

تحت الرعاية السامية لصاحب الجلالة الملك محمد السادس نصره الله



أعمال الندوة الدولية المنظمة من طرف المحكمة الدستورية  
للمملكة المغربية بشراكة مع أكاديمية المملكة المغربية

# الولوج إلى العدالة الدستورية «الرهانات الجديدة للرقابة البعدية على دستورية القوانين»

مراكش 27-28 شتنبر 2018



الإيداع القانوني : 2021MO0577

ردمك : 978-9920-553-07-0

طبع : مطبعة المعارف الجديدة - 2021م

إن الآراء المعبر عنها في المساهمات المقدمة في هذا الكتاب، هي مسؤولية مؤلفيها وحدهم، ولا تعبر بالضرورة عن مواقف المحكمة الدستورية للمملكة المغربية



صاحب الجلالة الملك محمد السادس نصره الله



## الفهرس

□ توطئة ..... 11

□ ورقة تقديمية ..... 13

□ الجلسة الافتتاحية

◆ كلمة افتتاحية : السيد اسعيد إهراي، رئيس المحكمة الدستورية،  
(المملكة المغربية) ..... 19

◆ كلمة افتتاحية : السيد سعيد مرعي عمرو الأمين العام لاتحاد  
المحاكم والمجالس الدستورية العربية، نيابة عن رئيس اتحاد المحاكم  
والمجالس الدستورية العربية ..... 25

□ الجلسة الأولى : الإحالة والقواعد المرجعية

◆ كلمة تقديمية : السيد مولاي عبد العزيز العلوي الحافظي، عضو  
المحكمة الدستورية، (المملكة المغربية) ..... 31

◆ مداخلة السيد محمد أشركي الرئيس السابق للمجلس الدستوري،  
(المملكة المغربية) ..... 36

◆ ملخص مداخلة السيد زوهتو أرسلان، رئيس المحكمة الدستورية،  
(تركيا) ..... 50

◆ ملخص مداخلة السيد ستانيسلاف شيفتشوك، رئيس المحكمة  
الدستورية، (أوكرانيا) ..... 51

◆ مداخلة السيد الحاج قاسم، رئيس المحكمة الدستورية،  
(فلسطين) ..... 52

- ♦ ملخص مداخلة السيد ميشيل روسي، أستاذ، كلية الحقوق، غرونوبل  
58 (فرنسا) .....
- ♦ ملخص مداخلة السيد جون بيير وابوي، نائب رئيس المحكمة  
الدستورية، (جمهورية إفريقيا الوسطى) ..... 59
- ♦ ملخص مداخلة السيد سيرجي كازانتسيف، عضو المحكمة  
الدستورية، (فيدرالية روسيا) ..... 60
- ♦ ملخص مداخلة السيد كوفي طاكبي، عضو المحكمة الدستورية،  
(الطوغو) ..... 61
- ♦ مداخلة السيد عبد الإله فونتير، المدير العام للتشريع، (الأمانة  
العامة للحكومة)، (المملكة المغربية) ..... 62
- ♦ تقرير الجلسة : السيد محمد المريني، عضو المحكمة الدستورية،  
(المملكة المغربية) ..... 68
- **الجلسة الثانية : آليات الدعم ورقمنة المساطر، روافع للولوج إلى  
العدالة الدستورية**
- ♦ كلمة تقديمية : السيد أحمد السالمي الإدريسي، عضو المحكمة  
الدستورية، (المملكة المغربية) ..... 75
- ♦ ملخص مداخلة السيد مراد مدلسي، رئيس المجلس الدستوري،  
(الجزائر) ..... 76
- ♦ ملخص مداخلة السيد عادل عمر شريف، نائب رئيس المحكمة  
الدستورية العليا، (جمهورية مصر العربية) ..... 77
- ♦ ملخص مداخلة السيد إلكا كانتولا، عضو اللجنة الدستورية،  
(فنلندا) ..... 78
- ♦ مداخلة السيد عبد الكبير طبيح، محام بهيئة الرباط، (المملكة  
المغربية) ..... 79
- ♦ تقرير الجلسة : السيد أحمد السالمي الإدريسي، عضو المحكمة  
الدستورية، (المملكة المغربية) ..... 87

□ الجلسة الثالثة : المسارات المسطرية لتولوج أفضل إلى العدالة  
الدستورية

- ◆ كلمة تقديمية : السيدة السعدية بلخير، عضو المحكمة الدستورية،  
91 ..... (المملكة المغربية)
- ◆ ملخص مداخلة السيد كانديدو. كوند بومبيدو، عضو المحكمة  
94 ..... (إسبانيا)
- ◆ ملخص مداخلة السيد ميلتون راي كيفارا، القاضي رئيس المحكمة  
95 ..... (جمهورية الدومنيكان)
- ◆ ملخص مداخلة السيد جيوليو بروسبيريتي، قاض بالمحكمة  
96 ..... (إيطاليا)
- ◆ ملخص مداخلة السيدة هانا سوشوسكا، الرئيسة الشرفية للجنة  
الأوروبية للديمقراطية من خلال القانون، (لجنة البندقية)، وزيرة  
97 ..... العدل سابقا، (بولونيا)
- ◆ ملخص مداخلة السيد ديتير كريم، عضو سابق للمحكمة الدستورية  
98 ..... الفيدرالية، أستاذ جامعي، (ألمانيا)
- ◆ ملخص مداخلة السيد جيمس إدوارد فاندنر، مستشار لدى اللجنة  
القضائية الفيدرالية، المؤتمر القضائي للولايات المتحدة، أستاذ  
القانون بمدرسة بريسكر للقانون، الجامعة الشمالية الغربية،  
99 ..... (الولايات المتحدة الأمريكية)
- ◆ ملخص مداخلة السيد موجيهونك، أستاذ بمعهد القانون، الأكاديمية  
الصينية للعلوم الاجتماعية، نائب رئيس الجمعية الدولية للقانون  
100 ..... الدستوري، (جمهورية الصين الشعبية)
- ◆ مداخلة السيد عمر ودرا، نقيب، رئيس جمعية هيئات المحامين  
101 ..... بالمغرب، (المملكة المغربية)
- ◆ ملخص مداخلة السيدة نادية البرنوصي، أستاذة بالمدرسة العليا  
الوطنية للإدارة، عضو سابق باللجنة الاستشارية المكلفة بمراجعة  
111 ..... الدستور، (المملكة المغربية)

♦ تقرير الجلسة : السيد محمد بن عبد الصادق، عضو المحكمة الدستورية، (المملكة المغربية) ..... 113

□ **الجلسة الرابعة : المتطلبات الوطنية والدولية في مجال النجاعة القضائية**

♦ كلمة تقديمية : السيد محمد الأنصاري، عضو المحكمة الدستورية، (المملكة المغربية) ..... 119

♦ ملخص مداخلة السيد إدواردو خوصي رئيس المحكمة العليا (باناما) ..... 121

♦ ملخص مداخلة السيد جواو بيدرو باروسا كوبرز، نائب رئيس المحكمة الدستورية (البرتغال) ..... 122

♦ ملخص مداخلة السيد ماتيو ديزون، أستاذ مبرز لكليات الحقوق، أستاذ بجامعة ليون سانت إيتيان (فرنسا)، خبير لدى جمعية المحاكم والمجالس الدستورية التي تتقاسم استعمال اللغة الفرنسية .. 123

♦ ملخص مداخلة السيد محمد أمين بنعبد الله، أستاذ بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية - أكدا، جامعة محمد الخامس - الرباط (المملكة المغربية) ..... 124

♦ تقرير الجلسة : السيد محمد الأنصاري، عضو المحكمة الدستورية، (المملكة المغربية) ..... 125

□ **الجلسة الخامسة : آثار القرارات المتخذة والأمن القانوني**

♦ كلمة تقديمية : السيد محمد عبد النباوي، الوكيل العام للملك لدى محكمة النقض، رئيس النيابة العامة، (المملكة المغربية) ..... 129

♦ ملخص مداخلة السيد مامادو كوني، رئيس المجلس الدستوري، (الكويت ديفوار) ..... 133

♦ مداخلة السيد محمد الحاي، رئيس المحكمة العليا، (دولة ليبيا) .... 134



- ♦ ملخص مداخلة السيد جواو بينتو سيميدو، رئيس المحكمة الدستورية، (جمهورية الرأس الأخضر) ..... 154
- ♦ ملخص مداخلة السيد إيمي مويويوك كاريموندا، رئيس محكمة الاستئناف، (رواندا) ..... 155
- ♦ مداخلة السيد محمد خيرى طه، نائب رئيس المحكمة الدستورية العليا، (جمهورية مصر العربية) ..... 156
- ♦ ملخص مداخلة السيد نجيب بامحمد، أستاذ بجامعة سيدي محمد بن عبد الله (فاس)، نائب رئيس الجمعية المغربية للقانون الدستوري، عضو سابق باللجنة الاستشارية المكلفة بمراجعة الدستور (المملكة المغربية) ..... 160
- ♦ تقرير الجلسة : السيد عبد الأحد الدقاق، عضو المحكمة الدستورية، (المملكة المغربية) ..... 161
- **الجلسة السادسة : مساهمة المنازعات الانتخابية في حماية الحقوق السياسية**
- ♦ كلمة تقديمية : السيد محمد أتركين، عضو المحكمة الدستورية، (المملكة المغربية) ..... 167
- ♦ مداخلة السيد الحسن بوقتطار، عضو المحكمة الدستورية، (المملكة المغربية) ..... 169
- ♦ ملخص مداخلة السيد والتر سامويل نكانو أونوسفين، رئيس المحكمة العليا، (نيجيريا) ..... 181
- ♦ مداخلة السيد عصام سليمان، رئيس المجلس الدستوري، (لبنان) ... 182
- ♦ ملخص مداخلة السيد نيكولأوس باشلير، عضو المحكمة الدستورية، (النمسا) ..... 195
- ♦ ملخص مداخلة السيد جيانكارلو كوراجيو، عضو المحكمة الدستورية، (إيطاليا) ..... 196

- ♦ ملخص مداخلة السيد عمارو ناري، نائب رئيس المحكمة الدستورية،  
197 ..... (النيجر)
- ♦ تقرير الجلسة : السيد محمد بن عبد الرحمان الجوهري، عضو  
199 ..... المحكمة الدستورية، (المملكة المغربية)
- مساهمات إضافية :
- ♦ السيد خالد سالم ، نائب رئيس المحكمة الدستورية، (الكويت) .... 205
- ♦ ملخص مساهمة المحكمة الدستورية، (البنين) ..... 212
- ♦ السيد عمر عبد الخالق محمد، مستشار المحكمة العليا، (ليبيا) ..... 213
- ♦ السيد محمد ميلاد الدويس، مستشار المحكمة العليا، (ليبيا) ..... 217
- الجلسة الختامية :
- ♦ التقرير التركيبي : السيد ندير المومني، عضو المحكمة الدستورية،  
235 ..... (المملكة المغربية)
- ♦ كلمة ختامية : السيد اسعيد إهراي، رئيس المحكمة الدستورية،  
241 ..... (المملكة المغربية)
- رسالة شكر وامتنان مرفوعة إلى جلالة الملك محمد السادس نصره  
الله ..... 245
- تذييل السيد عبد الجليل الحجمري، أمين السر الدائم لأكاديمية  
247 ..... المملكة المغربية

## توطئة

يسعدني أن أضع بين يدي القراء، أشغال الندوة الدولية حول الولوج إلى العدالة الدستورية والرهانات الجديدة للرقابة البعدية على دستورية القوانين، التي انعقدت بمدينة مراكش، يومي 27 و28 سبتمبر 2018.

وتحت الرعاية السامية لصاحب الجلالة الملك محمد السادس، نصره الله، نظمت المحكمة الدستورية للمملكة المغربية، بشراكة مع أكاديمية المملكة، هذا الحدث العلمي الكبير، الذي شكل لحظة فريدة التقت فيها أجهزة قضاء دستوري، تنتمي إلى ثقافات قانونية متنوعة، للنقاش، ولتبادل وجهات النظر، بكل الصرامة التي يتطلبها هذا التمرين، بشأن التحديات الجديدة المتعلقة بإعمال آليات الرقابة البعدية على دستورية القوانين، بصفتها مساطر لحماية الحريات والحقوق الأساسية.

وبالرغم من تنوع التجارب والطابع المبتكر للمقاربات، فإن المحاكم الدستورية، تواجه مجموعة من التحديات المشتركة، تتعلق على وجه الخصوص، بكيفيات الإحالة، وتديير القواعد المرجعية، وآليات الدعم، ورهانات الرقمنة، وتصميم المساطر، وتديير آثار القرارات المتخذة وضمن الأمن القانوني.

إن الإجابات عن هذه التحديات، ستحدد دون شك، الموقع الذي ستحتله آليات الرقابة البعدية على دستورية القوانين، ضمن المنظومات الوطنية لحماية حقوق الإنسان.

تلك كانت فرضية المنطلق، التي تأكدت بشكل واسع من خلال أشغال الندوة، وسيكتشف القراء ذلك من خلال اطلاعهم على مختلف المساهمات المضمنة في هذا الكتاب.

وبدعوتها، للقضاة الدستوريين، ومهنيي العدالة، والأساتذة الجامعيين، وباحثي الدكتوراه، للنظر في إشكاليات مشتركة، من زاوية مزدوجة اجتهادية و فقهية، فإن المحكمة الدستورية تعتزم الإسهام في التفكير العلمي بشأن الرهانات النظرية والعملية للقضاء الدستوري.

قراءة ممتعة

د. اسعيد إهراي

رئيس المحكمة الدستورية



## ورقة تقديمية

عرفت الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين تطورا لافتا. ذلك أن تحليل النصوص الدستورية على المستوى العالمي مكن من معاينة أن 58 دولة أقرت نظاما للسؤال الأولي للدستورية، بصيغ مختلفة. أما آلية الدفع بعدم الدستورية فقد تم إقرارها في 42 دولة. كما أن تجارب وطنية أخرى اعتمدت أشكالاً مفتوحة من المراقبة المباشرة والمجردة لدستورية القوانين كآليتي دعوى الصالح العام *actio popularis* وشبه دعوى الصالح العام *quasi actio popularis* المعتمدتان على التوالي في 22 و15 دولة. وضمن نفس المنطق، أقرت 10 دول آليات طعن ملموسة (بواسطة دعاوى أصلية) ضد قرارات معيارية. كما أن بعض التجارب الوطنية أحدثت آليات طعن ضد قرارات فردية يحتمل اتسامها بعدم الدستورية. وتدرج ضمن هذا الخيار مساطر دعوى الحماية *amparo*، ودعوى المراجعة والطعن الدستوري الكامل، وهي مساطر تم إقرارها في 17 و22 و13 بلد على التوالي. وتضاف إلى هذا الإحصاء، المبني على تحليل الدساتير المكتوبة، التجارب التي أقرت أنظمة للرقابة الدستورية انطلاقاً من الاجتهاد القضائي، كما هو الشأن بالنسبة لتجربة الولايات المتحدة الأمريكية.

وسواء كانت مركزة أو منبثة، مباشرة أو غير مباشرة، مجردة أو ملموسة، عن طريق الدعوى أو عن طريق الدفع، فإن هندسة طرق الطعن الدستوري تفتني بشكل مستمر عبر التبادل، التكيف، والتثاقف الدستوري في نفس الوقت الذي تبقى فيه محددة بالخصوصيات الوطنية.

وبغض النظر عن تنوع النماذج الوطنية، فإن إرساء آليات للرقابة العبدية على دستورية القوانين يعبر عن التزام راسخ بتوطيد دولة القانون. في هذا الإطار تدرج مختلف الآليات المشار إليها، التي صممت لتمكين المتقاضين من المساهمة في إنتاج "المعيارية الدستورية"، وفي هذا الصدد يمكن تحديد عدد من التحديات:

### 1. الإحالة والقواعد المرجعية

إن آليات الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين، تثير أسئلة تتعلق بالتمفصل على عدد من المستويات: القواعد المرجعية المطبقة (الدستور، المعاهدات الدولية)، وتمفصل اختصاص المحاكم الدستورية مع المحاكم العادية والآليات الجهوية لحماية حقوق الانسان. إن هذه الأسئلة العملية تهتم كل الأنساق سواء كانت أحادية أو ثنائية، وتهتم كل المحاكم الدستورية كيفما كان الوضع الذي اعتمده، وضع الحد الذاتي (self-restraint) أو وضع النشاط القضائي (judicial activism).

### 2. آليات الدعم ورقمنة المساطر: روافع للولوج إلى العدالة الدستورية

إن عددا من التجارب الوطنية اعتمدت منظومة متكاملة للمساعدة القانونية تتجاوز منطلق "المساعدة القضائية". إن "تغيير البراديجم" هذا قد تم تسهيله جزئيا، بفضل التكريس المتزايد، لحقوق جوهرية للمتقاضين في الدساتير الوطنية وبفضل تطور المرجعية الدولية (المعيارية والتصريحية) المتعلقة بالولوج إلى العدالة.

وعلى المنظومات الوطنية الجديدة للمساعدة القانونية أن تجيب على رهان أساسي، وهو المتعلق بتسهيل الولوج إلى العدالة الدستورية للمجموعات الأكثر هشاشة، ويبقى دور مهنيي العدالة أساسا في هذا الصدد<sup>1</sup>.

1. اللجنة الأوروبية للديمقراطية عبر القانون (لجنة البندقية): مجموعة الآراء والتقارير والدراسات حول العدالة الدستورية (تحيين) 800 (2017) CDL-PL ستراسبورغ 18 ديسمبر 2017.

لقد غدت رقمنة المساطر حلا معتمدا بشكل متزايد من طرف المحاكم الدستورية في ممارساتها الوطنية. إن إحدى التحديات المشتركة التي تواجهها هذه المحاكم تتمثل في تديير الانتقال من المادي إلى الرقمي، في علاقة بشكل خاص بصلاحيات أعمال المسطرة وتطبيق مبادئ المحاكمة العادلة والهوية الرقمية.

### 3. المساطر: أية تصاميم من أجل ولوج أفضل إلى العدالة الدستورية؟

بصرف النظر عن تنوعها، فإن التجارب الوطنية تواجه تحديات مشتركة: كيف يمكن تصميم مسارات مسطرية سهلة الولوج بالنسبة للمتقاضين، ضامنة لتمفصل فعال بين المحاكم الدستورية والعادية؟ كيف يمكن تحقيق استجابة هذه المساطر للمتطلبات الوطنية والدولية المتعارف عليها في مجال النجاعة القضائية؟ وماهي الدروس المستخلصة من أعمال الحلول المسطرية المعتمدة من طرف كل تجربة وطنية؟

### 4. آثار القرارات المتخذة والأمن القانوني

إن الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين، تتضمن، بالنظر لطبيعتها، سلسلة من المحددات يتعين أخذها بعين الاعتبار. ويندرج ضمن هذا الإطار مدى آثار القرارات المتخذة، وتنوع هذه الآثار في الزمن. إن الأجوبة المقدمة عن هذه الأسئلة من قبل مختلف التجارب الوطنية، لها أثر حاسم على الأمن القانوني.

### 5. مساهمة المنازعات الانتخابية في حماية الحقوق السياسية

تساهم المنازعات الانتخابية، التي تدرج ضمن اختصاصات عدد من المحاكم الدستورية، في حماية الحقوق السياسية، خاصة بمناسبة تفسير الأحكام الدستورية المتعلقة بالانتخابات، وتساهم هذه الوظيفة، التي تتجاوز مجرد تطبيق القانون الانتخابي، في توطيد ضمانات نظامية ونزاهة الانتخابات.

تلك هي التحديات والأسئلة العملية التي تقترح المحكمة الدستورية وأكاديمية المملكة المغربية مناقشتها مع المحاكم الدستورية المشاركة، بتنظيمها، تحت الرعاية السامية لصاحب الجلالة الملك محمد السادس، ندوة دولية في موضوع "الولوج إلى العدالة الدستورية: الرهانات الجديدة للرقابة البعدية على دستورية القوانين".

وبتوجهها الدولي، فإن الندوة، التي يشارك فيها قضاة دستوريون، ومهنيو العدالة، وأساتذة جامعيون، وباحثون في صف الدكتوراه، تعتبر لحظة للتفكير بشأن الرهانات العملية المتعلقة بالرقابة اللاحقة على دستورية القوانين بوصفها آلية لحماية الحقوق الأساسية.

وبتنظيمها لهذه الندوة بمناسبة الذكرى الأولى لتنصيبها، فإن المحكمة الدستورية تعتزم ترسيم تقليد مستدام يتمثل في جعل هذه المناسبة موعداً منتظماً للتفكير وتبادل النظر في الرهانات الكبرى للعدالة الدستورية.



# الجلسة الافتتاحية



## كلمة افتتاحية

السيد اسعيد إهراي  
رئيس المحكمة الدستورية  
(المملكة المغربية)

السادة مستشارو صاحب الجلالة،

السادة الوزراء،

السيدات والسادة رؤساء وأعضاء المحاكم والمجالس الدستورية والمحاكم  
العليا،

السيدات والسادة ممثلو الاتحادات الإقليمية للمحاكم والمجالس  
الدستورية والمحاكم العليا،

السيدات والسادة الحضور الكريم، مع حفظ الألقاب والصفات،

أود في البداية، أن أتوجه بخالص عبارات الشكر والامتنان لصاحب  
الجلالة الملك محمد السادس نصره الله، على تفضل جلالته بمنح رعايته  
السامية لأول حدث علمي دولي، تنظمه المحكمة الدستورية منذ تنصيبها في  
4 أبريل 2017. كما أود أن أقدم بخالص تشكراتي لأكاديمية المملكة المغربية،  
المتثلة في شخص أمين سرها الدائم، شريكنا في تنظيم هذه الندوة، وهي  
الخطوة الأولى في مسار، نريده مستداما، للشراكة بين المحكمة الدستورية  
والأكاديمية.

أيها السيدات والسادة، قضاة وأساتذة باحثين ومهنيين،

شكرا لكم على استجابتكم الكريمة، وعلى قبولكم المشاركة في أشغال  
هذه الندوة وتقاسم تجاربكم الوطنية مع المحكمة الدستورية المغربية،

في مجال الولوج إلى آليات الرقابة البعدية على دستورية القوانين. ذلك أن تنظيم هذا الملتقى العلمي الهام، الذي يجمع ممثلي أكثر من 60 محكمة ومجلس دستوري ومحكمة عليا، من كافة مناطق العالم ومن مختلف المدارس القانونية وأنظمة العدالة الدستورية، يأتي في سياق لحظة حاسمة من مسار تطور القضاء الدستوري ببلادنا، وهو مسار طويل يعود منطلقه إلى اختيار المشرع الدستوري منذ دستور 1962، إرساء القضاء الدستوري، كألية أساسية لبناء الدولة الحديثة، دولة القانون الديمقراطية.

لذا لا بد من التذكير ونحن في لحظة تبادل التجارب، بأن مسار تطور المنظومة الوطنية للقضاء الدستوري عرف ثلاث مراحل أساسية.

**مرحلة أولى** اتسمت برقابة قبلية محدودة على دستورية القوانين حيث تم تأسيس غرفة دستورية على مستوى المجلس الأعلى، وذلك بمقتضى دستور 1962، حيث إن المشرع الدستوري اختار خلال هذه المرحلة، نظاما للقضاء الدستوري، مبنيا على الرقابة القبلية، وعلى جعل الهيئة المكلفة بالقضاء الدستوري جزءا من التنظيم القضائي العادي، كما أن الرقابة على دستورية القوانين لم تكن تشمل القوانين العادية، إذ اقتصر اختصاصها في هذا المجال على الرقابة القبلية على دستورية القوانين التنظيمية قبل إصدار الأمر بتنفيذها؛

**أما المرحلة الثانية** فقد اتسمت بتوسيع مجال الرقابة القبلية على دستورية القوانين وشكلت تحولا نوعيا في مسار تطور القضاء الدستوري المغربي. حيث تم إحداث المجلس الدستوري، كمؤسسة دستورية متميزة عن محاكم التنظيم القضائي، بمقتضى دستور 1992. حيث خول لهذا المجلس اختصاص حصري فيما يتعلق بالمنازعة الدستورية، كما توسعت اختصاصاته إذ أصبحت تشمل مراقبة دستورية القوانين العادية. إضافة إلى الاختصاصات الموروثة عن الغرفة الدستورية وهي مراقبة دستورية القوانين التنظيمية والأنظمة الداخلية لمجلسي البرلمان، والبت في تنازع الاختصاص المعياري بين البرلمان والحكومة، ومراقبة صحة عمليات الاستفتاء وانتخاب أعضاء البرلمان.

وتعيش بلادنا اليوم، مرحلة ثالثة من تطور قضائها الدستوري، تتسم بتحقيق الانتقال إلى نموذج المحكمة الدستورية، وانبثقت في إطارها منظومة الرقابة البعدية على دستورية القوانين. فمنذ 1999، سنة بداية عهد جلالة الملك محمد السادس وإلى اليوم، عرف المغرب، عددا من الإصلاحات الدستورية والقانونية والمؤسسية استهدفت توطيد النموذج الديمقراطي المغربي، واستكمال بناء دولة القانون، وحماية حقوق الإنسان والنهوض بها.

في هذا الإطار، تمخضت عن التجربة المغربية للعدالة الانتقالية توصيات تتعلق بتطوير القضاء الدستوري، منها توصية «التكريس الدستوري لإثارة الدفع بعدم الدستورية أمام المحاكم» وقد تم اعتماد توصيات هذه الهيئة من طرف جلالة الملك في 2005، ووجه جلالته، في خطاب 9 مارس 2011، اللجنة الاستشارية المكلفة بمراجعة الدستور إلى دسترة التوصيات الوجيهة لهيأة الإنصاف والمصالحة، كما أكد جلالته في نفس الخطاب على تعزيز صلاحيات المجلس الدستوري ضمن المرتكز الثالث لمراجعة الدستور.

ولقد سجل آنذاك، تجاوب واسع للفاعلين السياسيين والاجتماعيين والمدنيين مع هذا الخيار، إذ قدموا في مذكراتهم الموجهة إلى اللجنة الاستشارية المكلفة بمراجعة الدستور أزيد من 100 توصية متنوعة تتعلق بتوسيع الولوج إلى القضاء الدستوري وبتاحة إمكانية الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين عبر الدفع بعدم دستورتيتها.

ولقد تمت ترجمة هذه الخيارات في دستور 2011، الذي يعتبر ميثاقا للحقوق والحريات، حيث تشكل المبادئ والقواعد المتعلقة بضمان الحقوق والحريات الأساسية، ما يقارب ثلث أحكامه. وفي هذا الإطار يندرج الانتقال من مجلس دستوري إلى محكمة دستورية أحدثت بمقتضى الفصل 129 من الدستور.

وهكذا يتسم الانتقال إلى نموذج المحكمة الدستورية في ظل دستور 29 يوليوز 2011 بعدد من المعالم، منها بالأساس القواعد الجديدة لتأليف المحكمة الدستورية، والتي نص عليها الفصل 130 من الدستور، وتسهيل

الولوج إلى الرقابة القبلية لدستورية القوانين بمقتضى الفصل 132 من الدستور وتقوية آليات ملاءمة المنظومة القانونية الوطنية مع الالتزامات الدولية للمملكة بمقتضى الفصل 55 من الدستور.

غير أن أهم تحول عرفته منظومة القضاء الدستوري المغربي، في سياق اختيار نموذج المحكمة الدستورية، يتمثل في إحداث آلية جديدة للرقابة البعدية على دستورية القوانين بمقتضى الفصل 133 من الدستور الذي ينص على أنه «تختص المحكمة الدستورية بالنظر في كل دفع متعلق بعدم دستورية قانون، أثير أثناء النظر في قضية، وذلك إذا دفع أحد الأطراف بأن القانون، الذي سيطبق في النزاع يمس بالحقوق وبالحرريات التي يضمها الدستور وعلى أنه «يحدد قانون تنظيمي شروط وإجراءات تطبيق هذا الفصل». ويعتبر الإطار المعياري المحدد لشروط وإجراءات تطبيق الفصل 133، في طور الاستكمال حالياً.

وهكذا يتضح أن الخصائص الحالية للمنظومة الوطنية للقضاء الدستوري، تتمثل في اعتماد مراقبة مركزة (contrôle concentré) لدستورية القوانين من قبل محكمة متخصصة، تقع خارج محاكم التنظيم القضائي، وعلى مجال من الاختصاصات يشمل المراقبة القبلية واللاحقة لدستورية القوانين، وهو مجال من الاختصاصات يدور حول الوظائف الرئيسية للقضاء الدستوري كما تطورت ضمن النموذج المختلط (الأوروبي- الأمريكي)، حيث تشكل آلية الدفع بعدم الدستورية ومساها المسطري جزءاً من هذه المنظومة.

أيتها السيدات والسادة،

ينبغي التذكير ونحن بصدد افتتاح أشغال هذه الدورة الدولية أن آليات الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين على اختلافها وتنوعها في مختلف التجارب الوطنية تشكل جزءاً لا يتجزأ من المنظومات الوطنية لحماية حقوق الإنسان، ولقد أكد ذلك جلالة الملك في رسالته السامية التي وجهها إلى

المشاركين في المؤتمر السادس لجمعية المحاكم والمجالس الدستورية التي تتقاسم استعمال اللغة الفرنسية، في مؤتمرها الذي انعقد بهذه المدينة قبل ست سنوات، بتاريخ 4 يوليوز 2012، كما حدد جلالته في الرسالة ذاتها، أفق الانتظارات من المحكمة الدستورية،

إن الانفتاح على العالم الأكاديمي، وتكامل العمل القضائي والفقهاء الدستوريين أمران ضروريان من أجل الاستجابة للطلب المجتمعي القوي على العدالة الدستورية وعلى الحقوق والحريات المضمونة دستوريا. ويكتسي الحوار والتفاعل وتقاسم التجارب مع المحاكم والمجالس الدستورية والمحاكم العليا درجة فائقة من الأهمية.

تلكم هي المنطلقات التي ارتكزت عليها المحكمة الدستورية وأكاديمية المملكة، من أجل تنظيم ندوة دولية، مخصصة لإحدى الأسئلة الكبرى المشتركة بين كافة أنظمة القضاء الدستوري التي تعتمد آليات الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين، وهو سؤال الولوج إلى هذه الآليات، بوصفها سبيلا لتمكين المتقاضين من حقوقه المضمونة دستوريا ووسيلة لتصفية النظام القانوني من المقتضيات التشريعية غير الدستورية، وضمانة لتأمين سمو الدستور في النظام المعياري الداخلي.

إن هذه الرهانات المشتركة بين مختلف أنظمة القضاء الدستوري على تنوعها، وبين مختلف آليات الرقابة اللاحقة على تعددها، هو ما يفسر هيكله أشغال هذه الندوة، بشكل يمكن من تناول مجموعة من التحديات المشتركة والمتجددة بالدرس والتحليل، عبر تخصيص جلسة لكل منها، إضافة إلى جلسة افتتاحية وجلسة ختامية.

وتتمثل هذه التحديات، في مسألة الإحالة والقواعد المرجعية، والقضايا المتعلقة بآليات الدعم ورقمنة المساطر وترصيد الدروس المستفادة من مختلف المسارات المسطرية المتعلقة بالرقابة اللاحقة على دستورية القوانين من أجل تسهيل وتوسيع الولوج إلى العدالة الدستورية، وكيفية الاستجابة للمتطلبات الوطنية والدولية في مجال النجاعة القضائية، والتوازنات التي

يتعين مراعاتها في هذا الباب. وتدير آثار القرارات المتخذة في علاقة بمسألة الأمن القانوني، كما تم تخصيص جلسة لتناول مساهمة المنازعات الانتخابية، التي تدرج ضمن اختصاصات عدد من المحاكم الدستورية، في حماية الحقوق السياسية.

أيها السيدات والسادة،

أود في الأخير، أن أذكر بأن المحكمة الدستورية بتنظيمها لهذه الندوة الدولية، التي تأتي أيضا بمناسبة الذكرى الأولى لتنصيبها، تعترم ترسيم تقليد مستدام يتمثل في تخصيص مواعيد منتظمة للتفكير وتبادل وجهات النظر في الرهانات الكبرى للعدالة الدستورية، وتقاسم التجارب المتعلقة بها، في عالم تغتني فيه باستمرار منظومات العدالة الدستورية بالتكامل الخلاق والمثمر بين عمل المشرع والاجتهاد القضائي والفقهاء الدستوريين.

أتمنى لأشغال ندوتكم كامل النجاح، وشكرا على حسن تتبعكم، والسلام



## كلمة افتتاحية

السيد مرعي عمرو

الأمين العام لاتحاد المحاكم والمجالس الدستورية العربية  
نيابة عن رئيس اتحاد المحاكم والمجالس الدستورية العربية

بسم الله الرحمن الرحيم، والصلاة والسلام على سيد المرسلين، سيدنا محمد  
صلى الله عليه وسلم،

معالي المستشار الدكتور سعيد إهراي، رئيس المحكمة الدستورية بالمملكة  
المغربية،

أصحاب المعالي المستشارون الموقرون أعضاء المحكمة الدستورية بالمملكة  
المغربية،

الحضور الكريم،

بكل التقدير والاحترام، وأرق عبارات الشفاء، ومن قلوب ملؤها الود والإخاء،  
أتقدم لكم بالأصالة عن نفسي، ونيابة عن زملائي بخالص عبارات الشكر  
والامتنان على ما لمسناه من حفاوة الاستقبال، وكرم الضيافة، وطيب الإقامة  
في بلدنا الثاني، المملكة المغربية، لحضور هذه الندوة الهامة تحت الرعاية  
السامية لصاحب الجلالة الملك محمد السادس نصره الله.

وأود أن أنوه، على أن كلمتي هذه ألقبها نيابة عن رئيس اتحاد المحاكم  
والمجالس الدستورية العربية، المستشار الجليل طاهر حكمت، رئيس  
المحكمة الدستورية بالمملكة الأردنية الهاشمية، الذي يعتذر عن عدم  
حضوره، والذي يبلغكم بأنه يهنئكم على مرور عام على إنشاء المحكمة

الدستورية بالمملكة المغربية، والتي جاءت عقب المجلس الدستوري، بعد أن تم توسيع الاختصاصات المنوطة بها، والتي تناولها دستور المغرب الصادر عام 2011، في ستة فصول، مقابل أربعة فصول فقط للمجلس الدستوري في دستور عام 1996.

وأؤكد أن دستور 2011، بإضافته اختصاصا بجانب الاختصاصات الأخرى لم يكن مألوفاً في الدساتير السابقة، أو في القوانين العادية، ألا وهو النظر في كل دفع يتعلق بعدم دستورية قانون أثير أثناء نظر قضية، يعد تحولاً نوعياً، في مجال الرقابة على الدستورية. بوصفها أساس دولة القانون، إذ بموجب هذا الدستور أصبحت المحكمة تمارس الرقابة على دستورية القوانين بعد تنفيذها والعمل بها من خلال تطبيقها عن طريق المحاكم أثناء نظرها القضايا، كما تحال إليها القوانين قبل إصدار الأمر بتنفيذها، وكذلك تحال إليها الأنظمة الداخلية لكل من مجلس النواب ومجلس المستشارين قبل الشروع في تطبيقها للبت في مطابقتها للدستور. وبذلك أضحت الرقابة على دستورية القوانين بموجب دستور عام 2011 رقابة تمارسها محكمة متخصصة وهذا تحول هام في هذا المجال، فضلاً عن أن المحكمة تمارس اختصاصاً هاماً أسنده لها الدستور وهو البت في صحة انتخاب أعضاء البرلمان وعمليات الاستفتاء.

ويقصد من الرقابة الدستورية سواء القبلية منها أو البعدية، إقرار التوازن بين السلطتين التشريعية والتنفيذية، وإحداث تعاون بينهما في إطار العمل بمبدأ دولة القانون وسيادته، الذي يستلزم القبول بسمو الدستور وسلطانه دون تعسف من أي سلطة كانت. ويشمل نطاق الرقابة الدستورية كلا من القوانين التنظيمية والعادية والقانون الداخلي لمجلس النواب ومجلس المستشارين.

وتحقيقاً لجدية الرقابة الدستورية، وضماناً لتنفيذ قرارات المحكمة الدستورية بشأنها، نشير أن قرارات المحكمة الدستورية، غير قابلة للطعن بأي طريق من الطرق، فهي ملزمة لجميع السلطات العامة وجميع الجهات الإدارية والقضائية. ولما كانت الرقابة على دستورية القوانين هي الآلية التي تضمن للدستور سموه، تطبيقاً لمبدأ التدرج في قوة القاعدة القانونية، كما

تعتبر أهم وسيلة لضمان حماية حقوق الأفراد وحررياتهم من أي تجاوز للسلطة، فقد أحاطها الدستور المغربي بضمانات جدية حتى تؤتي ثمارها وقصر مجال الاختصاص بها للمحكمة الدستورية دون غيرها من المحاكم، فلا يجوز البت في دستورية القوانين من قبل المحاكم الأخرى.

وفي الختام، أرجو الله عز وجل أن يوفقكم في مسيرتكم الغراء، وأن ينفع بكم القضاء الدستوري، وأن تكون محكماتكم الدستورية الموقرة عالية، وأن تساهم الأحكام التي تصدرها في إثراء القضاء الدستوري العربي الذي يمثل جزءاً من منظومة القضاء الدستوري العالمي. كما أتوجه بخالص الشكر والتقدير على تعاونكم المخلص ودعمكم المستمر، مع أطيب تمنياتي لكم بموفور الصحة والعافية.

والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته.



**الجلسة الأولى**  
**الإحالة والقواعد المرجعية**



## كلمة تقديمية

السيد مولاي عبد العزيز العلوي الحافظي

عضو المحكمة الدستورية

(المملكة المغربية)

باسم الله الرحمن الرحيم،

السيدات والسادة رؤساء وأعضاء المحاكم والمجالس الدستورية،

السيدات والسادة الأساتذة المشاركين،

الحضور الكريم،

يجمعنا اليوم بمراكش حرصنا الشديد ورغبتنا المشتركة الأكيدة في توطيد سبل الوصول إلى العدالة الدستورية.

إن مسألة الولوج المباشر أو غير المباشر تبقى دون ريب المدخل الأساسي لحماية حقوق الإنسان، إذ كلما سهل الطريق ليلج المواطن إلى العدالة كلما تحققت هذه الحرية. إن الرقابة اللاحقة التي تهمنا اليوم موضوعها. مهما تعددت نماذجها، قد تختلف ولكنها تشترك في عدد من التحديات التي تواجه المحاكم لما تنظر في دستورية القوانين. فهي تتفق في مجموعها على ما يلي:

- الغاية من آلية المراقبة الدستورية البعدية، والمتمثلة في «تطهير» النظام القانوني من النصوص المشوبة بعيب عدم الدستورية، في إطار من التكامل والانسجام مع باقي آليات المراقبة الدستورية (خصوصا تلك المتعلقة بالرقابة القبلية أو المجردة)؛

- مجموع شروط قبول الإحالة (في بعض التجارب يطلق عليها دعوى الصالح العام ودعوى حماية الحقوق - الأம்பارو (amparo) -، ودعوى المراجعة ودعوى الطعن الكامل، إلى الدفع بعدم الدستورية، أو المسألة الدستورية والتي تتصرف أساسا إلى التحقق من مسألة «جدية الطعن» وغياب «أسبقية البت» في ذات الموضوع من قبل المحكمة أو المجلس الدستوري المعني؛

- كفالة ضمانات المحاكمة العادلة مع ما تقتضيه من البت داخل آجال معقولة، ومؤازرة المحامي. وضمان المسطرة التوجيهية وتعليل القرارات والإقرار بسمو الدستور في النظام المعياري الداخلي؛

وهي تختلف في:

- تحديدها لطريقة ممارسة المراقبة الدستورية البعدية، بالنظر للأحكام الدستورية والتشريعية التي تؤطرها، وكذا لطبيعة النظام القضائي القائم وعلاقته بالمحاكم والمجالس الدستورية؛

- النصوص الدستورية المعتمدة كمرجع للحماية ولداعي المراقبة الدستورية؛

- موضوع المراقبة الدستورية والذي يتراوح بين القانون واللائحة (أي المراسيم)، ليمتد في تجارب معينة إلى الأحكام القضائية النهائية والقرارات الإدارية؛

- أنظمة التصفية القبلية الرامية إلى التحقق من استيفاء عريضة الدفع لشروط قبولها، وتحديد مفهوم الأطراف والمصلحة؛

- مرجعيات الحماية والتي تتشكل أساسا من أحكام الدستور، وتضيف لها بعض التجارب القانون الاتفاقي (في النموذج الأوربي) وكذا المعاهدات الدولية.

وكلها تجارب تغتني عبر التبادل الذي نتوخاه لندوة مراكش اليوم إيماننا قوي بأنها ستكون غنية بغناء عطاءاتكم أنتم جهابذة القانون الدستوري.



إن ذلك الاختلاف في اعتقادنا، يعود إلى محاولة التوفيق بين إكراهات متباينة، نلخصها في ثلاثة، وهي:

1. إكراه مطابقة النصوص القانونية القائمة للدستور، مع مطلب «الأمن القانوني والقضائي»، خصوصا في حالات إلغاء أو بطلان النصوص القانونية لعدم دستوريته ودعوة القضاء إلى التوقف عن أعمالها في دعاوى جارية وغير منتهية؛

2. إكراه استقلال المحاكم والمجالس الدستورية مع المحافظة على نوع من «الحوار القضائي» بينها وبين باقي درجات التنظيم القضائي وبعض السلط الإدارية المستقلة (المدافع عن الشعب- الامبدسمان (ombudsman) نموذجا؛

3. إكراه ضمان الولوج إلى العدالة الدستورية (وإن بشكل غير مباشر)، لكن مع استحضار التخوفات التي أبانت عنها الممارسة والمتمثلة في ظاهره التضخم في الملفات المعروضة على أنظار المحاكم والمجالس الدستورية. والتي لا تتوفر عادة على إمكانية النظر والبت فيها بالسرعة المرجوة بالنظر لتركيبتها والتي قد لا تتجاوز في المعدل 12 قاضيا.

لكل ما سبق، فإن هذه الجلسة الأولى المخصصة لعرض التجارب المقارنة وأجوبتها على إشكالياتي الإحالة والقواعد المرجعية تسعى تقديم ملامح الإجابة عن الأسئلة التالية:

كيف يمكن ضمان ولوج فعلي وفعال للفرد/المواطن إلى العدالة الدستورية؟ بأية قواعد؟ وبأية ضمانات؟

ما هي آليات ضبط هذا اللجوء، للإبقاء على الطابع الفرعي والاستثنائي لمسطرة المراقبة الدستورية البعدية وعدم التأثير سلما على مسار الدعوى الأصلية وعدم إطالة أمد التقاضي؟

بأي أدوات يمكن ضمان التوافقية، وفي الآن ذاته الدفاع عن التشريع القائم؟

ما هي المستويات الدستورية الأجدر بالحماية، من خلال آلية المراقبة البعدية، هل الأحكام التي تمس مجال الحقوق والحريات، أم أنها تمس كل أحكام الدستور المشمولة بالسمو؟

هل قواعد القانون الدولي تشكل جزءاً من «الكتلة الدستورية»، أم أن بناءات كما تعليل القاضي الدستوري تظل محصورة ومحدودة في نطاق الدستور؟

كيف يوفق القاضي الدستوري في التجارب التي تأخذ بهذا النموذج، بين مهام مراقبة دستورية القوانين وبين البت في المنازعات الانتخابية الرامية إلى التحقق من سلامة وصدقية الاقتراع للوصول إلى غاية ضمان مشروعية التمثيل الديمقراطي؟

أخيراً، كيف يمكن تأطير علاقة القاضي العادي بالقاضي الدستوري ومن خلالها مؤسسات القضاء الدستوري مع المحاكم العليا ومحاكم النقض، للدخول في «حوار للتكامل على أرضية ما ينعت «بأطروحة القانون الحي» عوض «حوار الصراع والأزمة»؟

وهناك تحديات أخرى قد تظهر، ولاشك، من المداخلات المبرمجة أو خلال المناقشة، رأت المحكمة الدستورية طرحها كلها لتسهيل الولوج إلى القضاء الدستوري والتفكير عبر توسيع مفهوم المساعدات القضائية ودور مهنيي العدالة وتقليص الحواجز بواسطة رقمنة المساطر والانتقال من المادي إلى الرقمي من خلال ستة جلسات علمية يُوَطِّرها ويتولى البحث فيها علماء أجلاء علما وفقها وقضاء وتجربة واسعة وكفاءة مشهوددة وخبرة مرموقة : هم أنتم السادة رؤساء وأعضاء المحاكم والمجالس الدستورية ورؤساء اتحادات إقليمية للقضاء الدستوري، بمعية أساتذة لامعين طبعوا بطبعهم الخاص تطور القانون الدستوري منه والإداري على حد سواء، وعرفوا بتعلقهم الشديد بهذا القضاء الدستوري الذي قال

فيه السيد رئيس المحكمة الدستورية العليا لجمهورية الدومينيك السيد : Milton Guevara «القضاء الدستوري بالنسبة للدستور بمثابة الربيع للزهور». وللتذكير فقط، فقد احتضنت هذه المدينة، مدينة مراكش، سنة 2012 المؤتمر السادس لجمعية المحاكم والمجالس الدستورية التي تشترك في استعمال اللغة الفرنسية (ACCPUF) وخصصت أشغاله للبحث في موضوع «المواطن والعدالة» برئاسة معالي الأستاذ محمد أشركي رئيس المجلس الدستوري آنذاك، وربما تكون الندوة التي نعقدها اليوم بنفس المدينة مراكش امتدادا لما انتهت إليه سابقتها من بحوث جديرة بالاعتناء، أرجو أن أوفق وزميلي السيد محمد المريني عضو المحكمة الدستورية المغربية مقرر هذه الجلسة في تسيير هذه الأشغال لما يستلزمه الأمر من ضبط في الزمن وبما تتمنونه إن شاء الله من حسن ترجمة ما تفضلونه في مداخلاتكم.

