة مقارنة"، رسالة ماجيستار، الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، سنة 2015، ص 22.

15. نوال لصلح، خصوصية الدعوى الدستورية في التشريع الجزائري " دراسة تحليلية مقارنة"، مجلة العلوم القانونية و السياسية الصادرة عن كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة حمة لخضر الوادي، المجلد 10، العدد 2، سنة 2019، الجزائر، ص 971 .

16. عيد أحمد الحسبان، الحماية الدستورية للحقوق والحريات الأساسية بواسطة الدعوى الدستورية الإحتياطية في النظم الدستورية المقارنة وخاصة النظام الدستوري الإسباني، مجلة الشريعة والقانون الصادرة عن كلية القانون جامعة الإمارات العربية، العدد 28، سنة 2005، الإمارات العربية، ص3، متوفر على موقع : https://www.researchgate.net/publication/272352640_hmayt_alhqwq_alasasyt_walhry_at_alamt_bwastt_aldwyt_alahyatyty_fy_alnzm_aldstwryt_almqarnt_wkhast_alnzam_aldstwry_alasbany_mjlt_alshryt_walqanwn_alamarat_alrbyt_almthtdaldd_28_akt_wbr_2005_alsf ، تم الإطلاع عليه بتاريخ 2021/01/05.

17. Carlos Ruiz Miguel, op.cit, P133.

18. Hubert Alcaraz, Le recours d'amparo contre les decisions juridictionnelles le cas de l'Espagne, P162, disponible sur: <https://dice.univ-amu.fr/sites/dice.univ-amu.fr/files/public/212-alcaraz.pdf> ,accédé le 15/12/2020.

19. محمد علي حسونة، المرجع السابق، ص 05 .

20. قصي أحمد الرفاعي، تحريك الدعوى الدستورية " دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير، الحقوق، جامعة القدس، سنة 2006، ص 28.

21. أزهار كاضم وسري صاحب محسن، الدعوى الدستورية الإحتياطية ودورها في حماية الحقوق و الحريات الأساسية، مجلة واسط للعلوم الإنسانية، المجلد 05، العدد 10، سنة 2009، العراق، ص 205 .

22. راجع في هذا الشأن : قصي أحمد الرفاعي، المرجع السابق، ص 27 و 28 .

23. عز الدين الديناصوري وعبد الحميد الشواربي، الدعوى الدستورية " صور الرقابة القضائية-حدود إختصاص المحكمة الدستورية العليا -شروط قبول الدعوى -الإجراءات حجية الحكم الصادر من المحكمة وأثاره -مع موجز

لاحكام المحكمة الدستورية العليا منذ تاريخ إنشائها وحتى الآن" ، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، مصر، سنة 2002، ص 29.

24. عيد احمد الغفلول، مرجع سابق، ص 177 .

25. منهم الدول العربية كـفلسطين و البحرين و الإمارات العربية المتحدة، و كذلك المشرع الدستوري الكويتي الذي حصر حق اللجوء المباشر في المؤسستين التشريعية و التنفيذية : راجع في هذا الشأن تركي سطات المطيري، الجوانب الإجرائية في الدعوى الدستورية دراسة مقارنة بين فرنسا ومصر والكويت، أطروحة دكتوراه، قانون العام ، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ب.ت ، ص256 .

26. عيد احمد الغفلول ، مرجع سابق، ص 178 .

27. عيد أحمد الحسان، فعالية الحقوق الأساسية في تقييد الصلاحيات التقديرية للمشرع " دراسة مقارنة" ، دراسات :علوم الشريعة والقانون، المجلد 39، العدد 02، 2012، ص 458، متوفر على موقع :
https://www.researchgate.net/publication/272352816_alrqabt_ly_alamal_albrlmanynt_g_hyr_altshryyt_fy_alnzam_aldstwry_alardny_drast_mqarnt_m_alnzam_alasbany_mjlt_alshryt_walqanwn_aldd_alshrwn_kanwn_althany_2004_jamt_alyn_alamarat_alrbyt_almt_hdt_alsfhat_18 ، تم الإطلاع عليه بتاريخ : 2021/01/18.

28. أزهار كاضم وسري صاحب محسن، مرجع سابق، ص 205 .

29. يقصد بها القوانين الأساسية للجهات المكلفة بالنظر في الدعوى الدستورية الإحتياطية مثل القانون الأساسي للمحكمة الدستورية الإسبانية 1979 / 02 المعدل سنة 2007 .

30. محمد علي حسونة، مرجع سابق، ص112 و 113 .

31. عيد أحمد الحسان، تقييد الحقوق الأساسية لصلاحيات المشرع التقديرية " دراسة مقارنة"، مرجع سابق ، ص 458.

32. عيد أحمد الحسان، الحماية الدستورية للحقوق والحريات الاساسية بواسطة الدعوى الدستورية الإحتياطية في النظم الدستورية المقارنة وخاصة النظام الدستوري الإسباني، مرجع سابق، ص.08 و 09 .