والسلام

السيد محمد أشركي  
الرئيس السابق للمجلس الدستوري  
(المملكة المغربية)

حضرات السادة الرؤساء والقضاة  
حضرات السيدات والسادة،

« La justicia constitucional es a la constitución lo que es la  
primavera a las flores »

« القضاء الدستوري بالنسبة للدستور هو بمثابة الربيع للزهور »

يسعدني أن أستهل كلمتي هذه بهذه العبارة الجميلة المعبرة لصديقنا  
الأستاذ Milton Ray Guivara رئيس المحكمة الدستورية لجمهورية  
الدومينكان الحاضر معنا والواردة في كتابه *Opinion constitucional*.

هذه العبارة تعبر عن المكانة الرفيعة للقضاء الدستوري اليوم وعن  
الحاجة إليه وعن وظيفته النبيلة، فبدون قضاء دستوري يسهل الولوج إليه،  
ستبقى الدساتير أشجارا غير يانعة والحقوق والحريات التي تتضمنها ثمارا  
عالية قد لا يمكن الوصول إليها أحيانا.

ومما يدعو إلى الارتياح أن القضاء الدستوري شهد، في العقود الأخيرة،  
تسارعا كبيرا في وتيرة نموه وازدهارا ملحوظا في إشعاعه، سواء على المستوى  
الوطني أو على المستوى الدولي.

- فعلى المستوى الوطني: يظهر هذا الازدهار في كون جميع الدول - باستثناء حالات محدودة جدا من بينها حالة أوروبية - صارت تتوفر على هيئات قضائية تمارس اختصاصات دستورية بطريقة أو بأخرى،

وموازاة مع ذلك توسعت اختصاصات هذه المحاكم لتمتد إلى مزاولة صلاحيات جديدة، مثل البت في مطابقة الاتفاقيات الدولية للدستور والنظر في الطعون والتظلمات التي يتقدم بها المواطنون، بل إن المحاكم الدستورية ساهمت، من الداخل، في توسيع وتطوير اختصاصاتها. فبفضل اجتهاداتها انتقل القضاء الدستوري من قضاء يتولى ضبط سير السلط الدستورية وتوزيع الاختصاصات فيما بينها إلى قضاء يتولى حماية الحقوق والحريات.

- وعلى المستوى الدولي: يتجلى هذا الازدهار فيما عرفته نهاية القرن الماضي وبداية هذا القرن من تكاثر المنظمات الجهوية واللغوية المهمة بالعدالة الدستورية (11 منظمة)، وهو ما تكلل بإنشاء «المؤتمر العالمي حول العدالة الدستورية» سنة 2011.

هذا، دون أن ننسى الإشارة، في هذا المضمار، إلى الفكرة التي انبثقت أخيرا الرامية إلى إحداث محكمة دستورية دولية.

#### حضرات السيدات والسادة،

بالنسبة لبلدي المملكة المغربية، فإن الحديث عن القضاء الدستوري ومسألة الولوج إلى العدالة الدستورية يستدعيان الوقوف عند تاريخين رئيسيين وفارقين:

- 31 ديسمبر 1963 كان بالنسبة للعالم نهاية سنة، لكنه، في المغرب، كان أيضا بداية المسيرة الواعدة لقضائنا الدستوري. ففي هذا اليوم المشهود، وكان يوم ثلاثاء، أصدر القضاة الخمس، الذين كانت تتألف منهم الغرفة الدستورية، القرار رقم 1 في تاريخ العدالة الدستورية بالمغرب.

وتجدر الإشارة، بهذا الصدد، إلى أن الغرفة الدستورية، المحدثه بموجب الدستور الأول للمملكة الصادر في 10 ديسمبر 1962 داخل المجلس

الأعلى (المحكمة العليا) ، كانت هي المرحلة الأولى في تاريخ القضاء الدستوري المغربي، التي تلتها مرحلة ثانية في أعقاب إحداث مجلس دستوري، بمقتضى المراجعة الدستورية لسنة 1992، كمؤسسة مستقلة عن التنظيم القضائي وباختصاصات أوسع من الغرفة الدستورية.

وعبر ال 831 مقرر صادر عن الغرفة الدستورية، خلال أزيد من ثلاثين سنة من وجودها، وال 1043 قرار صادر عن المجلس الدستوري، خلال 23 سنة من ممارسة مهامه، عمل القضاء الدستوري المغربي على حل العديد من الإشكالات الدستورية والقانونية، بعضها كان عاديا وبسيطا وبعضها كان معقدا ودقيقا. ومن خلال ذلك تولى بيان مدلول العديد من أحكام الدستور - بما في ذلك الدستور الحالي - وتوضيح العديد من جوانب المنظومة القانونية للانتخابات التشريعية وكيفية تطبيقها، مانحا، عبر ذلك، قيمة دستورية لبعض المبادئ التي لم يمنحها الدستور صراحة هذه القيمة، ومعرزا الطابع المعياري normatif لأحكام أخرى.

وإذا كان القضاء الدستوري المغربي صارما حين يتعلق الأمر بتحديد العلاقات بين السلطتين التشريعية والتنفيذية، لاسيما ما يهم أدوات إقرار المسؤولية السياسية لهذه الأخيرة أمام الأولى، فإنه كان دائما متوسعا حين يتعلق الأمر بتفسير وتطبيق الأحكام المتعلقة بالحقوق والحريات.

والجدير بالذكر، في هذه الندوة المخصصة للولوج إلى العدالة الدستورية، بأن المجلس الدستوري كان حريصا دائما على تسهيل ولوج المواطنين إلى العدالة الدستورية، في نطاق ما يسمح به الدستور والقوانين السارية.

ومع الأسف فإن المقام لا يسمح باستعراض الحالات الشاهدة على ذلك.

- 29 يوليو 2011، وهو التاريخ الثاني الذي أود الوقوف عنده، ففي هذا التاريخ صدر الدستور الراهن للمملكة. وإذا كان هذا الدستور، شكليا، هو الدستور السادس للمملكة، إلا أنه لم يكن - خلافا لسابقه - مجرد مراجعة

وتعديل لأحكام الدستور السالف، بل إنه حمل تجديدات هامة وإصلاحات عميقة وشاملة.

وحيث إن المقام لا يسمح بالخوض في تفاصيل هذه الإصلاحات، فسأكتفي بالإشارة، بإجمال شديد، إلى المميزات الرئيسية لهذا الدستور، المتمثلة في:

1. اتباع منهجية تشاركية فريدة وواسعة في إعداده، فقد تم إعداده بمساهمة الهيئات السياسية والنقابية والمنظمات الحقوقية وجمعيات المجتمع المدني والأفراد،

2. إدخال مفاهيم جديدة مثل: ربط المسؤولية بالمحاسبة، الحكامة الجيدة، المناصفة... وبالخصوص تحديد، لأول مرة بكيفية صريحة، مضمون الهوية الوطنية الدستورية للمملكة، المتضمنة لمفهوم متقدم للأمة المغربية المتنوعة في وحدتها والموحدة في تنوعها،

3. توسيع دور واختصاصات السلطتين التشريعية والتنفيذية، وإعادة صياغة العلاقات فيما بين السلط في اتجاه مزيد من التعاون والتوازن فيما بينها،

4. تجاوز التقسيم الثلاثي التقليدي لسلط الدولة، وذلك من خلال إحداث أو دسترة مؤسسات وهيئات جديدة مستقلة، تتولى المساهمة في حماية الحقوق والحريات والحكامة الجيدة والتقنين والتنمية البشرية والديمقراطية التشاركية (10 مؤسسات)،

5. تعزيز التقسيم الأفقي للسلط بالتنصيص على أن التنظيم الترابي للمملكة تنظيم لا مركزي يقوم على الجهوية المتقدمة،

6. توسيع الحقوق والحريات العامة وتوطيد ضماناتها، وهذا الجانب يعد من أبرز ما جاء به الدستور الجديد،

7. ترسيخ وتأكيد استقلال السلطة القضائية عن السلطتين التشريعية والتنفيذية، وهو ما أفسح المجال لاستقلال النيابة العامة التي أصبح يرأسها الوكيل العام للملك لدى محكمة النقض، بدلا من وزير العدل. وقد خصص الدستور للسلطة القضائية وحقوق المتقاضين وقواعد سير العدالة 22 فصلا مقابل 6 فصول في الدستور السابق،

8. وفي مجال القضاء، بالمعنى الواسع، تم توطيد مكانة ودور المجلس الأعلى للحسابات، وتم بالخصوص إحداث المحكمة الدستورية التي حلت محل المجلس الدستوري.

إن تأسيس محكمة دستورية، بموجب الدستور الراهن للمملكة، لم يكن مجرد تغيير شكلي ينصب على استبدال تسمية بتسمية أخرى. فإلى جانب إعادة النظر في شروط وكيفيات اختيار أعضاء المحكمة الذي غدا أكثر ديمقراطية (نصف أعضاء المحكمة صاروا ينتخبون بطريقة مباشرة من طرف مجلسي البرلمان)، فإن هذا التغيير تضمن توسيع اختصاصات المحكمة التي خول لها لأول مرة اختصاصان جديداً:

1. إمكان البت في مطابقة الاتفاقيات الدولية قبل المصادقة عليها للدستور،

2. إحداث أسلوب الدفع بعدم دستورية القوانين بموجب الفصل 133 من الدستور الذي ينص على: «تختص المحكمة الدستورية بالنظر في كل دفع متعلق بعدم دستورية قانون، أثير أثناء النظر في قضية، وذلك إذا دفع أحد الأطراف بأن القانون، الذي سيطبق في النزاع، يمس بالحقوق وبالحرريات التي يضمنها الدستور».

وبفضل هذه الطريقة الجديدة للولوج إلى العدالة الدستورية فإن بلادنا ستعرف أيضا الطعن الملموس والبعدي *concret et a posteriori* في دستورية القوانين، الذي سينضاف إلى الطعن المجرد والقبلي *abstrait et a priori* الذي كان معمولاً به في السابق.



إن الفصل 133 يعد اليوم من أشهر فصول الدستور.

وتعود هذه الشهرة إلى أهميته، وتعود أهميته إلى الآفاق الواسعة التي يفتحها للجميع، إذ أنه سينقل القضاء الدستوري المغربي من قضاء رسمي نخبوي إلى قضاء «شعبي»، إذ سيفسح المجال للمواطنات والمواطنين للمساهمة هم أنفسهم في حماية الدستور والسهر على سموه، وجعل إعلانات الحقوق والحريات التي تضمنها الدستور تكتسي طابعا فعليا وليس كما عبرت عن ذلك المحكمة العليا الأمريكية «... مجرد أقوال مأثورة استهلكها الزمن ولا تعليمات فارغة المعنى، بل هي مبادئ لا تفتنى».

وإذا كان الفصل 133 نفسه ينص على أن قانونا تنظيميا سيحدد الشروط الجوهرية والإجرائية لممارسة الدفع بعدم دستورية قانون أمام المحكمة الدستورية، ودون استباق ما سيأتي به هذا القانون التنظيمي الذي قضت المحكمة الدستورية، بموجب قرارها رقم 18/70 بتاريخ 06 مارس 2018، بعدم دستورية صيغته الأولى، فإن إمعان النظر في هذا الفصل يسمح بإبراز الملامح العامة الكبرى لهذا الدفع، والتي يمكن إجمالها فيما يلي:

1. الجهات المؤهلة لممارسة حق الدفع بعدم دستورية قانون متسعة جدا، فهي تشمل كل من كان طرفا في قضية معروضة على المحاكم: أي الأشخاص الذاتيون والأشخاص المعنويون، المواطنون والأجانب (إذ أن الفصل 30 من الدستور ينص على أن الأجانب يتمتعون بنفس الحريات الأساسية المعترف بها للمواطنات والمواطنين المغاربة، بما في ذلك حق المشاركة في الانتخابات المحلية). وبموجب القرار الأخير للمحكمة الدستورية (رقم 70/18) المذكور، فإن هذه الجهات تشمل أيضا النيابة العامة. وهذا الاجتهاد الإيجابي سيخفف من عدم السماح لقاضي الموضوع بإحالة قانون على المحكمة الدستورية إذا شك في عدم دستوريته، فالنيابة العامة يمكنها أن تقوم بذلك، على الأقل في القضايا التي تكون فيها طرفا رئيسيا أو منضما،

2. إن الدفع بعدم دستورية قانون لا يمكن بتاتا تقديمه مباشرة إلى المحكمة الدستورية. فلا وجود في المغرب للدعوى المباشرة *actio popularis* التي يقدمها شخص لا مصلحة مباشرة له في دستورية أو عدم دستورية القانون. كما أن هذا الدفع لا يمنح للأطراف حقا للطعن عموما في دستورية القوانين (من زاوية الاختصاص أو مسطرة التشريع مثلا...)، إذ أن هذا الحق ينحصر في إثارة مسألة مساس القانون، الذي سيطبق على جوهر النزاع أو على المسطرة أو يشكل أساسا للمتابعة، بحق أو بحرية مضمونة بالدستور،

3. إن الدفع بعدم الدستورية يمكن إثارته، أثناء النظر في أي قضية، أي أمام جميع المحاكم المغربية بكل أصنافها ودرجاتها، بما في ذلك المحكمة العسكرية باعتبارها محكمة متخصصة، والمحاكم المالية لدى ممارستها لاختصاصات قضائية، وكذا المحكمة الدستورية ذاتها لدى بتها في منازعات انتخابية برلمانية، لكن فحسب في الجوانب المنظمة بقوانين عادية (وليس بقوانين تنظيمية)،

4. إن ربط الدستور إمكانية تقديم هذا الدفع بوجود قضية معروضة على القضاء، يعني أن الدستور أراد بذلك أن يمنح للمحاكم دورا ما في مسار الدفع بعدم دستورية قانون قبل رفعه إلى المحكمة الدستورية. ويعود للمشرع تحديد كيفية قيام المحاكم، لا سيما محكمة النقض، بهذا الدور. ومن الصعب أن نتصور هذا الدور على أنه مجرد دور «ساعي بريد»، لا سيما وأن الفقرة الأخيرة من الفصل 133 تنص على أن قانونا تنظيميا سيحدد شروط وإجراءات تطبيق هذا الفصل، وهو ما ينسحب أيضا على كيفية مزاوله المحكمة الدستورية للاختصاص المخول لها في هذا المجال،

5. إن الدفع بعدم الدستورية يقتصر على القانون ولا شيء غير القانون، أي القانون «العادي» وليس التنظيمي، ما دامت دستورية هذا الأخير تخضع للمراقبة المسبقة والإلزامية للمحكمة الدستورية، الأمر الذي

لا يسمح بإعادة فحص دستوريته مجددا. ومن نافذة القول التذكير بأن مصطلح «القانون» لا يشمل لا المقررات الإدارية ولا المقررات القضائية،

6. إن عبارة «الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور»، التي تضمنها الفصل 133، تعني أن كل الحقوق والحريات الواردة في الدستور بكل أصنافها تتمتع بنفس الحماية أمام المحكمة الدستورية، ما دام الدستور نفسه اعتبر جميع الحقوق والحريات الواردة في التصدير وفي الباب الثاني وفي فصول أخرى حقوقا وحريات أساسية، كما اعتبر أن حقوق الإنسان غير قابلة للتجزئ. فلا مجال، بالتالي، للتمييز بين حقوق أساسية وحقوق غير أساسية.

ومن المفيد الإشارة، بهذا الصدد، إلى أنه - خلافا للدساتير السابقة التي اهتمت أساسا بالحقوق السياسية والمدنية ولم تتحدث سوى عن أربعة حقوق اقتصادية واجتماعية (التربية، الشغل، الملكية، الإضراب) ولم تتعرض للحقوق الثقافية - فإن الدستور الراهن خصص، بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، ما يناهز ثلث فصوله للحقوق والحريات وضماناتها (التي لا تقبل المكتسبات المحققة بشأنها أي مراجعة)، والتي تشمل الأجيال الثلاثة المعروفة لحقوق الإنسان: الحقوق المدنية والسياسية، الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، والحقوق التي يمكن تسميتها بحقوق التضامن: الحق في الماء، وفي بيئة سليمة، التنمية المستدامة، حقوق الأجيال القادمة...

كما تجدر الإشارة أيضا إلى أن الدستور الحالي، الذي أكد، في تصديره، بوضوح على التزام المملكة بحماية منظومتي حقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني والنهوض بهما، عمل على إدراج العديد من المبادئ الواردة في المواثيق الدولية لحقوق الإنسان في صلب أحكامه، بما في ذلك ميثاق المحكمة الجنائية الدولية، كما يظهر، على سبيل المثال، من مقارنة فصله 23 الذي ينص في فقرته الأخيرة على أنه «يعاقب القانون على جريمة الإبادة وغيرها من الجرائم ضد الإنسانية وجرائم الحرب وكافة الانتهاكات الجسيمة

والممنهجة لحقوق الإنسان» مع المادة الخامسة من نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية (17 يونيو 1998).

بيد أنه، إذا كانت كافة الحقوق والحريات الواردة في الدستور أساسية ولا تقبل التجزئ، فإن المحكمة الدستورية هي التي يعود إليها أساسا - من خلال القضايا التي ستعرض عليها - مهمة مواصلة تحديد مضمون ومدى وحدود هذه الحقوق والحريات، لا سيما وأن الحقوق والحريات تتميز - في الدستور المغربي كما في الدساتير الأخرى - بصياغة لغوية فضفاضة، بل إنها تكتسي أحيانا طابعا شعريا، كما لاحظ ذلك الفقيه الألماني Peter Häberle الذي اهتم بدراسة علاقة القانون الدستوري بالشعر.

وستتولى المحكمة الدستورية النظر في كل دفع بعدم دستورية القانون على ضوء الدستور بمعناه الواسع في نصه وروحه، وبكل ما يتضمنه من مبادئ وقواعد ومقاصد داخلية فيما يسمى بـ«الكتلة الدستورية» Bloc de constitutionnalité ، وسيعود إليها البت فيما إذا كانت الاتفاقيات الدولية - التي تسمو على التشريعات الوطنية - تدرج أو لا تدرج في الكتلة الدستورية.

ومن المعلوم أن بعض المحاكم الدستورية - لا سيما في أمريكا اللاتينية - أدرجت الاتفاقيات الدولية في الكتلة الدستورية، في حين أن المجلس الدستوري الفرنسي ميز بين مراقبة مطابقة القانون للدستور Contrôle de constitutionnalité الداخلة في اختصاصاته، ومراقبة مطابقة القانون للاتفاقيات الدولية Contrôle de conventionalité التي اعتبرها خارجة عن اختصاصه، وإذا كنت لا أريد أن أبدي رأيا في هذا الموضوع، فإني أشير فحسب إلى ما يلي:

- إن الاتفاقيات الدولية في المغرب لا تسمو على الدستور، بل إنها لا تعادله. ويكفي، في هذا الشأن، استحضار ما ورد في تصدير الدستور من كون الاتفاقيات الدولية (المصادق عليها والمنشورة) تسمو

على التشريعات الوطنية «في نطاق أحكام الدستور وقوانين المملكة وهويتها الوطنية الراسخة»، وما ورد في فصله 19 من كون الرجل والمرأة يتمتعان، على قدم المساواة، بالحقوق والحريات الواردة في الدستور وفي الاتفاقيات والمواثيق الدولية «في نطاق أحكام الدستور وثوابت المملكة وقوانينها»، غير أن عبارة «قوانين المملكة» يجب أن لا تفهم على أنها تعني قوانين المملكة عموماً، بل هي تنحصر في «قوانين المملكة المستمدة من الدين الإسلامي»، كما بين ذلك جلالة الملك محمد السادس في خطاب 17 يونيو 2011 الخاص بعرض مشروع الدستور على الاستفتاء،

- إن علاقة القانون بالاتفاقيات الدولية ليست مسألة بسيطة، فالقانون، على الأقل نظرياً، قد يكون مخالفاً لاتفاقية دولية دون أن يكون مخالفاً للدستور، وقد يكون مطابقاً لاتفاقية دولية ومخالفاً للدستور، وقد يكون مخالفاً لاتفاقية دولية مخالفة بدورها للدستور، مما قد يجعل مخالفة المخالفة مطابقة،

- ليس في الدستور ما يجرد المحاكم، وعلى رأسها محكمة النقض، من صلاحيتها في استبعاد تطبيق تشريعات وطنية مخالفة لاتفاقية دولية وترجيح هذه الأخيرة على الأولى،

- كما ليس في الدستور أيضاً ما يجرد المحاكم التي تتولى، وفقاً لفصله 117، «حماية حقوق الأشخاص والجماعات وحرياتهم وأمنهم القضائي وتطبيق القانون»، من صلاحية تأويل أحكام الدستور لدى بتها في قضايا معروضة عليها في نطاق اختصاصاتها، باستثناء الحالات التي صدرت فيها عن المحكمة الدستورية قرارات صريحة ومباشرة، وهي قرارات تلزم جميع الجهات الإدارية والقضائية (الفصل 134).

## حضرات السيدات والسادة

إن العمل بأسلوب الدفع بعدم دستورية قانون سترتب عنه، في نظرنا، آثار إيجابية وحميدة على المنظومة القانونية المغربية. فبالإضافة إلى صيانة الحقوق والحريات، وهو مبرر نشوء الدفع بعدم الدستورية وغايته الكبرى، فإن هذا الأسلوب سيفضي إلى:

1. مزيد من تعزيز مبدأ سمو الدستور، فمبدأ سمو الدستور سيزداد سموا وستكتمل بذلك حلقات الدولة الدستورية للقانون، وسيتعزز الطابع المعياري normatif لكافة أحكام الدستور،
2. توسع دسترة فروع القانون الأخرى، فبالترجيح سيظهر وينمو قانون دستوري جنائي، وقانون دستوري مدني، وقانون دستوري للشغل... فالولوج إلى العدالة الدستورية هو ولوج إلى القانون الدستوري، وإذا كانت الدولة هي مؤسسة المؤسسات، كما قال الفقيه مارسيل بريلو، فإن القانون الدستوري، باعتباره قانون الدولة، هو قانون القوانين،
3. حدوث تقارب أكبر بين القانون الدولي، لا سيما القانون الدولي المتعلق بحقوق الإنسان، والقانون الدستوري. فكما هو شأن العديد من المحاكم الدستورية سيزداد الاستناد إلى الاتفاقيات الدولية - التي جعلها الدستور المغربي تسمو على التشريعات الوطنية - لتحديد مضمون الحقوق والحريات. وليس بالضرورة أن يتم هذا الاستناد بكيفية صريحة،
4. سيزداد الاجتهاد القضائي الدستوري المغربي ثراء وخصوصية وسيتوسع ما يسمى بالدستور غير المرئي - constitution invisible، وستكون المحكمة الدستورية مدعوة إلى مواصلة تأويل أحكام الدستور ليس فحسب «الأحكام الناطقة» بل أيضا «الأحكام الصامتة» في اتجاه متابعة بناء صرح المدرسة الفقهية الدستورية المغربية، إعمالا لما أكد عليه جلالة الملك محمد السادس، في الرسالة التي

كان وجهها إلى المشاركين في المؤتمر السادس لجمعية المحاكم الدستورية التي تتقاسم استخدام اللغة الفرنسية ACCPUF المنعقد، في هذه المدينة بتاريخ 4 يوليوز 2012، بقوله: «إننا نتوخى توطيد دعائم المدرسة الدستورية المغربية، عن طريق انبثاق اجتهاد دستوري خلاق وطموح، غايته المثلى تكريس سمو الدستور والتقييد بأحكامه نصا وروحا»؛

5. ازدياد الاهتمام بالقانون الدستوري، ليس فحسب من طرف الفقهاء والباحثين بل أيضا من طرف الممارسين، وفي مقدمتهم القضاة والمحامون الذين سيظهر بينهم ولا شك محامون مختصون في المنازعات الدستورية؛

6. تنامي اهتمام المواطنين والرأي العام بالقضاء الدستوري، مما سيجعل المحكمة الدستورية تحت العدسات أكثر من الماضي، لا سيما أن جلساتها ستكون علنية وعمومية، الأمر الذي قد يستدعي تطوير وسائل تواصلها مع الرأي العام.

بيد أن الآثار الإيجابية للدفع بعدم دستورية قانون، يجب أن لا تسينا الوجه الآخر للعملة، المتمثل في احتمال تضخم الطعون وتراكم القضايا المحالة على المحاكم الدستورية، مما يطرح مسألة كيفية التوفيق بين حماية الحقوق والحريات، من جهة، ومراعاة النجاعة القضائية والآجل المعقول، وهو مبدأ دستوري، من جهة أخرى، وتجارب بعض المحاكم الدستورية - لا سيما تلك التي وسعت من إمكانية التظلم الدستوري ليشمل حتى المقررات الصادرة عن السلطتين التنفيذية والقضائية - شاهدة على ذلك:

- فالمحكمة الدستورية الألمانية تتلقى سنويا حوالي 6000 تظلم لا يصل منها إلى نتيجة إيجابية سوى 2.4 %، أي أن ما يفوق 97 % من التظلمات يكون مألها عدم القبول أو الرفض.

- والمحكمة الدستورية الإسبانية، ويوجد معنا هنا الأستاذ Francisco Perez de Los Cobos الرئيس السابق لهذه المحكمة، والسيد Candido Conde Pompidou، المدعي العام السابق وعضو المحكمة الدستورية حاليا، ليحدثانا في الموضوع، هذه المحكمة تتلقى سنويا آلاف التظلمات amparo (حوالي 99 % منها يكون مصيرها عدم القبول).

- وفي فرنسا، فبالرغم من عملية «التصفية» التي تقوم بها محكمة النقض ومجلس الدولة قبل إحالة الدفوع الأولية بعدم الدستورية QPC على المجلس الدستوري، فإن هذا الأخير أصدر خلال 8 سنوات من تطبيق هذه المسطرة 605 قرار، مقابل إصدار 754 من القرارات في مجال مراقبة الدستورية عموما خلال 58 سنة.

وإذا كان مما سيخفف من ظاهرة تضخم الطعون المحتملة بالنسبة للمحكمة الدستورية في المغرب، أن الدستور يحصر إمكانية الدفع بعدم الدستورية في القوانين وحدها دون المقررات الإدارية التي تظل من اختصاص المحاكم الإدارية، ولا المقررات القضائية التي ينتهي الطعن فيها لدى محكمة النقض، إلا أن ذلك يجب أن لا ينسينا أن المحكمة الدستورية المغربية - خلافا للمحكمتين الألمانية والإسبانية - لا تضم غرفا ولا فروعاً، كما أنه ليس لها سلطة تقديرية لانتقاء القضايا التي تعتبرها وجيهة في مجال حماية الحقوق والحريات للبت فيها دون سواها، شأن المحكمة العليا الأمريكية فيما يسمى ب Certiorari.

إن المشكلة الكبرى، التي يحتمل بروزها في المغرب لدى العمل بالدفع بعدم دستورية القوانين، تتمثل في كيفية التعامل مع الطعون المتعسفة أو الفارغة أو التي ترمي إلى ربح الوقت أو إثارة الاهتمام.

وبهذا الصدد، فلا ريب أن هذه الندوة الدولية الهامة، بحكم المستوى الرفيع للمشاركين فيها الحاملين معهم للتجارب المتنوعة والغنية للمحاكم



التي يمثلونها، ستكون مناسبة للإنصات للخلاصات الوجيهة لتجاربيهم المتعلقة بالولوج إلى العدالة الدستورية في جوانبها الجوهرية والمسطرية.

#### حضرات السيدات والسادة

كان فلاديمير لينين، زعيم البلشفية، يقول بأن «الحقيقة دائماً ثورية»، وأنا أسمح لنفسي بالقول، في هذا المحفل القضائي الدستوري الرفيع، بأن «الحقيقة دائماً دستورية»، ويجب أن نتعلم من بعضنا البعض، قضاة وفقهاء وباحثين، كيف نبحث عن هذه الحقيقة السامية النبيلة.

وشكراً على حسن إصغائكم.

**السيد زوهتو أرسلان**  
**رئيس المحكمة الدستورية**  
**(تركيا)**

**ملخص**

تروم المداخلة تقديم القواعد المرجعية المطبقة في المنازعات الدستورية المختلفة أمام المحكمة الدستورية التركية، وكذا علاقة هذه الأخيرة بالمحاكم العادية على المستوى الوطني، وبالمحكمة الأوربية لحقوق الإنسان على المستوى الإقليمي، وكيفية استعمال الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان كقاعدة مرجعية مكملة للدستور.

وتتناول المداخلة بشكل خاص تجربة الرقابة البعدية على دستورية القوانين التي تمكن الأفراد من الطعن في دستورية القوانين والمراسيم الرئاسية، بعد المراجعة الدستورية لسنة 2010.

وتعرض المداخلة أيضا أهم التحديات المتعلقة بهذه التجربة على المدى المتوسط، خاصة الرقابة على المراسيم الرئاسية لحماية الحريات والحقوق الأساسية، والتحدي المرتبط بتنفيذ قرارات المحكمة الدستورية من طرف المحاكم، خاصة ما يترتب من آثار لقرارات التصريح بعدم الدستورية على مآل دعاوى الأصلية المثار الدفع بعدم الدستورية بمناسبةها. والحلول التي تم اعتمادها لتدبير التحديات المذكورة.

النص الكامل للمداخلة باللغة الإنجليزية، الصفحات 58 - 62 من القسم الخاص باللغات الأجنبية

**السيد ستانيسلاف شيفتشوك**  
**رئيس المحكمة الدستورية**  
**(أوكرانيا)**

**ملخص**

تعرض المداخلة لمسار توطيد حكم القانون، واستقلال السلطة القضائية منذ دستور 1996، وكذا أهم المستجدات المتعلقة بإحداث آلية للدعوى الدستورية في إطار الرقابة البعدية على دستورية القوانين بموجب المراجعة الدستورية لسنة 2016.

وتبرز المداخلة الخصائص الأساسية لهذه الآلية، التي يتحدد نطاقها في المقتضيات التشريعية المتعلقة بالحريات والحقوق الأساسية. كما تقدم لمحة موجزة عن تقنيات التأويل والاستدلال المستعملة من طرف المحكمة الدستورية، من أجل ضمان الحماية الفعلية للحقوق والحريات، وهي تقنيات مماثلة لتلك المستعملة من قبل المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان.

**النص الكامل للمداخلة باللغة الإنجليزية، الصفحات 63 - 65 من القسم  
الخاص باللغات الأجنبية**

**السيد الحاج قاسم**  
**رئيس المحكمة الدستورية**  
**(فلسطين)**

بسم الله والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين،  
معالي السيد رئيس المحكمة الدستورية للمملكة المغربية،  
أصحاب المعالي مع حفظ الألقاب والأسماء،  
السيدات والسادة الحضور الكريم،

اسمحوا لي في البداية أن أعبر عن شكري وامتناني وتقديري للمغرب ملكا وحكومة وشعبا، ليس لحسن الاستقبال والضيافة لهذا المؤتمر، ولكن لحسن الإقامة والاحتضان بالمغرب منذ ما يزيد عن أربعين سنة، حيث أنهيت دراستي الجامعية للإجازة في الحقوق، ديبلوم الدراسات العليا المعمقة وكذلك دكتوراه الدولة في الحقوق وعملت خلال تواجدي في المغرب أستاذا في الحقوق بكلية الحقوق بالدار البيضاء لمدة ما يزيد عن 35 سنة، حتى التحقت بفلسطين كأول رئيس لأول محكمة دستورية بفلسطين وبالتالي الشكر كل الشكر والتقدير والامتنان للمغرب الكريم لهذا الاحتضان والإقامة المريحة.

موضوعي هو على حسب ما استقيت من جدول أعمال المؤتمر هو سيكون حول الدور أو اشتغال المحكمة الدستورية العليا بفلسطين في تطوير المنظومة القانونية وطبعا سأأخذ المعاهدات ومعاهدات حقوق الإنسان نموذجاً.

طبعاً، هناك مقدمة، تناولت موضوعي في مقدمة وشقين أساسيين تناولت في المقدمة بشكل سريع أهمية المعاهدات الدولية كمصدر هام وأساسي من مصادر القانون الدولي وتمتعها بالقوة القانونية وكذلك عرجت على معاهدة فيينا لعام 1969 وانتشارها ودورها الهام في حل الخلافات التي تنشأ عند تطبيق المعاهدات على أرض الواقع.

طبعاً كذلك تطرقت إلى أهمية النص الدستوري ومكانة المعاهدة داخل الدولة وكذا مكانة المعاهدات والاتفاقيات الدولية في دساتيرها وهذا ما هو موجود في القانون الأساسي في فلسطين، لكن بعد نيل دولة فلسطين صفة الدولة المراقب في الأمم المتحدة بموجب القرار رقم 67/19 من طرف الجمعية العامة بأغلبية ساحقة، وكان ذلك في 29 نوفمبر 2012 بموجب قرار من المجلس المركزي لمنظمة التحرير بتفويض سيادة الرئيس بالانضمام إلى المعاهدات والاتفاقيات الدولية، وطبعاً قامت دولة فلسطين منذ العام 2014 بالانضمام إلى العديد من الاتفاقيات والمعاهدات الدولية وعلى الأخص السبع اتفاقيات والمعاهدات الدولية، أولاً بهدف احترام وكفالة الحريات الأساسية وصيانة الحقوق الوطنية المشروعة والقانونية للشعب الفلسطيني وتعزيز سيادة القانون ومبادئ المساواة وتجسيد مكانة فلسطين القانونية الدولية وطبعاً مواجهة الاحتلال الإسرائيلي ومساندته قانوناً أمام المحافل الدولية.

إشكالية الموضوع هي أن القانون الأساسي لم ينص على الاتفاقيات الدولية إلا فقط فيما يتعلق بالمادة العاشرة، والتي كانت تتضمن ضرورة احترام حقوق الإنسان وحياته الأساسية والعمل على السرعة في الانضمام إلى مختلف المعاهدات الدولية وبالتالي المنظومة الفلسطينية القانونية خاصة.

القانون الأساسي لم يتطرق لا إلى مرتبة ومكانة الاتفاقيات الدولية ولا إلى التوقيع ولا إلى التصديق ولا إلى كيفية إدماج أو ملاءمة هذه الاتفاقيات داخل المنظومة القانونية الفلسطينية وكذلك لم يحدث أي تحفظ كما هو

الشأن بالنسبة لساتير الدول وأنظمتها الدستورية وبالتالي كان لزاما على أن أشير إلى:

أولا ما هي الأسس القانونية أو الوثائق القانونية الفلسطينية التي أشارت من قريب أو بعيد إلى المعاهدات أو الاتفاقيات الدولية خاصة اتفاقيات حقوق الإنسان ثم دور المحكمة الدستورية العليا في فلسطين واجتهادها في التفسير الخاص بالمعاهدات الدولية؟

طبعا الأسس القانونية الحقيقة أو الوثائق التي أشارت إليها كان لا بد لي في البداية من أن أشير إلى وثيقة إعلان الاستقلال التي صدرت عن المجلس الوطني الفلسطيني في العام 1988 وقيام دولة فلسطين في ذلك الوقت وثم القانون الأساسي الفلسطيني كأهم وثيقتين تضمنتا بعض الشيء بالالتزام بحقوق الإنسان ومبادئ الأمم المتحدة إلى غير ذلك.

بخصوص إعلان وثيقة الاستقلال كما قلت سابقا بالجزائر عن المجلس الوطني الفلسطيني في 15 من نوفمبر من عام 1988 أكدت على قيام دولة فلسطين وعاصمتها القدس، أكدت الوثيقة على التزام دولة فلسطين باحترام مبادئ الأمم المتحدة وأهدافها والالتزام بالإعلان العالمي لحقوق الإنسان ثم مبادئ عدم الانحياز ثم الإعلان على أن دولة فلسطين ملتزمة محبة للسلام ملتزمة بمبادئ التعايش السلمي والعمل مع جميع الدول والشعوب من أجل تحقيق سلام دائم قائم على العدل والحقوق وبالتالي اعتبرنا أو اعتبرت المحكمة الدستورية أن إعلان وثيقة الاستقلال الصادرة عن المجلس الوطني الفلسطيني هي المرجعية الوطنية العليا التي تجسدت فيها الأسس القانونية لقيام دولة فلسطين منذ عام 1988.

وبناء على هذه الوثيقة أصبحت فلسطين ملتزمة باحترام كل ما ورد فيها والامتناع عن أي عمل يتناقض معها لما لهذه الوثيقة من قيمة وطنية عالية ومركز قانوني مميز يضعها من ضمن القواعد الدستورية العليا في فلسطين.

أما الوثيقة الثانية التي تناولت المعاهدات الدولية فهو القانون الأساسي وكلنا نعرف أن القانون الأساسي تم وضعه في 1997 انطلاقاً من اتفاقية أوسلو وصدر عن المجلس التشريعي لتسيير الحياة السياسية في فلسطين ولتسيير مختلف السلطات في فلسطين.

طبعا وضع هذا القانون الأساسي لفترة انتقالية حتى العام 2002 ومن ثم كان يجب أن تستقل فلسطين في ذلك الوقت ولكن كلكم تعرفون ماذا حدث منذ ذلك الوقت.

طبعا هذا القانون الأساسي نص فقط في المادة العاشرة منه على أن حقوق الإنسان وحرياته الأساسية ملزمة وواجبة الاحترام أي تعمل ثم لاحقا تعمل السلطة الوطنية الفلسطينية دون إبطاء على الانضمام إلى الإعلانات والوثائق الدولية.

طبعا النصوص الواردة في وثيقة إعلان الاستقلال ومواد في القانون الأساسي المعدل في المادة العاشرة منه الخاصة بحقوق الإنسان، لم تورد أي شيء عن الاتفاقيات الدولية لا من حيث المرتبة ولا من حيث التصديق ولا من حيث الإدماج أو الملاءمة أو تحفظ آخر. وبالتالي كان يجب على المحكمة الدستورية بعد أن انضمت فلسطين إلى مختلف الاتفاقيات الدولية ومن ضمنها المعاهدات السبعة لحقوق الإنسان، أن يتم طلب تفسير للمحكمة الدستورية.

المحكمة الدستورية في فلسطين، وهذا صحيح، تشكلت منذ أبريل 2016، ولكن كان قد ورد نص في القانون الأساسي في المادة 103 يحيل إلى أنه يجب تشكيل محكمة دستورية، ثم صدر القانون المنظم للمحكمة الدستورية رقم 3 لعام 2006 في ذلك الوقت، ولكن منذ ذلك التاريخ حتى أبريل 2016 لم يتم تشكيل المحكمة الدستورية، ومن ثم تم تشكيل المحكمة الدستورية.

طبعا من أبرز اختصاصاتها كانت الحقيقة المرجعية الأساسية الأولى لهذه المحكمة في الاختصاصات هي اختصاصات المحكمة الدستورية إضافة إلى ما يتعلق بالتفسير وطبعا كان التفسير الأساسي وتفسير التشريعات أي القرارات والقوانين من أهم الاختصاصات التي نظرت المحكمة الدستورية

بها وبالتالي كان لا بد بعد انضمام دولة فلسطين إلى مختلف المعاهدات والاتفاقيات الدولية والخاصة باتفاقيات حقوق الإنسان أن تحدد قيمة هذه الاتفاقيات ومرتببة هذه الاتفاقيات التي لم تحدد في القانون الأساسي، وكذلك مكانة هذه المعاهدات ثم آلية إدماج هذه المعاهدات باعتبار أن معاهدات حقوق الإنسان هي معاهدات شارعة يجب أن تدخل ضمن المنظومة القانونية العادية في فلسطين، وبالتالي طلب من المحكمة الدستورية، الحقيقة، بعض من القضايا التي يجب على المحكمة الدستورية أن تقوم بتفسيرها انطلاقاً من المادة العاشرة من القانون الأساسي، وهي تتعلق ببيان القيمة، أولاً توضيح هيئة الانضمام إلى المعاهدات والاتفاقيات الدولية، تحديد الأشخاص المخولين بالتصديق والتوقيع ثم كذلك بيان القيمة القانونية، ثم بيان أوجه الالتزام وهي إدماج هذه الاتفاقيات والمعاهدات الدولية.

على أية حال، عندما قدم طلب إلى المحكمة الدستورية، نظرت المحكمة الدستورية في كل ذلك، المادة العاشرة غامضة، ليست غامضة في الحقيقة بل تشوبها مشاكل كثيرة جداً، ولكن هنا عندما تم بحث هذا الطلب التفسيري للمحكمة الدستورية ترددت كثيراً، لماذا ترددت كثيراً؟ لأننا سنلجأ إلى تفسير يؤدي إلى تطوير المنظومة الدستورية، بمعنى آخر إدخال تعديلات على القانون الأساسي الذي يعتبر القانون المؤقت لدولة فلسطين.

هل يجوز للمحكمة الدستورية أن تقوم بكل ذلك، الحقيقة ترددنا كثيراً، استمر العمل ونحن نتردد إما يجوز أو لا يجوز، ولكن بالنهاية اتخذنا قراراً في المحكمة الدستورية أن نقوم بالتفسير ولو أدى إلى تطوير المنظومة الدستورية، لماذا؟ لأننا يجب عندما وقعنا وصادقنا على هذه الاتفاقيات يجب أن نحدد كل ما يتعلق بهذه الاتفاقيات، وفعلاً قمنا في الحقيقة بتفسير المادة العاشرة بشكل يؤدي إلى تطوير هذه المنظومة الدستورية، وبالتالي كان لا بد أن تضع المحكمة الدستورية من خلال ذلك التفسير مرتبة الاتفاقيات الدولية ضمن المنظومة التشريعية في فلسطين، ولكنها وضعت بالأساس في قمة الهرم التدرجي وثيقة إعلان الاستقلال، وطبعاً تم نقل ذلك بشكل



كبير جدا ثم وضعنا بعد ذلك القانون الأساسي الفلسطيني ثم التشريعات ثم الاتفاقيات الدولية ثم التشريعات العادية على أساس سمو ثم وضعنا الحقيقة فيما يتعلق بإدماج الاتفاقيات داخل المنظومة القانونية، قلنا أن الملاءمة هي الأفضل لإدخال مختلف التشريعات ضمن المنظومة الداخلية في فلسطين، ثم قلنا من لا يحق له التصديق، أعطينا رئيس الدولة التصديق على مختلف المعاهدات الدولية، طبعاً فيما عدا بعض المعاهدات التي تتطلب إصدارها في الوقت قانون من طرف المؤسسة البرلمانية كيف ما كان شكل تلك المؤسسة البرلمانية، ثم في الأخير وضعنا تحفظ، الحقيقة هذا التحفظ الذي وضعناه لقي انتقادات كثيرة جداً على أساس أن الرئيس، عندما صادق على الاتفاقيات لم يضع أي شرط للمصادقة عليها.

ولكن، نحن في المحكمة الدستورية نريد أن نؤسس لما سيأتي فيما بعد، وبالتالي كنا نصادق على الاتفاقيات الدولية بشرط ألا ينتقص من الهوية الوطنية، الثقافية والدينية للشعب الفلسطيني.

**السيد ميشيل روسي**  
أستاذ، كلية الحقوق، غرونوبل  
(فرنسا)

**ملخص**

تتناول المداخلة سياق اعتماد السؤال الأولي للدستورية، بموجب القانون الدستوري ل 23 يوليو 2008 كألية للرقابة البعدية على دستورية القوانين، وتحديد القواعد المرجعية، وخاصة الكتلة الدستورية، المعتمدة من قبل المجلس الدستوري في إطار ممارسته لاختصاص البت في السؤال الأولي للدستورية.

وتعرض المداخلة أيضا لعلاقة المجلس الدستوري بمحكمة العدل الأوروبية، عبر السؤال الأولي، وعبر التكامل مع آلية مراقبة الاتفاقية، وكذا علاقة المجلس الدستوري بالمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، عبر آلية طلب الآراء الاستشارية المحدثة بموجب البروتوكول رقم 16 الملحق بالاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان.

وتخصص المداخلة مبحثا لعلاقة المجلس الدستوري بمحكمة النقض ومجلس الدولة، وذلك على مستويين بشكل خاص، مستوى إحالة السؤال الأولي للدستورية على المجلس الدستوري من جهة، ومستوى ترتيب أثر قرارات التصريح بعدم الدستورية على الدعوى الأصلية، وعلى الدعاوى المماثلة الراجعة، كما تثير إشكالية الأمن القانوني والقضائي في علاقة بترتيب وتنوع آثار قرارات المجلس الدستوري.

النص الكامل للمداخلة باللغة الفرنسية، الصفحات 67 - 73 من القسم  
الخاص باللغات الأجنبية

**السيد جون بيير وابوي**  
**نائب رئيس المحكمة الدستورية**  
**(جمهورية إفريقيا الوسطى)**

**ملخص**

تذكر المداخلة بمنطق وأهداف الرقابة البعدية على دستورية القوانين، كما تشير إلى عدد من الشروط القبلية لتحقيق الأهداف المتوخاة من هذه الآلية. بما في ذلك شروط التجرد والحياد والولوج الميسر والفعالية. وتتطرق المداخلة أيضا إلى تجربة جمهورية إفريقيا الوسطى التي تتيح سبيلين للرقابة البعدية على دستورية القوانين، الدعوى المباشرة، والدفع بعدم الدستورية بمناسبة نزاع معروض على القضاء.

**النص الكامل للمداخلة باللغة الفرنسية، الصفحات 74 - 76 من القسم  
الخاص باللغات الأجنبية**

## السيد سيرجي كازانتسيف

عضو المحكمة الدستورية

(فيديرالية روسيا)

### ملخص

تعرض المداخلة لاختصاصات المحكمة الدستورية الفيدرالية الروسية في مجالي الرقابة السابقة واللاحقة على دستورية القوانين، وتقدم بشكل خاص آلية ولوج الأفراد إلى المحكمة الدستورية للطعن في دستورية قانون، وما يترتب عن التصريح بعدم دستورية قانون، من آثار على الدعوى التي أثير الدفع بعدم الدستورية بمناسبةها والدعاوى المماثلة الجارية أمام المحاكم.

وتقدم المداخلة أيضا نماذج لاجتهادات المحكمة الدستورية الفيدرالية، في مجال حماية الحقوق والحريات، خاصة ذات العلاقة بالمسطرة الجنائية والاعتقال الاحتياطي.

النص الكامل للمداخلة باللغة الإنجليزية، الصفحات 77 - 79 من القسم

الخاص باللغات الأجنبية

**السيد كوفي طاكبي**  
**عضو المحكمة الدستورية**  
**(الطوغو)**

**ملخص**

تقدم المداخلة لمحة موجزة عن اختصاصات المحكمة الدستورية في مجالي الرقابة السابقة واللاحقة على دستورية القوانين، وعن آلية الدفع بعدم الدستورية، التي ينص إطارها المعياري على إمكان إثارتها من قبل الأطراف، بمناسبة نزاع معروض أمام المحاكم، قبل كل دفع أو دفاع.

وبالرغم من الندرة الإحصائية للدفع بعدم الدستورية، فإن المداخلة قدمت اجتهادات للمحكمة الدستورية تتعلق بالقواعد المرجعية المطبقة والتي تضم إضافة إلى الدستور، الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، والاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان التي صادقت عليها الطوغو.

النص الكامل للمداخلة باللغة الفرنسية، الصفحات 80 - 82 من القسم  
الخاص باللغات الأجنبية

**السيد عبد الإله فونتير**  
**المدير العام للتشريع (الأمانة العامة للحكومة)**  
**(المملكة المغربية)**

**السيد الرئيس،**

اسمحوا لي منذ البداية أن أؤكد أن موضوع العدالة الدستورية يكتسي أهمية خاصة في الفقه الدستوري المعاصر. تتقاطع الاهتمامات به بين علماء السياسة وعلماء القانون على حد سواء. سأكتفي بشيء من الاختصار والاختزال مقدما اعتذاري مسبقا، بطرح بعض الأسئلة الأساسية التي تمثل اليوم إشكالات عملية حقيقية في عمل القاضي الدستوري، وذلك من أجل هدفين، الهدف الأول حماية الدستور من جهة، والهدف الثاني حماية الحقوق والحريات من جهة أخرى. وهي إشكالات نود اقتراح بعض عناصر الإجابة عليها إسهاما في النقاش الذي يشكل سبب النزول بالنسبة لتنظيم هذا الملتقى، لاسيما وأن القاضي الدستوري ينهض بمسؤولية كبيرة ويمتلك سلطة واسعة هي سلطة التأويل واحتكار آليات تفسير النص من أجل النهوض بأعباء رسالة العدالة في مقامها الأسمى.

لقد شكلت نشأة العدالة الدستورية منذ أصولها الأولى في القانون الإغريقي القديم، وبمختلف مساراتها ومراحل تطورها وتطبيقاتها، انطلاقا من ذلك ركنا أساسيا من أركان بناء النظام الديمقراطي الذي تم تطوير أساليبه وأشكاله في تاريخ الأنظمة الدستورية الليبرالية وذلك عبر آليتين اثنتين: الآلية الأولى وتقوم على تكريس مبدأ سمو الدستور بالنسبة لباقي مكونات المنظومة القانونية الوطنية، وذلك من أجل تحقيق جملة من

الأهداف، يمكن حصرها أولاً في تحقيق الأمن القانوني، وثانياً في ضمان استقرار النظام الدستوري القائم، وثالثاً في إقرار التوازن في علاقات السلطات العمومية ومراقبة أعمالها بما يكفل مطابقتها لأحكام الدستور. والآلية الثانية، وتتمثل في إقرار منظومة من القواعد الدستورية من أجل حماية الحقوق والحريات باعتبارها القضية المركزية التي تقوم عليها أنظمة الحكم الديمقراطي وتشكل ركناً أساسياً من أركانها.

إن استقراء مسار تطور مختلف الأنظمة الدستورية بمختلف تطبيقاتها تدفعنا إلى التأكيد على حقيقتين اثنتين، الحقيقة الأولى هي تعدد المقاربات واختلاف التطبيقات في بناء نموذج للعدالة الدستورية حسب السياق الخاص لكل نظام من الأنظمة الدستورية، والحقيقة الثانية وهي أن الرقابة على دستورية القوانين التي تمارسها أجهزة العدالة الدستورية، على اختلاف أشكالها ومسارها الإجرائية، قد مثلت منذ أكثر من قرنين من الزمان في تاريخ الدستورية الحديثة، تمريناً متواصلاً وعسيراً من أجل التوفيق بين متطلبات الأمن القانوني الهادف إلى ضمان استمرار استقرار الأوضاع الدستورية والقانونية، وبين ضمان حماية فعالة للحقوق والحريات باعتبار هذه الحماية الضمانة الأساسية التي يجب أن يوفرها كل نظام ديمقراطي.

لقد علمتنا دروس التاريخ أن الديمقراطية باعتبارها شكلاً من أشكال ممارسة الحكم، تقوم على المزاجية بين ضمان حرية الإنسان وحقوقه وبين متطلبات التنظيم السياسي. ولذلك، لا يكفي إقرار مبدأ الحقوق والحريات في الدستور، بل لابد من إعطاء هذه الحقوق والحريات مدلولاً فعلياً في الواقع المعيش لحياة الناس من أجل ممارستها وتملكها والتمتع بها. ولذلك كان مسار تطور العدالة الدستورية مساراً ملازماً لتاريخ التطور الديمقراطي في المجتمعات المعاصرة. وبناء على هذا الاعتبار، مثل الولوج إلى العدالة الدستورية في تاريخ الأنظمة السياسية منذ أواخر القرن الثامن عشر إلى اليوم، الآلية العملية لحماية فعلية للحقوق والحريات من قبل الأفراد وشكل دعامة من أهم دعائمه الأساسية.

لقد استندت الدستورية الحديثة بتطبيقاتها المتعددة، في تأسيس شرعيتها إلى الإرادة العامة في تحديد سلطة الدولة وإخضاعها إلى قواعد القانون وضمنان إلزامية هذه القواعد، ومن أجل ذلك نجد أن المشرعين الدستوريين في أجيال مختلفة من الدساتير وفي مقدمتها دساتير ما بعد الحرب العالمية الثانية، يلجأون إلى تحديث ممارسة السلطة العمومية من خلال صيغ دستورية تحدد نطاق مهامها وسيرها بكيفية متوازية مع الآليات الحمائية للحقوق والحريات.

ولكن الإشارة لازمة في هذا السياق، ونحن نعالج سؤال المرجعيات، إلى أن مسار التطور الذي عرفته منظومة الولوج إلى العدالة الدستورية قد واكبه مسارات من التحول والتطور والإبداع في المفاهيم الدستورية المؤسسة لأجيال متعاقبة من الحقوق والحريات، وتراكم في آليات الاتفاقيات الدولية المؤصلة والمؤطرة لها، أصبحت اليوم جزءاً من التراث الدستوري والحقوق العالمي والكوني، وجزءاً من المنظومات القانونية التي تبنتها في عدد من الدول والمجتمعات.

ولعل المتأمل في النماذج المعتمدة في أنظمة الولوج إلى العدالة الدستورية، ولاسيما منظومة المراقبة البعدية على دستورية القوانين، يواجه سيلاً من الأسئلة الإشكالية المتعلقة بهذا التمرين الديمقراطي في تاريخ الأنظمة الدستورية الحالية. خصوصاً المتعلق منها بمضامين هذه الحقوق وسبل إعطائها مدلولات تجمع ما بين تعاريفها الكونية العابرة للحدود وخصوصيات السياقات الوطنية التي يراد تطبيقها في إطارها.

أما السؤال الأول فيتعلق بالمرجعية الدستورية نفسها، ما هي الضوابط، إذا صح الحديث بلغة معيارية في هذا الإطار، التي يمكن أن توجه عمل القاضي، من أجل القراءة أولاً لمضامين القاعدة الدستورية التي تنص على حق من الحقوق أو مبدأ من المبادئ المتصلة بهذا الحق، أو شرط من شروط ممارسته، أو بإجراء من الإجراءات التي قد تحد من هذه الممارسة؟ هل ثمة ضوابط ومبادئ يمكن أن تؤطر أو توجه القاضي الدستوري من أجل قراءة



المقتضيات قراءة عادلة ومتوازنة ومستوعبة للأهداف والمرامي التي حددها  
المشرع الدستوري عند تنصيبه على القاعدة الدستورية المضمنة لهذا  
الحق؟

أما السؤال الثاني فيخص مراقبة التمرين المستمر الذي يقوم به  
المشرع من أجل ملائمة المنظومات القانونية الوطنية مع قواعد القانون  
الدولي لحقوق الإنسان. صحيح أن القانون الدستوري ليس من وظائفه أن  
يطالب المشرع باحترام شرط الملائمة فيما يقره من تشريعات، وليس من  
حقه أن يملئ اختياراً من الاختيارات على المشرع، ولكنه مطالب بأن يراعي  
مضمون الحقوق والحريات المنصوص عليها في الدستور كما هي محددة  
في الاتفاقيات التي صادقت عليها السلطات الوطنية. إنه يراقب الملائمة  
عن بعد، وبطريقة غير مباشرة من خلال ترتيب الآثار القانونية على عملية  
المصادقة على هذه الاتفاقيات إعمالاً لوحدة المفاهيم والمبادئ القانونية  
المؤطرة للمنظومة القانونية النافذة من جهة، بما فيها الدستور والاتفاقيات  
والتشريعات على حد سواء مع مراعاة بالطبع، سمو القاعدة الدستورية عن  
باقي القواعد الأخرى.

إن مبدأ عالمية حقوق الإنسان التي تمت المرافعة بشأنه طيلة سبعة  
عقود خلت ولا تزال، يطرح بالنسبة للقاضي الدستوري سؤال الخصوصية بكل  
تجلياتها التي تجد مصدرها في الموروث الحضاري المحلي بمختلف روافده  
وتعابير ومعانيه. إذ كيف يستطيع القاضي الدستوري أن يوائم بين فهم واسع  
لحق منصوص عليه في الدستور يجد مرجعيته في فلسفات وإيديولوجيات  
وتيارات فكرية منتمية إلى بيئات أخرى، وبين الفهم الراسخ لهذا الحق في  
تطبيقاته لدى الجماعة الوطنية من خلال سلوكيات أفرادها وتقاليدهم  
وأعرافهم وممارستهم اليومية؟

أما السؤال الثالث فيتعلق بالأطر المرجعية التي يقرها الدستور  
باعتبارها ثوابت وطنية، ويقر الدستور في الوقت نفسه جملة من الحقوق التي  
ينبغي أن تمارس في إطار هذه الثوابت، مما يطرح على القاضي الدستوري،

وهو يمارس رقابته على المشرع أن يراعي في تحديد مدلول الحق المنصوص عليه في الدستور والذي يتولى حمايته من خلال البت في الدستورية، الارتباط العضوي بين تحديد هذا المدلول وبين عدم المساس بالثوابت الوطنية الجامعة للأمة.

أما السؤال الرابع فيهم ضوابط تقدير دستورية المقتضى التشريعي المعروض على القاضي الدستوري من أجل الحكم عليه بالمطابقة أو المخالفة أو إعطاء تفسير من التفسير. ماهي الضوابط التي يمكن للقاضي الدستوري اعتمادها بعد استيعابه للمرجعية الدستورية من أجل القيام بعملية تكييف النص التشريعي المعروض على أنظاره؟

في ضوء هذه الإشكاليات العملية، يلاحظ أن القاضي الدستوري لا يمتلك فقط سلطة الموازنة بين نصين قانونيين تحكمهما قاعدة الهرمية من أجل رصد المطابقة أو المخالفة بينهما، وإنما يمتلك سلطة أقوى من ذلك، إنه يمتلك سلطة التأويل، وتأويل النصين معا، وانطلاقا من اعتبار عمل القاضي الدستوري عملا مؤسسا لمبادئ وقواعد موجهة ذات قيمة مرجعية، فإن سلطة التأويل التي يمتلكها والتي لا رقابة قضائية ولا قانونية عليها، تصبح سلطة تأسيسية لفهم يصبح مرجعيا لروح الدستور وللقوانين المعروضة عليه.

ولذلك فإن فهم القاضي الدستوري لمضامين الحقوق والحريات المنصوص عليها في الدستور، يقيد التكييف الذي يقوم به للمقتضيات التشريعية المطعون في دستوريته أمامه، والتي يتعين عليه النظر من زوايا ومداخل متعددة تهم بصفة رئيسة المدلول الفعلي للمقتضى التشريعي، وأوجه التوافق أو التعارض بين هذا المقتضى والمرجعية الدستورية، وهو أمر لا يقف عند حرفية النص أو الاكتفاء برصد العلاقة القائمة بين الدال والمدلول من منطلق سيميائي خالص بمنطق علم اللغة، وإنما يتطلب استحضار فلسفة الحق ومداه، ونية المشرع الدستوري الذي أقر هذا الحق، ونية المشرع العادي الذي أقر مقتضى تشريعيًا يحد من ممارسته أو الحرمان منه أو الإفراغ من مضمونه.

إن القاضي الدستوري وهو يقيم الدستورية مطالب بضرورة إعمال آليات الاستدلال المنطقي والفقهي على السواء، ولكن كذلك الأخذ في الاعتبار شرط السياق ودواعي التشريع والغاية المبتغاة منه وسمو المرجعية الدستورية بالمقارنة مع المقتضيات التشريعية موضوع النظر والتمحيص. وإذا كان التراث الفقهي الدستوري قد أسس لمبادئ واتجاهات في تأويل النص الدستوري بمدارسه المختلفة، فإن عمل القاضي الدستوري في ممارسته لحق التأويل لا رقابة عليه، وهنا تبدو الحاجة الماسة إلى إقرار بعض المبادئ والضوابط ذات القيمة الأخلاقية في نظرنا، من هذه المبادئ والضوابط:

- أولاً التقيد بواجب الحكمة وتحقيق رسالة العدالة مع النظر للطبيعة المرجعية لعمل القضاء الدستوري،
- ثانياً تفعيل الدور الذي يقوم به القاضي الدستوري في تحقيق التوازن بين الأمن القانوني وحماية الحقوق،
- ثالثاً دور القاضي في ترشيد وتوجيه عمل السلطة التشريعية.

إن المشرع مطالب في كل الأحوال بضرورة ضمان الولوج إلى العدالة الدستورية لكنه مطالب أيضاً بوضع آليات قانونية واضحة لعقلنة هذا الولوج، حتى يحقق الهدف المراد منه في حماية الحقوق والحريات كما نص عليها الدستور، والحيلولة دون أي تعسف في استعمال حق الولوج ليصبح مطية للنيل من الديمقراطية المؤسسة والمشاركة بين أفراد الجماعة الوطنية. وفي كلمة أخيرة فإن الدرس المستفاد من تجارب العدالة الدستورية في دول عديدة، هو أنه إذا كان الولوج إلى العدالة الدستورية مكسباً ديمقراطياً لحفظ الحقوق والحريات، فإنه في الوقت نفسه لا ينبغي أن يكون أداة لتعطيل الديمقراطية أو وسيلة من وسائل عرقلة عمل المؤسسات. وفي تحقيق المعادلة بين هذين الهدفين تكمن رسالة العدالة الدستورية.

## تقرير الجلسة

السيد محمد المريني

عضو المحكمة الدستورية

(المملكة المغربية)

انصبت مداخلة السيد محمد أشركي، الرئيس السابق للمجلس الدستوري المغربي، على تقديم الحقب الأساسية لتطور القضاء الدستوري على المستويين الدولي والوطني. كما أشارت إلى التحول المعياري الذي أحدثته دستور 2011، بتوسيعه سبل الولوج إلى العدالة الدستورية، من خلال آلية الدفع بعدم الدستورية. وأشارت المداخلة أيضا، بصفة تركيبية، إلى مختلف المحددات الإجرائية والموضوعية المتعلقة بإعمال الفصل 133 من الدستور وكذا التحديات المتعلقة بضبط تدفقات الدفع بعدم الدستورية.

وتم عرض التجربة التركية من خلال مداخلة السيد زوهتو أرسلان، رئيس المحكمة الدستورية، حيث ذكر بالقواعد المرجعية المطبقة في المنازعات الدستورية المختلفة أمام المحكمة الدستورية التركية، وكذا علاقة هذه الأخيرة بالمحاكم العادية على المستوى الوطني، وبالمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان على المستوى الإقليمي، وكيفية استعمال الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان كقاعدة مرجعية مكملة للدستور.

وتناولت المداخلة بشكل خاص تجربة الرقابة البعدية على دستورية القوانين التي تمكن الأفراد من الطعن في دستورية القوانين والمراسيم الرئاسية، بعد المراجعة الدستورية لسنة 2010، كما عرض المتدخل أيضا أهم التحديات المتعلقة بهذه التجربة على المدى المتوسط، خاصة الرقابة على

المراسيم الرئاسية لحماية الحريات والحقوق الأساسية، والتحدي المرتبط بتنفيذ قرارات المحكمة الدستورية من طرف المحاكم خاصة ما يترتب من آثار قرارات التصريح بعدم الدستورية على مآل دعاوى الأصلية التي أثير الدفع بمناسبةها. والحلول التي تم اعتمادها لتدبير التحديات المذكورة.

وعرضت مداخلة السيد ستانيسلاف شيفتشوك، رئيس المحكمة الدستورية الأوكرانية، لمسار توطيد حكم القانون، واستقلال السلطة القضائية منذ دستور 1996، وكذا أهم المستجدات المتعلقة بإحداث آلية للدعوى الدستورية في إطار الرقابة البعدية على دستورية القوانين بموجب المراجعة الدستورية لسنة 2016، بالإضافة إلى الخصائص الأساسية لهذه الآلية، التي يتحدد نطاقها في المقتضيات التشريعية المتعلقة بالحريات والحقوق الأساسية. كما قدمت لمحة موجزة عن تقنيات التأويل والاستدلال المستعملة من طرف المحكمة الدستورية، من أجل ضمان الحماية الفعلية للحقوق والحريات، وهي تقنيات مماثلة لتلك المستعملة من قبل المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان.

وانصبت مداخلة السيد الحاج قاسم، رئيس المحكمة الدستورية الفلسطينية، بشكل خاص على موقع المعاهدات الدولية في المنظومة المعيارية الفلسطينية، خاصة إزاء القانون الأساسي وإعلان الاستقلال. كما عرضت المداخلة لاختصاصات المحكمة الدستورية واجتهادها القضائي.

وتم عرض التجربة الفرنسية، من قبل السيد ميشيل روسي، أستاذ شرفي بكلية الحقوق (غرونوبل)، حيث تم تقديم سياق اعتماد السؤال الأولي للدستورية، بموجب القانون الدستوري لـ 23 يوليوز 2008 كألية للرقابة البعدية على دستورية القوانين، وتحديد القواعد المرجعية، وخاصة الكتلة الدستورية، المعتمدة من قبل المجلس الدستوري في إطار ممارسته لاختصاص البت في السؤال الأولي للدستورية.

وتناولت المداخلة أيضا علاقة المجلس الدستوري بمحكمة العدل الأوروبية، عبر السؤال الأولي، وعبر التكامل مع آلية مراقبة الاتفاقية، وكذا

علاقة المجلس الدستوري بالمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، عبر آلية طلب الآراء الاستشارية المحدثة بموجب البرتوكول رقم 16 الملحق بالاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان. وخصصت المداخلة أيضا مبحثا لعلاقة المجلس الدستوري بمحكمة النقض ومجلس الدولة، وذلك على مستويين بشكل خاص، مستوى إحالة السؤال الأولي للدستورية على المجلس الدستوري من جهة، ومستوى ترتيب أثر قرارات التصريح بعدم الدستورية على الدعوى الأصلية، وعلى دعاوى المماثلة الراجعة، كما أثارت إشكالية الأمن القانوني والقضائي في علاقة بترتيب وتنوع آثار قرارات المجلس الدستوري.

وقدمت تجربة إفريقيا الوسطى، من خلال مداخلة السيد جون بيير وابوي، نائب رئيس المحكمة الدستورية. إذ ذكرت المداخلة بمنطق وأهداف الرقابة البعدية على دستورية القوانين، كما أشارت إلى عدد من الشروط القبلية لتحقيق الأهداف المتوخاة من هذه الآلية، بما في ذلك شروط التجرد والحياد والولوج الميسر والفعالية. وتطرقت المداخلة أيضا إلى خصائص منظومة القضاء الدستوري لإفريقيا الوسطى التي تتيح سبيلين للرقابة البعدية على دستورية القوانين، الدعوى المباشرة، والدفع بعدم الدستورية بمناسبة نزاع معروض على القضاء.

وتم عرض التجربة الروسية في مجالي الرقابة السابقة واللاحقة على دستورية القوانين، من خلال مداخلة السيد سيرجي كازانتسيف، عضو المحكمة الدستورية الفيدرالية، حيث قدم المتدخل بشكل خاص آلية ولوج الأفراد إلى المحكمة الدستورية للطعن في دستورية قانون، وما يترتب عن التصريح بعدم دستورية قانون، من آثار على الدعوى التي أثير الدفع بعدم الدستورية بمناسبة دعاوى المماثلة الجارية أمام المحاكم. وتم تعزيز هذه العناصر بتقديم المتدخل لنماذج لاجتهادات المحكمة الدستورية الفيدرالية، في مجال حماية الحقوق والحريات، خاصة ذات العلاقة بالمسطرة الجنائية والاعتقال الاحتياطي.

وقدم السيد كوفي طاكبي، عضو المحكمة الدستورية الطوغولية، في مداخلته، لمحة موجزة عن اختصاصات المحكمة الدستورية وبشكل خاص عن التجربة الطوغولية في مجالي الرقابة السابقة واللاحقة على دستورية القوانين، وعن آلية الدفع بعدم الدستورية، التي ينص إطارها المعياري على إمكان إثارتها من قبل الأطراف، بمناسبة نزاع معروض أمام المحاكم، قبل كل دفع أو دفاع. وبالرغم من الندرة الإحصائية للدفع بعدم الدستورية، فإن المداخلة قدمت اجتهادات للمحكمة الدستورية تتعلق بالقواعد المرجعية المطبقة والتي تضم إضافة إلى الدستور، الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، والاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان التي صادقت عليها الطوغو.

وأبرزت مداخلة السيد عبد الإله فونتير، المدير العام للتشريع بالأمانة العامة للحكومة المغربية، من منظور مقارن، تنوع الخيارات المعتمدة من قبل مختلف التجارب الوطنية في مجال الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين. وحلل المتدخل مظاهر هذا التنوع، تبعا للقواعد المعيارية المطبقة في إطار هذا النمط من المنازعة الدستورية، وكذا استراتيجيات ملاءمة التشريع الوطني مع القانون الدولي لحقوق الإنسان في علاقة مع تصميم مساطر الطعن.





## الجلسة الثانية

آليات الدعم ورقمنة المساطر: روافع  
للولوج إلى العدالة الدستورية



## كلمة تقديمية

السيد أحمد السالمي الإدريسي  
عضو المحكمة الدستورية  
(المملكة المغربية)

بسم الله الرحمن الرحيم

والصلاة والسلام على سيدنا محمد خاتم الأنبياء وأشرف المرسلين، وعلى  
آله وصحبه أجمعين

نفتتح هذه الجلسة الثانية من الندوة العلمية التي تنظمها المحكمة  
الدستورية للمملكة المغربية بشراكة مع أكاديمية المملكة، تحت عنوان «الولوح  
إلى العدالة الدستورية: الرهانات الجديدة للرقابة البعدية على دستورية  
القوانين».

السيد مستشار صاحب الجلالة، السادة الأساتذة بألقابهم، السيدات،  
الحضور الكريم.

نبتدئ هذه الجلسة التي خصصت لمحور ثاني يخص «آليات الدعم  
ورقمنة المساطر: روافع للولوح إلى العدالة الدستورية». وكما تم الاتفاق  
مع الجهة المنظمة، سوف نعطي الكلمة للمتدخلين في هذا الباب، وهم في  
البداية، الأستاذ مراد مدلسي، رئيس المجلس الدستوري للشقيقة الجزائر،  
فليتفضل مشكورا.

**السيد مراد مدلسي**  
**رئيس المجلس الدستوري**  
**(الجزائر)**

**ملخص**

تقدم المداخلة الرهانات الأساسية المتعلقة بآليات الدعم لتسهيل الولوج إلى العدالة الدستورية، انطلاقا من التجربة الجزائرية (الآليات المالية والتكوينية والتنظيمية والمسطرية)، كما تتناول المداخلة، أدوار الفاعلين المعنيين بهذه الآليات (المتقاضون ومهنيو العدالة ومؤسسات التصفية، ومحاكم التنظيم القضائي المثار أمامها الدفع بعدم الدستورية). وتعرض المداخلة أيضا للتحديات الجديدة المتعلقة برقمنة المساطر على ضوء التجربة الجزائرية المتعلقة بتفعيل مسطرة الدفع بعدم الدستورية (توعية وتحسيس المتقاضين، دعم قدرات القضاة وباقي مهنيي العدالة على مستوى محاكم التنظيم القضائي، حماية المعطيات ذات الطابع الشخصي)، كما تتطرق المداخلة للآثار الإيجابية المتوقعة لرقمنة المساطر على تخفيض الآجال الفعلية لمعالجة الدفوع بعدم الدستورية، وتحسين الولوج إلى هذه الآلية.

**النص الكامل للمداخلة باللغة الفرنسية، الصفحات 87 - 90 من القسم  
الخاص باللغات الأجنبية**

**السيد عادل عمر شريف**  
**نائب رئيس المحكمة الدستورية العليا**  
**(جمهورية مصر العربية)**

**ملخص**

تذكر المداخلة بالمحطات الأساسية لتطور القضاء الدستوري في جمهورية مصر العربية، كما توضح الطابع القاري والمشارك للتحديات المتعلقة برقمنة عمل المحاكم الدستورية والعليا، والمكانة التي يحتلها هذا التحدي في أشغال اجتماعات القاهرة السنوية رفيعة المستوى لرؤساء المحاكم الدستورية العليا والمجالس الدستورية الإفريقية.

كما تعرض المداخلة لأهمية كسب رهان الرقمنة، باعتبار انعكاساته على تيسير الولوج إلى العدالة الدستورية، وتوطيد ضمانات حقوق الدفاع، مع ضرورات ابتكار حلول عملية لضمان حماية المعطيات ذات الطابع الشخصي واحترام مبدأ التدرج في الرقمنة اعتبارا لمستوى المعرفة الرقمية لدى المتقاضين.

**النص الكامل للمداخلة باللغة الإنجليزية، الصفحات 91 - 94 من القسم  
الخاص باللغات الأجنبية**

**السيد إلكا كانتولا**  
**عضو اللجنة الدستورية**  
**(فنلندا)**

**ملخص**

تقدم المداخلة الخصائص الأساسية للتجربة الفنلندية التي تسند فيها المراقبة القبلية للدستورية إلى جهاز برلماني هي لجنة القانون الدستوري التي تتألف من أعضاء البرلمان المختصين في العلوم القانونية، يمثلون الأغلبية والمعارضة، كما تستعين في عملها بخبراء مختصين في القانون.

كما تقدم المداخلة نظام الرقابة اللاحقة غير المركزية على دستورية القوانين، والمسند إلى جميع المحاكم، والذي تم إقراره بموجب المراجعة الدستورية لسنة 1999 التي وسعت أيضا كتلة الحقوق والحريات المضمونة دستوريا وتزامنت مع توسع الممارسة الاتفاقية الإقليمية (الأوروبية) لفنلندا. وتذكر المداخلة أيضا بتكامل هذه المنظومة، مع آلية الشكايات الموجهة إلى السلطة الحكومية المكلفة بالعدل وإلى الوسيط (الأمبدسمان) البرلماني.

**النص الكامل للمداخلة باللغة الإنجليزية، الصفحات 95 - 98 من القسم  
الخاص باللغات الأجنبية**

السيد عبد الكبير طبيح  
محام بهيئة الرباط  
(المملكة المغربية)

مساءكم سعيد،

شكرا السيد الرئيس على توجيه الدعوة لي للمشاركة في هذه الندوة  
الجد الهامة.

وشكرا كذلك لأصدقائي في المحكمة الدستورية على المجهودات التي  
يبدلونها من أجل الرفع من هذه المؤسسة الجديدة في نسيج دستور بلادنا.

طلب مني أن أتناول موضوع، في الجلسة الثانية لهذه الندوة، تحت  
عنوان: «الولوج إلى العدالة الدستورية، الرهانات الجديدة للرقابة البعدية  
على دستورية القوانين»، وقبل ذلك، أريد أن أشير إلى أن التقديم لهذه الندوة  
أنجز بشكل محكم ومدقق، وفي تقديري اعتمد على ثلاثة ركائز:

- الأولى: هي الولوجية،

- والثانية: هي الرقابة البعدية،

- والثالثة: هي الفئات المستهدفة من كل هذا وذاك،

وسأحاول مقارنة، قدر الإمكان، الإشكالات التي يطرحها حق الولوج  
للعدالة الدستورية البعدية من أجل الوصول إلى الفئات المستهدفة منها،  
بالنظر إلى جودة هذا المعطى ألا وهو الدفع بعدم الدستورية.

وأعتقد أن مقارنة الجواب على هذا الإشكال، لا يمكن إلا أن يمر عبر الجواب على أسئلة فرعية أخرى مقرررة في النتيجة التي ترمي إليها مقارنة الجواب على سؤال الولوج للعدالة الدستورية والرقابة البعدية على دستورية القوانين.

وهذه الأسئلة الفرعية يمكن حصرها، في تقديري، في أربعة تساؤلات:

التساؤل الأول: وهو يتعلق بالقبول بالحق في الولوج للعدالة الدستورية من قبل المواطن الذي ينازع في دستورية قانون معين يراد تطبيقه عليه. وهو ما يفرض تحديد طبيعة الدعوى الدستورية، هل هي دعوى عينية أم دعوى شخصية أم دعوى مختلطة.

والتساؤل الثاني: يطرح مشكل التواجهية والحضورية عند إعمال الرقمنة في تحريك المساطر الدستورية وخصوصا في الدفع بعدم دستورية بعض القوانين.

والتساؤل الثالث: يطرح مبدأ النجاعة بما تتطلبه من دراية وعلم وكفاءة ومهنية وإمام بآليات العدالة الدستورية التي يمكن أن تحققها أو لا تحققها آلية الرقمنة، في غياب آليات وسيطية مؤهلة لذلك،

والتساؤل الرابع: ألا يمكن الحديث عن توسيع وعاء مسؤولية المحكمة الدستورية وهي تبت في الدفع بانعدام مطابقة قانون سار به العمل للدستور؟

### التساؤل الأول

يمكن القول بأن الدفع بانعدام الدستورية في طبيعته الحقيقية، لا يقف عند التعريف المتداول عادة عندنا، وإنما يعتبر الدفع أو البت في الدفع بانعدام دستورية بعض القوانين، هو إعادة فحص مدى اشتغال آلية التمثيلية غير المباشرة في علاقة المواطن مع ممثليه في السلطة التشريعية، التي أسند لها الدستور تشريع القانون الذي سيخضع له المواطن وسيُنظم حياته.

فدور المحكمة الدستورية هي التحقق هل القانون الذي صوت عليه ممثل المواطن في السلطة التشريعية، كان يعبر عن إرادة هذا المواطن، باعتبار هذا



الأخير مكونا أساسيا من مكونات الأمة، وبالنظر لكون القانون هو تعبير عن إرادة الأمة.

فإعادة فحص القاعدة القانونية للتحقق من مطابقتها لقواعد الدستور، وهي المهمة المسندة للمحكمة الدستورية، وهي في الحقيقة، مهمة إعادة فحص صحة اشتغال آلية التمثيلية غير المباشرة للمواطن في علاقته مع من يمثله في السلطة التشريعية.

فالمحكمة الدستورية وهي تبث في الدفع بعدم الدستورية في الواقع تراقب هل التفويض الذي أسنده الفرد لممثله في السلطة التشريعية أنجزه هذا الأخير في تماثل مع إرادة المفوض، أي الفرد الناخب، أم لا.

إن ممارسة المحكمة الدستورية لدعوى الرقابة البعدية لمدى مطابقة القانون المصوت عليه في البرلمان، للدستور، هي في الحقيقة تذكير لأعضاء السلطة التشريعية، بأن السيادة للأمة وفقا للفصل 2 من الدستور الذي قرر بأن السيادة للأمة تمارسها مباشرة بالاستفتاء وبطريقة غير مباشرة بواسطة ممثليها.

وبما أن القانون هو التعبير عن إرادة الأمة في (الفصل 6 من الدستور) وبما أن الفصل 60 من الدستور، يستفاد منه أن السلطة التشريعية يستمد أعضاءها نيابتهم من الأمة، فمن حق أفراد الأمة أن ينازعوا فيما صدر نيابة عنهم بمقتضى التفويض الذي أعطوه لممثليهم في السلطة التشريعية.

والبت في هذه المنازعة يدخل في الاختصاص الخاص والحصري للمحكمة الدستورية وهي تمارس سلطتها لفحص والتحقق من صحة التصرف في التفويض الذي حصل عليه أعضاء السلطة التشريعية لإعمال مبدأ التمثيلية غير المباشرة.

إن الرقابة البعدية هي اللجوء إلى المحكمة الدستورية لتبت في نزاع بين الفرد صاحب السيادة وبين من فوض له تمثيله أمام السلطة التشريعية، لمراقبة هل ما سنته هذه الأخيرة من قوانين، هو تعبير حقيقي لإرادة الأمة، أي إرادة

الأفراد أصحاب التفويض، بخصوص تديير حرياتهم وحقوقهم المنصوص عليها في الدستور.

وإن اعتبار الدستور هو المرجع الذي يجب أن تتطابق معه القانون، وليس العكس، راجع لكون الدستور هو التعبير المباشر لإرادة المواطنين لأن هذا الأخير مصوت عليه مباشرة بالاستفتاء.

لهذا فالدعوى المرتبطة بالمراقبة البعدية هي عملية معقدة ومركبة، فهل تستطيع الفئات المستهدفة الهشة أن تمارسها لوحدها؟ أم أنه يتعين البحث عن وسيط مؤهل لذلك؟ وهل الرقمنة وحدها كافية؟

### التساؤل الثاني

وهو المتعلق بمبدأ التواجهية والحضورية في علاقتهما مع الرقمنة، هو المبدأ الذي لا يمكن أن نعتبره زائداً لأنه مقرر في أي محاكمة عادلة.

لهذا فالتواجهية والحضورية هما ضروريتين لتحقيق أي عدالة كيفما كانت. علما أن مبدأ التواجهية والحضورية مكرس في القانون التنظيمي للمحكمة الدستورية.

فعندما نعود إلى الفقرة 1 من المادة 18 من القانون التنظيمي المذكور، نجد على أنها تتكلم على أن جلساتها غير علنية فقط، ولا تنص على أن جلساتها سرية.

لهذا سنرى في الفقرة الثانية منها على أن المحكمة الدستورية يحق لها أن تستمع إلى الأطراف المعنية ومحاميهم، وأن تستدعي خبراء. فإذن مبدأ التواجهية والحضورية هو مقرر أمام المحكمة الدستورية، فهل الرقمنة يمكن أن تتيح هذا الأمر أم أنها قد تعرقله؟

لهذا فإن إرادة رقمنة المساطر في إجراءات الدعوى الدستورية يجب أن يعزز مبدأ الحضورية والتواجهية، وليس أن تلغيها، لأن الرقمنة ليست مطلوبة لذاتها، فهي مطلوبة لما تحمله من تسهيل في إنجاز عدالة دستورية ناجعة تستفيد منها الفئات المستهدفة.

لهذا فالرهان المطروح هو كيفية إخضاع الإجراءات لتقنية الرقمية، التي هي مطلوبة، بدون المس بأولوية حماية المبادئ الكبرى لحقوق الإنسان كما هي منصوص عليها في الدستور؟

### التساؤل الثالث

هو أن الهمم الذي يشغلنا المتمثل في الحرص على استفادة الفئات الهشة من الأدوار والمهام التي تقوم بها المحكمة الدستورية، يجب ألا يبلغه الاهتمام بالمطلب الرقمي.

ذلك أن الاستفادة من المجهود الرقمي يجب أن لا يسقط من الاعتبار تحقيق النجاعة في الأداء، الذي هو الشرط الضروري لإنجاح كل عملية قضائية أو عدلية. فأى عمل خارج دائرة العلم والكفاءة والمهنية قد يمس بالنجاعة التي هي مطلب ضروري في كل عدالة.

وسنرى في مواد أخرى من القانون المنظم للدفع بعدم الدستورية، المادة 5 مثلاً -في المشروع - نوع وتعدد الشروط المتطلبية في دعوى الدفع بعدم الدستورية ومدى التعقيدات التي تتطلبها مثل هذه الدعوى. فإلى أي مدى يمكن الحديث عن رقمنة مباشرة، بدون تدخل وسيط مؤهل، تتوفر فيه كل شروط النجاعة من علم وكفاءة وضبط لآليات العدالة الدستورية؟

### التساؤل الرابع

وفيما يتعلق بتوسيع وعاء مسؤولية المحكمة الدستورية، نحن نعلم على أن مهمة التثبيت من مطابقة قانون ما للدستور هي مهمة صعبة، لأنها تتطلب من المحكمة الدستورية أن تبحث في كل دفع يتعلق بانعدام الدستورية.

واعتقد أن الإحصاءات التي سمعناها صباحاً في مداخلات الدول الحاضرة في هذه الندوة أبانت على أن عدة دول كبرى كألمانيا وغيرها، أعلنت أن هناك العدد الكثير الذي يقدم من الطلبات للطعن بعدم الدستورية، لكن العدد الذي يقبل هو عدد قليل جداً الذي يبيت فيه.

لهذا أظن على أنه من الواجب طرح القضايا التالية:

#### الأولى:

يجب أن تطرح للنقاش قضية صياغة القوانين التي تصدرها السلطة التشريعية، وهل تتسم بالدقة والصيغة المحكمة التي تبعدنا عن أي تناقض في التأويل والتفسير والتحويل أحيانا لبعض القواعد؟

#### الثانية :

هي طرح إشكالية تعارض بعض القوانين المستجدة مع قوانين سابقة سواء في الزمان أو في المضمون أو في المواضيع التي تتناولها، مما يتيح أكثر من تفسير لأكثر من معنى، أحيانا نكون أمام نقطة أو فاصلة، قد تغير معنى القاعدة القانونية بكاملها.

#### الثالثة :

هي الحسم في الوسيط المساعد في نقل الدعوى أمام المحكمة الدستورية لكي تكون مقبولة مكتملة، لا تجعل المحكمة الدستورية تضيع وقتها في البحث عن صوابية دعوى في شكلياتها وفي هوية أطرافها، لكي تنفرد المحكمة الدستورية لتناول جوهر النزاع، الذي هو ضروري لكل تطور ديمقراطي.

لأن المحاكم الدستورية هي المحاكم التي تراقب مدى احترام إرادة الناخب المعبر التي هي إرادة الأمة وكما قلت سابقا، إن الدستور ينص على أن السيادة يمارسها المواطن بالاستفتاء مباشرة، فهذه السيادة هي التي تراقب المحكمة الدستورية تجسيدها في القانون.

لهذا أعتقد على أنه من الضروري أن توفر للمحكمة كافة الوسائل، بما سميته بتوسيع مسؤوليات المتدخلين الآخرين من سلطة تشريعية، ووسائط أخرى يمكن أن تلعب أدوارا من أجل أن تسهل مأمورية المحكمة الدستورية، عند دخول القانون التنظيمي حيز التنفيذ الذي ينتظره المغاربة، والذي يتعين أن يتم الإسراع بإخراجه للوجود، لما فيه من تفعيل للتطور الحقيقي والمجهد

آليات الدعم ورقمنة المساطر : روافع للولوج إلى العدالة الدستورية

الدستوري الذي بذله المغرب بكل جرأة وبكل خطوات شجاعة. ذلك أن الدستور عرف تحولاً في الاختصاصات التي أعطيت للحكومة والاختصاصات التي أعطيت للبرلمان والاختصاصات التي أعطيت كذلك للمحكمة الدستورية. لهذا أعتقد على أن رقمنة الإدارة شيء، ورقمنة المحكمة الدستورية شيء آخر، يتعين أن يؤخذ في الاعتبار هذا التمايز الضروري والحاصل والحاضر بين كل من الإدارة وبين المحكمة الدستورية.