33. محمد علي حسونة، مرجع سابق، ص 114.

34. عيد أحمد الحسان، الحماية الدستورية للحقوق والحريات الأساسية بواسطة الدعوى الدستورية الأحتياطية في النظم الدستورية المقارنة وخاصة النظام الدستوري الإسباني ، مرجع سابق، ص9 و 10 .

35. محمد علي حسونة، مرجع سابق، ص 97.
36. ستوينبرجر هلمت، نماذج عن القضاء الدستوري، اللجنة الأوروبية لتطبيق الديمقراطية بواسطة القانون، ص 35، متوفر على موقع :
[https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-STD\(1993\)002-ar](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-STD(1993)002-ar) ، تم الإطلاع عليه بتاريخ 2021/01/04.
37. عيد أحمد الحسبان، الحماية الدستورية للحقوق والحريات الأساسية بواسطة الدعوى الدستورية الاحتياطية في النظم الدستورية المقارنة وخاصة النظام الدستوري الإسباني، مرجع سابق، ص 04 .
38. وتكون غالبا الجهة المختصة بالنظر في الدعوى الدستورية الاحتياطية هي نفسها الجهة المكلفة بالرقابة على دستورية القوانين (المحكمة الدستورية في اسبانيا مثلا) .
39. أزهار كاضم وسري صاحب محسن، مرجع سابق، ص 206 - محمد علي حسونة، مرجع سابق، ص 85.
40. عيد أحمد الحسبان، الحماية الدستورية للحقوق والحريات الأساسية بواسطة الدعوى الدستورية الاحتياطية في النظم الدستورية المقارنة وخاصة النظام الدستوري الإسباني ، مرجع سابق، ص 11.
41. ستوينبرجر هلمت، مرجع سابق، ص 36 .
42. عيد أحمد الحسبان، الرقابة على الأعمال غير البرلمانية في النظام الدستوري الأردني، دراسة مقارنة مع النظام الإسباني، مجلة الشريعة والقانون الصادرة عن كلية القانون جامعة الإمارات العربية، العدد 20، سنة 2004، الإمارات العربية المتحدة، ص 186 ، متوفر على موقع :
https://www.researchgate.net/publication/272352816_alrqabt_ly_alamal_albrlmanynt_g_hyr_altshryyt_fy_alnzam_aldstwry_alardny_drast_mqarnt_m_alnzam_alasbany_mjlt_alshryt_walqanwn_aldd_alshrwn_kanwn_althany_2004_jamt_alyn_alamarat_alrbyt_almt_hdt_alsfhat_18 ، تم الإطلاع عليه بتاريخ 2021/01/16.
43. محمد علي حسونة، مرجع سابق، ص 99 .
44. Artículo 42« **Las decaciones o actos sin valor de Ley, emanados de las Cortes o de cualquiera de sus órganos, o de las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas, o de sus órganos, que violen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional** » , Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional , Jefatura del Estado «BOE» núm 239, de 5

de octubre de 1979, p16, disponible sur: <https://www.boe.es/buscar/pdf/1979/BOE-A-1979-23709-consolidado.pdf> , accédé le 04/01/2021 .

45. أزهار كاضم وسري صاحب محسن، مرجع سابق، ص 208 .

46. تنص المادة على مايلي " الشكاوى الدستورية، التي يجوز لأي شخص أن يرفعها إلى المحكمة بدعوى أن السلطات العامة قد انتهكت أحد حقوقه الأساسية، أو أحد حقوقه الواردة في الفقرة (04) من المادة 20 ،أو المواد 33 و 38 و 101 و 103 و 104 "، دستور ألمانيا لسنة 1949، مرجع سابق، ص35 .

47. Gabriele Kusko-Stadlmayor, Les recours individuels devant le cour constitutionnelle en droit constitutionnelle Autrichien, cahiers du conseil constitutionnel, n°10, 2001, page.3, disponible sur: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/les-recours-individuels-devant-la-cour-constitutionnelle-en-droit-constitutionnel-autrichien>, accédé le 12/01/2021.

48. محمد علي حسونة، مرجع سابق، ص 142 و 143.

49. في إسبانيا يمكن للأفراد منازعة جميع أعمال السلطة العامة بإستثناء القوانين بمفهومها الصريح بإدعاء أنها مخالفة للحريات المضمنة دستوريا أنظر : ستوينبرجر هلمت، مرجع سابق، ص 36 .

50. عيد أحمد الحسان، الحماية الدستورية للحقوق والحريات الأساسية بواسطة الدعوى الدستورية الإحتياطية في النظم الدستورية المقارنة وخاصة النظام الدستوري الإسباني، مرجع سابق، ص13 .

51. Artículo 43/a , Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional , p16. op.cit,

52. أزهار كاضم وسري صاحب محسن، مرجع سابق، ص 209 .

53. عيد أحمد الحسان، الحماية الدستورية للحقوق والحريات الاساسية بواسطة الدعوى الدستورية الإحتياطية في النظم الدستورية المقارنة وخاصة النظام الدستوري الإسباني، مرجع سابق، ص 14 .