كل هذه التساؤلات بطبيعة الحال لا تعني رفضاً للرقمنة، وإنما تعني أنه يجب أن نستعد لها وأن نضمن أن تكون فاعلة، منتجة، مساعدة لحكم يتسم بالنجاعة لكي يمس وتستفيد منه كل الفئات المستهدفة المنصوص عليها في ورقة التقديم لهذه الندوة.

شكراً لكم السيد الرئيس وشكراً للجميع.



## تقرير الجلسة

السيد أحمد السالمي الإدريسي  
عضو المحكمة الدستورية  
(المملكة المغربية)

تناولت مداخلة السيد مراد مدلسي، رئيس المجلس الدستوري الجزائري، بالدرس والتحليل، الرهانات الأساسية المتعلقة بآليات الدعم لتسهيل الولوج إلى العدالة الدستورية، انطلاقاً من التجربة الجزائرية (الآليات المالية والتكوينية والتنظيمية والمسطرية)، كما أبرزت أدوار الفاعلين المعنيين بهذه الآليات (المتقاضون ومهنيو العدالة ومؤسسات التصفية، ومحاكم التنظيم القضائي المثار أمامها الدفع بعدم الدستورية).

وعرضت المداخلة أيضاً، لعدد من التحديات الجديدة المتعلقة برقمنة المساطر على ضوء التجربة الجزائرية المتعلقة بتنفيذ مسطرة الدفع بعدم الدستورية (توعية وتحسيس المتقاضين، دعم قدرات القضاة وباقي مهنيي العدالة على مستوى محاكم التنظيم القضائي، حماية المعطيات ذات الطابع الشخصي)، كما تطرقت المداخلة للآثار الإيجابية المتوقعة لرقمنة المساطر على تخفيض الآجال الفعلية لمعالجة الدفوع بعدم الدستورية، وتحسين الولوج إلى هذه الآلية.

وتم تقديم التجربة المصرية في مجال رقمنة المساطر المتعلقة، من خلال مداخلة السيد عادل عمر شريف، نائب رئيس المحكمة الدستورية العليا، إذ ذكرت المداخلة بالمحطات الأساسية لتطور القضاء الدستوري

في جمهورية مصر العربية. كما أبرزت المداخلة الطابع القاري والمشارك للتحديات المتعلقة برقمنة عمل المحاكم الدستورية والعليا، والمكانة التي يحتلها هذا التحدي في أشغال اجتماعات القاهرة السنوية رفيعة المستوى لرؤساء المحاكم الدستورية العليا والمجالس الدستورية الإفريقية.

وعرضت المداخلة أيضا لأهمية كسب رهان الرقمنة، باعتبار انعكاساته على تيسير الولوج إلى العدالة الدستورية، وتوطيد ضمانات حقوق الدفاع، مع ضرورات ابتكار حلول عملية لضمان حماية المعطيات ذات الطابع الشخصي واحترام مبدأ التدرج في الرقمنة اعتبارا لمستوى المعرفة الرقمية لدى المتقاضين.

وقدمت مداخلة السيد إلكا كانتولا، عضو اللجنة الدستورية الفنلندية، الخصائص الأساسية لهذه التجربة التي تسند فيها المراقبة القبلية للدستورية إلى جهاز برلماني هي لجنة القانون الدستوري التي تتألف من أعضاء البرلمان المختصين في العلوم القانونية، يمثلون الأغلبية والمعارضة، كما تستعين في عملها بخبراء مختصين في القانون.

كما قدمت المداخلة نظام الرقابة اللاحقة غير المركزية على دستورية القوانين، والمسند إلى جميع المحاكم، والذي تم إقراره بموجب المراجعة الدستورية لسنة 1999 التي وسعت أيضا كتلة الحقوق والحريات المضمنة دستوريا وتزامنت مع توسع الممارسة الاتفاقية الإقليمية (الأوروبية) لفنلندا. وتذكر المداخلة أيضا بتكامل هذه المنظومة، مع آلية الشكايات الموجهة إلى السلطة الحكومية المكلفة بالعدل وإلى الوسيط (الأمدسمان) البرلماني.

واقترحت مداخلة السيد عبد الكبير طييح، محام بهيئة الدار البيضاء، عددا من مداخل التفكير بشأن مجموعة من القضايا الأساسية المتعلقة بالولوج إلى العدالة الدستورية. وتتعلق تلك القضايا بطبيعة المنازعة الدستورية في إطار الرقابة اللاحقة، وكذا مسألة التواجهية، وقضية الفعالية وتدابير تدفقات الطعون في إطار الدفع بعدم الدستورية.



**الجلسة الثالثة**

**المسارات المسطرية لولوج أفضل  
إلى العدالة الدستورية**



## كلمة تقديمية

السيدة السعدية بلخير  
عضو المحكمة الدستورية  
(المملكة المغربية)

السلام عليكم، تحية صادقة لكل الحاضرين، ضيوفا ومحليين،  
الحضور الكريم،

أتشرف في هذه الصبيحة من يوم الجمعة المبارك، بترؤس هذه الجلسة  
التي تتناول مسألة المساطر لولوج أفضل إلى العدالة الدستورية.

الموضوع يكتسي أهمية خاصة، والمتدخلون ثلة من الخبراء الذي لهم  
باع في أوطانهم في هذا الموضوع، وبالطبع نتمنى أن نوفق في احترام الوقت  
لأن الوقت ضيق، لكن سعة الصدر يمكن أن تساعدنا على تجاوز هذا الإشكال.

أقول إن التجارب المقارنة اتفقت في مجموعها على أشياء عدة: أولها،  
الغاية من آلية الدفع بعدم الدستورية، وتتمثل في تطهير النظام القانوني من  
النصوص المشوبة بعيب عدم الدستورية، في إطار من التكامل والانسجام  
مع باقي آليات المراقبة الدستورية، خاصة تلك التي تتعلق بالرقابة القبيلية أو  
المجردة.

ثم هناك شروط قبول الدعوى، وتنصرف أساسا إلى التحقق من مسألة  
جدية الطعن، ومفهوم جدية الطعن، وغياب ما يسمى بسبقية البت في ذات  
الموضوع من قبل المحكمة والمجلس الدستوري المعني.

ثالث الأشياء التي تم الاتفاق عليها هي كفالة ضمانات المحاكمة العادلة، وما تقتضيه من تمكين الولوج، والبت داخل آجال معقولة، ومؤازرة المحامي، وضمان المسطرة التوجيهية، وتعليل القرارات.

هذه التجارب تختلف مع ذلك في عدة أشياء، أولاً: ما يتعلق بالنصوص المرجعية للحماية والتي تؤثت لداعي الدفع بعدم الدستورية، ثانياً: موضوع الدفع بعدم الدستورية، ويتراوح بين النص القانوني واللائحة ليمتد، في التجارب المعنية، إلى الأحكام القضائية والقرارات الإدارية. ثم هناك أنظمة التصفية القبلية الرامية إلى التحقق من استيفاء العريضة لشروط القبول وجدية الطعن، علماً أن مفهوم الجدية لازال يتطلب الكثير من الدراسة. ثم هناك الآثار المترتبة عن قرارات المحاكم والمجالس الدستورية، في حال البت في موضوع الدفع.

هذا الاختلاف ما هو مرده؟ مرده حسب ما تم تناوله في عدة دراسات هو محاولة التوفيق بين عدة إكراهات وتحديات، ولو أن البعض لا يريد استعمال كلمة تحديات أو حتى كلمة رهانات. إذن هناك محاولة للتوفيق بين عدة إكراهات متباينة، أولها إكراه استقرار المحاكم والمجالس الدستورية، والحفاظ على نوع من الحوار القضائي بينها وبين باقي درجات التنظيم القضائي. ثاني هذه الإكراهات هو إكراه مطابقة النصوص التنظيمية القائمة للدستور مع مطلب الأمن القانوني والقضائي خاصة في حالة الإلغاء أو بطلان النصوص القانونية لعدم دستورتها، والدعوة الموجهة للقضاء للتوقف عن إعمالها في دعاوى جارية أو لم يتم الانتهاء من دراستها والبت فيها بعد.

وآخر هذه الإكراهات، وربما ليس الأخير، إكراه ضمان الولوج، وهذا صلب تدارس هذا الموضوع في هذه الصبيحة، إكراه ضمان الولوج إلى العدالة الدستورية، مع استحضر التخوفات التي أبانت عنها الممارسة والمتمثلة في ظاهرة التضخم في الملفات المعروضة على القضاء الدستوري.

نحن في هذه الصبيحة سنستمع إلى مداخلات طيبة من السادة الخبراء والضيوف الكرام حول نماذج تنتمي إما إلى المدرسة الأمريكية أو إلى

المدرسة الكلسينية، وهي مدرسة تجد بها أثرا أساسيا في التجارب الأوربية والتجارب التي أخذت عليها في باقي القارات.

أطلب منكم، بالنظر إلى كون أحد المتدخلين في الجلسة الرابعة له إكراه التوجه إلى المطار في مدة قريبة، أطلب منكم التفضل بالسماح بالاستماع إليه في تدخله قبل المغادرة وأدعو السيد كانديدو-كوند بومبيدو، والذي يمثل المحكمة الدستورية بإسبانيا، لتناول الموضوع الذي أراد أن يلقيه أمامكم ولو في الجلسة الرابعة، وبعدها نتناول العروض التي تهمنا في جلستنا هذه، فإليه أوجه الكلمة لتناول العرض الذي أراد أن يقدمه.

**السيد كانديدو- كوند بومبيدو**  
**عضو المحكمة الدستورية**  
**(إسبانيا)**

**ملخص**

تقدم المداخلة الخصائص الأساسية لدعوى الحماية كألية للرقابة البعدية على دستورية القوانين، وحماية الحقوق الأساسية في تكامل مع الحماية التي تضطلع بها محاكم التنظيم القضائي للحقوق والحريات.

وتبرز المداخلة بشكل خاص، المسار التاريخي لاعتماد هذه الآلية ومرتكزاتها المعيارية والآثار التي خلفتها قرارات المحكمة الدستورية الإسبانية المتخذة في إطار هذا الاختصاص على المنظومة القانونية الوطنية، كما تعرض المداخلة بعض العناصر المسطرية لهذه الدعوى، خاصة ما يتعلق بتدبير المقبولية في إطارها، ومعطيات إحصائية متعلقة بها.

النص الكامل للمداخلة باللغة الإسبانية، الصفحات 103 – 106 من القسم الخاص باللغات الأجنبية

**السيد ميلتون راي كيفارا**  
**القاضي رئيس المحكمة الدستورية**  
**( جمهورية الدومنيكان )**

**ملخص**

تقدم المداخلة، المعززة بعدد من نماذج الاجتهادات القضائية، المبادئ الرئيسية لمنظومة العدالة الدستورية بجمهورية الدومنيك والمتمثلة في العدالة، السرعة، الدستورية، الفعلية، المجانية، عدم قابلية الحقوق للتصرف والمبدأ المضاد للشكلانية.

كما تعرض المداخلة لآلية الرقابة السابقة على دستورية القوانين، وكذا آلية الرقابة اللاحقة في إطار دعوى الحماية المباشرة، وإمكانية ذوي المصلحة التدخل فيها إلى جانب المتقاضين، والتحقق من تنفيذ قرارات المحكمة الدستورية.

**النص الكامل للمداخلة باللغة الإسبانية، الصفحات 107 - 120 من القسم الخاص باللغات الأجنبية**

**السيد جيوليو بروسبيريتي**  
**قاض بالمحكمة الدستورية**  
**(إيطاليا)**

**ملخص**

تقدم المداخلة، الاختصاصات الأساسية للمحكمة الدستورية الإيطالية ومسطرة سؤال الدستورية بوصفها دعوى عارضة تشكل آلية الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين.

وتعرض المداخلة، أيضا، عددا من الخيارات المعتمدة في التجربة الإيطالية، لتوسيع نطاق المراقبة اللاحقة على دستورية القوانين، ومكنت هذه الخيارات من مد هذا النطاق إلى سبل الانتصاف شبه القضائية، وتتناول المداخلة عددا من التحديات المتعلقة بإحالة قاضي الموضوع لسؤال الدستورية إلى المحكمة الدستورية.

وتقدم المداخلة تصورا بخصوص الآفاق المتوقعة للسياسة الاجتهادية للمحكمة الدستورية الإيطالية في مجال تقدير جدية أسئلة الدستورية.

**النص الكامل للمداخلة باللغة الفرنسية، الصفحات 121 - 124**  
**من القسم الخاص باللغات الأجنبية**



## السيدة هانا سوشوسكا

الرئيسة الشرفية للجنة الأوروبية من خلال القانون (لجنة البندقية)،

وزيرة العدل سابقا

(بولونيا)

### ملخص

تعرض المداخلة لأهم محطات تطور مراقبة الدستورية في بولونيا، منذ إحداث المحكمة الدستورية بمقتضى المراجعة الدستورية في 1982، والنقاشات القانونية التي رافقت هذا التطور، بشأن حجية قرارات المحكمة الدستورية، وبشأن نطاق اختصاصاتها.

وتتوقف المداخلة، بشكل خاص، عند مراجعة القانون المحدد لاختصاصات المحكمة الدستورية في سنة 2015، والذي أقر اختصاص المحكمة الدستورية في مجال الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين من خلال آليتي الدعوى الدستورية، وسؤال الدستورية، وأثار التصريح بعدم دستورية مقتضى تشريعي على المنظومة القانونية الوطنية من جهة، وعلى النزاع الذي أثير بمناسبة سؤال الدستورية من جهة أخرى.

النص الكامل للمداخلة باللغة الإنجليزية، الصفحات 125 - 134

من القسم الخاص باللغات الأجنبية

**السيد ديتير كريم**  
عضو سابق للمحكمة الدستورية الفيديرالية، أستاذ جامعي  
(ألمانيا)

**ملخص**

تعرض المداخلة للآليات الثلاث المعتمدة في النظام الدستوري الألماني للرقابة اللاحقة على دستورية القوانين، وهي المراقبة المعيارية المجردة، وسؤال الدستورية والشكاية الدستورية المباشرة.

وتبرز المداخلة بشكل خاص، الجوانب المسطرية المتعلقة بهذه الآليات، ونمط اتخاذ القرار القضائي على مستوى المحكمة الدستورية، وكذا الحلول القانونية والاجتهادية التي تم اعتمادها من أجل توسيع نطاق القرارات الخاضعة للرقابة على الدستورية في إطار الشكاية المباشرة، وتوسيع نطاق القرارات الخاضعة للرقابة على الدستورية ونطاق المصلحة في الدعوى، في إطار آلية الشكاية المباشرة.

وتتناول المداخلة أيضا مختلف السيناريوهات المتعلقة بآثار قرارات التصريح بعدم دستورية قانون في إطار أعمال مختلف آليات الرقابة اللاحقة المشار إليها.

النص الكامل للمداخلة باللغة الإنجليزية، الصفحات 135 - 138  
من القسم الخاص باللغات الأجنبية

**السيد جيمس إدوارد فاندر**  
مستشار لدى اللجنة القضائية الفيدرالية،  
المؤتمر القضائي للولايات المتحدة  
أستاذ القانون بمدرسة بريتسكر للقانون،  
الجامعة الشمالية الغربية (شيكاغو)  
(الولايات المتحدة الأمريكية)

## ملخص

تتناول المداخلة مناهج عمل المحكمة العليا الفيدرالية وسلطتها التقديرية في انتقاء النظر في القضايا المتعلقة بالدفع بعدم الدستورية في إطار اختصاصاتها كمحكمة نقض فيدرالية، وذلك في عبر آلية مراجعة الدعوى certiorari، وشروط مقبولية العرائض المقدمة في إطار هذه الآلية، ومسطرة البت فيها.

وتعرض المداخلة، عبر عدد من الاجتهادات والعناصر الإحصائية، لأهم العوامل المحددة لمقبولية أو عدم مقبولية العرائض المذكورة.

وتقدم المداخلة أيضا عددا من الخلاصات تتعلق بالمقارنة بين المنظومتين الأمريكية والمغربية للرقابة اللاحقة على دستورية القوانين.

النص الكامل للمداخلة باللغة الإنجليزية، الصفحات 139 - 145

من القسم الخاص باللغات الأجنبية

## السيد مو جيهونك

أستاذ بمعهد القانون، الأكاديمية الصينية للعلوم الاجتماعية  
نائب رئيس الجمعية الدولية للقانون الدستوري  
(جمهورية الصين الشعبية)

### ملخص

تقدم المداخلة المحطات الأساسية لتطوير آلية المراقبة الدستورية بالصين، وأهم النقاشات النظرية والفقهية التي واكبتها، وذلك منذ دخول دستور 1982 حيز النفاذ، وكذا الدور الذي تلعبه الجمعية الشعبية الوطنية (البرلمان) ولجنته الدائمة في الإشراف على أعمال الدستور، والنهوض، عبر العمل البرلماني، بمراقبة دستورية القوانين، طبقاً لتوجهات المؤتمر الوطني 19 للحزب الشيوعي الصيني، والمتمثلة في تقوية عمل الرقابة على دستورية القوانين وحماية سلطة الدستور.

النص الكامل للمداخلة باللغتين الفرنسية والإنجليزية،  
الصفحات 146-182 من القسم الخاص باللغات الإنجليزية

**السيد عمر ويدرا**  
نقيب، رئيس جمعية هيئات المحامين بالمغرب  
(المملكة المغربية)

بسم الله الرحمن الرحيم  
حضرات السيدات والسادة

يعتبر الدفع بعدم الدستورية إجراء قضائيا تتبلور من خلاله الرقابة البعدية على دستورية النصوص القانونية، هذا النموذج من الرقابة يعتبر من المستجدات التي جاء بها دستور 2011 بالمغرب، وباختياره هذا يكون المغرب قد اتجه نحو بعض الأنظمة الأوروبية في مسار الرقابة الدستورية، تلكم الأنظمة التي مكنت الأفراد من حق ممارسة الرقابة الدستورية البعدية بهدف ترسيخ مفهوم سمو القاعدة الدستورية، من خلال سن القوانين والمساطر التي تمكن من الولوج للعدالة الدستورية ومن خلال إمكانية الطعن في المقتضى غير الدستوري.

إن الوثيقة الدستورية اليوم أصبحت إطارا شاملا للحياة السياسية والقانونية والاجتماعية حيث لم يعد الدستور فقط فضاء لتأطير إشكالات الدولة والسلطة، بل أصبح أيضا وثيقة أساسية لتحديد علاقة الدولة بالمجتمع والتي من المفروض أن تكون قائمة على ضمان الحقوق والحريات.

إن مختلف التجارب الوطنية تواجه تحديات مشتركة، بالنظر لكونها يجب أن تولي أهمية فائقة للتوازن الضروري بين توسيع ولوح المتقاضين إلى القضاء الدستوري من جهة وبين فعالية طرق الطعن من جهة أخرى.

## حضرات السيدات والسادة

لقد نص الفصل 133 من الدستور المغربي على حق دستوري جديد من خلال تخويل المحكمة الدستورية البت في الدفع بعدم دستورية قانون يثار من قبل أحد الأطراف أثناء النظر في قضية والذي يكون من شأنه المساس بالحقوق والحريات التي يضمنها الدستور.

كما تحيل المادة 28 من القانون التنظيمي رقم 066.13 المتعلق بالمحكمة الدستورية على قانون تنظيمي لاحق يحدد شروط وإجراءات المحكمة الدستورية لاختصاصاتها في مجال النظر في كل دفع بعدم دستورية قانون.

هنا فان المشرع الدستوري حدد للمحكمة الدستورية مهمة تتجاوز مجرد حماية النظام الدستوري الموضوعي. وذلك عبر إدراجه لأول مرة آليات تمكن من حماية الحقوق الفردية الأساسية من طرف المحكمة عبر تمكين الأطراف في حال نزاع قضائي من الولوج إلى المحكمة الدستورية في حال الدفع بعدم دستورية إذا كان القانون الذي سيطبق في النزاع يمس بالحقوق والحريات التي يضمنها الدستور.

هذا وقد اختلفت التجارب الدستورية بخصوص مسطرة الدفع بعدم دستورية القوانين فظهرت عدة اتجاهات ومدارس منها من خول المحكمة التي أثير أمامها الدفع صلاحية التأكد من شروطه وجديته، وفي حال تأكدها من ذلك والاستجابة للدفع، توقف البت في الدعوى الأصلية وتحيل الدفع المثار إلى المحكمة الدستورية وهو الخيار المعمول به في دول إسبانيا وبلجيكا ورومانيا وتركيا والكويت.

أما الاتجاه الثاني فقد أناط بمحكمة الموضوع التي أثير أمامها الدفع وبعد تأكدها من استيفائه لشروطه وجديته تحديد أجل لمثير الدفع لتقديم دفعه أمام المحكمة الدستورية وإذا لم يقدم الدفع داخل الأجل المذكور اعتبر الدفع كان لم يكن وهو الاتجاه الذي اعتمده دول مصر والإمارات العربية المتحدة وقطر.

أما الاتجاه الثالث فقد اعتمدت فيه بعض التجارب الدولية خيار التصفية الذي يركز على أساس أن محكمة الموضوع التي أثير أمامها الدفع وبعد تأكدها من استيفائه لشروطه وجديته تحيل الدفع المثار إلى محكمة النقض كجهة للتصفية، لتتأكد من توفر شروط وجدية الدفع، وإحالتها إلى المحكمة الدستورية بعد قوله وهو النظام المعمول به في فرنسا والأردن.

إن من بين الأهداف التي يرمي المغرب إلى تحقيقها من خلال تنزيل هاته الآلية الدستورية هي تيسير وتوسيع طرق اللجوء إلى القضاء الدستوري وتمكين المواطنين من المساهمة في تنقيح المنظومة التشريعية وتطهير الترسانة القانونية السارية النفاذ مما قد يشوبها من مقتضيات غير دستورية.

فكيف يمكن للمواطنين اللجوء إلى القضاء الدستوري؟ وما هي شروط قبول الدعوى؟ وكيف يمكن ضمان ولوج سلس للمواطنين للعدالة الدستورية والبت داخل آجال معقولة مع ضمان الاستعانة بمحام؟

بداية وقبل محاولة الجواب على هاته الأسئلة لا بد من التذكير بالقرار الصادر عن المحكمة الدستورية بتاريخ 6 مارس 2018 والذي تم نشره بالجريدة الرسمية رقم 6655 بتاريخ 23 جمادى الآخرة 1439 (12 مارس 2018)، ص 1491، والذي نص على عدم مطابقة 11 مادة من بين 27 مادة التي يتكون منها المشروع من القانون التنظيمي رقم 86.15 بتحديد شروط وإجراءات الدفع بعدم دستورية قانون للدستور، الشيء الذي ترتب عنه عدم إصدار الأمر بتنفيذ هذا القانون التنظيمي (الفقرة الأولى من المادة 27)، إضافة إلى أن قرار المحكمة الدستورية لم ينص على إمكانية فصل المواد التي قضى بعدم دستورتها من هذا القانون التنظيمي، كما أنه لم ينص على جواز إصدار الأمر بتنفيذ هذا القانون التنظيمي باستثناء المواد المصرح بعدم دستورتها.

لهذا ومنذ شهر مارس 2018، نحن أمام وضعية خاصة ننتظر من خلالها مشروعاً جديداً للقانون التنظيمي. وأكرر- جديداً مادام أنه سيكون من الضروري إدخال مجموعة من التعديلات عليه وفق قرار المحكمة الدستورية المذكور وهو ما سيجعل من على الأرجح نصاً بروح جديدة، وهنا لا بد من استحضار تبعات هذا القرار خلال المناقشة.

### أولاً: الأطراف المخول لها الدفع بعدم الدستورية

أطراف الدعوى حسب مشروع القانون التنظيمي رقم<sup>1</sup> 86.15 المدعي والمدعى عليه في الدعاوى المدنية أو التجارية أو الإدارية وكل متهم أو مطالب بالحق المدني أو مسؤول مدني في الدعوى العمومية.

وعلى هذا الأساس، فالدفع بعدم الدستورية لا يعتبر دعوى عامة أو شعبية من الجائز أن يلجأ إليها أي شخص، وإنما يبقى هذا الدفع محصوراً في أطراف النزاع فقط.

والملاحظ أن المشرع سكت، حول جواز أو عدم جواز إثارة الدفع بعدم الدستورية من قبل النيابة العامة باعتبارها طرفاً من أطراف الدعوى سواء بشكل أصلي أو منظم غير أن قرار المحكمة الدستورية قد حسم الأمر حينما اعتبر أن التقيد بالزامية دستورية القواعد القانونية يقتضي من النيابة العامة بصفتها طرفاً أن تدفع بعدم دستورية قانون في حالة تقديرها أو شكها من أن مقتضياته الواجبة التطبيق تعثرها شبهة عدم الدستورية.

بينما في إسبانيا مجال الدفع بعدم الدستورية أو ما يسمى بطعن الحماية الدستورية نجد الفصل 162 من الدستور يحدد الأشخاص الذين يحق لهم ممارسة هذا الطعن في أي شخص طبيعي أو اعتباري يدافع عن مصلحة مشروعة وكذا بالنسبة لمحامي الشعب والنيابة العامة.

وخلافاً للتجربة المغربية فإن إسبانيا وفي إطار ما يسمى بـ «سؤال عدم الدستورية» مكنت المحكمة تلقائياً إذا رأت وهي تضع يدها على نزاع أن قانوناً واجب التطبيق في النازلة يخالف مقتضيات الدستور رفع الأمر إلى المحكمة الدستورية.

### ثانياً: إجراءات الولوج إلى المحكمة الدستورية

ينص مشروع القانون التنظيمي رقم 86.15 على خطوتين إجرائيتين من أجل تحديد مقبولية الدعوى، الأولى أمام محاكم أول درجة وثاني درجة والثانية أمام محكمة النقض.

1. يتعلق الأمر بمشروع القانون التنظيمي موضوع قرار المحكمة الدستورية رقم 70.18 المشار إليه.



ويمكن تحديد شروط قبول الدفع بعدم الدستورية الذي يثار أمام محاكم أول درجة وثاني درجة وفق التالي:

1. يتعلق الأمر بداية بمذكرة كتابية،
2. يجب أن تقدم المذكرة بصفة مستقلة،
3. أن تكون موقعة من طرف المعنى بالأمر أو من قبل محام مسجل في جدول هيئة من هيئات المحامين بالمغرب مع مراعاة الاتفاقات الدولية النافذة،

وبخصوص هاته النقطة تدخلت المحكمة الدستورية واعتبرت أن الدفع بعدم الدستورية يتبع الدعوى الأصلية بخصوص ما تتطلبه في موضوع الاستعانة بمحام، فتكون إجبارية الاستعانة بمحام في الحالة التي توجب ذلك الدعوى الأصلية في حين يكون للمعنى بالأمر الحق في توقيع مذكرة الدفع إذا كانت الدعوى الأصلية التي أثير بمناسبة معفية من قاعدة تطبيق قاعدة الاستعانة الوجوبية بمحام.

هذا رغم أن أغلب الأنظمة والقوانين التي وضعت آلية الدفع بعدم الدستورية في إطار قانوني قررت أنه يقع تحت طائلة البطلان الطلب إذا لم يكن موقعا من طرف محام، حيث شرط توقيع محام على طلب الدفع يعتبر من النظام العام في أغلب الدول التي توطر قوانينها هذا الدفع، كما أنه لم يتم الأخذ بمقترحات المجلس الوطني لحقوق الإنسان حينما قال: «إن الوسيلة التي يثار بموجبها أن القانون الذي سيطبق في النزاع يمس بالحقوق والحريات التي يضمنها الدستور ينبغي تقديمها تحت طائلة البطلان بمقال منفصل ومكتوب ومعلل يوقعه محام مسجل بجدول هيئة من هيئات المحامين بالمغرب»، لكن المشرع المغربي والمحكمة الدستورية كان لهما رأي مخالف.

ورجوعا إلى باقي شروط قبول الدفع بعدم الدستورية الذي يثار أمام محاكم أول درجة وثاني درجة نجد أنه يجب أن تؤدي عنها ودبعية قضائية يتم تحديد مبلغها وفق التشريع الجاري به العمل ما لم يتم تمتيع مثير للدفع بالمساعدة القضائية.

وهنا جاء في قرار المحكمة الدستورية أن دور القاضي ينحصر في تحقيقه من توفر شروط الدفع ومدى توفره على البيانات المطلوبة في أي دعوى، وأدائه للرسم القضائي.

ويلاحظ أن المحكمة الدستورية أشارت لبعض الشروط الشكلية لقبول الدفع بعدم الدستورية ومنها أداء الرسم القضائي، في الوقت الذي ينص فيه القانون التنظيمي رقم 86.15 في مادته 4 على وجوب إثارة الدفع بعدم الدستورية بواسطة مذكرة كتابية، وأداء وديعة قضائية يتم تحديد مبلغها وفق التشريع الجاري به العمل.

وإذا كانت المحكمة الدستورية قد اعتبرته من جهة، أن أداء الرسم القضائي من شروط قبول الدفع بعدم الدستورية، فهي لم تربطه بعبارة، «وديعة قضائية» الواردة في القانون التنظيمي رقم 86.15، والحال أن هناك اختلافاً بين العبارتين، من منطلق أن الرسم القضائي المؤدى من قبل أطراف للدعوى أمام المحكمة لا يتم استرجاعه، بخلاف عبارة الوديعة القضائية التي يسترجعها مثير الدفع عند إقرار المحكمة الدستورية بجدية الدفع.

ونعتقد أن مشروع القانون التنظيمي الجديد سيستبدل في الغالب عبارة الوديعة القضائية بالرسم القضائية انسجاماً مع روح قرار المحكمة الدستورية.

ومن جهة أخرى، إذا افترضنا أن المحكمة الدستورية تقصد بعبارة «الرسم القضائي» مغزى عبارة «الوديعة القضائية»، فإنه كان عليها توضيح ما إذا كان الدفع بعدم الدستورية، يتبع الدعوى الأصلية بخصوص ما تتطلبه من أداء الرسم القضائي في الحالة التي توجب ذلك الدعوى الأصلية، وبذلك فإنه ينبغي أن يتم الإعفاء من أداء الرسم القضائي عند الدفع بعدم الدستورية، إذا كانت الدعوى الأصلية التي أثير بمناسبة الدفع معفية من أداء الرسوم القضائية.

وبالرجوع إلى القانون المقارن نجد أن أغلب التجارب الدولية، لم تشترط أداء الرسم القضائي لقبول الدفع بعدم الدستورية. ولعل الغاية من

هذا التوجه، هو عدم إثقال كاهل مثير الدفع بمصاريف قد ترهقه وتؤدي به إلى العدول عن إثارة الدفع بعدم الدستورية وهو الأمر الذي أوصى به المجلس الوطني لحقوق الإنسان.

4. أن تتضمن المقتضى التشريعي موضوع الدفع بعدم الدستورية، الذي يعتبر صاحب الدفع أنه يمس بالحقوق والحريات التي يضمنها الدستور؛

5. أن تتضمن بيانا لأوجه الخرق أو الانتهاك أو الحرمان من الحق أو الحرية المذكورة في البند أعلاه ؛

6. أن يكون المقتضى التشريعي موضوع الدفع هو الذي تم تطبيقه أو يراد تطبيقه من لدن المحكمة في الدعوى أو المسطرة أو يشكل أساسا للمتابعة حسب الحالة ؛

7. ألا يكون قد سبق البت بمطابقة القانون محل الدفع للدستور، ما لم تتغير الأسس التي تم بناء عليها البت المذكور.

وينبغي للمحكمة أن تتأكد من استيفاء الدفع بعدم دستورية قانون المثار أمامها للشروط المشار إليها داخل أجل ثمانية أيام من تاريخ إثارته وفقا للقانون، ويكون مقرر المحكمة بعدم القبول غير قابل للطعن. ولكن يجوز إثارة نفس الدفع من جديد أمام المحاكم الأعلى درجة التي وجب عليها إحالتها على محكمة النقض التي تتحقق منه بواسطة هيئة يعينها الرئيس الأول لمحكمة النقض.

ثم هناك المرحلة الثانية، إذا ما تحققت المحكمة من استيفاء مذكرة الدفع للشروط المنصوص عليها وجب عليها إحالتها إلى محكمة النقض، وهنا لن أفضل في هاته النقطة باعتبار أن المحكمة الدستورية قررت عدم مطابقة هذا المقتضى للدستور واعتبرت أن المحكمة الدستورية هي المختصة بالنظر في كل دفع يتعلق بعدم دستورية قانون، ويشمل نظرها في الدفع المحالة عليها شكلا وموضوعا. وأن تقدير الجدية الموكول للهيئة المحدثة بمحكمة

النقض، يحول الهيئة المذكورة إلى مراقب سلبي للدستورية، بالنظر لصعوبة تحديد العناصر المشكلة للجدية، وارتباط تقديرها بالموضوع وليس بالشكل؛ وأن نظام التصفية بمحكمة النقض يؤدي إلى انتقاص اختصاص المحكمة الدستورية بصلاحيه المراقبة البعدية للدستور، وحرمانها من ممارسة اختصاصها كاملا، وأن إحداث آلية كفيلة بإرساء نظام للتصفيه بالمحكمة الدستورية يحدد قانون تنظيمي تركيبتها وضوابط عملها، من شأنه تحقيق النجاعة القضائية وحسن سير العدالة وسرعة البت في الدفوع وإصدار قرارات بشأنها داخل أجل معقول.

وهنا فإنه من المرتقب أن ينص مشروع القانون التنظيمي الجديد على إحداث هيئة مختصة بتصفيه الدفوع بعدم دستورية قانون سواء تلك المحالة إليها أو المقدمة مباشرة أثناء نظرها المنازعات الانتخابية.

وإذا كان المغرب لم يختر نظام تقديم الأفراد للشكاوى الدستورية مباشرة كما هو عليه الأمر في دول مثل ألمانيا وجنوب إفريقيا وبولندا فهناك البعض -وخصوصا المنظمات الحقوقية- الذي أبدى تخوفا من أن تصبح المحاكم الدنيا دور حارس لتعرقل جهود المشتكين كما حدث في بعض الدول حينما رفضت المحاكم الدنيا الطعون الدستورية في قوانين قمعية أو مقوضة لحقوق الإنسان.

### ثالثا: الآجال المضمنة بقانون الدفع بعدم دستورية قانون

العدالة البطيئة ظلم ناجز بل هي اللاعدالة نفسها، ولهذا لا يمكننا الحديث عن الولوج للعدالة الدستورية دون الحديث عن الآجال التي يعد تحديدها جد مهم على اعتبار أنه الكفيل بإنجاح الاستفادة من هذا الحق من قبل المتقاضين فبدونه لا يمكن معرفة متى سيتم قبول هذا الدفع أو عدم قبوله، وفي القوانين المقارنة نجد مثلا أن إسبانيا قد حددته في ثلاثة أشهر، البحرين في شهر واحد. وعموما نجد أن أجل ثلاثة أشهر هو أجل معقول، هذا وقد نص مشروع القانون التنظيمي رقم 86.15 على ستة آجال لها علاقة بمسطرة الدفع:

1. أجل أربعة أيام الذي تنذر بمقتضاه محكمة الدرجة الدنيا مثير للدفع بتصحيح المسطرة ويحتسب من تاريخ تقديم المذكرة الكتابية؛
2. أجل ثمانية أيام الذي تحيل فيه المحكمة مذكرة الدفع إلى محكمة النقض بعد تحققها من استجماع الشروط؛
3. أجل ثلاثة أشهر الذي يجب أن تثبت فيه هيئة التصفية بمحكمة النقض في جدية الدفع وتحيله إلى المحكمة الدستورية مع العلم أن الأجل - وفي الغالب - سيقطع إلى 15 يوما في المشروع الجديد حيث ستصبح غرفة أو غرف التصفية بالمحكمة الدستورية؛
4. أجل عشرة أيام حين تطلب المحكمة الدستورية نسخة من ملف الدعوى من المحكمة التي أثير أمامها الدفع؛
5. أجل ستون يوما الذي يجب أن تثبت فيه المحكمة الدستورية في الدفع بعدم الدستورية ابتداء من تاريخ إحالة الدفع عليها أو إثارته أمامها؛
6. أجل ثمانية أيام الذي يبلغ فيه قرار المحكمة الدستورية الصادر بشأن عدم الدستورية إلى الأطراف والمحاكم الدنيا وإذا كان قرارا بعدم الدستورية يبلغ للملك ورئيس الحكومة ورئيسي مجلس البرلمان يبلغ فوراً؛

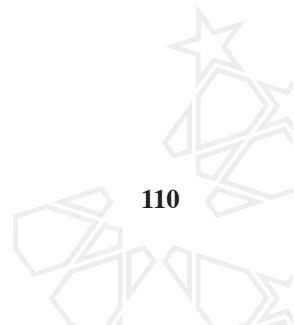
مع العلم أن جميع الأجال المنصوص عليها في القانون التنظيمي هي آجال كاملة يستثنى من احتسابها اليومين الأول والأخير وتضاف إليها الحالة التي يصادف فيها اليوم الأخير للأجل يوم عطلة حيث يمتد الأجل حينها إلى أول يوم عمل.

#### حضرات السيدات والسادة

للأسف الوقت لا يسمح بمزيد من التفصيل والغوص في موضوع المسارات المسطرية لولوج أفضل إلى العدالة الدستورية ولا شك أن النقاش الذي سيتلوهاته العروض سيمكن من تسليط الضوء على جوانب أخرى للموضوع.

أخيرا باسم جمعية هيئات المحامين بالمغرب أشكر السيد رئيس المحكمة الدستورية والسادة أعضائها وكذا أكاديمية المملكة المغربية على حسن تنظيم هاته الندوة الغنية بموادها العلمية وبمكانة ومستوى المشاركين فيها.

شكرا للجميع



**السيدة نادية البرنوصي**  
**أستاذة بالمدرسة العليا الوطنية للإدارة**  
**عضو سابق باللجنة الاستشارية المكلفة بمراجعة الدستور**  
**(المملكة المغربية)**

**ملخص**

تتناول المداخلة مسألة الطابع الفعلي للولوج إلى العدالة الدستورية في إطار الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين، وذلك باستحضار المرجعيات الاتفاقية الدولية وكذا النظريات الدستورية ذات الصلة.

كما تعرض المداخلة لسبل تجاوز العوائق المادية أو السوسيولوجية أو اللغوية التي تحول دون وولوج المتقاضين من الفئات الهشة إلى العدالة الدستورية.

وتقدم المداخلة تقييما لمختلف السيناريوهات المسطرية المتعلقة بتحديد شروط وكيفيات إعمال الدفع بعدم الدستورية، طبقا للفصل 133 من الدستور، وفي ضوء قرار المحكمة الدستورية 70/18.

**النص الكامل للمداخلة باللغة الفرنسية، الصفحات 184 - 189**  
**من القسم الخاص باللغات الأجنبية**





## تقرير الجلسة

السيد محمد بن عبد الصادق  
عضو المحكمة الدستورية  
(المملكة المغربية)

عرض السيد كانديدو-كوند بومبيدو، عضو المحكمة الدستورية الإسبانية، تجربة دعوى الحماية كألية للرقابة البعدية على دستورية القوانين، وحماية الحقوق الأساسية في تكامل مع الحماية التي تضطلع بها محاكم التنظيم القضائي للحقوق والحريات.

وأبرزت المداخلة بشكل خاص، المسار التاريخي لاعتماد هذه الآلية ومرتكزاتها المعيارية والآثار التي خلفتها قرارات المحكمة الدستورية الإسبانية المتخذة في إطار هذا الاختصاص على المنظومة القانونية الوطنية، كما عرضت المداخلة بعض العناصر المسطرية لهذه الدعوى، خاصة ما يتعلق بتدبير المقبولية في إطارها، ومعطيات إحصائية متعلقة بها.

وقدم السيد ميلتون راي كيفارا، القاضي رئيس المحكمة الدستورية بجمهورية الدومنيكان، تجربة المحكمة المذكورة معززة بعدد من نماذج الاجتهادات القضائية، كما ذكر المتدخل بالمبادئ الرئيسية لمنظومة العدالة الدستورية بجمهورية الدومنيك والمتمثلة في العدالة، السرعة، الدستورية، الفعالية، المجانية، عدم قابلية الحقوق للتصرف والمبدأ المضاد للشكلائية. وعرضت المداخلة أيضا لآلية الرقابة السابقة على دستورية القوانين، وكذا آلية الرقابة اللاحقة في إطار دعوى الحماية المباشرة، وإمكانية ذوي

المصلحة التدخل فيها إلى جانب المتقاضين، والتحقق من تنفيذ قرارات المحكمة الدستورية.

وتم تقديم التجربة الإيطالية في مجال الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين، من قبل السيد جيوليو بروسبيريتي، قاض بالمحكمة الدستورية. وانصبت مداخلته على إبراز الاختصاصات الأساسية للمحكمة الدستورية الإيطالية ومسطرة سؤال الدستورية بوصفها دعوى عارضة تشكل آلية الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين.

وعرضت المداخلة أيضا، عددا من الخيارات المعتمدة في التجربة الإيطالية، لتوسيع نطاق المراقبة اللاحقة على دستورية القوانين، حيث مكنت هذه الخيارات من مد هذا النطاق إلى الانتصاف شبه القضائي.

كما تناولت المداخلة عددا من التحديات المتعلقة بإحالة قاضي الموضوع لسؤال الدستورية إلى المحكمة الدستورية، كما قدمت المداخلة تصورا بخصوص الآفاق المتوقعة للسياسة الاجتهادية للمحكمة الدستورية الإيطالية في مجال تقدير جدية الأسئلة الدستورية.

وتم عرض التجربة البولونية، من خلال مداخلة السيدة هانا سوشوسكا، الرئيسة الشرفية للجنة الأوروبية للديمقراطية من خلال القانون (لجنة البندقية)، والوزيرة السابقة للعدل. إذ تناولت المتدخلة أهم محطات تطور المراقبة الدستورية في بولونيا، منذ إحداث المحكمة الدستورية بمقتضى المراجعة الدستورية لسنة 1982، والنقاشات القانونية التي رافقت هذا التطور، بشأن حجية قرارات المحكمة الدستورية، وبشأن نطاق اختصاصاتها.

وتوقفت المداخلة، بشكل خاص، عند مراجعة القانون المحدد لاختصاصات المحكمة الدستورية في سنة 2015، والذي أقر اختصاص المحكمة الدستورية في مجال الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين من خلال آليتي الدعوى الدستورية، وسؤال الدستورية، وآثار التصريح بعدم دستورية مقتضى تشريعي على المنظومة القانونية الوطنية من جهة، وعلى النزاع الذي أثير بمناسبة سؤال الدستورية من جهة أخرى.

وتعرف المشاركات والمشاركون على الخصائص الأساسية للتجربة الألمانية، من خلال مداخلة السيد ديتير كريم، العضو السابق للمحكمة الدستورية الفيدرالية، والأستاذ الجامعي. وبهذا الخصوص، عرضت المداخلة للآليات الثلاث المعتمدة في النظام الدستوري الألماني للرقابة اللاحقة على دستورية القوانين، وهي المراقبة المعيارية المجردة، وسؤال الدستورية والدعوى الدستورية المباشرة.

وأبرز المتدخل بشكل خاص، الجوانب المسطرية المتعلقة بهذه الآليات، ونمط اتخاذ القرار القضائي على مستوى المحكمة الدستورية، وكذا الحلول القانونية والاجتهادية التي تم اعتمادها من أجل توسيع نطاق القرارات الخاضعة للرقابة على الدستورية في إطار الشكاية المباشرة، وتوسيع نطاق القرارات الخاضعة للرقابة على الدستورية ونطاق المصلحة في الدعوى، في إطار آلية الشكاية المباشرة.

وتناولت المداخلة أيضا مختلف السيناريوهات المتعلقة بآثار قرارات التصريح بعدم دستورية قانون في إطار أعمال مختلف آليات الرقابة اللاحقة المشار إليها.

وقدم السيد جيمس إدوارد فاندري، المستشار لدى اللجنة القضائية الفيدرالية بالمؤتمر القضائي للولايات المتحدة، وأستاذ القانون بمدرسة برييسكر للقانون، الجامعة الشمالية الغربية (شيكاغو)، تجربة المحكمة العليا الفيدرالية المتعلقة بمناهج عملها وسلطتها التقديرية في انتقاء النظر في القضايا المتعلقة بالدفع بعدم الدستورية في إطار اختصاصاتها كمحكمة نقض فيدرالية، وذلك في عبر آلية مراجعة الدعوى certiorari، وشروط مقبولية العرائض المقدمة في إطار هذه الآلية، ومسطرة البت فيها.

كما عرض المتدخل، عبر عدد من الاجتهادات والعناصر الإحصائية، لأهم العوامل المحددة لمقبولية أو عدم مقبولية العرائض المذكورة، وقدم عددا من الخلاصات تتعلق بالمقارنة بين المنظومتين الأمريكية والمغربية للرقابة اللاحقة على دستورية القوانين.

وتعرف المشاركون والمشاركات على التجربة الصينية من خلال مداخلة السيد مو جيهونك، الأستاذ بمعهد القانون، التابع لأكاديمية الصينية للعلوم الاجتماعية، ونائب رئيس الجمعية الدولية للقانون الدستوري.

وتناولت المداخلة المذكورة، المحطات الأساسية لتطوير آلية المراقبة الدستورية بالصين، وأهم النقاشات النظرية والفقهية التي واكبتها، وذلك منذ دخول دستور 1982 حيز النفاذ، وكذا الدور الذي تلعبه الجمعية الشعبية الوطنية (البرلمان) ولجنته الدائمة في الإشراف على أعمال الدستور، والنهوض، عبر العمل البرلماني، بمراقبة دستورية القوانين، طبقا لتوجهات المؤتمر الوطني 19 للحزب الشيوعي الصيني، والمتمثلة في تقوية عمل الرقابة على دستورية القوانين وحماية سلطة الدستور.

وعرض السيد عمر ويدرا، رئيس جمعية هيئات المحامين بالمغرب، في مداخلته المقدمة بالنيابة عنه، لعدد من التحديات المتعلقة بإعمال آلية الدفع بعدم الدستورية المنصوص عليه في الفصل 133 من الدستور. واقترح المتدخل تحليل هذه التحديات ذات الطبيعة المسطرية (الأطراف، المقبولية، الآجال) على ضوء كل من القانون التنظيمي 86.15 المحدد لشروط وكيفيات الدفع بعدم الدستورية والقرار 70/18 الصادر عن المحكمة الدستورية والذي صرح بعدم مطابقة عدد من مواد القانون التنظيمي المذكور للدستور.

وفي مداخلتها عرضت السيدة نادية البرنوصي، الأستاذة بالمدرسة العليا الوطنية للإدارة والعضو السابق باللجنة الاستشارية المكلفة بمراجعة الدستور، لمسألة الطابع الفعلي للولوج إلى العدالة الدستورية في إطار الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين، وذلك باستحضار المرجعيات الاتفاقية الدولية وكذا النظريات الدستورية ذات الصلة. كما تناولت المتدخلة سبل تجاوز العوائق المادية أو السوسيولوجية أو اللغوية التي تحول دون ولوج المتقاضين من الفئات الهشة إلى العدالة الدستورية، وقدمت أيضا تقييما لمختلف السيناريوهات المسطرية المتعلقة بتحديد شروط وكيفيات أعمال الدفع بعدم الدستورية، طبقا للفصل 133 من الدستور، وفي ضوء قرار المحكمة الدستورية 70/18.

**الجلسة الرابعة**  
**المتطلبات الوطنية والدولية**  
**في مجال النجاعة القضائية**



## كلمة تقديمية

السيد محمد الأنصاري  
عضو المحكمة الدستورية  
(المملكة المغربية)

بسم الله الرحمن الرحيم،  
السيد رئيس المحكمة الدستورية للمملكة المغربية،  
السادة رؤساء وأعضاء المحاكم الدستورية،  
السيدات والسادة أعضاء أكاديمية المملكة المغربية،  
السيد الوكيل العام للملك لدى محكمة النقض ورئيس النيابة العامة،  
الأساتذة الأجلاء،  
الحضور الكريم،

على بركة الله، سنفتتح أشغال الجلسة الرابعة لهذا المنتدى العلمي الهام والذي سيتمحور حول موضوع لا يقل أهمية عن المحاور السابقة، ألا وهو موضوع «المتطلبات الوطنية والدولية في مجال النجاعة القضائية». وأستسمحكم بإدارة وتيسير النقاش خلال هذه الجلسة، بدلا عن الأستاذ الدكتور العلوي العبدلاوي، عضو الأكاديمية الملكية الذي حالت ظروف خاصة عن حضوره معنا هذا المساء.

وفي هذا الإطار، وكما هو مدون لديكم، سيتعاقب على هذه المنصة، وبالتتابع، في إطار أربع تدخلات كل من الأساتذة، ودون أن أطيل عليكم، فهم مسجلون لديكم، وسيتناولون الكلمة بالتتابع، وعليه، ففي إطار الحكامة

والتدبير المعقلن للزمن الذي تبقى لدينا، سوف أعطي الكلمة لأول متدخل مسجل، وهو السيد جوزي إدواردو، رئيس المجلس الأعلى لبناما، فليتفضل مشكوراً.

وأريد أن أذكر الإخوة المتدخلين، أنه نظراً للإكراهات الزمنية، علينا ألا نتعدى الحصة الزمنية المخصصة لكل واحد، وفي حدها الأقصى عشر دقائق، وشكراً لكم على التفهم.





**السيد إدواردو خوصي**  
**رئيس المحكمة العليا**  
**(باناما)**

**ملخص**

تقدم المداخلة لمحة عن تطبيق قواعد برازيليا بشأن حقوق الأشخاص أمام العدالة في الفضاء القضائي الإيبيرو أمريكي، كما تعرض لاجتهاد المحكمة العليا البانامية في مجال ولوج فئات هشة مختلفة إلى العدالة، في تكامل مع النظام المعياري الوطني واجتهادات المحكمة البيأمريكية لحقوق الإنسان.

وتتناول المداخلة أيضا مختلف الترتيبات المسطرية المقررة لهذه الفئات في إطار دعوى حماية الحقوق الدستورية.

**النص الكامل للمداخلة باللغة الإسبانية، الصفحات 193 - 196**  
**من القسم الخاص باللغات الأجنبية**

**السيد جواو بيدرو باروسا كوبرز**  
**نائب رئيس المحكمة الدستورية**  
**(البرتغال)**

**ملخص**

تقدم المداخلة الخصائص الأساسية للتجربة البرتغالية التي تجمع بين المراقبة اللاحقة، المنبئة والمركزة على دستورية القوانين، والآثار النسبية والمطلقة للتصريح بعدم دستورية القوانين في كل من نمطي المراقبة المشار إليهما.

كما تتطرق المداخلة لإحدى خصوصيات التجربة البرتغالية المتمثلة في مراقبة الإغفالات التشريعية بما فيها تلك المتعلقة بمجال الحقوق والحريات. وتعرض المداخلة للتحديات المسطرية والتدبيرية المتعلقة بالنمط المختلط الذي يجمع بين المراقبتين المنبئة والمركزة، والحلول التي يمكن استلهاها من بعض التجارب المقارنة لتجاوز التحديات المذكورة.

**النص الكامل للمداخلة باللغة الإنجليزية، الصفحات 197 – 201**  
**من القسم الخاص باللغات الأجنبية**

**السيد ماتيو ديزون**  
**أستاذ مبرز لكليات الحقوق**  
**أستاذ بجامعة ليون سانت إيتيان (فرنسا)**  
**خبير لدى جمعية المحاكم والمجالس الدستورية**  
**التي تتقاسم استعمال اللغة الفرنسية**

**ملخص**

تتناول المداخلة مبدأ التواجهية في المنازعة الدستورية في عدد من التجارب المقارنة والمتطلبات المسطرية المترتبة عن هذا المبدأ، سواء بالنسبة لأطراف الدعوى أو الأغيار المتدخلين أو المدخلين فيها، خاصة الأغيار الحاملين لمصالح جماعية.

كما تعرض المداخلة للأشكال المسطرية التي تتخذها التواجهية في إطار المنازعة الدستورية ذات الطابع الموضوعي، وضرورة التكيف مع إكراهات تدبير تدفقات الدعوى الدستورية في إطار الرقابة اللاحقة والطبيعة المؤسسية للأطراف في بعض الحالات (الحكومة والبرلمان)، وكذا الطابع التحقيقي لمسطرة المنازعة الدستورية.

وتتطرق المداخلة إلى دور التواجهية في ضمان المشروعية المسطرية للمنازعة الدستورية وتقوية الطابع القضائي للمراقبة الدستورية.

**النص الكامل للمداخلة باللغة الفرنسية، الصفحات 202 - 209**

**من القسم الخاص باللغات الأجنبية**

**السيد محمد أمين بنعبد الله**  
**أستاذ بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية-أكدا**  
**جامعة محمد الخامس-الرباط**  
**(المملكة المغربية)**

**ملخص**

تناقش المداخلة الاختيارات المتعلقة بالمسارات المسطرية للدفع بعدم الدستورية في التجربة المغربية، من خلال القانون التنظيمي المتعلق بتحديد شروط وكيفيات الدفع بعدم الدستورية وقرار المحكمة الدستورية 70.18 الذي قضى بعدم مطابقة بعض أحكام القانون التنظيمي للدستور. وتتطرق المداخلة بشكل خاص للخيارات المختلفة المتعلقة بتدبير مقبولية الدفع، وبمسطرة سير الجلسات وضمائنات الدفاع، ونطاق السلطة التقديرية للمشرع بهذا الخصوص في نطاق أحكام الفصل 133 من الدستور.

**النص الكامل للمداخلة باللغة الفرنسية، الصفحات 210 و219**  
**من القسم الخاص باللغات الأجنبية**

## تقرير الجلسة

السيد محمد الأنصاري

عضو المحكمة الدستورية

(المملكة المغربية)

قدمت مداخلة السيد إدواردو خوصي، رئيس المحكمة العليا البانامية، لمحمة عن تطبيق قواعد برازيليا بشأن حقوق الأشخاص أمام العدالة في الفضاء القضائي الإيبيري أمريكي، كما عرضت لاجتهاد المحكمة العليا البانامية في مجال ولوج الفئات الهشة إلى العدالة، والترتيبات المسطرية المقررة بهذا الخصوص، لا سيما في إطار دعوى حماية الحقوق الدستورية.

وقدمت مداخلة السيد جواو بيدرو باروسا كوبرز، نائب رئيس المحكمة الدستورية البرتغالية، الخصائص الأساسية لتجربة المحكمة المذكورة، التي تجمع بين المراقبة اللاحقة، المنبثة والمركزة على دستورية القوانين، والآثار النسبية والمطلقة للتصريح بعدم دستورية القوانين في كل من نمطي المراقبة المشار إليهما. كما تطرقت المداخلة لإحدى خصوصيات التجربة البرتغالية المتمثلة في مراقبة الإغفالات التشريعية بما فيها تلك المتعلقة بمجال الحقوق والحريات.

وعرضت المداخلة أيضا للتحديات المسطرية والتدبيرية المتعلقة بالنمط المختلط الذي يجمع بين المراقبتين المنبثة والمركزة، والحلول التي يمكن استلهاها من بعض التجارب المقارنة لتجاوز التحديات المذكورة.

وانصبت مداخلة السيد ماتيو ديزون، الأستاذ المبرز لكليات الحقوق، والأستاذ بجامعة ليون سانت إيتين، والخبير لدى جمعية المحاكم والمجالس الدستورية التي تتقاسم استعمال اللغة الفرنسية، على تحليل مبدأ التواجهية في المنازعة الدستورية في عدد من التجارب المقارنة والمتطلبات المسطرية المترتبة عن هذا المبدأ، سواء بالنسبة لأطراف الدعوى أو الأغيار المتدخلين أو المدخلين فيها، خاصة الأغيار الحاملين لمصالح جماعية.

كما تناولت المداخلة الأشكال المسطرية التي تتخذها التواجهية في إطار المنازعة الدستورية ذات الطابع الموضوعي، وضرورة التكيف مع إكراهات تدبير تدفقات الدعوى الدستورية في إطار الرقابة اللاحقة والطبيعة المؤسسية للأطراف في بعض الحالات (الحكومة والبرلمان)، وكذا الطابع التحقيقي لمسطرة المنازعة الدستورية.

وتطرقت المداخلة أيضا إلى دور التواجهية في ضمان المشروعية المسطرية للمنازعة الدستورية وتقوية الطابع القضائي لمراقبة الدستورية.

وناقشت مداخلة السيد محمد أمين بنعبد الله، الأستاذ بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية - أكادال، بجامعة محمد الخامس - الرباط، الاختيارات المتعلقة بالمسارات المسطرية للدفع بعدم الدستورية في التجربة المغربية، من خلال القانون التنظيمي المتعلق بتحديد شروط وكيفية الدفع بعدم الدستورية وقرار المحكمة الدستورية 70/18 الذي قضى بعدم مطابقة بعض أحكام القانون التنظيمي للدستور.

كما تطرقت المداخلة بشكل خاص للخيارات المختلفة المتعلقة بتدبير مقبولية الدفع، وبمسطرة سير الجلسات وضمانات الدفاع، ونطاق السلطة التقديرية للمشرع بهذا الخصوص، في نطاق أحكام الفصل 133 من الدستور.

**الجلسة الخامسة**

**آثار القرارات المتخذة والأمن القانوني**





## كلمة تقديمية

السيد محمد عبد النباوي

الوكيل العام للملك لدى محكمة النقض

رئيس النيابة العامة

(المملكة المغربية)

نظرا لأن المنظمين طلبوا منا أن نسرع، لأن وراءنا ثلاث جلسات أخرى، سننتهز الفرصة التي يأخذ فيها السادة المتدخلون أماكنهم لكي نشرع في تقديم هذه الجلسة.

الجلسة التي أتشرف بإدارتها، والتي نتناولها الآن تتعلق بأثار قرارات المحاكم الدستورية والأمن القانوني. كما تعلمون، يكون أثر القرارات الصادرة عن المحاكم الدستورية شاملا، فهو يحول دون نشر المادة القانونية المصرح بعدم دستوريته حينما يتعلق الأمر بالمراقبة القبلية، ويترتب عنه كذلك نسخ المقتضى التشريعي المصرح بعدم دستوريته حينما يتعلق الأمر بالمراقبة البعدية. هذه المقتضيات موجودة في الدستور المغربي في الفصل 134 كما نص عليها القانون التنظيمي للمحكمة الدستورية، ونص عليها القانون التنظيمي المتعلق بالدفع بعدم دستورية القوانين، محل مداخلة صاحب «الحاج الفضول» قبل قليل.

يتضح من ذلك مدى خطورة القرارات الصادرة عن القضاء الدستوري، أو عن قضاء المحاكم المختصة بالبت في دستورية القوانين عموما. وإذا أضيف إلى ذلك أن حجية الأحكام الصادرة عن هذا القضاء تكون عامة

وشاملة ولها حجية في مواجهة الجميع، متجاوزة بذلك حجية أحكام القضاء العادي التي في الغالب لا تتجاوز أطراف الدعوى، فإن هذا يجعل الآثار الناجمة عن قرارات المحاكم أو القضاء الدستوري عموما في غاية من الأهمية.

وقد أكد الفصل 134 من الدستور المغربي هذا الاتجاه، وحدد هذه الآثار، سواء فيما يتعلق بعدم الإذن بنشر ونفاذ القوانين في المراقبة القبالية أو في نسخ القوانين في إطار المراقبة البعدية، وكذلك بنصه على أن أحكام المحكمة الدستورية لا تقبل أي طعن، وأنها ملزمة لكل السلطات ولجميع الجهات الإدارية والقضائية.

إذا كان الأمر يبدو واضحا وجليا إلى هذا الحد، فإن قرارات القضاء الدستوري تثير بعض التساؤلات أولا في صناعتها، وثانيا في صياغتها، وهي تساؤلات مهمة لارتباطها بالآثار الناتجة عن القرارات الدستورية في مدى التزامها بمهمتها الأساسية التي هي التأكد من مطابقة القانون للدستور، وكذلك في مدى حرص القانون على توفير الأمن القانوني الذي ينشده كل مواطن.

ففيما يتعلق بالتساؤلات المرتبطة بصناعة القرار الدستوري، ودون التوسع في الموضوع، تسلك المحاكم الدستورية، في الغالب، ثلاثة مسالك: المسلك الأول يمكن تلخيصه في التصريح بدستورية القانون، وفي هذه الحالة تكتفي المحكمة الدستورية بالتصريح بأن المادة القانونية المعنية مطابقة للدستور، وبذلك تنهي كل جدل في الموضوع. كما أنها في بعض الحالات تقوم بإعطاء بعض الشروحات لإزالة شبهة عدم الدستورية. والاتجاه الثاني هو التصريح بالدستورية المشروطة أو يسمى كذلك بالدستورية المقترنة ببعض التدابير التحفظية، وفي هذه الحالة تلجأ المحاكم الدستورية عادة، إلى إعطاء تأويل أو تفسير معين، بمعنى أنها تعطي للنص قراءة معينة لتحويل دون قراءات أخرى ممكنة، وبالتالي فهي لا تعتبر النص مطابقا للدستور إلا إذا تم تأويله وفقا لقراءتها، وقد تشترط بعض الشروط لنفاذ ذلك النص. أما الحالة الثالثة، والاتجاه الثالث للمحاكم الدستورية في صناعة قراراتها فهو التصريح بعدم الدستورية المطلقة، وفي مثل هذه الحالات جرت عادة القضاء

الدستوري المغربي مثلاً على سلوك منهجين، السلوك الأول هو التصريح بعدم دستورية النص القانوني المعني وإرجاعه إلى البرلمان، الذي له الصلاحية المطلقة لصياغة نص جديد وتغييره واتخاذ القرار المناسب. والحالة الثانية قد تلجأ فيها المحكمة الدستورية إلى توجيه البرلمان في اتجاه معين، وفي هذه الحالة ترى المحكمة الدستورية أن النص لا يحتمل من أجل مطابقته مع الدستور، سوى قراءة واحدة، مما يجعل المشرع، أثناء إعادة صياغته لذلك النص ملزماً بذلك التوجيه.

ثانياً، فيما يخص التساؤلات المتعلقة بالصياغة ونحدث هنا عن الآثار الإيجابية التي يمكن أن تحققها قرارات القضاء الدستوري على الأمن القانوني، ولأن مفهوم الأمن القانوني هو نفسه غير محدد في الدستور، فإن تعريفه من صناعة القضاء نفسه، وقد رأى القضاء الدستوري والقضاء الإداري، كمجالس الدولة في بعض الدول، على أن الأمن القانوني يرمي إلى حماية المواطنين من الآثار الثانوية السلبية للقاعدة القانونية، ولاسيما تلك الآثار السلبية التي تنتج، إما عن غموض القاعدة القانونية وتعقيدها، أو التي تترتب عن التغيير المفاجئ والمتكرر للقاعدة القانونية. ولذلك فإن الأمن القانوني في نهاية الأمر يرتبط بمدى جودة القاعدة القانونية نفسها، وحسن صياغتها. ويمكن تحقيقه عن طريق وضع قواعد قانونية واضحة ومفهومة للحد من تأويلها وتأويلات متناقضة. ومن جهة أخرى فالقاعدة القانونية لكي تكون حافظة للأمن القانوني، يجب أن تكون متوقعة ومبنية على معايير. إن هذه المهمة تتطلب من المشرع، إحكام الصياغات القانونية وتدقيق كتابتها، بمعنى أن النصوص القانونية يجب أن تكون واضحة ومفهومة ودقيقة. كما أن القضاء الدستوري يمكنه استعمال تقنيات الصياغة في صيغة قراراته للحد من تأويلات النص القانوني وإعطائه القراءة المطابقة للدستور.

وهكذا تلاحظون أن الحصة التي نحن مقبلون عليها غنية وشهية، وأتمنى أن نتمكن جميعاً من الاستمتاع بالأطباق الفقهية الدستورية التي ستقدمها لنا هذه الثلة من رجالات القانون الدستوري والسادة الرؤساء الذين يشاركونني هذه المنصة، والذين سبق تقديمهم والنداء عليهم إلى هذه القاعة، ودون

إطالة، أرحب بالسادة المتدخلين، وأطلب منهم التزاما بالوقت، ومن أجل أن نستمتع جميعا بالمداخلات الأخرى اللاحقة فيما بعد، أن نلتزم بأجل عشر دقائق وسأكون شاكرا لمن تفضل باختصار مداخلته عن طريق عدم إضافة أشياء سبق الحديث عنها في مداخلات سابقة.



**السيد مامادو كوني**  
**رئيس المجلس الدستوري**  
**(الكوت ديفوار)**

**ملخص**

تقدم المداخلة العناصر الأساسية للتجربة الإيفوارية للدفع بعدم الدستورية، وأثار قرارات المجلس الدستوري بهذا الخصوص على الدعوى التي أثير بمناسبة الدفع، وعلى المنظومة القانونية الوطنية. كما تتطرق المداخلة لمسألة آثار قرارات المجلس الدستوري في علاقة بمبادئ دستورية أمرة كمبدأ عدم رجعية القوانين ومبدأ الحفاظ على الحقوق المكتسبة.

**النص الكامل للمداخلة، باللغة الفرنسية، الصفحتين 223 و 224**  
**من القسم الخاص باللغات الأجنبية**

السيد محمد الحافي  
رئيس المحكمة العليا  
(دولة ليبيا)

التوسع في فئات الطاعنين ومراجع الطعن، باب ولوج إلى العدالة  
الدستورية.

مقدمة:

الدستور هو قمة التشريعات، يعلو ويسمو على ما عداه من تشريعات أخرى، ولذلك يجب احترامه والتقيده بما جاء به من قواعد، وعلى البرلمان وكل جهاز في الدولة أن يضع الدستور أمامه وهو يقوم بعمله، بحيث لا يصدر أي تشريع أو قرار أو لائحة بالمخالفة للقواعد الدستورية وإلا كان هذا العمل معرضاً للإبطال من المحكمة الدستورية أو المجلس الدستوري أو الدائرة الدستورية، وأن تلك الجهات وهي تمارس عملها الرقابي تخضع هي الأخرى لقواعد وأسس حددها الدستور والتشريعات المنظمة بأن حددت فئات الطاعنين وطرق وإجراءات ومراجع الطعن، وهي تختلف من دولة إلى أخرى، حيث توجد دول تتوسع في فئات من لهم الحق في اللجوء إلى القضاء الدستوري بينما توجد دول أخرى تحد من نطاقه وتجعله بيد هيئات محددة، كما تختلف الدول في الصورة التي يتم بها إثارة النزاع أمام هيئات القضاء الدستوري، إذ تبيح بعض الأنظمة اللجوء إلى طريق للدعوى الأصلية بينما يقصر البعض الآخر ذلك عن طريق الدفع بمناسبة دعوى مرفوعة وتأخذ بعض الأنظمة بالمراقبة التلقائية لمحاكم الموضوع أو المحكمة الدستورية عندما يثار أمامها النزاع، وأما من حيث مراجع الطعن وأسبابه فإن الأنظمة القانونية مختلفة كذلك.

ولكن هل ينجم عن ذلك التوسيع أثر في تحقيق العدالة وحماية الحريات ويشكل ضماناً لعدم مخالفة القواعد الدستورية أم أن التضيق من دائرة من لهم الحق في الطعن ومراجع ذلك الطعن يعد ضماناً من ضمانات الاستقرار، إن هذا التساؤل هو ما نسعى لإيجاد إجابة عنه من خلال هذه الورقة التي سوف نستعرض فيها، أولاً مفهوم الرقابة الدستورية ثم طرق تحريك الرقابة الدستورية في بحث أول وإلى مراجع الطعن الدستوري في مبحث ثاني، وأخيراً نتائج توسيع قاعدة الطاعنين ومراجع الطعن في مبحث ثالث.

### مفهوم الرقابة الدستورية

من المعلوم أن الرقابة القضائية على دستورية القوانين إما أن تكون رقابة سابقة على صدور التشريع أو لاحقه له، أو رقابة تفسير للنص القانوني وهي جميعها تهدف إلى منع مخالفة القانون الأسمى والأعلى بالدولة لضمان استقرارها السياسي والمجتمعي.

فعندما يعرض على الهيئة الرقابية قانون قبل إصداره فإن ميزان تحديد سلامة هذا القانون تكمن في عدم وجود خرق للدستور وقواعده، ومن ثم تضمن المحاكم الدستورية التقيد بالقانون الأسمى والذي وضع حدوداً وخطوطاً لحماية الدولة وشعبها (حماية حدودها وثرواتها وحماية حقوق وحرية مواطنيها).

وعليه، فقد كفل الدستور للهيئات وكذلك للأفراد الدفاع عن القاعدة الدستورية بموجب الدعوى الدستورية أو الدفع الدستوري، فالدعوى الدستورية هي وسيلة خولها القانون لصاحب الحق في اللجوء إلى القضاء لإيقاع الجزاء الذي يقرره القانون على إخلال سلطة التشريع بالواجب الذي تنطوي عليه القاعدة الدستورية فهذه الدعوى تهدف إلى رفع الاختلاف بين ما أتاه البرلمان من تشريع مخالف للدستور وما كان عليه أن يأتيه من إصدار تشريعات تحترم الدستور.<sup>1</sup>

1. المصلحة والصفة في الدعوى الدستورية. (د. صافي أحمد قاسم)

ويمكن القول أن وجود سلطة المراقبة القضائية لمدى دستورية القوانين واللوائح والقرارات الصادرة بالدولة هو الوسيلة الفعالة في ترسيخ مبدأ سمو الدستور على ما عداه من تشريعات.

إن ترك سلطة التشريع (البرلمان) في سن القوانين دون مراقبة أمر يؤدي إلى انتهاك للحريات والحقوق ويزهق روح الديمقراطية التي تحرص شعوب العالم على التمتع بها والاستفادة من ثمارها لتحقيق حياة أفضل.

### المبحث الأول: الطاعنون وطرق ولوجهم إلى المحكمة الدستورية

الدعوى الدستورية أو الطعن الدستوري أو الدفع الدستوري هي طلب من له الحق القانوني في مباشرتها، فالدعوى الدستورية شأنها شأن غيرها من الدعاوي، هي دعوى قضائية عينية توجه إلى نص أو قانون يرى صاحب الطلب أنه مخالف للدستور قصد إغائه وعدم تطبيقه والحكم الصادر فيها حجة على الكافة، وبذلك يستلزم أن يكون رافعها صاحب صفة ومصصلحة في ذلك.

ولأصحاب الصفة والمصلحة في رفع الدعوى الدستورية طريقتان هما الدعوى الدستورية الأصلية والدفع الدستوري كما أن محكمة الموضوع لها في بعض الأنظمة القضائية التصدي للمسألة الدستورية علاوة على أن أنظمة أخرى تجيز للمحكمة الدستورية حق التصدي التلقائي.

ولذلك نعرض لكل حالة من هذه الحالات:

#### 1. الدعوى الدستورية الأصلية

وفقا لهذا الباب، يكون لكل صاحب مصلحة رفع دعوى أمام المحكمة المختصة بنظر دستورية القوانين يخاصم فيها النص القانوني أو القانون بكامله الذي يرى أنه مشوب بالمخالفة الدستورية، ويكون ذلك حتى وإن لم يطبق حكم القانون أو النص في حق رافع الدعوى ما دام هذا القانون قد صدر وفقا للأوضاع المقررة.



والدعوى الأصلية المباشرة لا يتصور وجودها إلا في الدول التي تتبنى نظام مركزية الرقابة الدستورية اللاحقة بإسناد الاختصاص بالرقابة على دستورية القوانين إلى محكمة متخصصة أو دائرة خاصة ومن أبرز الدول التي تعتمد أسلوب الدعوى الأصلية دولة ألمانيا الاتحادية، وتعتبر دولة ليبيا من أولى الدول العربية التي أخذت بطريق الدعوى الأصلية وجاء بنص المادة 23/1 من قانون إعادة تنظيم المحكمة العليا رقم 6 لسنة 1982 المعدل بالقانون رقم 17 لسنة 1994 والمعمول به في الوقت الحاضر على أن «تختص المحكمة العليا دون غيرها منعقدة بدوائرها المجتمعة برئاسة رئيسها أو من يقوم مقامه بالفصل في المسائل الآتية: أولاً/الطعون التي يرفعها كل ذي مصلحة شخصية مباشرة في أي تشريع يكون مخالفاً للدستور».

وبناء عليه يكون لأي شخص طبيعي أو معنوي له مصلحة شخصية مباشرة رفع الدعوى الأصلية في أي تشريع مخالف للدستور بموجب صحيفة دعوى، وقد حددت اللائحة الداخلية للمحكمة العليا الصادرة في 2004/8/28 الإجراءات والأوضاع المتعلقة برفع الدعوى المباشرة، ووقت رفع هذه الدعوى مفتوح طالما كان النص المعيب قائماً، خلافاً للدعاء الدستوري بطريق الدفع.

وفي بعض الدول يوجد باب الدعوى المباشرة إلا أنه مقصور على جهات محددة، فدولة البحرين تجيز ذلك لبعض السلطات العامة كمجلس النواب ومجلس الوزراء الحق في تحريك الدعوى المباشرة، وكانت دولة الكويت تسير على نفس المنوال حتى صدر القانون رقم 109 لسنة 2014 الذي أحدث تعديلاً جوهرياً على قانون المحكمة الدستورية رقم 14/1973 أضاف بموجبه مادة جديدة أحاز فيها للأشخاص الطبيعيين رفع الدعوى الأصلية وهو ما يعد توسيعاً في تحريك الرقابة الدستورية، بإفصاح المجال أمام الأفراد في الطعن على دستورية النص القانوني.

أما في مصر فإن المحكمة الدستورية العليا لا تقبل الدعوى الأصلية المباشرة التي يرفعها الأفراد طعناً بعدم دستورية النص أو القانون المخالف للدستور، وهو ما أكد عليه حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في

حكما الصادر في الدعوى الدستورية رقم 1 لسنة 15 ق وينتقد جانب من الفقه الدستوري المصري ذلك ويرى أنه من الواجب أن يتقرر هذا الحق للأفراد مع وضع بعض الضمانات لعدم إساءة استعماله.<sup>2</sup>

وعليه فإن إعطاء الحق لكل فرد يرى أن له مصلحة في الطعن حق رفع الدعوى المبتدئة يعد من باب تمكين أفراد الشعب من ممارسة حقهم في كونهم طرفا في العقد الاجتماعي لمنع تطبيق القانون الذي خالف ذلك العهد دون انتظار رفع دعوى قضائية حتى يتسنى لهم الدفع بعدم دستورية ذلك النص.

والذين اعترضوا على فتح هذا الباب كان سندهم أن فتح الباب للأفراد لرفع الدعوى المباشرة من شأنه أن يؤدي إلى إساءة استعماله ويؤدي إلى ازدياد عدد الدعاوى مما يعوق عمل المحاكم الدستورية.

ويحاول جانب من الفقه الدستوري التوفيق بين الرأيين السابقين من خلال اشتراط كفالة مالية مناسبة عند تحريك الدعوى المباشرة أو التشدد في تطبيق شرط المصلحة لمن يسلك هذا الطريق أو إعطاء الحق في رفع الدعوى الأصلية لبعض الفئات في الدولة دون الأفراد.

وأرى أن منح الأفراد الحق في رفع الدعوى الأصلية المباشرة باب من أبواب توسيع قاعدة دولة القانون وضمن للمراقبة الدستورية الفعالة شرط أن تطبق الشروط المقررة قانونا على المدعي عند رفع الدعوى، حتى يكون المدعي صاحب مصلحة حقيقية شخصية ومباشرة، ويرى البعض أن قيد الرقابة الدستورية بطريق الدعوى المباشرة بقيد زمني من شأنه أن يقلل من زيادة عدد الطعون الدستورية التي ترفع بهذا الطريق.<sup>3</sup>

## 2. الدفع الدستوري

وهذا الباب يكون من خلال دعوى تكون منظورة أمام إحدى المحاكم العادية، غير أن أحد أطرافها رأى أن نصا قانونيا معيناً أو قانونا سوف

2. ضوابط وقيود الرقابة الدستورية. د. عبد العزيز سالم.

3. رقابة دستورية القوانين. د. خليفة الجهمي.

يطبق على حالة النزاع المعروضة وأن هذا القانون أو النص مخالف لقاعدة دستورية، فيقوم صاحب المصلحة بالدفع بمخالفة النص للدستور، فإذا ما تم ذلك وتحقق قاضي الموضوع من جدية الدفع الدستوري قرر وقف السير في الدعوى وأتاح الفرصة لصاحب الدفع أن ينقل دفعه إلى المحكمة الدستورية المختصة، وأن يحدد له زمناً لا يتجاوز ثلاثة أشهر في العادة لرفع الدعوى الدستورية.

ويتوافق القضاء الدستوري في بعض الدول العربية في تبني هذا الباب ومنها مصر ودولة الكويت ومملكة البحرين وفي ليبيا فإن نص المادة الثالثة والعشرين من قانون المحكمة العليا بفقرتها الثانية نصت على أن (تختص المحكمة العليا دون غيرها منعقدة بدوائرها المجتمعة برئاسة رئيسها أو من يقوم مقامه بالفصل في أية مسألة قانونية تتعلق بالدستور أو بتفسيره تثار في قضية منظورة أمام أية محكمة) وحددت اللائحة الداخلية للمحكمة إجراءات ذلك خلال ثلاثة أشهر من إثارة صاحب المصلحة الدفع وإلا اعتبر دفعه كأن لم يكن.

وبفرنسا البلد الأوروبي الوحيد وحتى عام 2008 كان دستورها لا يسمح بالرقابة اللاحقة، وكانت الرقابة السابقة تمارس من رئيس البرلمان أو رئيس الدولة أو رئيس الوزراء، حتى صدر بتاريخ 2008/7/23 تعديل دستوري هو الأبرز والأهم في تاريخ الدستور الفرنسي حيث أضيفت إلى الدستور المادة 61/1 التي أضافت الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين من خلال الدفع الدستوري الذي بيديه الأفراد المتقاضون في دعاوى منظورة، وهو ما عده كثير من فقهاء القانون الدستوري الفرنسي تقدماً ودعماً لدولة القانون.

وطبقاً لهذا التعديل الجديد على الدستور الفرنسي يجوز أثناء نظر الدعوى أمام محكمة الموضوع الدفع بعدم دستورية نص قانوني له صلة بالنزاع ويتضمن اعتداء على الحقوق والحريات التي يتضمنها الدستور شرط أن تتأكد المحكمة من جدية الدفع وعدم سبق الحكم بدستوريته.<sup>4</sup>

4. المسألة الدستورية الأولية. د. شريف خاطر

وعليه فإن باب الدفع الدستوري المتاح لكل خصم في الدعوى العادية للطعن في عدم دستورية نص قانوني، فتح بابا واسعا في الولوج إلى العدالة الدستورية التي يطمح الدستور إلى تحقيقها بكفالة تطبيق أحكامه وعدم مخالفتها، ومن ثم فإن دخول القضاء الفرنسي ودول أخرى هذا الباب يعد ثورة حقيقية من أجل تحقيق المراقبة الفاعلة لدستورية القوانين ومكسبا هاما للأفراد من أجل ترسيخ حماية حقوقهم وحررياتهم التي تحرص كافة الدساتير في دول العالم على حمايتها.

### 3. الإحالة المباشرة من محكمة الموضوع

لما كان من المرتكزات الأساسية التي تحكم عمل القاضي تغليبها للقاعدة القانونية الأعلى على القاعدة الأدنى عند التعارض بينهما، فإذا ما تراءى له وجود تعارضه بين نص تشريعي في دعوى متداولة أمامه مع نص دستوري، كان له أن يحيل المسألة إلى المحكمة الدستورية المختصة لإزالة هذا التعارض.

ولا شك أن هذا الطريق من طرق تحريك الرقابة على دستورية القوانين ينطوي على مزيد من الضمانات في حماية الدستور إذ لم تعد إثارة المسألة الدستورية معلقة على السلطات العامة أو الخصوم إن شاءت طعنت أو دفعت بعدم دستورية التشريع وإن شاءت غضت الطرف عن ذلك.

وفي دولة ليبيا لم تجز اللائحة الداخلية للمحكمة العليا للمحاكم إحالة المسألة الدستورية تلقائيا، ويرى بعض فقهاء القانون الدستوري في ليبيا أن ذلك الأمر لا يتحقق به الهدف من الرقابة على دستورية القوانين إذ أن المحاكم ملزمة بحكم وظيفتها القضائية احترام القواعد الدستورية وتغليبها على ما دونها من قواعد قانونية، فضلا على ذلك فإن المسائل الدستورية تعد من النظام العام وفقا للرأي الغالب في الفقه والقضاء الدستوري، بما مؤداه أنه يحق للمحاكم إثارتها من تلقاء نفسها حتى في حالة عدم وجود نص يخولها ذلك.<sup>5</sup>

5. د. خليفة الجهمي. المراجع.....ص 219

وتتبنى أسلوب الإحالة المباشرة أنظمة قضائية كثيرة في أوروبا والبلاد العربية ومنها مصر والكويت، وحسنا فعلت هذه الأنظمة إذ أن فتح الباب أمام قاضي الموضوع إنما هو التطبيق السليم لدور القاضي في الخصومة القضائية، علاوة على أنه يحقق مزيدا من المراقبة على مخالقات السلطة التشريعية للدستور بما يضمن مزيدا من الضمانات لسيادة الدستور وعلوه.

وعندما يقرر قاضي الموضوع إحالة الأمر إلى المراقبة الدستورية فإن عليه أن يقرر وقف السير في الدعوى الموضوعية حتى يتسنى للقاضي الدستوري مباشرة اختصاصه في المراقبة.

#### 4. التصدي التلقائي من المحكمة الدستورية

نصت المادة 27 من قانون تنظيم المحكمة الدستورية في مصر رقم 48 لسنة 1979 على إعطائها حق التصدي التلقائي للمسألة الدستورية وهذا يفترض أن هناك دعوى معروضة عليها مما يدخل في اختصاصها ويتراى لها بمناسبة الفصل فيها أن ثمة نسا قانونيا يتصل بالنزاع المطروح عليها مشوب بعدم الدستورية - لم يكن محلا للطعن فيه أمامها - فتعمل رخصتها في التصدي لبحث مدى دستورية هذا النص من تلقاء نفسها وفي أي مرحلة تكون عليها الدعوى دون التقيد بأي ميعاد، بعد استيفاء الإجراءات المقررة لتحضير الدعوى الدستورية، كما يجوز للخصوم تنبيه المحكمة الدستورية إلى عدم دستورية نص لم يكن محلا لطعنهم، ويشترط لإعمال المحكمة الدستورية للتصدي وجود خصومة أمامها واتصال النص محل التصدي بالنزاع المطروح.

ونرى بأن باب التصدي التلقائي أمر مفترض خصوصا في الأنظمة التي تكون المحكمة العليا هي من تتصدى للمسائل الدستورية، ذلك أن هذه المحكمة بوصفها محكمة قانون تملك التصدي تأسيسا على أن المسألة الدستورية من قواعد النظام العام كما أن هذه المحكمة معنية بتطبيق القانون بوصفها محكمة نقض كذلك.

إن ترسيخ النصوص القانونية التي تخول المحاكم والمجالس الدستورية حق التصدي التلقائي للنصوص القانونية المخالفة للدستور - بمناسبة الدعاوى التي تتولى نظرها - يدخل المحاكم الدستورية من الباب الواسع للولوج إلى تحقيق مزيد من العدالة الدستورية وإعلاء شأن الدستور.

### المبحث الثاني: مراجع الطعن الدستوري

مراجع الطعن هي الوجوه التي يبني عليها المدعون في الدعوى الدستورية الأصلية والفرعية طلبهم أو دفعهم الدستوري، فالقاضي الدستوري يقع عليه التحقق في المرحلة الأولى من مدى اختصاصه بنظر الدعوى ثم في شروط قبوله لها بصحة الإحالة من عدمها، وفي المرحلة الثالثة يتولى الخوض في موضوعها بفحص العيوب التي ينسبها للمدعي للتشريع المطعون بعدم دستوريته، وهذه العيوب في مجملها تتمحور حول عدم اختصاص مصدر القانون أو مخالفة القانون للشكليات المطلوبة قانونا عند إصداره أو أن هذا النص ورد على غير محل أو بدون سبب أو غاية مشروعة.

#### 1. عيب عدم الاختصاص

عدم الاختصاص هو قيام شخص أو سلطة بإصدار تشريع ليس من اختصاصها دستوريا. وعيب الاختصاص قد يكون شخويا وقد يكون موضوعيا وقد يكون زمنيا أو مكانيا<sup>6</sup>. فالدستور أوكل سلطة سن للقانون للبرلمان، وليس للسلطة التنفيذية التدخل في سن القانون إلا إذا تضمن الدستور نصا خولها بذلك.

كما أنه ليس للبرلمان تفويض غيره في الاختصاص إلا إذا كان مخولا بذلك دستوريا، ولا يجوز لأي شخص التعدي على تلك الاختصاصات إذ لا يجوز لوزير إصدار لوائح ضرورة خول الدستور رئيس الوزراء الحق في إصدارها.

والدستور يفرض على سلطة التشريع قيودا عند إصدارها لأي قانون، إذ على سلطة التشريع عند سنها للقانون احترام المبادئ العامة التي قام عليها

6. د. خليفة الجهمي. المرجع السابق

الدستور من حماية للحريات الخاصة والعامة كحرية للتعبير وحق التملك والتقاضى واحترام مبدأ المساواة وتكافؤ الفرص والالتزام بأحكام الشريعة الإسلامية، كما أن السلطة التنفيذية عندما تمارس اختصاصات بإصدار قوانين ولوائح ضرورية في حالات الطوارئ عليها أن تلتزم بالحدود والقيود التي نص عليها الدستور.

كما أن سلطة التشريع ملزمة بالحدود الزمنية لممارسة الاختصاص التشريعي، فإن صدر عنها قانون في زمن لم يكن لها فيه حق إصداره فإن عملها يكون مخالفا للدستور.

كما أن سلطة التشريع ليس لها الحق في سن القانون في غير المكان المحدد لانعقاد البرلمان دستوريا إن لم تتوافر حالة الضرورة، يضاف إلى ذلك أن البرلمان وفي المراحل الانتقالية قد يحدد الدستور أو الإعلان الدستوري حدودا لسلطته في سن القوانين اللازمة للمرحلة الانتقالية ثم يتولى البرلمان سن تشريعات لم تكن لازمة لهذه المرحلة وهو ما يجعل عملها معرضا للبطلان.

ومن خلال هذه المرجعية في الطعن الدستوري يمكن للمحكمة الدستورية تصحيح الكثير من العيوب والتعديت التي تخالف القواعد الدستورية.

## 2. عيب الشكل والإجراءات

لا يكفي أن يصدر التشريع طبقا لقواعد الاختصاص وإنما يجب أن يكون مستوفيا للشكل والإجراءات التي يتطلبها الدستور في مراحل إعداده المختلفة سواء بالنسبة للاقتراح بصدوره أو مراجعته أو إصداره وإقراره.

فالدستور عادة ما يحدد قواعده لإصدار القانون بدء من الاقتراح بصدوره ثم سلطة مراجعته ثم إصداره وإقراره وشروط نفاذه، ومن ثم فإن عنصر الشكل والإجراءات في العمل التشريعي يقوم على حماية الأوضاع الشكلية والإجراءات المنصوص عليها في الدستور، بحيث يكون القانون معيبا متى خالف الشكل والإجراءات الجوهرية الواجب إتباعها عند سن القانون،

فالقاعدة الجوهرية هي تلك التي أفصح الدستور عن أهميتها وضرورتها ويترتب البطلان جزاء على مخالفتها، وهي كذلك تلك القاعدة التي استهدف الدستور بها تقرير حكم يراه واجب الإتيان باعتبار أن إغفالها يفوت ضمانات هامة يتطلبها التعمق والجدية في العملية التشريعية<sup>7</sup>.