54. عيد أحمد الغفلول، مرجع سابق، ص 179 .

55. محمد علي حسونة، مرجع سابق، ص 129 .

page02 . op.cit , 56. Gabriele Kusko-Stadlmayor,

57. للإطلاع أكثر راجع : قضية السيدة جورجولو، (2015)، من تطبيقات دولة سيادة القانون في ألمانيا الاتحادية، متوفر على موقع، <http://www.egyptculture.de/?p=262> ، تم الإطلاع عليه بتاريخ 2021/01/16.

58. عيد أحمد الحسان، الحماية الدستورية للحقوق والحريات الأساسية بواسطة الدعوى الدستورية الاحتياطية في النظم الدستورية المقارنة وخاصة النظام الدستوري الإسباني، مرجع سابق، ص 15 .

59. أزهار كاضم وسري صاحب محسن، مرجع سابق، ص 209 .

60. أشرف إسماعيل عزب، (2012)، حسين سالم والقضاء الدستوري الإسباني، متوفر على موقع :

<https://www.youm7.com/story/2012/9/12/%D8%AF-%D8%A3%D8%B4%D8%B1%D9%81-%D8%A5%D8%B3%D9%85%D8%A7%D8%B9%D9%8A%D9%84-%D8%B9%D8%B2%D8%A8-%D9%8A%D9%83%D8%AA%D8%A8-%D8%AD%D8%B3%D9%8A%D9%86-%D8%B3%D8%A7%D9%84%D9%85-%D9%88%D8%A7%D9%84%D9%82%D8%B6%D8%A7%D8%A1-%D8%A7%D9%84%D8%AF%D8%B3%D8%AA%D9%88%D8%B1%D9%89-%D8%A7%D9%84%D8%A3%D8%B3%D8%A8%D8%A7%D9%86%D9%89/783282>

، تم الإطلاع عليه بتاريخ 2021/01/16.

61. محمد علي حسونة، مرجع سابق، ص 143.

62. Gabriele Kusko-Stadlmayor، op.cit.، page 05 .

63. لقد حددت المشرع الدستوري الإسباني الحقوق والحريات الأساسية المشمولة بالحماية الدستورية في المواد من 14 الى 29 وهذا على عكس المشرع الدستوري الألماني حيث تكون للقاضي الدستوري السلطة التقديرية لذلك.

64. راجع المادة 44 من القانون الأساسي للمحكمة الدستورية الإسبانية، مرجع سابق، ص 17- حسونة علي أحمد، مرجع سابق، ص 105 و 106 .

65. ستوينبرجر هلمت، مرجع سابق، ص 35 .

66. في القانون الأساسي الألماني نجد أن الحقوق الأساسية تسري على كل شخص وهذا مانصت عليه المادة 19 الفقرة 3 من الدستور الألماني "تتطبق الحقوق الأساسية أيضا على الأشخاص الاعتباريين داخل الدولة ..."، دستور ألمانيا لسنة 1949، مرجع سابق، ص 12 .

67. المادة 4/93 من الدستور الألماني لسنة 1949، مرجع سابق .
68. عيد أحمد الغفلول، مرجع سابق، ص 181 .
- Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional „69. Artículo 46
page17.op.cit .
70. ستوينبرجر هلمت، مرجع سابق، ص38 .
71. محمد علي حسونة، مرجع سابق، ص 131 و 132 .
72. أزهار كاضم وسري صاحب محسن، مرجع سابق، ص 211.
73. محمد علي حسونة، مرجع سابق، ص. 116 و 117 .
74. إلا أن المحكمة الدستورية في النمسا لا يمكنها رفض النظر في الدعوى إذا كان المسألة تخرج عن إختصاص المحكمة الإدارية وهذا حسب المادة 144 / 02 من الدستور النمساوي، راجع في هذا الشأن : عيد احمد الغفلول، مرجع سابق ، ص. 182 .
75. Artículo 75. **Uno. La sentencia que otorgue el amparo contendrá alguno o algunos de los pronunciamientos siguientes: a) Declaración de nulidad de la decisión, acto o resolución que hayan impedido el pleno ejercicio de los derechos o libertades protegidos, con determinación, en su caso, de la extensión de sus efectos. b) Reconocimiento del derecho o libertad pública, de conformidad con su contenido constitucionalmente declarado. c) Restablecimiento del recurrente en la integridad de su derecho o libertad con la adopción de las medidas apropiadas, en su caso, para su conservación...** » , Ley 55/1
- Orgánica 2/1979, de 3 de octubre , del Tribunal Constitucional , op.cit, p19 .
76. عيد أحمد الحسبان، الحماية الدستورية للحقوق والحريات الاساسية بواسطة الدعوى الدستورية الإحتياطية في النظم الدستورية المقارنة وخاصة النظام الدستوري الإسباني، مرجع سابق، ص 341.
77. محمد علي حسونة، مرجع سابق، ص 118.