فالإجراء الجوهري يترتب على الإخلال به بطلان التشريع ومن تم استقر الفقه والقضاء الدستوري على أنه ولإعمال أثر هذا العيب وجب أن يكون الإجراء جوهريا ومؤثرا على مضمون القانون أو مخلا بالضمانات المقررة للأفراد، وهو ما استقر عليه قضاء المحكمة الإدارية العليا بمصر عندما تطرقت لماهية الإجراء الشكلي الجوهري المؤثر على مضمون القرار والمبطل له عند المخالفة.

ومن التطبيقات القضائية لذلك ما ورد في حكم المحكمة العليا الليبية في الطعن الدستوري رقم 11/61 ق بجلسة 2014/6/9 بقولها «أن عملية التصويت التي بني عليها القرار المطعون فيه والإجراءات التي صاحبت إصداره تكون قد جاءت مخالفة للقواعد والإجراءات التي حددها النظام الداخلي للمؤتمر الوطني العام والتي كان على المؤتمر الالتزام بها من أجل تحقيق أهم استحقاقاته الدستورية وهو اختيار رئيس للحكومة التي تتولى مهام السلطة التنفيذية في الدولة».

وهو قضاء سار عليه المجلس الدستوري الفرنسي بالأخذ بالتفرقة داخل عيب الشكل والإجراءات في المجال الدستوري بين ما هو جوهري له أثر على صحة العمل التشريعي ويرتب بطلانه وبين ما هو غير جوهري وليس له تأثير على صحة ذلك العمل لعدم مساسه بالضمانات المقررة دستوريا للأفراد.

وعليه فإن تطبيق المحاكم الدستورية لقواعد الشكل بإبطال التشريعات المؤثرة على العمل التشريعي بما ينقص من الضمانات المقررة للأفراد يعد مكسبا لمصلحة سمو القاعدة الدستورية ولا ينبغي التساهل فيه حفاظا على تلك الضمانات.

7. د. سامر العوض. أوجه عدم الدستورية في القوانين.



### 3. عيب المحل

وهو من العيوب الموضوعية التي تشوب العمل القانوني فتبطله، وعيب المحل في المجال الدستوري ينصب على مخالفة التشريع لقاعدة دستورية مخالفة مباشرة، وذلك بانتهاكها أو الإخلال بها من قبل سلطة التشريع المختصة حال تنظيمها للحقوق والحريات العامة<sup>8</sup>.

وصور عيب المحل عديدة منها انعدام صفة العموم والتجريد من العمل التشريعي، فإذا جانب القانون هذه السمة عد غير دستوري لانتهاكه قاعدة المساواة والتجريد، وتتمثل صورة انعدام صفتي العمومية والتجريد في التشريعات في الحالات التي تحرم فيها طائفة أو فئة معينة من حق أو حرية محددة، وتمنح طائفة امتيازاً خاصاً دون بقية الطوائف رغم تماثل الظروف بينها وتساوي المراكز القانونية لها، وكان لذلك تطبيقات عديدة في قضاء المحكمة الدستورية المصرية العليا وقضاء المحكمة العليا الليبية منها حكمها في الطعن الدستوري رقم 2 لسنة 59 ق جلسة 2013/2/5 والذي جاء به «أن صفة العمومية والتجريد في القاعدة القانونية من شأنها أن تحقق المساواة أمام القانون، ويبين من ذلك أنه ليست العبرة في هذا الشأن بعدد الأشخاص الذين يوجه إليهم الخطاب في القاعدة القانونية، وإنما المعول عليه هو الصفة التي تثبت لهؤلاء وفقاً لما تتطلبه شروط القاعدة القانونية، ويستوي أن تثبت هذه الصفة للناس جميعاً أو لعدد منهم أو حتى لشخص واحد منهم دون غيره من الناس».

وجاء في حكم المحكمة الدستورية المصرية طعن رقم 9 لسنة 34 ق جلسة 2014/6/4 قولها «إن المقرر بأن صور التمييز المجافية للدستور وإن تعذر حصرها إلا أن قوامها كل تفرقة أو تغيير أو تفضيل أو استبعاد ينال بصورة تحكمية من الحقوق والحريات التي كفلها الدستور أو القانون بما يحول دون مباشرتها على قدم من المساواة الكاملة بين المؤهلين قانوناً للانتفاع بها.

8. د. ماجد الحلو. القانون الدستوري

كما جاء في الحكم الصادر عن الدائرة الدستورية الليبية في حكمها الصادر بتاريخ 2012/11/25 بالطعن الدستوري رقم 16 لسنة 59 ق قولها «الليبيون سواء أمام القانون ومتساوون في التمتع بالحقوق المدنية والسياسية وفي تكافؤ الفرص وفيما عليهم من الواجبات والمسؤوليات العامة». وجاء به أيضا «تضمن الدولة تكافؤ الفرص وتعمل على توفير المستوى المعيشي اللائق وحق العمل والتعليم والرقابة الصحية والضمان الاجتماعي لكل مواطن».

خلاصة القول بأن القانون الذي ينتهك القواعد الأساسية بالدستور التي تكفل حقوق الأفراد وحررياتهم من حرية الرأي والتعبير والتقاضي والتعليم وتكافؤ الفرص في العمل والمساواة وفي ممارسة العمل السياسي والضمان الاجتماعي والتأمين، والملكية وغيرها من الحقوق التي تمس حياة الإنسان وحقوقه الأساسية، يكون ذلك القانون مخالفا للمحل قابلا للإبطال بوجود هذا العيب.

لقد تبث من خلال التطبيقات العملية للقضاء الدستوري في كثير من الدول بأن أعمال أثار مخالفة القانون للقواعد المشار إليها يمثل انتصارا لحرية الأفراد وترسيخا لحقوقهم الأساسية وكفالة للاستقرار السياسي والمجتمعي، والقاضي الدستوري عندما ينتصر لحكم الدستور فإنه يعلى من شأن الأمة التي تعاقبت من أجل أن تكون هذه الوثيقة هي عنوانها الذي بها تسمو وبها يعلوشأن الوطن.

#### 4. عيب السبب

إن السبب هو الحالة الواقعية أو القانونية التي تدفع المشرع لإصدار القانون، ويشترط لصحة السبب أن يكون موجودا ودستورا، فلو أصدر البرلمان قانونا، اشترط للدستور لصدوره عرضه من السلطة التنفيذية مع بيان سبب ذلك العرض فإن صدور القانون عن البرلمان دون ذلك العرض المسبب يعد مخالفة للسبب وعيبا مبطلا للقانون.

ومن المتفق عليه بأن رقابة القضاء الدستوري على السبب في سن التشريعات لا تبرز إلا في حالات قليلة ومحددة هي تلك التي يقيد فيها

الدستور السلطة التقديرية الواسعة للمشرع في اختيار السبب بتوافر اعتبارات وظروف معينة ، كما إذا تطلب للدستور لصدور مراسيم أو قرارات من السلطة التنفيذية لها قوة القانون في غيبة البرلمان في حالة الضرورة، ثم صدرت هذه القوانين دون توافر مبرراتها، فإن القاضي الدستوري عليه بحث مدى توافر حالة الضرورة التي صدر بناء على وجودها القانون من السلطة التنفيذية وهو عليه بذلك أن يوازن بين عناصر السبب والمحل والغاية في العمل التشريعي<sup>9</sup>.

ويمكن القول بأن تدخل القاضي الدستوري للحكم بعدم دستورية القانون لانعدام السبب لإصداره برز في الكثير من الحالات خصوصا في دول يكون للسلطة التنفيذية دور كبير في إنفاذ السياسة الاقتصادية وأن دور هذه السلطة السياسي بارز ومنافس لدور البرلمان وهنا يتولى القاضي الدستوري إعادة التوازن في علاقة البرلمان بالسلطة التنفيذية عندما تفوت هذه السلطة على البرلمان دوره في المراقبة الدقيقة للسبب في سن هذه التشريعات بالمخالفة لحكم الدستور باستغلال حالة الضرورة والظروف الطارئة لتمرير تلك القوانين، ويكون على القاضي الدستوري التصدي لذلك صونا للحريات والحقوق التي تحاول السلطة التنفيذية انتهاكها عن طريق إصدار تشريعات الطوارئ أو الافتئات على البرلمان باستغلال تلك الحالات.

## 5. عيب الغاية أو الانحراف

إن كل تشريع يهدف المشرع من إصداره تحقيق غايات الصالح العام التي يرمى الدستور إلى تحقيقها باعتباره يجسد إرادة الأمة، فإذا حاد المشرع عن ذلك أصاب عمله الانحراف، وهذا العيب يظهر عندما تمارس سلطة التشريع سلطاتها التقديرية في تنظيم موضوع من الموضوعات التي يتطلب تنظيمها سن القانون.

وقد أخذ المرحوم الدكتور عبد الرازق السنهوري بالمعيار الموضوعي لكشف هذا النوع من العيوب، بوصف أن المعيار الموضوعي يتميز بالثبات والاستقرار وأورد خمسة فروض يمكن أن تتوافر فيها حالة من حالات الانحراف التشريعي.

9. د. خليفة الجهمي. المرجع السابق

- الأولى: عند إصدار البرلمان قانونا لا ينصرف تطبيقه إلا على حالة واحدة، كأن يصدر قانونا بإلغاء هيئة قضائية بقصد التخلص من أعضائها.

- الثانية: مخالفة القانون للغرض الذي خصصه الدستور لهذا القانون.

- الثالثة: إصدار قانون ينتهك الحريات والحقوق العامة.

- الرابعة: إصدار قانون يمس حقوقا مكتسبة في غير ضرورة أو من غير تعويض.

- الخامسة: مخالفة القانون لمبادئ الدستور العليا وقواعده الأساسية.

والحقيقة أن ما تقدم من فروض قد لا يعكس كل حالات الانحراف التشريعي، إذ قد تختفي سلطة التشريع تحت أي من اختصاصاتها لممارسة عمل آخر يمنعه الدستور صراحة أو ضمنا، ذلك لأن الانحراف عيب قصدي ومن ثم فعلى القاضي الدستوري تخطي ظاهر التشريع إلى البحث عن الطبيعة الحقيقية التي هدف إليها المشرع<sup>10</sup> وهو دور مطلوب للقاضي الدستوري لأن إجازة هذا التحايل تقضي على القيمة الحقيقية للقيود الدستورية وتفتح بابا خطيرا أمام المشرع للعدوان على حقوق الأفراد وهو في مأمن من رقابة القضاء الدستوري<sup>11</sup>.

ولعل بعض الأنظمة القضائية لا تصرح للقاضي الدستوري ببحث عيب الانحراف التشريعي تحاشيا منه للخوض في بواغث التشريع ومقاصده لما يتضمنه ذلك من تقييم سلبي لأداء البرلمان المعبر عن إرادة الشعب واتهام البرلمان بممارسة الانحراف يعد إدانة سياسية، وهو تبرير لا نوافق عليه لأن تكامل السلطات الثلاثة وتعاونها من أجل الحفاظ على الدستور والضمانات المقررة فيه أمر لا يخرج أحدا فالدولة القانونية تتصرع عندما تتصرع إرادة الأمة المتمثلة في الدستور.

10. د. عبد الحميد متولي - الوسيط في القانون الدستوري.

11. د. احمد كمال أبو المجد - الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة ومصر وبدات المعاني د. خليفة الجهمي - المرجع السابق.

## المبحث الثالث: في نتائج توسيع قاعدة الطاعنين ومراجع الطعن

### 1. فائدة التوسيع في فئات الطاعنين

في الأنظمة التي يكون فيها لكل صاحب مصلحة من الأفراد والهيئات اللجوء إلى المحاكم الدستورية للطعن بعدم دستورية تشريع أو نص بهذا التشريع بالدعوى المباشرة أو بالدفع الدستوري، يكون فيه القضاء الدستوري دائم النشاط والحركة بازدياد عدد الطعون الدستورية وتعدد المسائل المعروضة على هذا القضاء وتنوعها بما يثرى السوابق القضائية الدستورية التي حالما تصبح ضابطا دستوريا مقيدا لنشاط السلطة التشريعية بأحكام للدستور، كما أن الفائدة تعم القضاة العاملين من تضاعف مداركهم في مجال القضاء والعدالة الدستورية، أما الفائدة التي يجنيها الأفراد المواطنون فهي عظيمة بانتصارهم لمبدأ علو الدستور وسموه على ما عداه من تشريعات ومن ثم تتحقق مصالحهم في ظل دولة المؤسسات والقانون وتتصر الدولة القانونية ويسمو الدستور.

غير أن ولوج الأفراد أبواب الطعن المباشر والدفع الدستوري يجب أن يكون محكوما بضوابط إجرائية وموضوعية، فعلى المدعي إتباع الأنظمة والإجراءات التي حددها القانون لرفع الدعوى وأن تكون له مصلحة في ذلك، وأن يكون دفعه جديا مؤثرا في دعوى الموضوع عند الدفع بعدم الدستورية أمام قاضي الموضوع، وأن يكون الفصل في الدفع الدستوري لازما للفصل في الموضوع، وكافة تلك الاشتراطات لا تعد قيودا على حرية الأفراد في مخاصمة النص الغير الدستوري بقدر ما هي ضوابط ليكون ولوج الأفراد إلى هذا الباب قانونيا وصحيحا يحترم التنظيم القضائي وإجراءاته.

وصفوة القول أن فتح باب المراقبة القضائية بأكثر من طريق وتوسيع مدخل ولوج أصحاب المصلحة من الأفراد والهيئات لهذه الأبواب هو حسنة تحسب للأنظمة القضائية التي تعتمد هذه الأبواب كمدخل للطعن الدستوري.

وما زال العديد من الدول يتخوف من فتح أبواب الطعن الدستوري على مصراعيه أمام الأفراد، ولكن الحكم على مدى ملاءمة أو نجاح أي

تنظيم لطرق المراقبة الدستورية ينبغي أن يقام على النتائج التي يحققها هذا التنظيم داخل الدولة المعمول به فيها، ويكون من الضروري مراجعة هذه النتائج للإبقاء على التنظيم المعمول به أو العدول عنه إلى تنظيم أكثر ملاءمة وفعالية<sup>12</sup>.

وما يجب التأكيد عليه أن باب الدعوى المباشرة والدفع الدستوري هو حسنة من حسنات الأنظمة القانونية، جعلت للأفراد دورا في تحقيق العدالة الدستورية، بما يقدمونه من طعون تكاد تغطي جل العورات التي تصاب بها التشريعات الأدنى مرتبة من الدستور، ناهيك عن ما يحققه ذلك التوسع من فوائد تعود على القضاء الدستوري وتوسع دوره في المراقبة الدستورية.

أما بالنسبة للأثر المترتب لدور محكمة الموضوع في الإحالة المباشرة ودون دفع من أحد، فهو باب يجعل للقاضي الذي يتولى نظر موضوع أي دعوى أن يزن النصوص القانونية التي سيعول عليها في حكمه بميزان الدستور، فإن رأى أن هذه النصوص لا توافق حكم الدستور أحال المسألة تلقائيا إلى المجلس الدستوري أو المحكمة الدستورية كاشفا لها حوار ذلك النص، وهذا الباب يجعل مساهمة القضاء العادي كبيرة إذ أن ما يدركه هذا القاضي قد لا يدركه الأفراد بحكم درايته بالنصوص الدستورية والنصوص القانونية.

ومن ثم يكون هذا الباب من حسنات الأنظمة القانونية التي تعتمد هذا الطريق الذي يضمن مزيدا من المراقبة الدستورية على عمل سلطة التشريع والتنفيذ ويرسخ مبدأ سمو وعلو القاعدة الدستورية ويجعل قضاة الموضوع أكثر اجتهادا لمصلحة سمو تلك القواعد وهو ما يعود بالفائدة من أجل دولة يسودها القانون.

أما أثر تصدي المحكمة الدستورية التلقائي لعدم الدستورية بمناسبة دعوى دستورية تتولى نظرها والفصل فيها، فهو باب عظيم ومدخل يفتح الباب واسعا أمام هذه المحاكم من أجل أن تؤدي دورها في حماية الوثيقة الدستورية،

12. راجع د. عبد الحميد متولي. المرجع السابق وبذات المعاني

الرقابة الدستورية على دستورية القوانين د. نورة السناوي

فالقواعد الدستورية من النظام العام وانطلاقاً من ذلك فإن هذا الباب يجعل دور المحكمة الدستورية دوراً مهيمناً وسيُفعل مسطراً على كل مخالفة دستورية. إن تحقيق الأمن القانوني وكفالة الاستقرار لا يتم إلا عبر تنظيم قانوني يسمح للأفراد والهيئات المعنية بتطبيق الدستور بالولوج إلى المحاكم المتخصصة من أبوابه الواسعة.

والخلاصة إن توسيع وسائل الطعن في دستورية القوانين أمام هيئات المراقبة الدستورية (مجالس أو محاكم دستورية أو دوائر دستورية) أمر غاية في الأهمية من أجل تحقيق مراقبة أكبر وأفضل أعم وأشمل، وتجعل للأفراد من الشعب وللعاملين بالقضاء دوراً مهماً في ترسيخ قواعد العدالة الدستورية، وإن فوائد وحسنات التوسع أكبر بكثير من تحفظات كثير من فقهاء القانون الدستوري من أن التوسع يثقل كاهل المحاكم الدستورية بكثرة الطعون الدستورية.

## 2. في نتائج التوسع في مراجع الطعن

إنه، وكلما كان للقاضي الدستوري مجال واسع في بحث الحوار الذي أصاب النص القانوني المدفوع بعدم دستوريته كانت النتائج فاعلة.

وبالرغم من أن معظم الأنظمة يعتمد نفس المراجع القانونية كأسباب للطعن الدستوري إلا أن التفسيرات القضائية لدرجة تدخل القاضي الدستوري من خلال هذه المراجع في الدعوى، جعلت من هذه النظم تضيق من أثر هذه الأسباب، فحصر حالات التدخل وقيده بنصوص قانونية محددة قد لا يجعل للقاضي الدستوري حرية في الوصول إلى العيب، ومن ثم فإن إطلاق يد القاضي لوزن العمل القانوني بميزان أوسع يكون أكثر فعالية.

فإطلاق يد السلطة التشريعية في تفويض سلطة التنفيذ في الاختصاص قد يمثل وجهاً من وجوه الاعتداء على الدستور، والقاضي الدستوري إذا لم يكن لديه مكنة مقارنة ذلك التفويض ووزنه بميزان الدستور، واستقراراً نصومه ومعرفة الغرض من صدوره، فإن العدالة الدستورية سوف تكون منقوصة

باستعمال ذلك التفويض بمخالفة المبادئ الحاكمة في الدستور، ومن ثم فإن إطلاق يد القاضي الدستوري وتمكينه من استقراء مسألة الاختصاص نوعا وزمنا ووسيلة وهدفا، يعود بالنفع لترجيح وتغليب القواعد الدستورية.

أما عن العيوب الإجرائية والشكلية التي تعيب العمل القانوني فتجعله قابلا للبطلان، فإن إحكام القاضي الدستوري بمراجعة الشكليات القانونية الجوهرية اللازمة لقيام العمل القانوني يجعل من القضاء أكثر فاعلية في عملية المراقبة ومن ثم فإن لهذه المرجعية من مراجع الطعن أهمية كبرى في تحقيق العدالة الدستورية، وانتصارا لمصلحة الضمانات المقررة للأفراد والجماعات.

ويكون للقاضي الدستوري دور كبير في بحث السبب المتعلق بصدور القانون فالحالة الواقعية التي تطلبت من سلطة التشريع إصدار القانون هي ظاهرة ويكون من السهل على القاضي الدستوري بحث هذه الحالة واستبيان مدى وقوع مخالفة لها من عدمه وعليه يكون لهذه المرجعية دور كبير في إبطال الكثير من المخالفات التي تصيب القوانين للدستور، وإعادة التوازن بين السلطة التشريعية والتنفيذية.

غير أن كشف عيب الانحراف قد يصعب على القاضي لأن القصد مصدره خفي وهو صعب الإثبات، ولكن القاضي المتمرس سرعان ما كشف الانحراف القسدي للمشرع ويبطل عمله وهو في ذلك يعتمد معيارا موضوعيا مناقشا القرائن والأدلة المعروضة عليه كاشفا غاية المشرع، والذي يوصله إلى كشف المخالفة الدستورية وذلك ما يوسع من سلطة القاضي الدستوري محققا أهدافه في حماية الدستور.

## الخاتمة

مما تقدم فإننا نخلص إلى أن توسيع قاعدة المراقبة القضائية الدستورية سواء فيمن لهم الحق في تقديم الطعن الدستوري (أفراد أو هيئات أو محاكم) أو في التوسع في أسباب الطعن أمام هيئات المراقبة الدستورية



من مجالس دستورية أو محاكم، ذلك كله له أثره البالغ في تحقيق مراقبة دستورية أعم وأشمل وأكثر وأكبر تأثيرا وفاعلية على الحياة الدستورية في الدول الديمقراطية.

فالمراقبة الشعبية التي قوامها الأفراد لأعمال السلطة التشريعية والتنفيذية المنتخبة ومدى توافق عملها مع المبادئ الدستورية والتي تظهر في الدعوى الأصلية أو الدفع الدستوري، كان لها الأثر العظيم في كشف المخالفات الدستورية وتقويم الانحراف الصادر عن السلطة التشريعية.

أما الدور الذي تمارسه محاكم الموضوع بالإحالة المباشرة للمخالفات الدستورية التي ترى وقوع التشريعات التي تتولى تطبيقها على المسائل المعروضة عليها، وكذلك ما تباشره المحاكم الدستورية من مراقبة مباشرة لنصوص التشريع التي تعرض عليها تعد أبوابا هامة للولوج إلى تحقيق الأمن القانوني والعدالة الدستورية، خصوصا إذا ما كان القضاة العاملون أكثر جدية في التعامل مع ما هو معروض عليهم من دعاوى وذلك هو المطلوب.

كما أن جدية بحث المحاكم الدستورية لمراجع الطعن وما يقدمه الطاعنون من خلال هذه المراجع من أسباب والتوسع في تفسير هذه الأسباب بما يخدم مصلحة الدستور يجعله الميزان الضابط لكافة التصرفات الصادرة عن سلطة التشريع وبذلك تتحقق العدالة وتسمو القاعدة الدستورية.

وبالله التوفيق

**السيد جواو بينتو سيميدو**  
**رئيس المحكمة الدستورية**  
**(جمهورية الرأس الأخضر)**

**ملخص**

تقدم المداخلة العناصر الأساسية لتجربة جمهورية الرأس الأخضر التي تجمع بين المراقبتين غير المركزة والمركزة على دستورية القوانين، وكذا المحددات الأساسية لآلية دعوى الحماية المباشرة بوصفها آلية للرقابة الملموسة تهتم جميع القرارات المعيارية كيفما كانت طبيعتها، وتنصب في أن واحد على رقابة المشروعية والدستورية.

كما تعرض المداخلة أيضا لآثار قرارات التصريح بعدم الدستورية من حيث النطاق والزمن، في علاقة بمبدأي الأمن القانوني والقضائي.

**النص الكامل للمداخلة باللغة الفرنسية، الصفحات 226 - 230**  
**من القسم الخاص باللغات الأجنبية**



**السيد إيمي مويوبوك كاريموندا**  
رئيس محكمة الاستئناف  
(رواندا)

**ملخص**

تعرض المداخلة للتحويلات التي عرفتها منظومة العدالة الدستورية في رواندا، والانتقال من نمط رقابة دستورية قبلية مركزة موكلة إلى غرفة دستورية بالمحكمة العليا واعتماد السؤال القضائي الدستوري كألية للرقابة الدستورية اللاحقة، إلى اعتماد نمط المراقبة المنبثة اللاحقة، وتخويل المحكمة العليا اختصاصا قائم الذات لتفسير الدستور. كما تعرض المداخلة نماذج من الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا في ظل المنظومة الجديدة.

النص الكامل للمداخلة باللغة الإنجليزية، الصفحات 231 - 234  
من القسم الخاص باللغات الأجنبية

**السيد محمد خيرى طه**  
**نائب رئيس المحكمة الدستورية العليا**  
**(جمهورية مصر العربية)**

تتناول المداخلة بإيجاز عدة محاور كالآتي:

**1. الدور الفاعل للقضاء الدستوري في مجال حماية الحقوق والحريات**

إن الدور الأساسي والفاعل الذي يلعبه القضاء الدستوري في المجتمع لا يقف عند حد تحقيق الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح، مما يضمن ضبط البناء التشريعي للدولة وكفالة تحقيق التوافق بين نصوصه وأحكام الدستور، بل يمتد ليشمل تحديد مضامين وأطر الحقوق والحريات والواجبات والالتزامات الدستورية، والذي يعد في حقيقة الأمر دوراً أساسياً ومحورياً للقضاء الدستوري بالنسبة للمجتمع، لما له من إسهام فاعل في تحويل نصوص الدستور إلى واقع حي ملموس، واضعاً في اعتباره، في كل ذلك، ما تقضى به نصوص الاتفاقيات والمواثيق الدولية المتعلقة بتلك الحقوق والحريات والتي صادقت عليها السلطات الدستورية، لتكون تلك الأطر والمضامين، هي النطاق الذي يمارس المواطن من خلاله حقوقه وحرياته. وتتحدد له واجباته والتزاماته الدستورية، وأساساً لما يطالب به المواطن السلطات العامة في الدولة، سواء في ذلك السلطة التشريعية أو السلطة التنفيذية أو السلطة القضائية. كما تشكل قيدياً على السلطات العامة في الدولة، لا تملك بأي حد الفكاك منه عند ممارستها لاختصاصاتها وسلطاتها الدستورية، خاصة ما يمس منها حقوق وحريات المواطنين، ويعد الخروج عليها مخالفة لأحكام الدستور تصم العمل الصادر في أي منها بعيب عدم الدستورية، واعتراضاً

بهذا الدور الهام للمحكمة الدستورية العليا، نص الدستور المصري الصادر سنة 2014 في المادة (195) منه، على أن أحكام المحكمة وقراراتها ملزمة للكافة وجميع سلطات الدولة ولها حجية مطلقة بالنسبة لهم.

## 2. الدور الإيجابي للقاضي الدستوري، وانعكاسه على أثر الحكم الصادر في الدعوى الدستورية

وما من شك في أن آثار الأحكام والقرارات الصادرة في المسائل الدستورية، إنما ترتبط، إلى جانب ما تقدم، بالدور الإيجابي للقاضي الدستوري بالنسبة للدعاوى الدستورية، والذي ينعكس أثره على الحكم الصادر منه وتحديد آثاره. ويتماثل ذلك في مصر في عدة محاور سنوردها في عجالة:

أولاً - عدم تقييد المحكمة بالمناعي والمثالب الدستورية التي ضمنها المدعى في صحيفة دعواه، وإنما تعرض المحكمة للنصوص القانونية المطعون فيها، ومن تلقاء ذاتها على كافة نصوص الدستور، لبيان مدى مطابقتها لأحكامه، وتقضى بعدم دستورية النص، ولو لغير المثالب التي تمسك بها المدعى في دعواه.

ثانياً - سلطة التصدي: فرغبة من المشرع المصري في تفعيل دور المحكمة الدستورية العليا، وشمول حكمها سائر النصوص القانونية التي تتصل بالمراكز القانونية المعروضة عليها، منحها نص المادة (27) من قانون المحكمة سلطة التصدي لدستورية أي نص في قانون أو لائحة يعرض لها بمناسبة ممارستها لاختصاصاتها، ومن تلقاء ذاتها ولو لم يشملها الطعن بعدم الدستورية، متى اتصل بالنزاع المعروض عليها، وذلك بعد اتباع إجراءات التحضير أمامها، وهي تقضى بعدم دستورية النص متى وجدته قد خالف أحكام الدستور، وذلك ينعكس، دون شك، بدوره في توسيع دائرة الرقابة الدستورية، ونطاق الأثر الذي يرتبه قضاء المحكمة، ويضمن للمدعى الحصول على حكم يمكن تنفيذه دون عوائق قانونية تعترضه.

ثالثاً- فكرة السقوط كأثر للقضاء بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة: فضماماً لفعالية الحكم الصادر بعدم دستورية نص قانوني، جرى قضاء المحكمة الدستورية العليا المصرية على الحكم بسقوط النصوص المرتبطة بالنص المحكوم بعدم دستوريته ارتباطاً لا يقبل الفصل أو التجزئة، وذلك تحقيقاً لاستقرار المركز القانوني الذي تحكمه هذه النصوص، والمثل الأبرز هنا هو القضاء بعدم دستورية نص التجريم، الأمر الذي يستتبع حتماً سقوط نص العقاب، إذ لم يعد هناك مبرر قانوني لوجوده بعد القضاء بعدم دستورية نص التجريم.

### 3. أثر الحكم بعدم الدستورية:

إن أثر الحكم بعدم الدستورية يتردد بين الأثر المباشر والأثر الرجعى لذلك الحكم، وفي مصر قررت المادة (49) من قانون المحكمة الدستورية العليا الأخذ بفكرة الأثر الرجعى للحكم بعدم دستورية النص القانوني كأصل عام، بحيث يترتب عليه زوال النص المحكوم بعدم دستوريته بأثر رجعى ومنذ نشأته، إلا أن القانون قد استثنى من ذلك المنازعات المتعلقة بالضرائب نظراً لأهميتها واتصالها بالأوضاع المالية لميزانية الدولة، فأخذ القانون المصري بفكرة الأثر المباشر للحكم بعدم الدستورية بالنسبة للنص القانوني، وذلك دون إخلال بحق المدعى في الدعوى الدستورية من الإفادة من الأثر الرجعى للحكم، كما حوّل القانون المحكمة الاستثناء من الأثر الرجعى في الحالات التي تقدرها، فيكون لها أن تحدد لإعمال آثار حكمها تاريخاً آخر، وهي رخصة ممنوحة للمحكمة الدستورية العليا وحدها، ويرتبط إعمال أثر الحكم بواقعة قانونية ضرورية وهي نشر الحكم بالجريدة الرسمية الذي أوجبه المادة (195) من الدستور والمادة (49) من قانون المحكمة.

هذا وتتولى المحكمة الدستورية في مصر رقابة سلامة إعمال آثار حكمها واتفاق ذلك مع ما قصدته وضمته ومدونات ذلك الحكم، فقد منح الدستور الحالي في المادة (192) منه، والمادة (50) من قانون المحكمة

الدستورية العليا المصرية، المحكمة سلطة الفصل في المنازعات المتعلقة بتنفيذ أحكامها والقرارات الصادر منها، ليكون لها أن تقضى بعدم الاعتداد بأي حكم أو قرار أياً كانت جهة إصداره، متى تضمن أعمال آثار حكمها على خلاف ما قصدته المحكمة، وهو اختصاص حصري للمحكمة الدستورية العليا دون غيرها من السلطات وجهات القضاء الأخرى.

تلك لمحة سريعة وموجزة مراعاة للوقت المحدد للمداخلة، عرضنا خلالها الدور الفاعل للقضاء الدستوري وأثره على المجتمع، وبعض تطبيقاته الدستورية في القانون والقضاء المصري، وفي واقع الحال فإن ما يثيره هذا الموضوع كثير ومتشعب، لا يتسع الوقت لطرحه، آملاً من الله أن نلتقي دائماً على خير، وأن تتضافر جهودنا لرفع مكانة القضاء الدستوري، ودفعه إلى الأمام في الطريق إلى تقديم ضمانات فعالة، وفاعلة للحقوق والحريات الدستورية.

والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته.

## السيد نجيب بامحمد

أستاذ بجامعة سيدي محمد بن عبد الله (فاس)

نائب رئيس الجمعية المغربية للقانون الدستوري

عضو سابق باللجنة الاستشارية المكلفة بمراجعة الدستور

(المملكة المغربية)

### ملخص

تقدم المداخلة المحطات الأساسية لمسار التطور العالمي للقضاء الدستوري، والانتقال من المنازعة القضائية المتعلقة بالحريات إلى المنازعة الدستورية المتعلقة بالقانون، وهو التطور الذي ساهم فيه الانتشار العالمي لقيم الدستورية ودولة القانون.

وتعرض المداخلة أيضا للاختيارات الأساسية للرقابة الملموسة اللاحقة على دستورية القوانين في النماذج الأمريكية والأوروبية والإفريقية.

وتتناول المداخلة أيضا، من منظور مقارنة، الخيارات المسطرية المتعلقة بالرقابة اللاحقة على دستورية القوانين، بوصفها مظهرا لتفريد القانون، وكذا الحلول الإجرائية لتدبير تدفقات الدعاوى الدستورية المقدمة في إطار هذه الآلية، مع تقديم خلاصات تنصب على مسار أعمال الدفع بعدم الدستورية في السياق المغربي.

النص الكامل للمداخلة باللغة الفرنسية، الصفحات 236 - 250

من القسم الخاص باللغات الأجنبية



## تقرير الجلسة

السيد عبد الأحد الدقاق  
عضو المحكمة الدستورية  
(المملكة المغربية)

تناولت المداخلات عددا من الإشكالات ذات طابع إجرائي وأخرى مرتبطة بالخيارات المعتمدة من قبل التجارب الوطنية في مجال آثار القرارات المتخذة من قبل المحاكم الدستورية في إطار أعمالها لآليات الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين.

ولتحديد هذه الآثار يمكن وضع هذه التساؤلات:

1. ماهي طبيعة قرارات المحكمة الدستورية من حيث الحجية والآثار المترتبة عنها؟
2. ما هي هذه الحجية عند عدم قبول الطعن؟ وعند رفض الطلب؟ وعند التصريح بعدم دستورية نص قانوني؟
3. كيفية استثمار قرارات المحاكم الدستورية من طرف الطاعن وغيره؟
4. ما هو النطاق الزمني لتنفيذ الأحكام الصادرة عن المحكمة الدستورية؟
5. هل التنفيذ يكون بالنسبة للمستقبل فقط أم يكون لهذا القرار أثر رجعي في بعض الحالات؟
6. هل يجوز للمحكمة تحديد التاريخ الذي يرتد له أثر الحكم بعدم الدستورية؟

7. متى يكون لعدم الدستورية مزيجا بين الأثر المباشر والأثر الرجعي؟  
8. كيف يمكن الحفاظ على الأمن القانوني في حالة إلغاء نص قانوني، وما يتعلق به، وتبعات ذلك؟

وفي هذا الصدد، قدمت مداخلة السيد مامادو كوني، رئيس المجلس الدستوري للكويت ديفوار العناصر الأساسية للتجربة الإفوارية للدفع بعدم الدستورية، وأثار قرارات المجلس الدستوري بهذا الخصوص على الدعوى التي أثير بمناسبة الدفع، وعلى المنظومة القانونية الوطنية، كما تطرقت المداخلة أيضا لمسألة آثار قرارات المجلس الدستوري في علاقة بمبادئ دستورية أمره كمبدأ عدم رجعية القوانين ومبدأ الحفاظ على الحقوق المكتسبة.

وتناولت مداخلة السيد محمد الحافي، رئيس المحكمة العليا الليبية، الخصائص الأساسية لآليات المراقبة اللاحقة على دستورية القوانين. حيث انصب التحليل على سبل الولوج إلى المنازعة الدستورية عبر الطريق العارض، والإحالات من محاكم التنظيم القضائي والدعاوى المباشرة، كما تعرضت المداخلة، بشكل عام، لعدد من «عيوب عدم الدستورية» الداخلية والخارجية (عيوب عدم الاختصاص، الشكل، المسطرة، الموضوع، والتعليل) وكذا أثر توسيع سبل الولوج إلى العدالة الدستورية.

وقدم السيد جواو بينتو سيميدو، رئيس المحكمة الدستورية لجمهورية الرأس الأخضر، العناصر الأساسية لتجربته الوطنية التي تجمع بين المراقبتين غير المركزية والمركزية على دستورية القوانين، وكذا المحددات الأساسية لآلية دعوى الحماية المباشرة بوصفها آلية للموسسة التي تهم جميع القرارات المعيارية كيفما كانت طبيعتها، وتنصب في آن واحد على رقابة المشروعية والدستورية، وتعرضت المداخلة أيضا لآثار قرارات التصريح بعدم الدستورية من حيث النطاق والزمن، في علاقة بمبدأي الأمن القانوني والقضائي.

وعرضت مداخلة السيد إيمي مويوبوك كاريموندا، رئيس محكمة الاستئناف برواندا، للتحويلات التي عرفتها منظومة العدالة الدستورية في

رواندا، والتي تمثلت في الانتقال من نمط رقابة دستورية قبلية مركزة موكلة إلى غرفة دستورية بالمحكمة العليا واعتماد السؤال القضائي الدستوري كألية للرقابة الدستورية اللاحقة، إلى اعتماد نمط المراقبة غير المركزية اللاحقة، وتخويل المحكمة العليا اختصاصا قائم الذات لتفسير الدستور، كما تناولت المداخلة نماذج من الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا في ظل المنظومة الجديدة.

وأبرزت مداخلة السيد محمد خيرى طه، نائب رئيس المحكمة الدستورية العليا المصرية، الدور الخلاق للقاضي الدستوري المصري في مجال حماية الحريات والحقوق الأساسية، وهو دور محدد لنمط تدبير آثار القرارات المتخذة، كما قدمت المداخلة، أيضا، أمثلة للوسائل المثارة تلقائيا، وكذا نماذج من الإحالة التلقائية، وتنوع آثار نسخ وإلغاء المقتضيات ذات الارتباط بالنصوص التشريعية التي تم الطعن في دستوريته في إطار الدفع بعدم الدستورية.

وتناولت مداخلة السيد نجيب بامحمد، الأستاذ بجامعة سيدي محمد بنعبد الله (فاس)، ونائب رئيس الجمعية المغربية للقانون الدستوري، والعضو السابق باللجنة الاستشارية المكلفة بمراجعة الدستور، المحطات الأساسية لمسار التطور العالمي للقضاء الدستوري، والانتقال من المنازعة القضائية المتعلقة بالحريات إلى المنازعة الدستورية المتعلقة بالقانون، وهو التطور الذي ساهم فيه الانتشار العالمي لقيم الدستورية ودولة القانون، كما عرضت المداخلة للاختيارات الأساسية للرقابة الملموسة اللاحقة على دستورية القوانين في النماذج الأمريكية والأوروبية والإفريقية، وقدمت المداخلة أيضا، من منظور مقارن، الخيارات المسطرية المتعلقة بالرقابة اللاحقة على دستورية القوانين، بوصفها مظهرا لتفريد القانون، وكذا الحلول الإجرائية لتدبير تدفقات الدعاوى الدستورية المقدمة في إطار هذه الآلية، مع تقديم خلاصات تنصب على مسار أعمال الدفع بعدم الدستورية في السياق المغربي.



**الجلسة السادسة**

**مساهمة المنازعات الانتخابية  
في حماية الحقوق السياسية**



## كلمة تقديمية

السيد محمد أتركين

عضو المحكمة الدستورية

(المملكة المغربية)

لماذا إدراج موضوع «المنازعات الانتخابية» ضمن أعمال ندوة مخصصة «للولوج للعدالة الدستورية»؟، في اعتقادي هذا السؤال يمكن الإجابة عنه في ثلاث مستويات:

الأول، لأن المنازعات الانتخابية تتيح في تجارب العديد من الدول (وجزء منها حاضر في هذه الجلسة) للمواطن الولوج إلى العدالة الدستورية المشرفة على حماية سلامة ونزاهة العمليات الانتخابية؛  
ثانيا، لأن المنازعات الانتخابية يمكن أن تثار بمناسبة دفعات تتعلق بدستورية القوانين، إذ تخول بعض التجارب بمناسبة البت في الطعون الانتخابية، للقاضي الانتخابي بفحص بعدي لدستورية القوانين المطبقة؛

ثالثا، أن المنازعات الانتخابية، بالرغم من أنها تحول القاضي الدستوري إلى قاضي عادي، فإن مرجعيات كما بناءات قراراته (أحكامه) تنطلق أساسا من الدستور ومن قوانين تتمم الدستور (قوانين تنظيمية/عضوية).

لتأطير هذه الجلسة، أقترح عليكم سبعة أسئلة / مداخل، وهي:

1. كيف يتحول القاضي الدستوري من قاضي فحص الدستورية إلى قاضي عادي يبت في دعوى انتخابية دافعها الأساسي مصلحة شخصية، لكن غايتها ترمي إلى حماية سلامة ونزاهة وصدق العملية الانتخابية؟
2. هل الحقوق والحريات المشمولة بحماية القاضي الانتخابي هي تلك المضمنة دستوريا فقط، أم أن واجب حمايتها يقود القاضي الانتخابي إلى توسيع دائرة مرجعياته لتتجاوز مكونات «الكتلة الدستورية» (الدستور/ القوانين التنظيمية)؟ وفي بعض الأحيان إلى الاستعانة بدوره الإنشائي الخلاق؟
3. ما هي طبيعة الحقوق التي يحميها القاضي الانتخابي. هل هي حقوق فردية تتمثل في الحق في التسجيل في اللوائح الانتخابية وحق الترشيح، أم حقوق جماعية تنصرف إلى ضمان تكافؤ الفرص والمساواة في الحظوظ بين الهيئات السياسية المتنافسة؟ أم أنه إلى جانب هذه الحقوق تبرز حماية «غايات دستورية» تتمثل أساسا فيما عبر عنه الدستور المغربي في إحدى فصوله ب «مشروعية التمثيل الديمقراطي»؟



**السيد الحسن بوقتطار**  
**عضو المحكمة الدستورية**  
**(المملكة المغربية)**

**المحكمة الدستورية كقاضي انتخابي وحماية الحقوق السياسية**

على شاكلة بعض المجالس والمحاكم الدستورية عبر العالم، فقد خص المشرع الدستوري المحكمة الدستورية بولاية الفصل في الطعون الانتخابية الخاصة بانتخاب أعضاء مجلس النواب ومجلس المستشارين. وهو اختيار ينم عن تقدير أن الفصل في شأن هذه الطعون في أصل طبيعته هو شأن قضائي، شأنه شأن سائر الاختصاصات المقررة للمحاكم، ومرجه لما يتصف به القضاء من حياد وتجرد واستقلال وموضوعية.

وفي نفس السياق، وتوخيا للنجاعة ولضمان استقرار المؤسسة التشريعية، فقد ألزم الدستور المحكمة بالنظر في الطعون الانتخابية في أجل لا يتعدى سنة، كما ينص على ذلك الفصل 132 منه «تبت المحكمة الدستورية في الطعون المتعلقة بانتخاب أعضاء البرلمان داخل أجل سنة، ابتداء من تاريخ انقضاء أجل تقديم الطعون إليها، غير أن للمحكمة تجاوز هذا الأجل بموجب قرار معلل، إذا استوجب ذلك عدد الطعون المرفوعة إليها، أو استلزم ذلك الطعن المقدم إليها».

وبحكم تنصيبها من طرف جلالة الملك في 4 أبريل 2017، أي بضعة أشهر على إجراء الانتخابات العامة لمجلس النواب في 7 أكتوبر 2016، فقد واصلت المحكمة معالجة الملفات التي ورثتها عن سلفها، أي المجلس الدستوري. وأنهت معالجتها لكافة الملفات أياما قبل انصرام الأجل المحدد دستوريا.

في هذا السياق، فقد تلقت المحكمة الدستورية 136 عريضة تهم 75 دائرة انتخابية محلية من أصل 92 دائرة، أي ما يعادل 82 % من الدوائر الانتخابية، وعريضتين تهمان الدائرة الانتخابية الوطنية. وأصدرت 54 قرارا، قضت فيها بإلغاء انتخاب 17 عضوا، وتصحيح نتيجة الاقتراع في دائرتين انتخابيتين، ورفض 50 طلب إلغاء، وعدم قبول أربع طلبات<sup>1</sup>.

نتيجة لذلك، فقد جرت مجموعة من الانتخابات الجزئية التي شهدت بدورها طعونا تمثلت في تقديم 11 عريضة طعن، تم رفضها جميعا، باستثناء دائرة واحدة تم فيها إلغاء نتيجة الاقتراع<sup>2</sup>.

لا يتعلق الأمر هنا بتحليل للطعون الانتخابية، وانعكاساتها الإجمالية. فما زال تراكم المحكمة الدستورية بمثابة ورش مفتوح على شاكلة ما تم بالنسبة لسلفها المجلس الدستوري حيث خصص له حيز مهم من المساهمات<sup>3</sup>.

ما يهمنا في هذه المساهمة، هو معرفة تفاعل القاضي الدستوري المغربي، كقاضي انتخابي مع إشكالات ترتبط بحماية الحقوق السياسية التي هي في قلب العملية الانتخابية، لا سيما وأن الاختلالات المرتبطة بالتنظيم المادي للاقتراع، والتساؤلات والشكوك التي تثيرها طرق المراقبة، يمكن أن تكون مضرّة ليس فقط بسلامة وصدقية الاقتراع، ولكن أيضا بإدراك المواطنين لشرعية منتخبهم.

1. نشرت المحكمة بلاغا صحفيا بتاريخ 23 أكتوبر 2017 تضمن المعطيات الإجمالية المتعلقة بمعالجة الطعون الانتخابية، ويستنتج منه إلغاء انتخاب 17 نائب بعدما تبين للمحكمة أن المآخذ الموجهة لهم ثابتة، ولم يتمكنوا من خلال مسطرة التواجهية إثبات عكس ما جاء في عريضة الطعن. وتتمثل المآخذ في استعمال الرموز الوطنية (6 قرارات) عدم احترام مقتضيات الاقتراع اللائحي (6 قرارات) الأهلية (قراران) تقديم وعود عينية من أجل استمالة الناخب (قراران) وحالة واحدة تتعلق بتسخير آليات الجماعة لمآرب انتخابية.

2. يتعلق الأمر بالقرار رقم 78 / 18 م.إ المتعلق بالدائرة الانتخابية المضيق - الفينيدق.

3. على سبيل المثال انظر:

يحيى الحلوي: المجلس الدستوري المغربي، دراسات وتعاليق (1994 - 2017)، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط 2017.

Adil MOUSSEBIH: Le contentieux électoral dans la jurisprudence du conseil constitutionnel marocain Thèse de doctorat soutenue le 14 Jan 2015 FSJES : Université Mohamed V Rabat.

ورغم أن الهدف الأساس يتمثل في إرساء ضمانات أساسية تتمثل في بسط المحكمة لرقابتها القضائية على العملية الانتخابية، بوصفها محكمة موضوع ملتزمة بإنزال حكم القانون وتغليب أحكام الدستور والقوانين الانتخابية على واقع النزاع المطروح عليها، مقيدة في ذلك بضوابط العمل القضائي وضمائنه، فإن ذلك لا يمنع المحكمة من تأكيد بعض الحقوق السياسية سواء بشكل مباشر أو غير مباشر، مدركة حدودها المتعلقة بضرورة التقيد بمطالب الطاعن، وفي نفس الوقت بالإطار التشريعي الذي يضبط العملية الانتخابية، خاصة فيما يتعلق بمجلس النواب الذي كان محور الطعون التي نظرت فيها المحكمة الدستورية منذ تنصيبها.

لكن في نفس الوقت، وبطبيعتها القضائية والسياسية، فإنها في الوقت الذي تدرك أن الأمن القانوني يفرض عليها التطبيق الصارم للنصوص القانونية والالتزام بالمساطر للحسم في النوازل المطروحة عليها، فإن معالجتها للطعون الانتخابية قد تشكل فرصة للتأمل في بعض النصوص التشريعية التي لا تخلو من إشكالات يمكن معالجتها لاحقاً من طرف المشرع الذي يبقى في نهاية المطاف، صاحب الاختصاص في إنتاج التشريعات المتعلقة بالمجال الانتخابي.

تبعاً لذلك، سنتعرض في جزء أول لبعض الحقوق التي أكدها القاضي الدستوري المغربي عبر قراراته، على أن نستعرض في جزء ثان بعض الإشكالات التي قد تستدعي من المشرع تدبر أمرها.

### الجزء الأول: القاضي الدستوري كضامن لسلامة وصدقية الاقتراع

من نافل القول، التذكير أن مفهوم صدقية الاقتراع *La sincérité du scrutin* يبقى في قلب العملية الانتخابية، وبصرف النظر عن النقاش الدائر حول طبيعة كنه هذا المفهوم<sup>4</sup>، والإشكالات التي يطرحها، فإن ما يهم القاضي الدستوري هو الاطمئنان إلى أن النتيجة المعلنة هي تعبير وانعكاس حقيقي لإرادة الناخبين.

4. انظر بخصوص هذا المفهوم

Richard GHEVONTIAN : la notion de sincérité du scrutin in les cahiers du Conseil Constitutionnel, n°13 2002, p.63

لقد ذكرت المحكمة في مجموعة من القرارات بضرورة احترام صدقية وشفافية الاقتراع. فعلى سبيل المثال، جاء في القرار رقم 17 / 36 م الصادر في 5 سبتمبر 2017، الذي أعلن فيه عن إلغاء انتخاب أحد أعضاء مجلس النواب، ما يلي: «وحيث إن واقعة توزيع إعلانات انتخابية مجزأة لللائحة الترشيح المعنية، وعدم إدلاء المطعون في انتخابه بإعلان انتخابي يتضمن صور وبيانات جميع المترشحين باللائحة ترشيحه، يشكل إخلالا بصدقية وشفافية الاقتراع، ويعد مناورة تديسية هدفها إخفاء صور وبيانات بعض المترشحين للتأثير على إرادة الناخبين».

لا يمكن أن تتحقق سلامة وصدقية الاقتراع بدون ضمان احترام مبدئين، وهما مبدأ المساواة، ومبدأ الحرية.

### 1. تكريس مبدأ المساواة

منحت المحكمة الدستورية لهذا المبدأ عناية بالغة، اعتبارا لكونه أحد المبادئ الأساسية في الديمقراطية، وهو بمثابة حجر الزاوية في دولة القانون. ويعني هذا المبدأ ضمان التزام مختلف المترشحين بتنظيم حملة تحترم كرامة المنافس، اعتبارا إلى أن الانتخاب ليس معركة تبيح كافة الممارسات، ولكنه منافسة سياسية تتطلب التقيد بالقواعد والضوابط التي يفرضها الإطار القانوني المنظم لها وخاصة ما يتعلق بالحملة الانتخابية. ويعود إلى المحكمة الدستورية ضمان التوازن بين حرية التعبير التي هي في قلب المجتمع الديمقراطي، وبعض السلوكات الممارسة أثناء الحملة الانتخابية. وتستند في معالجتها لهذا البعد على القانون 57.11 المتعلق باللوائح الانتخابية العامة وعمليات الاستفتاء واستعمال وسائل الاتصال السمعي البصري العمومية خلال الحملات الانتخابية والاستفتاءية (28 أكتوبر 2011).

يتمتع كافة المترشحين سواء تعلق الأمر باللائحة أو الاقتراع الفردي بنفس شروط المنافسة، التي يقرها الإطار القانوني المنظم للانتخابات. ويصبح هذا المتطلب أكثر إلحاحية، خاصة أنه من الناحية العملية، قد لا يوجد المترشحون دائما في نفس الوضعية إزاء تنظيم الحملة الانتخابية.

ويبرز هذا التفاوت عندما يتعلق الأمر بمرشحين يوجدون في وضعية أسهل فيما يتعلق بالتلوج إلى الوسائل العمومية لتسخيرها خلال الحملة الانتخابية. وقد كانت المحكمة حاسمة في هذا الميدان اعتباراً إلى أن احترام مبدأ المساواة يتسع لي طرح مبدأ آخر يتعلق بتخليق الحياة السياسية، الأمر الذي تطلب من القاضي الدستوري أن يسن بعض قواعد الأخلاقيات . règles d'éthique

في هذا السياق، فقد ألغت المحكمة الدستورية انتخاب عضو بمجلس النواب، بموجب القرار 17/10 م.أ الصادر في 6 يونيو 2017 عندما تبين لها أن المطعون في انتخابه، الذي هو في نفس الوقت رئيس جماعة تربية، قد سخر وسائل الجماعة خلال حملته الانتخابية، وذلك بمناسبة تنظيم مهرجان انتخابي بإحدى الساحات بالدائرة الانتخابية، مما يشكل خرقاً للمادة 37 من القانون التنظيمي المتعلق بمجلس النواب<sup>5</sup>.

في نفس الاتجاه، لا تتردد المحكمة الدستورية في اللجوء إلى التحقيق كلما اقتنعت بضرورة تفعيل هذه المسطرة للتأكد من صحة، أو عدم صحة الإدعاءات الواردة في عريضة الطعن<sup>6</sup>.

يرتبط مبدأ المساواة أيضاً بضرورة السهر على احترام المتنافسين للضوابط المتعلقة بتعليق الإعلانات الانتخابية في الأماكن والفضاءات المخصصة له، والمنظمة بمقتضى المرسوم رقم 2.16.669 المتعلق بتحديد الأماكن الخاصة بتعليق الإعلانات الانتخابية بمناسبة الانتخابات العامة لانتخاب أعضاء مجلس النواب الصادر في 6 من ذي القعدة 1437

5. تنص المادة 37 من القانون التنظيمي المتعلق بمجلس النواب على « أنه يمنع تسخير الوسائل أو الأدوات المملوكة لهيئات العامة والجماعات الترابية والشركات والمقاولات المنصوص عليها في القانون رقم 69.00 المتعلق بالمرافقة المالية للدولة على المنشآت العامة، وهيئات أخرى، في الحملة الانتخابية للمرشحين بأي شكل من الأشكال. ولا تدخل ضمن ذلك أماكن التجمعات التي تضعها الدولة أو الجماعات الترابية رهن إشارة المرشحين أو الأحزاب السياسية على قدم المساواة».

6. تستند المحكمة في تفعيل هذا الإجراء على المادة 37 (الفقرة الثانية) التي تنص على ما يلي: « وللمحكمة الدستورية أن تأمر بإجراء تحقيق في الموضوع وتكلف واحداً أو أكثر من أعضائها بتلقي تصريحات الشهود بعد أدائهم اليمين بين يديها، طبقاً للقواعد والإجراءات المنصوص عليها في قانون المسطرة المدنية. ويحضر بذلك من طرف كتابة الضبط ويدعى المعنيون بالأمر للاطلاع عليه في الأمانة العامة للمحكمة وإيداع ملاحظاتهم في شأنه كتابة في غضون ثمانية أيام».

(10 أغسطس 2016)، (انظر على سبيل المثال القرار 10/17 م.أ المذكور آنفا وكذلك القرار 17/20 م.أ بتاريخ 3 يوليو 2017).

كذلك فيما يخص تكوين مكاتب التصويت، حيث تتعدد المآخذ المتعلقة بتعيين رؤسائها وكذا المكاتب المركزية، من بين موظفي الجماعات التي يرأس مجالسها مترشحون للانتخابات، لكن المحكمة استنادا على المادة 73 من القانون التنظيمي المتعلق بمجلس النواب، اعتبرت أنه ليس هناك ما يمنع ذلك طالما لم يقترن ذلك بالتحيز مما ينتفي معه شرطا النزاهة والحياد (انظر على سبيل المثال القرار 13/17 م.أ الصادر في 15 يونيو 2017)<sup>7</sup>. ولم تتردد المحكمة الدستورية في مراسلة المسؤولين المحليين للتحقق من صدق الادعاءات الواردة في عريضة الطعن، فيما يتعلق بتعيين رؤساء مكاتب التصويت (انظر على سبيل المثال القرار 17/28 م.أ الصادر في 20 يوليو 2017 وكذلك القرار رقم 17/61 الصادر بتاريخ 18 أكتوبر 2018).

أخيرا، يفترض احترام شرط المساواة تخويل وكيل كل لائحة أو كل مترشح الحق في التوفر في كل مكتب تصويت على ممثل ناخب مؤهل ليراقب بصفة مستمرة عمليات التصويت وفرز الأصوات وإحصائها، التي يقوم بها مكتب التصويت. كما يحق للممثل المذكور أن يطلب تضمين محضر مكتب التصويت جميع الملاحظات التي قد يدلي بها في شأن العمليات المذكورة لجميع المترشحين على نفس الشروط لفرز الأصوات. لكن عرقلة توفير هذا الشرط قد يفضي بالقاضي الدستوري إلى معاقبة المخالفة حسب درجة خطورتها، ومدى توفر وسائل على أن لائحة ما منعت من التمتع بهذا الشرط (القرار 13/17 م.أ).

## 2. حرية الناخب

لا يمكن أن تتحقق صدقية الاقتراع إذا شابته شوائب أثرت على حرية الناخب في اختيار اللائحة، أو المترشح الذي يصوت عليه حسب قناعاته.

7. تنص المادة 37 المذكورة في فقرتها الأولى على ما يلي: « يعين والي الجهة، أو من ينيبه عنه لهذه الغاية، 48 ساعة على الأقل قبل تاريخ الاقتراع، من بين الموظفين أو الأعوان بالإدارة العمومية أو الجماعات الترابية أو من بين مستخدمي المؤسسات العمومية أو الناخبين غير المترشحين الذين يحسنون القراءة والكتابة، وتتوفر فيهم شروط النزاهة والحياد، الأشخاص الذين يعهد إليهم برئاسة مكاتب التصويت».

ويعمل القاضي الدستوري على التحقق من توفر الشروط التي تضمن حرية الناخب، ويمكن أن نبرز العوائق التي قد تمنع من تحقيق ذلك في:

أ. معرفة خيارات وإرادة الناخب، وقد لا يتحقق ذلك إذا لم يكن ملماً برهان وحاملي المشروع الانتخابي. لذلك، فقد أكدت المحكمة في قراراتها على هذا التوجه بالصيغة التالية. فعلى سبيل المثال جاء في القرار رقم 35/17 م إ، الذي أُلغيت بموجبه انتخاب أحد الأعضاء ما يلي: «وحيث إن المادة الأولى من القانون التنظيمي 27.11 المتعلق بمجلس النواب تنص على أن أعضاء « ينتخبون بالاقتراع العام المباشر عن طريق الاقتراع باللائحة». وطبيعة هذا النمط من الاقتراع تستلزم كشف هوية جميع المترشحين والبيانات التي تخصهم بما يؤمن للناخبين حرية الاختيار.

وحيث إن المادة 23 من القانون التنظيمي المذكور، لئن أكدت أنه يجب عند التصريح بالترشيح.. أن تتضمن كل لائحة من لوائح الترشيح عددا من الأسماء يعادل عدد المقاعد الواجب شغلها « فإن هذا الشرط يمتد كذلك إلى الإعلانات الانتخابية التي يجب أن لا تخفي أحدا من المترشحين في اللائحة المعنية بما يحجب المعطيات الكاملة المتعلقة بهم جميعا، التي من شأنها تأمين اختيار حر ونزيه للناخبين».

ب. استبعاد الوعود التي من شأنها أن تؤثر في إرادة الناخب بدواع مختلفة.

فقد جاء في القرار رقم 33/17 م إ الصادر بتاريخ 23 أغسطس 2017 الذي قررت فيه المحكمة إلغاء انتخاب نائبين في إحدى الدوائر الانتخابية ما يلي: «حيث إن توجيه خطاب في تجمع انتخابي يجب أن لا يستغل فيه العمل الخيري ولا أن يوظف لدواع انتخابية، وأن ما تم الوعد به خلال هذا التجمع من تسليم الناخبين بطاقات من أجل الاستشفاء المجاني بمصحة خاصة، يشكل العناصر الكاملة لمخالفة الوعد بهبات عينية، غايتها الأساسية التأثير في الناخبين للتصويت لفائدة المطعون في انتخابهما، كما هو منصوص عليها

في المادة 62 من القانون التنظيمي المتعلق بمجلس النواب، وحيث إنه بالنظر إلى كل ذلك، فإن هذه المخالفة كان لها تأثير على إرادة الناخبين، ومساس بصداقية الاقتراع .

### الجزء الثاني: المحكمة الدستورية وبعض الإشكالات القانونية المرتبطة بالعمليات الانتخابية

لا شك في أن القاضي الدستوري، وهو يتصرف كقاضي انتخابي، يبقى ملزماً بتطبيق القانون. وليست له إمكانية مراقبة مدى دستوريته، أو مدى ملاءمته. لكن القضاء الانتخابي لا يمنعه من التفاعل مع النصوص القانونية، وهي توضع في محك التجربة والممارسة.

في بعض الحالات، واجهت المحكمة إشكالات فرضت عليها اتخاذ قرارات تستجيب لطبيعتها كقاضي انتخابي، ولكنها لا تخلو من نقاشات حول مدى حمايتها للحقوق السياسية، خاصة للمترشحين، هاجسها الأساسي إثارة انتباه المشرع إلى أهمية مساءلتها قصد الإبقاء عليها، أو فتح إمكانية مراجعتها.

سنركز على ثلاث حالات: الحالة الأولى ترتبط بجانب يتعلق بالأهلية، والثانية تتعلق باستعمال وسائل التواصل الاجتماعي، وترتبط الثالثة باستعمال الرموز الوطنية خلال الحملة الانتخابية.

#### 1. الأهلية

من المعروف أن الأهلية من النظام العام يمكن إثارتها تلقائياً، وهي تنصب على أهلية التقييد في اللوائح الانتخابية وحق الترشح في الانتخابات والاستمرار في تمثيل الأمة. وقد نظمت مجموعة من القوانين هذا المجال، ويتعلق الأمر أساساً بالقانون التنظيمي لمجلس النواب، ومدونة الانتخابات.

وفي القرار 23/17 بتاريخ 6 يوليو 2017 عالجت المحكمة الدستورية حالة خاصة تتعلق بمرشح فائز في إحدى الدوائر الانتخابية، لكونه متابع ومحكوم بارتكاب جنائية. فعلا طعن فيه في أهلية المترشح في الانتخاب



والترشح لسبق إدانته بسنة واحدة حسبنا نافذا من أجل ارتكاب جناية محاولة الاختطاف والهجوم على مسكن الغير والضرب والجرح، وذلك بموجب القرار عدد 31 الصادر عن غرفة الجنايات بمحكمة الاستئناف بأكادير بتاريخ 26 يناير 1999، وأنه رغم صدور قرار رد الاعتبار، فإن مقتضيات المادتين 7 و8 من القانون التنظيمي المتعلق بمجلس النواب، لا تسمح له باسترجاع الأهلية الترشح، وإن كان بإمكانه استرجاع أهلية التقيد في اللوائح الانتخابية. في هذا القرار حددت المحكمة مجال الاختصاص في المنازعات الانتخابية، حيث جاء ما يلي:

«وحيث إن المحكمة الدستورية حين تبت في الطعون الانتخابية المتعلقة بأعضاء مجلسي البرلمان، ينحصر اختصاصها في تكييف الطلبات المقدمة إليها، وإعمال القواعد القانونية الواجبة التطبيق، والتصريح بعدم قبول الطعن، أو برد الدعوى، أو بإلغاء نتيجة الانتخاب جزئياً أو كلياً، دون أن يمتد نظرها، كما هو الحال في النازلة، إلى فحص النصوص القانونية المتعلقة بذلك».

لكن المحكمة وجهت رسالة مبطنة للمشرع لمراجعة مثل هذه الحالات، عندما أكدت على ما يلي: «وحيث إنه يعود للمشرع مراجعة اختياراته في مجال تنظيم ممارسة الحقوق، في احترام للأحكام الدستورية ذات الصلة، وعدم التراجع عن الضمانات المقررة، واحترام مبدأ التناسب بين جسامة المخالفة والعقوبة المقررة لها».

## 2. استعمال مواقع التواصل الاجتماعي

لم تتج الحملات الانتخابية من استعمال أدوات جديدة تعكس التطور التكنولوجي الذي شهده مجال التواصل. وهي تكمن بالأساس في لجوء المترشحين إلى استعمال مواقع التواصل الاجتماعي. وفي غياب إطار قانوني ينظم ذلك بوضوح، فقد استقر الاجتهاد الذي تبناه سواء المجلس الدستوري أو المحكمة الدستورية على: «وحيث إنه لئن كان المشرع لم يحدد شروط استخدام مواقع التواصل الاجتماعي في الحملات الانتخابية، فإن المواد

المنشورة عبرها باعتبارها وسائل للتواصل تخضع للضوابط التي تسري على البرامج المقدمة بواسطة سائر الوسائل المستخدمة في الحملات الانتخابية». (انظر القرار رقم 21. 17 م إ بتاريخ 3 يوليو 2017).

لكن بالرغم من هذا الاجتهاد، فإن القاضي الدستوري، وهو يعالج الحملة الانتخابية عبر هذه المواقع يجد نفسه أمام عدد من الأسئلة، تتعلق في جوهرها بمدى إمكانية حصر التأثير الذي تمارسه هذه المواقع على الناخب. فمن المعروف أنه في بعض الحالات، يفضل القاضي الدستوري اللجوء إلى الإلغاء النسبي، حتى في حالة تقرير المخالفة، لقناعته أنها لم يكن لها تأثير شامل على العملية الانتخابية. لكن كيف يمكن تطبيق ذلك على العالم الافتراضي.

ثانياً، هل يمكن حصر التأثير الزمني لمثل هذه المخالفات، بمعنى التمييز بين تلك التي استمرت طيلة مدة الحملة الانتخابية، وتلك التي نشرت بشكل محدود؟ وثالثاً: كيف يمكن تطبيق وسائل إثبات كلاسيكية (محاضر المعاينة) على وقائع تتعالى على المكانية والترابية؟

هذه نقاشات نابعة عن تحديات التطور التكنولوجي، والتي تستدعي من المشرع الانقلاب عليها لتحيين الترسانة القانونية المنظمة للعمليات الانتخابية في غياب أجوبة حاسمة، اعتبرت المحكمة الدستورية أن الأساس هو احترام المقتضيات القانونية الراهنة، كما جاء في القرار 78/18 م. إ الذي ألغت بموجبه انتخاب أحد النواب، معللة ذلك بما يلي: «أن المطعون في انتخابه قام بتحيين واجهة صفحته على حسابه المذكور، يوم الاقتراع بوضع صورة له وهو يسلم على جلالة الملك، وينشر الصورة المذكورة إلى جانب صور تتعلق بحملته الانتخابية، على حسابه بأحد مواقع التواصل الاجتماعي»؛

وحيث إن نشر صورة المطعون في انتخابه، على صفحته بأحد مواقع التواصل الاجتماعي، وهو يسلم على جلالة الملك إلى جانب مواد مخصصة لحملة الانتخابية، وتحيين واجهة الصفحة المذكورة، يوم الاقتراع، من خلال وضع الصورة المشار إليها، يعد استعمالاً لرموز وطنية، يستهدف التأثير على

إرادة الناخبين، مما يشكل مخالفة لما قرره المادتان 36 (الفقرة الأخيرة) و118 المذكورتان».

### 3. في شأن المادة 118 من القانون رقم 57.11

ينصب هذا القانون على تنظيم اللوائح الانتخابية العامة وعمليات الاستفتاء واستعمال وسائل الاتصال السمعي-البصري العمومية خلال الحملات الانتخابية والاستفتاءية. وهو يتضمن 136 مادة، من أبرزها المادة 118 التي تدرج ضمن الباب الثاني المتعلق باستعمال وسائل الاتصال السمعي البصري العمومية خلال الحملات الانتخابية والاستفتاءية. وهي تتضمن ثلاث فقرات:

الأولى تتضمن المواد التي لا يمكن أن تتضمنها بأي شكل من الأشكال برامج الفترة الانتخابية والبرامج المعدة للحملة الانتخابية وهي: الإخلال بثوابت الأمة كما هي محددة في الدستور، المس بالنظام العام، المس بالكرامة الإنسانية أو الحياة الخاصة أو باحترام الغير، المس بالمعطيات والبيانات المحمية بالقانون، الدعوة إلى القيام بحملة لجمع الأموال، والتحريض على العنصرية أو الكراهية أو العنف.

أما الفقرة الثانية، فهي توعي، وكأنها أقل صرامة في منع بعض المواد وهي: استعمال الرموز الوطنية، الاستعمال الجزئي أو الكلي للنشيد الوطني، الظهور في أماكن العبادة أو أي استعمال كلي أو جزئي لهذه الأماكن، الظهور بشكل واضح داخل المقرات الرسمية، سواء كانت محلية أو جهوية أو وطنية، وإظهار عناصر أو أماكن أو مقرات يمكن أن تشكل علامة تجارية.

أما الفقرة الثالثة فهي التي خولت الهيئة العليا للاتصال السمعي البصري السهر على ضمان احترام مقتضيات هذه المادة خلال الفترة الانتخابية والبرامج المعدة للحملة الانتخابية.

لكن بفعل التعديل الذي أدخل على المادة 32 من القانون التنظيمي رقم 27.11 بموجب القانون التنظيمي رقم 20.16 (10 أغسطس 2016)، فقد أصبحت الموانع التي تضمنتها المادة 118 تنصرف على الحملة الانتخابية برمتها ارتكازا على المادة 32 من القانون التنظيمي المتعلق بمجلس النواب التي تنص على أنه «يتعين على أصحاب الإعلانات الانتخابية وكذا المؤسسات والأشخاص الذين يقومون بإعدادها وتعليقها وتوزيعها التقيد بأحكام المادة 118 من القانون رقم 57.11 المتعلق باللوائح الانتخابية العامة وعمليات الاستفتاء واستعمال وسائل الاتصال السمعي البصري خلال الحملات الانتخابية والاستفتاءية».

فمن الواضح أن غاية المشرع كانت تتوخى تحقيق المساواة بين اللوائح المترشحة، ومنع استغلال بعض المترشحين لبعض المواد في حملتهم الانتخابية، علما أن تلك المتضمنة في الفقرة الأولى والتي شدد المشرع على منعها اعتبار لخطورتها ومساسها بحقوق الإنسان، تختلف عن بعض الحالات المنصوص عليها في الفقرة الثانية، (كاستعمال النشيد الوطني على سبيل المثال)، التي ليست محرمة، بل هي مستحبة ومطلوبة خارج الحملات الانتخابية.

لذلك، فإن القاضي الانتخابي الملزم بتطبيق القانون، يستشعر التفاوت الذي تضمنته هذه المادة، وكذلك إمكانيات تأويلها، لكنه لا يملك إلا تطبيق مقتضياتها على المخالفات المعروضة أمامه، حيث نسجل أن المحكمة الدستورية ألغت انتخاب 6 أعضاء في مجلس النواب بفعل مخالفتهم لمقتضيات الفقرة الثانية من المادة 118 المشار إليها.

**السيد والتر سامويل نكانو أونوسغين**  
**رئيس المحكمة العليا**  
**(نيجيريا)**

**ملخص**

تعرض المداخلة للمحطات الأساسية لتطور الإطار الدستوري والقانوني المتعلق بالمنازعات الانتخابية.

وتبرز المداخلة أيضا، من خلال اجتهادات قضائية مختارة للمحكمة العليا، أهمية ضمان فعالية سبل الانتصاف المتعلقة بالمنازعات الانتخابية، في تحقيق الاستقرار السياسي وحماية النظام الديمقراطي.

وتتناول المداخلة أيضا مجال الحقوق السياسية المضمونة في إطار المنازعات الانتخابية، سواء في إطار المنظومة المعيارية النيجيرية أو بموجب القانون الدولي لحقوق الإنسان أو في إطار عدد من التجارب المقارنة.

**النص الكامل للمداخلة باللغة الإنجليزية، الصفحات 254 - 265**  
**من القسم الخاص باللغات الأجنبية**

**السيد عصام سليمان**  
**رئيس المجلس الدستوري**  
**(لبنان)**

**المنازعات الانتخابية النيابية، طبيعتها ومفاعيلها**

تختلف المنازعات الانتخابية، أمام قاضي الانتخاب، في طبيعتها، عن المنازعات أمام القضاء العادي، فهي منازعات بشأن حقوق شخصية، وإنما منازعات حول صحة الانتخابات ونزاهتها وصدقيتها. هذه المنازعات لها طبيعة سياسية، نابعة من الأسس التي قام عليها النظام الدستوري في الدولة.

**أولاً: الوكالة النيابية**

يمارس النائب المنتخب النيابة بموجب وكالة، تمنح له من الهيئة الناخبة بواسطة الانتخابات، ولفترة زمنية محددة. فالسلطة في الدولة هي سلطة ممأسسة نابعة من الدولة، بصفتها كيان سياسي وحقوقى، فمن يتولاها لا يمتلكها وليست نابعة من شخصه، إنما يمارسها لفترة محددة، وفق الدستور والقوانين التي ترعى عمل السلطات.

إن الوكالة النيابية، المعتمدة في الديمقراطية التمثيلية، تختلف في طبيعتها عن الوكالة المدنية، وهي تقضي بأن تفوض الأمة بالانتخاب إلى ممثلين تختارهم ممارسة السلطة نيابة عنها، كون الشعب مصدر السلطات، وهي وكالة جماعية، بمعنى أنها ليست ذات صفة فردية صادرة عن أفراد لأفراد، بل أنها ممنوحة من الأمة، كوحدة جماعية، للمجلس بمجموعه. فهي وكالة عامة للعمل باسم الأمة بحرية تامة. وهي ليست وكالة إكراهية

mandat impératif إنما وكالة غير إكراهية mandat non impératif، ومن غير الممكن نزعها من الموكل، غير أنه عند انتهاء مدة الوكالة النيابية، تجري محاسبة الموكل من قبل الهيئة الناخبة، فإما تجدد وكالته بواسطة الانتخابات أو تنزع منه.

هذا المفهوم اعتمده الدستور اللبناني إذ نص في المادة 27 منه على أن «عضو مجلس النواب يمثل الأمة جمعاء ولا يجوز أن تربط وكالته بقيد أو شرط من قبل منتخبيه».

### ثانيا: الديمقراطية والانتخابات

الانتخابات هي الركن الأساس في الأنظمة الديمقراطية، فهي الوسيلة التي يعبر بواسطتها الشعب عن إرادته وخياراته فيمن يمارس السلطة النيابية عنه، وهي أداة للتعبير عن الديمقراطية وضمان الديمقراطية في الوقت نفسه، ومن غير المقبول عدم توافر الشروط الضرورية لكي يتمكن الناخب من ممارسة حقه في الانتخاب، بما يضمن التعبير عن إرادته بحرية تامة. فالتطابق التام بين الخيار الحر للأكثرية الناخبة من جهة، والنتائج المعلنة للاقتراع من جهة أخرى، هو الشرط الأساس لممارسة الديمقراطية بشكل صحيح.

من هنا أهمية الانتخابات النيابية في الأنظمة الديمقراطية، لذلك ينبغي إحاطتها بكل الشروط التي تؤدي إلى صحتها ونزاهتها وصدقيتها، لكي يتعزز النظام الديمقراطي ويتطور ويتكسر في المجتمع كنظام قيم، وفي الدولة كنظام سياسي ونهج في ممارسة السلطة.

### ثالثا: الشرعية والانتخابات

في الأنظمة الديمقراطية، الانتخابات أساس شرعية السلطة حيث تنبثق السلطة من الشعب بواسطة الانتخابات، وتجري محاسبة من تولاهها دوريا في الانتخابات أيضا. فالسلطة تكتسب شرعيتها من مدى تعبيرها عن إرادة الأكثرية الشعبية وأوسع شرائح المجتمع. وهذه الشرعية ترتبط

جذريا بالنظام المعتمد في قانون الانتخاب، وفي الأمور الإجرائية التي تجري الانتخابات في إطارها، وفي المسار الذي تسلكه الانتخابات في جميع مراحلها حتى إعلان النتيجة. فانتخابات غير صحيحة وغير نزيهة ولا صدقية لها، تؤدي إلى قيام سلطة لا شرعية لها، أي سلطة أمر واقع مفروضة على المجتمع والدولة، فيصبح الحكام في غربة عن شعبهم، ويفقد النظام البرلماني مقومات وجوده، ويغدو نظاما استبداديا، مقنعا بشرعية مزيفة.

#### رابعاً: الانتظام العام والانتخابات

الانتظام العام في الدولة، أساسه انتظام أداء المؤسسات الدستورية، وفي إطار المبادئ والقواعد التي رسمها الدستور، وأي خلل في انتظام هذا الأداء، يؤدي إلى خلل في الانتظام العام في الدولة بجميع مؤسساتها، لأن القرارات الأساسية تصدر عن المؤسسات الدستورية، وعلى رأسها البرلمان المناطة به السلطة التشريعية، ومراقبة الحكومة ومحاسبتها، وانتخاب رئيس الدولة، في الأنظمة البرلمانية.

فإذا اعترت الانتخابات مخالفات أدت إلى فوز من لا يعبر في فوزه بالنيابة عن إرادة شعبية حقيقية، وإسقاط من يعبر فعلا عن هذه الإرادة، يحصل خلل في تمثيل الناخبين وينتهك الدستور، الذي تتبثق بموجبه السلطة من الشعب في انتخابات صحيحة تتمتع بالنزاهة والصدقية، ما يؤدي إلى خلل في الأسس التي قام عليها النظام الدستوري، يمهد إلى خروج المؤسسة التشريعية عن المسار الذي رسمه الدستور، وإلى الإخلال بالانتظام العام. فالانتظام العام رهن بالتقيد بما نص عليه الدستور.

#### خامساً: عدم صحة الانتخاب انتهاك للدستور

إن الطعن في دستورية قانون يرتبط بواجب احترام الدستور والتقيد به كونه القانون الأسمى في الدولة، ويأتي في رأس المنظومة القانونية التي يجب ألا تحتوي على قوانين مخالفة للدستور، حفاظاً على وحدتها والانسجام في داخلها. والطعن في انتخاب نائب يرتبط أيضاً بضرورة احترام الدستور



والتقيد بنصوصه، فالدستور، في الأنظمة الديمقراطية، ينص على انبثاق السلطة من الشعب بواسطة الانتخابات، وفوز نائب بسبب مخالفات ارتكبت في الانتخابات، وأدت إلى عدم احترام حقوق الناخبين في اختيار من يمثلهم في مجلس النواب، وانتهاك هذه الحقوق من خلال مخالفات عطلت صحة الانتخابات ونزاهتها وصدقيتها، هو انتهاك فاضح للدستور، وتحديدًا للأسس التي قام عليها النظام الدستوري في الأنظمة الديمقراطية، وهي انبثاق السلطة من الشعب بواسطة انتخابات صحيحة، لا تشوه إرادته فيها مخالفات تؤدي إلى الالتفاف على إرادة المقترعين وإعلان فوز من لم يفز لولا هذه المخالفات.

#### سادسا: صحة الانتخاب وصدقية الاقتراع

صدقية الاقتراع تعني تمثيل المقترعين عبر الانتخابات تمثيلا صادقا. فالصدقية هنا مشروطة بالإطار العام الذي تجري فيه الانتخابات، بدءا من نظام الاقتراع المعتمد، وهذا ما أشار إليه العميد Jean-Claude Colliard عندما قال أن أنظمة الاقتراع ليست مجرد تقنية احتساب بدون تأثير على نتيجة التصويت. فهذه الأنظمة تعتمد نتيجة خيارات دقيقة. والغاية منها ليس فقط تحويل أصوات المقترعين إلى مقاعد نيابية، إنما إعطاء الأفضلية لمبادئ معينة، تتعلق بالتمثيل والفاعلية وبأمور أخرى، لذلك خيار نظام الاقتراع يجب أن يأتي نتيجة توافق سياسي وشعبي عريض قدر الإمكان.

*«Les modes du scrutin ne sont pas qu'une simple technique de calcul sans incidence sur le résultat du vote. Obéissant à des choix politiques précis, ils sont destinés non seulement à permettre la transformation nécessaire des suffrages en sièges mais également à privilégier certains principes comme la représentativité, l'efficacité ou le rejet des extrêmes. C'est pourquoi, dans une démocratie, le choix d'un mode de scrutin doit résulter d'un consensus politique et populaire le plus large possible<sup>1</sup>»*

1. Richard Ghevontian, La sincérité du scrutin, les Cahiers du Conseil constitutionnel, paris, N°13/2002, p.62

ترتبط صدقية الاقتراع بعناصر عديدة يجب أن يتضمنها قانون الانتخاب، منها ما له علاقة بالهيئة الناخبة، كمبدأ المساواة وما يتفرع عنه من أمور تدخل في تقسيم الدوائر الانتخابية، ونظام الاقتراع، وتفاصيل الحملة الانتخابية وعملية الاقتراع، وحرية المقترح وحياد السلطة، ومبدأ سرية الاقتراع، وغير ذلك من أمور. كما أن صدقية الاقتراع تتطلب الفصل في صحة العملية الانتخابية بمجملها، وهذه هي المهمة المنوطة بقاضي الانتخاب، فدوره يقتصر على الجانب التطبيقي لقانون الانتخاب، أما الجانب الآخر لصدقية الاقتراع فيرتبط بالسلطة السياسية التي اعتمدت القانون الذي جرت على أساسه الانتخابات.

### سابعاً: المنازعات الانتخابية نزاع بشأن صحة الانتخابات ونزاهتها وصدقيتها وليس نزاعاً شخصياً حول حقوق

الانتخابات هي الركن الأساس في تحقيق الديمقراطية، وفي اكتساب السلطة شرعية لا يرقى إليها الشك، إذا ما مورست وفق الدستور، وبما يحقق رغبات الشعب وتطلعاته، وهي عنصر أساسي أيضاً في تحقيق الانتظام العام، لذلك ينبغي أن تكون الانتخابات صحيحة ونزيهة وتتمتع بالصدقية.

أما الوكالة النيابية، التي يتولى بموجبها النائب تمثيل الشعب في ممارسة السلطة، فصحتها ترتبط بصحة الانتخاب، وهي تعطي المرشح الفائز حقاً في ممارسة السلطة لفترة زمنية محددة في القانون، ولكن هذا الحق يختلف بطبيعته عن الحقوق الشخصية، فهو حق في التمثيل بموجب الوكالة النيابية الناجمة عن الانتخاب، فالنزاع بين الطاعن والمطعون بنيابته ليس نزاعاً شخصياً حول حقوق مكتسبة، إنما هو نزاع بشأن الأساس التي قامت عليه الوكالة النيابية، أي الانتخابات والنتيجة التي نجمت عنها، لذلك لم يحصر الحق في الطعن في نيابة النائب المعلن فوزه بالمرشح المنافس الخاسر الذي نال العدد الأكبر من أصوات المقترعين مباشرة بعد المرشح المعلن فوزه، أي المرشح الذي قد يكتب له الفوز بالنيابة، إنما أعطي حق الطعن لأي مرشح في الدائرة الانتخابية مهما كان عدد الأصوات التي نالها،

حتى وإن لم يكن له أمل بالفوز نتيجة الطعن، كما أعطت القوانين في بعض الدول، ومنها فرنسا، حق الطعن لأي ناخب مسجل في الدائرة الانتخابية على الرغم من أنه ليس منافسا لمن أعلن فوزه في النيابة. مع العلم أن هناك ضرورة لعدم ترك حق الطعن دون ضوابط، لكي لا يؤدي ذلك إلى فوضى في تقديم الطعون الانتخابية وتقليص جديتها.

انطلاقاً من هذا الواقع، نص قانون إنشاء المجلس الدستوري في لبنان (القانون رقم 250/1993)، في المادة 24 منه، على ما يلي: «يتولى المجلس الدستوري الفصل في صحة نيابة نائب منتخب والنظر في النزاعات والطعون الناشئة عن الانتخابات»، كما نصت المادة 45 من قانون النظام الداخلي للمجلس الدستوري في لبنان (القانون 243/2000)، على أن يتولى المجلس الدستوري الفصل في صحة الانتخابات النيابية، والبت في الطعون الناشئة عنها». ونصت المادة 46 من القانون نفسه على أن يقدم الطعن من أي مرشح منافس خاسر، ولم تحصر حق الطعن بالمرشح المنافس، الأقرب في الأصوات التي نالها، إلى المرشح المعلن فوزه.

وقد أكد المجلس الدستوري اللبناني طبيعة المنازعات الانتخابية هذه في قراراته، من الرقم 1 حتى الرقم 12 تاريخ 2009/7/8، إذ ورد فيها ما يلي: «وبما أن المراجعة أمام المجلس الدستوري ليست دعوى عادية ترمي إلى فض نزاع بين متخصصين حول حقوق شخصية يدعونها، إنما هي مراجعة ترمي إلى الحماية القضائية للوضع القانوني بذاته، بصرف النظر عما ينشأ عن هذه الحماية بصورة غير مباشرة من آثار ومفاعيل شخصية، والتي لا تدخل في نطاق نظر هذا المجلس أصلاً، وبما أن الوضع القانوني في الطعن المائل هو النيابة أو عضو مجلس النواب،...»

للطعن في صحة النيابة طابع قضائي، وللقرار بشأنها صفة قضائية، ولكن بسبب اختلاف طبيعة المنازعات الانتخابية عن المنازعات أمام القضاء العادي، تقتصر القرارات بشأن المنازعات الانتخابية على الفصل في صحة نتائج الانتخابات، ومدى تأثير المخالفات، إذا ما حدثت، على هذه النتائج،

ولا يصدر قاضي الانتخاب، عند النظر في المنازعات الانتخابية، أحكاماً بحق المتنازعين، الطاعن والمطعون في نيابته، إنما تنحصر الأحكام بإعلان صحة نتيجة الانتخابات، وتصحيح النتائج عند الضرورة، أو إبطال الانتخابات إذا ما توافرت أسباب جديدة تستوجب إبطالها.

وهذا ما أشار إليه Richard Ghevontian في مقال حول صدقية الاقتراع حين قال:

*«En cas de fraude, le scrutin n'est annulé que si celle-ci a eu une influence sur le résultat, le juge électoral n'étant pas juge de la moralité du scrutin mais de sa sincérité et donc l'adéquation entre le résultat proclamé et la volonté majoritaire librement exprimée des électeurs»<sup>2</sup>.*

وبما أنه ليس للمنازعات الانتخابية طابع النزاع بين المتخاصمين على حقوق شخصية، أفضيت مراجعات الطعون الانتخابية في لبنان من الرسوم المفروضة على الدعاوى أمام القاضي العادي، وأعطى المقرر صلاحيات واسعة في إجراء التحقيقات للثبوت من صحة المعلومات الواردة في الطعن، دون اتخاذ قرار يطل شخصياً الذين تجري التحقيقات معهم. فقد نص قانون إنشاء المجلس الدستوري في لبنان، في المادة 29 منه، على ما يلي: «يتمتع العضو المقرر بأوسع الصلاحيات وله بنوع خاص طلب المستندات الرسمية وغيرها واستماع الشهود واستدعاء من يراه مناسباً لاستجوابه حول ظروف الطعن». وجاء في المادة 32 من القانون نفسه أنه «عندما يمارس المجلس الدستوري صلاحياته لبت بالطعن في صحة الانتخابات النيابية، يتمتع، إما مجتمعاً أو بواسطة العضو الذي ينتدبه، بسلطة قاضي التحقيق باستثناء إصدار مذكرات التوقيف». وهذا الاستثناء مرتبط بطبيعة المنازعات الانتخابية، وغاية القرارات بشأنها وهي صحة الانتخابات، دون إصدار أحكام بحق الأشخاص المعنيين بمخالفات أثرت على نتائج الانتخاب. ولقاضي الانتخاب، في تحديد مدى تأثير المخالفات على صدقية الاقتراع، سلطة واسعة

2. Richard Ghevontian, La notion de sincérité du scrutin, les Cahiers du Conseil constitutionnel, paris, N°13/2002, p.68

في التقدير. فمن جهة، انتهاك النصوص لا يؤدي به إلى فرض عقوبات، لأن فرض العقوبات بسبب ارتكاب مخالفات يعود إلى القاضي الجزائري، ومن ناحية أخرى المجلس الدستوري (المقصود المجلس الدستوري في فرنسا) يمكنه دائما إلغاء انتخاب حتى ولو لم تنتهك أية أحكام قانونية أو تنظيمية، إذا اقتنع بأن الشروط التي جرت فيها الحملة الانتخابية أثرت على صدقية الاقتراع.

« *La principale mission du Conseil constitutionnel consiste à rechercher si les conditions dans lesquelles la campagne électorale s'est déroulée ont ou non entaché la sincérité du scrutin. En ce domaine il dispose nécessairement d'un très large pouvoir d'appréciation.*

*D'une part, la violation des textes n'a pas, en principe, à être systématiquement sanctionnée, puisque leur infraction relève plutôt du juge pénal, d'autre part, le Conseil peut toujours annuler une élection même si aucune disposition légale ou réglementaire n'a été violée. En effet, de tout temps, il a été admis qu'une élection pouvait être viciée par des manœuvres, alors même que celles-ci ne seraient visées par aucun texte »<sup>3</sup>*

من ناحية أخرى، أثارت طبيعة المنازعات الانتخابية جدلا في فرنسا بشأن المخالفات التي تحدث في المرحلة التمهيدية للانتخابات، وضرورة وضع حد لها لما لها من أثر على العمليات الانتخابية يوم الاقتراع، وبشأن الجهة القضائية التي يجب العودة إليها، وبخاصة أن قاضي الانتخاب يتلقى الطعون بعد إجراء الانتخابات. وقد أثار هذه القضية «جان - بياركمبي» - Jean-Pierre Camby عندما طرح السؤال حول ما إذا كان للناخب أو للمرشح التوجه إلى القاضي العدلي أو القاضي الجزائري بشأن الأعمال التمهيدية، عندما تعثرها انتهاكات لقانون الانتخاب. وأشار إلى أن المبدأ الأساس، الذي غالبا ما تذكر به محكمة التمييز، هو أن صلاحية قاضي الأمور المستعجلة

3. P.Gaïa, R. Ghevontian, F. Melin-Soucramanien, E.Olivia, A.Roux, Les grandes décisions du Conseil constitutionnel, Ouvrage édité par L.Favoreu et L. Philip, Dalloz, 17<sup>ème</sup> édition, 2013, pp.18-19

تقتصر على الدعاوى التي يعود أساسها إلى القضاء العدلي، وفي الحالات المشار إليها بخصوص الأعمال التمهيدية للانتخاب، يعود النظر فيها إلى المجلس الدستوري، ولكن هذا الأخير لا يمكن أن يتدخل قبل إجراء الانتخاب إلا في حالات استثنائية، ما يؤدي إلى عدم وجود قاض له صلاحية التدخل لمنع المخالفات حتى ولو كانت جسيمة. والصيغة التي اعتمدها محكمة التنازع تذهب باتجاه الصلاحية الحصرية لقاضي الانتخاب، معتمدة على المبدأ الذي يقول بأنه لا يعود للمحاكم العدلية للأمر المستعجل التدخل في العمليات الانتخابية ذات الطبيعة السياسية.

« *Le principe de base, souvent rappelé par la Cour de cassation est que la « compétence du juge judiciaire des référés est restreinte aux litiges dont la connaissance appartient, quant au fond, aux juridictions de son ordre ».*

*Ici, la compétence quant au fond appartient au Conseil constitutionnel, mais celui-ci ne peut être, sauf exception, saisi avant le déroulement des opérations, ce qui peut paraître choquant, puisque aucun juge n'est alors compétent à ce stade pour faire cesser une irrégularité même flagrante. La formule retenue par le Tribunal des conflits dans plusieurs décisions va pourtant dans le sens de la compétence exclusive du juge de l'élection. En effet, celui-ci a estimé « qu'il est de principe qu'il n'appartient pas aux tribunaux judiciaires d'interférer dans les opérations électorales de natures politique ou dans leur préliminaire »<sup>4</sup>*

#### ثامنا: المفاعيل الناجمة عن طبيعة المنازعات الانتخابية

لطبيعة المنازعات الانتخابية آثار على تحديد الجهة التي تقع على عاتقها مسؤولية تقديم البيئة على حدوث المخالفات التي قادت إلى عدم صحة الانتخاب، وعلى صاحب المصلحة بالطعن وصفته وإمكانية تراجعه عن الطعن في إعلان فوز نائب.

4. Jean-Pierre Camby, Le Conseil constitutionnel juge électoral, Dalloz, Paris pp.37-38

## 1. البيئة على حدوث المخالفة.

في الدعاوى أمام القضاء المدني، تقع مسؤولية تقديم البيئة أو على الأقل بداية بيئة، على عاتق المدعي. أما في الطعون في الانتخابات فلا يمكن الركون لهذا المبدأ بالملق، فالآثار التي تترتب على عدم صحة الانتخاب تتجاوز الحق الشخصي للطاعن إلى ما هو أهم، أي شرعية السلطة المنبثقة من الانتخاب، والديمقراطية والانتظام العام في الدولة، وبالتالي الأسس التي يقوم عليها النظام السياسي. لذلك لا يجوز أن يقتصر دور قاضي الانتخاب عند النظر في الطعون الانتخابية على ما تمكن الطاعن من تقديمه من بيانات أو بداية بيانات في مراجعة الطعن، إنما الذهاب أبعد من ذلك والبحث عن الوقائع التي قد تكون أثرت على صحة الانتخاب، وبخاصة أنه ليس في إمكان المرشح رصد كل ما يحدث من تجاوزات في دائرته الانتخابية، مهما بلغت ماكينته الانتخابية من قدرة، مع العلم أن بعض المرشحين يمتلكون إمكانيات متواضعة جدا في هذا المجال، وليس باستطاعة الطاعنين الحصول على الوثائق الرسمية التي يتبين منها حدوث مخالفات. وفي هذا المجال ينتقد Dominique Rousseau المجلس الدستوري، فيقول

« *Mais il faut aussi reconnaître que la manière dont le Conseil constitutionnel exerce son contrôle n'est pas entièrement satisfaisante. Il fait d'abord peser sur le requérant la charge de la preuve des irrégularités, alors qu'il lui est souvent difficile sinon impossible de les établir avec précision... Dans la plupart des cas, le requérant ne peut faire état que de présomptions de fraude ou d'éléments d'information partiels, et le Conseil rejette alors le recours pour défaut de preuve, ou manque de précision* »<sup>5</sup>.

تتضمن مراجعات الطعون الانتخابية غالبا بعض الاتهامات والشائعات التي لا أساس لها من الصحة وغير جدية، غير انه لا يجوز التذرع بذلك لرد الطعن إنما ينبغي التوسع في التحقيقات إلى أبعد الحدود، والبحث عن تجاوزات قد تكون حدثت، وإن لم تجر الإشارة إليها في مراجعة الطعن، نظرا

5. Dominique Rousseau, Droit du contentieux constitutionnel, 4<sup>ème</sup> édition, Montchrestien, Paris pp.311-312

لأهمية القضية التي ينظر فيها، وهي صحة الانتخابات، بغض النظر عن من سيطاله القرار.

وهذا ما ذهب إليه Dominique Rousseau ، في رؤية نقدية لقرارات المجلس الدستوري الفرنسي بشأن الطعون الانتخابية، حين قال:

« Une première voie consisterait pour le Conseil à exercer son contrôle « dans l'intérêt des électeurs » alors qu'« il donne trop souvent l'impression, comme le remarque justement François Luchaire, de ne voir dans le contentieux électoral que des conflits entre deux personnes, l'élue et son concurrent le plus immédiat ». « sont ainsi particulièrement choquantes les décisions par lesquelles le Conseil, constatant que des irrégularités graves ont été commises par les deux candidats, décident qu'elles s'annulent...mais ne constituent pas une cause d'annulation de l'élection »<sup>6</sup>

فعندما يوازي قاضي الانتخاب بين المخالفات المرتكبة من قبل الطاعن والمطمون في نيابته، ويقدر أثرها على نتيجة الاثنتين معا، لا يأخذ بالاعتبار أثرها على صحة الانتخابات بمجملها، وأثر هذه المخالفات على نتائج المرشحين الآخرين في الدائرة الانتخابية وبالتالي أثرها على صحة الانتخاب ونزاهته وصدقته، كأساس للوكالة النيابية.

إن الهيئات المشرفة رسميا على الانتخابات، وهيئات المجتمع المدني وتلك التابعة لجهات دولية، المرخص لها بمراقبة الانتخابات، ينبغي أن تقدم في تقاريرها مادة مفيدة للتوسع في التحقيقات في الطعون الانتخابية، وكشف الحقيقة، لاتخاذ القرار الذي يعزز الديمقراطية وشرعية السلطة المنبثقة من الانتخابات.

## 2. المصلحة والصفة

مصلحة الطاعن في صحة الانتخابات ليست مجرد مصلحة شخصية بالفوز في الانتخابات، فله حتما مصلحة بالفوز بالوكالة النيابية، غير أن هذه

6. Op.cit, p.312.



المصلحة تتجاوز المصلحة الشخصية إلى الصالح العام المرتبط بصحة الانتخابات وشرعية السلطة المنبثقة منها. فقبول الطعن في الشكل، لا يشترط توافر مصلحة شخصية للطاعن بالفوز في النيابة، فالمصلحة العليا، التي هي رهن بصحة الانتخابات، تتقدم على مصلحة الطاعن الشخصية، لذلك لم يشترط القانون تقديم الطعن من المرشح المنافس الأقرب إلى الفوز، إنما من أي مرشح منافس، وفي بعض الدول ومنها فرنسا، من أي ناخب في الدائرة الانتخابية، فصفة الطاعن تتبع من كونه مواطناً له الحق بالمشاركة في الانتخابات، وبالتالي في صوغ الوكالة النيابة بصفته جزءاً من الأمة، وله الحق بتمثيل صحيح لا تشوبه شائبة.

### 3. التراجع عن الطعن

طبيعة المنازعات الانتخابية، وربطها بصحة الانتخاب، وبالتالي بأسس الديمقراطية وشرعية السلطة والنظام العام، أي بركائز النظام الدستوري في الدولة، تعني أن عدم صحة الانتخاب هو انتهاك فاضح للدستور.

إن المصلحة بالطعن في صحة الانتخاب ليست مجرد مصلحة خاصة، إنما تتجاوز ذلك إلى المصلحة المشتركة ومصلحة الدولة العليا، لذلك عودة الطاعن عن الطعن، لا تقطع الطريق على عملية البحث في صحة الانتخاب التي بدأ بها قاضي الانتخاب نتيجة تقديم الطعن وتسليط الضوء فيه على مخالفات شابت العمليات الانتخابية.

من ناحية أخرى، إن التوقف عن البحث في صحة الانتخابات نتيجة التراجع عن الطعن، قد يتحول إلى وسيلة ابتزاز يمارسها الطاعن بحق المطعون في نيابته أو وسيلة مساومات سياسية ومالية، وهذا لا يجوز لأن قضية بهذه الأهمية والخطورة لا تحتمل التحول إلى وسيلة ابتزاز أو مساومة أثناء النظر فيها لدى قاضي الانتخاب، كما أنه لا يجوز إقحام صحة الانتخابات ومصداقيتها في بازارات سياسية.

## استنتاج

إن مهمة قاضي الانتخاب على درجة كبيرة من الأهمية، ولا يجوز أن يحول أي عائق دون إتمامها على أكمل وجه، نظرا للآثار المترتبة عليها بالنسبة للسلطة المنبثقة من الانتخاب. فلا يجوز التذرع بنصوص قانونية للامتناع عن القيام بهذه المهمة لأن ذلك يعتبر استكفا عن إحقاق الحق، من قبل قاضي الانتخاب، في قضية تشكل الأساس الذي تقوم عليه السلطة في النظام الديمقراطي، فتغيير نظام الانتخاب، على سبيل المثال لا الحصر، دون إدخال تعديلات ملائمة على الإجراءات القانونية المعتمدة في البت في صحة الانتخاب، لا يحول دون النظر في صحة الانتخاب، واتخاذ القرار المناسب، فينبغي تطويع النص القانوني، من قبل قاضي الانتخاب، باتجاه تفسيره بما يؤدي إلى الفصل في صحة الانتخاب ونزاهته وصدقته، وذلك من أجل الحفاظ على الأسس التي قام عليها النظام الدستوري في الدولة.

لقد جرت الانتخابات النيابية في لبنان في العام 2018، على أساس قانون مختلف تماما عن قوانين الانتخابات السابقة، فقد اعتمد، بدلا من النظام الأكثرية البسيط، نظام انتخابي نسبي مع صوت تفضيلي، يتم الترشح فيه عن دوائر صغرى في إطار دوائر كبرى، وتوزع فيه المقاعد النيابية على الطوائف الدينية داخل الدوائر الصغرى، ويقترع فيه الناخب لللائحة ولمرشح واحد من الدائرة الصغرى على اللائحة التي اقترع لها.

هذا التحول من النظام الأكثرية البسيط إلى نظام نسبي معقد، دون إدخال تعديلات على قانون المجلس الدستوري في إطار الإجراءات المعتمدة للنظر في الطعون الانتخابية، لم يمنع المجلس الدستوري من النظر في الطعون الانتخابية التي تلقاها ضمن المهلة المحددة، وسيكون للقرارات التي سيتخذها أهمية استثنائية نظرا للتعقيدات في نظام الانتخاب، وما يترتب عليها من اجتهادات في البت في صحة الانتخابات ونزاهتها وصدقيتها.

**السيد نيكولاوس باشليير**  
**عضو المحكمة الدستورية**  
**(النمسا)**

**ملخص**

تبرز المداخلة العناصر الأساسية للاختصاص الموكل للمحكمة الدستورية بالبت في صحة انتخاب رئيس الجمهورية والاجتهاد القضائي المتعلق بالانتخابات الرئاسية وبتدبير المحكمة لوسائل الإثبات في المادة الانتخابية.

كما تتناول المداخلة أيضا عددا من الاجتهادات القضائية للمحكمة الدستورية، في إطار الرقابة القبلية على دستورية القوانين، المتعلقة بحماية الحقوق الانتخابية في مجالات التصويت بالمراسلة.

**النص الكامل للمداخلة باللغة الإنجليزية، الصفحات 267 - 271**  
**من القسم الخاص باللغات الأجنبية**

**السيد جيانكارلو كوراجيو**  
**عضو المحكمة الدستورية**  
**(إيطاليا)**

**ملخص**

تتناول المداخلة بالتحليل قرارين للمحكمة الدستورية الإيطالية يتعلقان بمراقبة دستورية القوانين المنظمة للانتخابات التشريعية، في إطار السؤال القضائي للدستورية.

وتبرز المداخلة عددا من الخيارات التي اعتمدها المحكمة الدستورية في القرارين موضوع التحليل، بخصوص مقبولية سؤال الدستورية، ومفهوم ونطاق المصلحة في الدعوى.

**النص الكامل للمداخلة باللغة الفرنسية، الصفحات 272 - 276**  
**من القسم الخاص باللغات الأجنبية**



**السيد عمارو ناري**  
**نائب رئيس المحكمة الدستورية**  
**(النيجر)**

**ملخص**

تتناول المداخلة الإطار المعياري لاختصاص المحكمة الدستورية في مجال المنازعات الانتخابية، كما تبرز الوضع الخاص للقاضي الدستوري بوصفه قاضي تطبيق القانون الانتخابي، وهي مهمة تختلف، من حيث طبيعتها، عن مهمة مراقبة دستورية القوانين.

وتعرض المداخلة أيضا لعدد من اجتهادات المحكمة الدستورية النيجيرية واجتهادات إفريقية مقارنة أخرى في المادة الانتخابية، خاصة في مجال حماية الحقوق السياسية وتطبيق معيار الأثر المحدد على النتيجة.

**النص الكامل للمداخلة باللغة الفرنسية، الصفحات 277 - 280**  
**من القسم الخاص باللغات الأجنبية**



## تقرير الجلسة

السيد محمد بن عبد الرحمان الجوهري  
عضو المحكمة الدستورية  
(المملكة المغربية)

قدمت مداخلة السيد الحسان بوقتطار، عضو المحكمة الدستورية المغربية، بشكل مفصل وتركيبى في آن واحد، اجتهاد المحكمة الدستورية المتعلقة بمنازعات انتخاب أعضاء البرلمان، وذلك منذ تنصيبها في 4 أبريل 2017.

وفي هذا الإطار، أبرز المتدخل دور المحكمة الدستورية في ضمان حرية ونزاهة الاقتراع، وممارسة الحقوق السياسية الانتخابية، والمساواة وتكافؤ الفرص بين المترشحين.

وتناولت المداخلة أيضا بعض التحديات ذات الأولوية التي تم تحديدها من خلال تحليل اجتهاد المحكمة في مادة المنازعات الانتخابية (الأهلية الانتخابية، استعمال وسائل التواصل الاجتماعي في السياق الانتخابي، وكذا تطبيق المادة 118 من القانون 57.11).

وعرضت مداخلة السيد والتر سامويل نكانو أونوسغين، رئيس المحكمة العليا لدولة نيجيريا، للمحطات الأساسية لتطور الإطار الدستوري والقانوني المتعلقة بالمنازعات الانتخابية، كما أبرزت، أيضا، من خلال اجتهادات قضائية مختارة للمحكمة العليا، أهمية ضمان فعالية سبل الانتصاف المتعلقة

بالمنازعات الانتخابية، في تحقيق الاستقرار السياسي وحماية النظام الديمقراطي.

وتناولت المداخلة أيضا مجال الحقوق السياسية المضمونة في إطار المنازعات الانتخابية، سواء في إطار المنظومة المعيارية النيجيرية أو بموجب القانون الدولي لحقوق الإنسان أو في إطار عدد من التجارب المقارنة.

وقدمت مداخلة عصام سليمان، رئيس المجلس الدستوري اللبناني، تجربة المجلس المذكور في مجال المنازعات الانتخابية، إذ قدم المتدخل، من زاوية تحليلية، خصائص هذا النمط من المنازعة، بما في ذلك طبيعته العينية، ومفهومي الصفة والمصلحة في سياق المنازعة الانتخابية، وعدم إمكان التنازل عن الدعوى الانتخابية وكذا القواعد المطبقة.

وأبرز السيد نيكولاوس باشلير، عضو المحكمة الدستورية النمساوية، العناصر الأساسية للاختصاص الموكل للمحكمة الدستورية بالبت في صحة انتخاب رئيس الجمهورية والاجتهاد القضائي المتعلق بالانتخابات الرئاسية وبتدبير المحكمة لوسائل الإثبات في المادة الانتخابية. كما تناولت المداخلة أيضا عددا من الاجتهادات القضائية للمحكمة الدستورية، في إطار الرقابة القبلية على دستورية القوانين، المتعلقة بحماية الحقوق الانتخابية في مجالات التصويت بالمراسلة.

وتناولت مداخلة السيد جيانكارلو كوراجيو، عضو المحكمة الدستورية الإيطالية، بالتحليل قرارين للمحكمة الدستورية الإيطالية يتعلقان بمراقبة دستورية القوانين المنظمة للانتخابات التشريعية، في إطار السؤال القضائي للدستورية. وأبرز المتدخل أيضا عددا من الخيارات التي اعتمدها المحكمة الدستورية في القرارين موضوع التحليل، بخصوص مقبولية سؤال الدستورية، ومفهوم ونطاق المصلحة في الدعوى.

وأبرزت مداخلة السيد عمارو ناري، نائب رئيس المحكمة الدستورية لدولة النيجر، الإطار المعياري لاختصاص المحكمة الدستورية في مجال المنازعات الانتخابية، وكذا الوضع الخاص للقاضي الدستوري بوصفه قاضي



تطبيق القانون الانتخابي، وهي مهمة تختلف، من حيث طبيعتها، عن مهمة مراقبة دستورية القوانين. وعرضت المداخلة أيضا لعدد من اجتهادات المحكمة الدستورية النيجيرية واجتهادات إفريقية مقارنة أخرى في المادة الانتخابية، خاصة في مجال حماية الحقوق السياسية وتطبيق معيار الأثر المحدد على النتيجة.



# مساهمات إضافية





**السيد خالد سالم**  
**نائب رئيس المحكمة الدستورية**  
**(الكويت)**

**الرقابة القضائية على دستورية التشريعات في دولة الكويت**

نص دستور دولة الكويت الصادر في 11 من نوفمبر سنة 1962 . في الفصل الخاص بالسلطة القضائية منه . على تقرير مبدأ الرقابة على دستورية التشريعات، وأثر الدستور أن يعهد بتلك الرقابة إلى جهة قضائية ترك للقانون أمر تحديدها، على أن يراعي في تشكيلها والإجراءات المتبعة أمامها طبيعة تلك المهمة، وبما يكفل حق كل من الحكومة وذوي الشأن في الطعن لدى تلك الجهة في دستورية التشريعات، واستنادا إلى هذا النص صدر قانون إنشاء المحكمة الدستورية رقم (14) لسنة 1973 مخولا لها دون سواها الاختصاص بتفسير النصوص الدستورية، وبالفصل في المنازعات المتعلقة بدستورية القوانين والمراسيم بقوانين واللوائح، بالإضافة إلى اختصاصها بالفصل في الطعون الخاصة بانتخاب أعضاء مجلس الأمة أو بصفة عضويتهم، وأضاف القانون رقم (109) لسنة 2014 . بتعديل بعض أحكام قانون إنشاء المحكمة رقم (14) لسنة 1973 . طريقا آخر لاستنهاض اختصاص المحكمة، فأجاز لكل شخص طبيعي أو اعتباري الطعن بطريق مباشر . على نحو مستقل عن أي نزاع موضوعي لدى إحدى المحاكم . أمام المحكمة الدستورية في أي قانون أو مرسوم بقانون أو لائحة، إذا قامت لديه شبهات جدية بمخالفته لأحكام الدستور، وكان له مصلحة شخصية مباشرة في الطعن عليه، على أن يعرض الطعن على المحكمة منعقدة في غرفة المشورة، فإذا رأت أنه يخرج عن

اختصاصها أو أنه غير مقبول شكلا أو أنه غير ذي جدي، قررت عدم قبوله بقرار غير قابل للطعن بأسباب موجزة تثبت في محضر الجلسة، وإذا رأت غير ذلك حددت جلسة لنظر الطعن.

وبعد التنظيم الدستوري للرقابة القضائية على دستورية التشريعات الذي تضمنه الدستور الكويتي من أقدم التنظيمات الدستورية العربية في هذا المجال، وقد أصدرت المحكمة الدستورية منذ تاريخ إنشائها وحتى الآن العديد من الأحكام والقرارات التي توضح كيفية اللجوء إليها لتفسير نصوص الدستور أو للفصل في المنازعات والطعون المتعلقة بدستورية التشريعات أو للفصل في الطعون الانتخابية.

وسوف نعرض في هذا المقام - بإيجاز - للمبادئ التي أرستها المحكمة والتي يمكن استخلاصها من هذه الأحكام والقرارات:

**أولاً: المنازعات الدستورية المباشرة بطلب من مجلس الأمة أو مجلس الوزراء:**

1. صدر القانون رقم (14) لسنة 1973 بإنشاء المحكمة الدستورية مخولاً لها دون سواها ولاية الفصل في المنازعات المتعلقة بدستورية القوانين والمراسيم بقوانين واللوائح، محددًا طرق رفع هذه المنازعات إليها، فأجاز رفع المنازعات المباشرة أمامها بناء على طلب من مجلس الأمة أو من مجلس الوزراء، وجدير بالإشارة في هذا المقام إلى أن قضاء هذه المحكمة وإن اطرده على أن المصلحة الشخصية المباشرة شرط لا غنى عنه لقبول الدعوى الدستورية المحالة إليها من المحاكم، إلا أن المصلحة في هذه المنازعات المباشرة هي مصلحة مفترضة. (المنازعة المباشرة رقم 13 لسنة 2006 «دستوري». جلسة 2007/6/12).

2. الخصومة في المنازعات المباشرة هي خصومة عينية موجّهة أصلاً إلى النص التشريعي المطعون فيه، مناطها اختصاص هذا النص

في ذاته استهدافا لمراقبته واستظهار مدى شرعيته، توصلا إلى التقرير بعدم دستوريته وإبطاله وزواله منذ نشأته واعتباره كأن لم يكن وإنهاء قوة نفاذه إعمالا للأثر المحدد للدستور، الأمر الذي يستتبع معه القول بأن ذلك الطعن بحسب طبيعته الخاص ليس طعنا بين خصوم، ولكنه طعن ضد النص التشريعي المطعون عليه بعدم الدستورية. (المنازعة المباشرة رقم 13 لسنة 2006 «دستوري» . جلسة 2007/6/12)

3. رقابة الدستورية التي تباشرها هذه المحكمة يقف مجالها عند حد التحقق من مدى موافقة التشريع المطعون عليه لأحكام الدستور، وهي رقابة لها طبيعة قانونية لا جدال فيها، وبالتالي فلا يسوغ التحدي بأن التشريع الذي تراقب المحكمة دستوريته . مهما بلغت أهميته وأبعاده وآثاره . يعتبر عملا سياسيا، أو أن في استنهاض اختصاصها إقحام لها في المجال السياسي، أو التحدي بمعاملة تشريع معين باعتباره من الحقوق الثابتة لأي من السلطتين التشريعية والتنفيذية لا يجوز نقضه، إذ أن من شأن ذلك أن يفرغ رقابة الدستورية من مضمونها، بل يجردها من كل معنى ويفضي إلى عدم خضوع أي عمل تشريعي لرقابة الدستورية، وهو أمر لا يستقيم . في فهم القانون . القول به، فجهة الرقابة على الشرعية الدستورية لا تتخلى عن مسؤوليتها، ملتزمة بأداء وظيفتها القضائية التي أولها إياها الدستور، باعتبارها الحارسة على أحكامه، تدعيما لمبدأ سيادة الدستور بوصفه المعبر عن إرادة الأمة، ضمانا لصون الدستور والحفاظ على كيانه. (المنازعة الدستورية رقم 26 لسنة 2012 «دستوري» . جلسة 2012/9/25)

4. المحكمة مقيدة في قضائها بنطاق الطعن المطروح عليها، والمناطق في أعمال رقابتها الدستورية . وحسبما استقر عليه قضاؤها . أن يكون أساس الطعن هو مخالفة النصوص التشريعية المطعون عليها

لنص في الدستور، ولا شأن للمحكمة في بحث مدى ملاءمة هذه النصوص، ولا ما ظهر فيها من قصور ومثالب من جراء تطبيقها، ولا بالإدعاء بأن تلك النصوص لم تؤت أكلها وتحقق غاياتها، فهذه الأمور قد يستدعي معها النظر في تعديلها إذا كانت غير وافية بالمرام وذلك بالأداة القانونية المقررة طبقاً للدستور، بيد أنها لا تصلح أن تكون سبباً للطعن عليها بعد الدستورية لخروج ذلك عن مجال الرقابة القضائية لهذه المحكمة. (المنازعة الدستورية رقم 26 لسنة 2012 «دستوري». جلسة 25 /9/ 2012)

### ثانياً: المنازعات الدستورية المحالة من المحاكم:

1. أكدت المحكمة الدستورية أن ولايتها في الرقابة القضائية على دستورية القوانين والمراسيم بقوانين واللوائح لا تقوم إلا باتصالها بالدعوى طبقاً للأوضاع الإجرائية الخاصة بنظام التداعي أمامها، ومن خلال الوسائل التي حددتها المادة الرابعة من قانون إنشاء المحكمة رقم (14) لسنة 1973، ومن بينها الإحالة من إحدى المحاكم بناءً على دفع مبدئي من أحد أطراف النزاع بعدم دستورية نص تشريعي، بعد أن تقدر المحكمة جدية هذا الدفع، ولزومه للفصل في الدعوى الموضوعية، وترجيح الظن بمخالفة النص التشريعي لأحكام الدستور. (الدعوى رقم (1) لسنة 2005 «دستوري» جلسة 1 /5/ 2006).

2. خول قانون إنشاء المحكمة الدستورية المحاكم جميعها أياً كانت درجاتها حق الإحالة إليها حتى ولو لم يدفع الخصم أمامها بعدم الدستورية، ضماناً لسلامة تطبيق القاعدة القانونية، وتغليباً لأحكام الدستور، وإعلاء له على سائر التشريعات الأدنى منه مرتبة. (الدعوى رقم (14) لسنة 2005 «دستوري» (جلسة 29 /5/ 2006)

3. المصلحة الشخصية المباشرة شرط لقبول الدعوى الدستورية، ومناطقها أن تتوافر علاقة منطقية بينها وبين المصلحة القائمة في



النزاع الموضوعي، وأن يكون الفصل في المسألة الدستورية لازماً للفصل في النزاع الموضوعي، وأنه وإن كان لمحكمة الموضوع الاختصاص في تقدير هذا الشأن إلا أن هذه المحكمة بما لها من سلطة الإشراف على إجراءات الدعوى الدستورية هي التي تتولى التحقق من توفر شرط المصلحة فيها وذلك بالقدر اللازم للفصل في مدى قبولها دون أن يستطيل ذلك إلى الخوض فيما يدخل في اختصاص محكمة الموضوع وتتولى وحدها أمر الفصل فيه، بحسبان أن هذه المحكمة ليست محكمة طعن بالنسبة إلى محكمة الموضوع وإنما هي جهة ذات اختصاص أصيل حدده قانون إنشائها، وأن الدعوى الدستورية إنما تستقل بموضوعها عن موضوع النزاع. (الدعوى رقم (14) لسنة 2005 «دستوري» جلسة 2006/5/29)

4. الرقابة القضائية للمحكمة الدستورية تتبسط على التشريعات كافة وذلك على اختلاف أنواعها ومراتبها، وسواء أكانت تشريعات أصلية أقرتها السلطة التشريعية، أم كانت تشريعات فرعية صادرة من السلطة التنفيذية، شاملة أية قاعدة قانونية متسمة بطابع العمومية والتجريد واجبة الإتيان في صدد ما صدرت بشأنه، بيد أن رقابتها في هذا المقام مناطها قيام تعارض بين نص تشريعي وبين حكم في الدستور، دون أن تمتد إلى ما يقع من تناقض بين تشريعين سواء اتحدا أو اختلفا في مرتبتهما ما لم يكن ذلك منطوياً بذاته على مخالفة دستورية، وكان أمر الفصل في هذا الشأن لازماً. (الدعوى رقم (14) لسنة 2005 «دستوري». جلسة 2006/5/29)

5. مركزية الرقابة القضائية على دستورية التشريعات التي أوردها قانون إنشاء هذه المحكمة بالنص في المادة الأولى منه على اختصاصها دون غيرها بالفصل في المنازعات المتعلقة بدستورية التشريعات، وقصر هذا الاختصاص عليها وحدها، مؤداه أنه لا محل للمحاكم في أعمال رقابة الامتناع عن تطبيق التشريعات المخالفة للدستور في

ظل مركزية الرقابة التي تستأثر بها هذه المحكمة. (الدعوى رقم (14) لسنة 2005 «دستوري». جلسة 2006/5/29)

ثالثاً: الطعون المقامة بطريق الادعاء الأصلي المباشر:

1. المادة (الرابعة مكرراً) من قانون إنشاء المحكمة الدستورية رقم (14) لسنة 1973 - المضافة بالقانون رقم (109) لسنة 2014 - أجازت لكل شخص طبيعي أو اعتباري أن يرفع طعناً بطريق الادعاء المباشر أمام هذه المحكمة في أي قانون أو مرسوم بقانون أو لائحة إذا قامت لديه شبهات جدية بمخالفته لأحكام الدستور، وكانت له مصلحة شخصية مباشرة في الطعن عليه، مما مؤداه أن الخصومة الدستورية في الطعن المباشر كسائر الخصومات الدستورية، هي خصومة عينية موجهة أصلاً إلى التشريع المطعون فيه، مناطها اختصام هذا النص في ذاته استهدافاً لمراقبته واستظهار مدى شرعيته الدستورية. (الحكم الصادر في الطعن المباشر رقم (13) لسنة 2015، طعن مباشر دستوري - جلسة 2015/12/16)

2. لا يكفي لقبول الطعن المباشر مجرد أن يكون النص التشريعي المطعون عليه مخالفاً في ذاته للدستور، بل يتعين لتوافر المصلحة الشخصية المباشرة كشرط لا غنى عنه لقبول الطعن أن يكون هذا النص بتطبيقه على الطاعن قد أخل بأحد الحقوق التي كفلها الدستور على نحو ألحق به ضرراً مباشراً، وأن يقيم الطاعن الدليل على أن هذا الضرر عائداً إلى ذلك النص. (القرار الصادر في الطعن المباشر/غرفة المشورة رقم (1) لسنة 2014. جلسة 2015/5/11)

3. المشرع وإن أجاز لكل شخص طبيعي أو اعتباري أن يرفع طعناً بطريق الادعاء المباشر أمام هذه المحكمة - في أي قانون أو مرسوم بقانون أو لائحة - مستقلاً عن أي نزاع موضوعي لدى إحدى المحاكم، إلا أن المشرع يطلب بصريح نص هذه المادة أن تكون

للطاعن مصلحة شخصية مباشرة والتي لا يقبل الطعن في غيبتها، مستبعدا المشرع - بدلالة هذا النص - أن يكون لكل مواطن صفة مفترضة في اختصاص النصوص التشريعية المدعى بمخالفتها للدستور، ومصلحة مفترضة في إهدارها، وبالتالي فإنه لا يتصور في المصلحة المعتبرة قانونا أن تكون محض مصلحة نظرية، غايتها إما إبطال النصوص إبطالا مجردا، أو أعمال نصوص الدستور إعمالا مجردا، أو لمجرد صون حقوق الآخرين وحررياتهم ومصالحهم، بل ليكفل الطاعن بطعنه إنفاذ تلك الحقوق التي تعود عليه فائدة حمايتها. (القرار الصادر في الطعن المباشر/ غرفة المشورة رقم (3) لسنة 2014. جلسة 2015/5/11)

#### رابعا: القوة الإلزامية لأحكام المحكمة الدستورية:

الأحكام الصادرة من المحكمة الدستورية - بما فيها الأحكام في الطعون الخاصة بانتخاب أعضاء مجلس الأمة أو بصحة عضويتهم التي تنظرها كمحكمة موضوع - واجبة الاحترام وملزمة للكافة بما فيهم سلطات الدولة المختلفة والناس أجمعين، ولا يجوز الطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن. وتكون هذه الأحكام نافذة من تاريخ صدورها، ولا يعدو نشر أحكامها في الجريدة الرسمية إلا إذا كان إعلانا لها والتبصير بها، ولا يتوقف إعمال مقتضاها على هذا النشر، كما أنها لا تحتاج في ذلك إلى اتخاذ أي إجراء تنفيذي يمنحها قوة الإلزام أو يكسبها هذه الحجية.

## مساهمة المحكمة الدستورية (البنين)

### ملخص:

تتناول المساهمة المراقبة اللاحقة على دستورية القوانين كآلية لحماية الحقوق الأساسية من خلال الدعوى المباشرة المفتوحة لسائر المواطنين، والدفع بعدم الدستورية بمناسبة نزاع قضائي، كما تعرض المساهمة لتقييم فعالية هذه الآليات على ضوء تكاملها مع الرقابة القبلية على دستورية القوانين. وتبرز المداخلة أيضا دور الرقابة الدستورية على القرارات الإدارية في تكامل مع عمل القاضي الإداري كقاض للمشروعية.

النص الكامل للمساهمة باللغة الفرنسية، الصفحات 284 - 310  
من القسم الخاص باللغات الأجنبية



السيد عمر عبد الخالق محمد

مستشار المحكمة العليا

(ليبيا)

### فن صياغة النص الدستوري

إن صياغة النص الدستوري باعتبارها سبكا لقاعدة قانونية يجب أن تكون بشكل يتلاءم مع الغرض الذي وضعت من أجلها هذه القاعدة، ومن ثم يجب أن تكون صياغتها بدقة ورصانة حتى تُحقق الغاية منها، ولا تُحدث حين تطبيقها لغطاً أو خلطاً أو إرباكاً.

وتعتبر صياغة النصوص القانونية فنا قائماً بذاته وعنصراً هاماً من عناصر تكوين القاعدة الدستورية؛ ذلك أنها تُفرغ الفكرة أو المبدأ السامي المُتفق عليه مُجتمعيّاً وسياسياً في قالب عملي صالح للتطبيق والإنفاذ؛ وعلى ذلك نجاح الدستور مُعتمداً في جانب كبير منه على صياغته بل أن هذه الأخيرة هي التي تُحقق أسمى صور التوافق المُأمول والمرغوب لاسيما في تلك الدساتير التي تُصاغ في أعقاب الحروب الأهلية والثورات، أو تلك التي تُصاغ في مُجتمعات مُتعددة الأعراق الإثنيات والأديان والطوائف.

ولمّا إن كانت للصياغة كل تلك الأهمية فإننا لا نجد مندوحة عن إيراد تعريف لها ومن أجل ذلك نقول:- يُقصد بالصياغة القانونية مجموعة الوسائل والقواعد المستخدمة لإفراغ الأفكار القانونية في قوالب نصوص تشريعية تعين على تطبيق القانون من الناحية العملية، بُغية تحقيق الغرض الذي ترنو إليه السياسة التشريعية. وعلى ذلك يُمكن القول إن الصياغة القانونية فنٌ يهدف إلى جعل إرادة الشعب -أو هكذا أن يكون- واقعا عمليا قابلا للتطبيق

في صورة قواعد عامة مُجردة مُنظمة للسلوك ويترتب على مُخالفتها جزاء، وحتى يُحقق فن الصياغة غاياته في مجال الدساتير فلا بد من أن تضع لجان الصياغة في اعتبارها لإشكالات التعامل البشري ووقائع التجمع الإنساني سياسةً واقتصاداً واجتماعاً كثيرةً ومتنوعةً وتزداد تعقيداً إذا ما تعددت في الدولة الأعراق والأديان والطوائف أو إذا كانت صياغة الدستور قد جاءت في أعقاب حرب أهلية أو ثورة عارمة، وتحقيق التوافق في ذلك كله من الصعوبة بمكان لاسيما وأن أساليب الصياغة القانونية محدودة إذا ما قورنت بالمسائل المُراد مُعالجتها بصورة توافقية.

وعلى... ذلك يُمكننا وضع تعريف مُستقل لفن الصياغة الدستورية نقول فيه: «فن صياغة الدستور هو عملية تحويل القيم المُجتمعية السياسية والاقتصادية والثقافية إلى مواد دستورية توافقية يسيرة الفهم صالحة للتطبيق».

ولا يعني تعريفنا الأنف البتة أننا نعتقد بصحة دستور البرنامج الذي يغلب أن تعتمد الدول الراضة للتعددية السياسية؛ ذلك أن القيم المُجتمعية السياسية والاقتصادية والثقافية ليس حكراً على المُجتمعات التي تُحكم بأنظمة حزبية أحادية شمولية، بل أن لكل تجمع بشري ثقافته وقيمه السياسية والاقتصادية التي ينبغي أن تظهر بجلاء في أسمى النصوص أو القواعد المُنظمة لهذا التجمع، فيغدو بذلك الدستور مرآةً تعكس صورة المُجتمع بكل ما فيه.

والتساؤل الذي يفرض نفسه علينا هاهنا، والذي فرضته في بلادنا ظروفها القائمة القائمة يتمحور حول المُتطلبات اللازمة لصياغة دستورية توافقية رصينة؟ وللإجابة عن هذا التساؤل نقول:- ينبغي لصياغة دستور توافقي رصين في أعقاب الحروب الأهلية والثورات توافر واجتماع المُعطيات التالية:

1. وجود الكفاءات البشرية المُتخصصة والمُستقلة - من حيث الانتماء السياسي- والمؤمنة بضرورة العمل الجماعي والمُطلعة على التجارب

- السابقة للدول والعهود والمواثيق الدولية، والقادرة استيعاب وفهم ثقافة المجتمع المراد صياغة الدستور له.
2. وجود مراكز مُستقلة وحيادية وذات مصداقية قادرة على إعداد استطلاعات رأي موثوقة.
3. تمتع أمر التكليف بالصياغة بالمشروعية وصدوره عن من يملكه.
4. تأسيس الدستور على القواعد التالية:

(أ) القاعدة الأولى (الديباجة): والتي ينبغي أن تكون مُعبّرة عن قيم وآم وتطلعات المجتمع فضلاً صياغتها بأسلوب بلاغي ساحر البيان.

(ب) القاعدة الثانية (التعريفات): إذ ينبغي أن يتضمن الدستور نصاً أو نصوصاً خاصة بالتعريفات تمنع من تكرار الألفاظ وتُمكن الصائغ من صياغة نصٍ مُقتضبٍ مُحققٍ للغاية سهل الفهم والتأويل.

(ج) القاعدة الثالثة (الأحكام العامة والموضوعية والختامية): وهي النصوص الدستورية المجملة والمُصاغة بطريقة يسهل فهمها وتفسيرها دون غموض أو إبهام.

(د) القاعدة الرابعة (الأحكام الإجرائية): وهي النصوص الدستورية المُبينة لمواعيد اتخاذ إجراءات معينة كتاريخ نفاذ الدستور وتاريخ التصويت عليه، وينبغي أن يُبين بوضوح ما إذا كانت هذه المواعيد تنظيمية أم أمرية.

(هـ) القاعدة الخامسة (تقسيمات نصوص الدستور وأبوابه ومواده وفقراته): وذلك من خلال اختيار طريقة تبويب منهجية ومناسبة يسهل التعامل معها.

وبعد عرضنا الأنف حريّ أن نُبيّن الصفات التي يجب توافرها في النص الدستوري، ويمكننا إجمالها في النقاط التالية:

1. الوضوح التام، إذ يجب أن يتمتع النص الدستوري بوضوح لا يحتمل التأويل، أو بالأحرى لا يُمكن تأويله إلا بمعنى واحد أياً كان مفسره، وعلى ذلك يجب تجنب الألفاظ الغامضة والمُبهمّة وذات المعاني المُشتركة.
2. عدم استعمال اللفظ الواحد للتعبير عن أكثر من فكرة واحدة.
3. تجنب الإطناب والألفاظ المُشكلة والمُتشابهة.
4. استعمال المُصطلحات المُستخدمة في فروع القوانين الأخرى، وفقاً لمعانيها في تلك الفروع دون محاولة تحويرها.
5. الدقة والحذر عند استخدام حرفي العطف (واو) و(أو).
6. اللجوء لأسلوب العبارات الكلية الموجبة (الإثباتية) وتجنب عبارات النفي ما أمكن.
7. تجنب التكرار والعبارات الطويلة والمعقدة.

## وختاماً

ولما تقدم عرضه فإننا نُقر أن المسؤولية التأسيسية لصياغة مشاريع الدساتير جدٌ عظيمة، لما في نتائج أعمالها من قيمة لاسيما إن استطاعت هذه الجمعيات من خلال لجان صياغتها أن تحقق التوافق المأمول بين جميع القوى السياسية والأطراف المُجتمعية، وعلى هذه الجمعيات أن تُراعي بشكل كبير مهمة صياغة النصوص محل الخلاف قبل تقديم مشاريعها لاستحقاق الاستفتاء؛ إذ كثيراً ما يحدث أن تعترض بعض التيارات السياسية على صياغة نص ما بعد اكتمال أعمال لجان الصياغة، ويُداهم الجمعية التأسيسية الوقت المُحدد لطرح مشروعها للاستفتاء، فتُقدم في عُجالة على إجراء تعديل على صياغة النص المُختلف عليه إرضاءً للتيار المُعترض، وتكون نتيجة هذا التعديل وخيمة على عملية الاستفتاء بما يؤدي أحياناً لهدم بناء الجمعية التأسيسية من أساسه، وعلى نحو يُعيد الأمر إلى مرحلة الصفر، وبصورة لا يُمكن تدارك آثارها لاسيما إذا كانت مهمة الصياغة قد أسندت إلى الجمعية التأسيسية في أعقاب ثورة عارمة أو حرب أهلية دموية.



السيد محمد ميلاد الدويس  
مستشار المحكمة العليا  
(ليبيا)

آثار الحكم بعدم الدستورية على القانون المطعون فيه

مقدمة:

إن حاجة الجماعة إلى التنظيم تأتي في مقدمة الأولويات بسبب المصالح المتعارضة والحقوق والحريات المتباينة لمكونات الجماعة أفرادا وكيانات، لذلك وجد التشريع أو القانون ليرسم للجماعة الإنسانية الطريق نحو تحقيق مصلحة عليا يسمو بها الأفراد من دونية المصالح الشخصية إلى علوية المصالح المجتمعية العامة.

وتطور الأمر على مدى عصور متلاحقة إلى أن انتهى (إلى اعتناق قاعدة عامة تقوم على التدرج في قوة ومدى الإلزام القانوني التي تتمتع به القواعد القانونية، فجعل البعض منها في المرتبة الأعلى التي لا ينبغي بحال من الأحوال الخروج على ما تحتويه قواعدها من أحكام بصورة صريحة أو ضمنية وأطلق على تلك القواعد مصطلح «الدستور» وأعطى القواعد الأخرى مرتبة أدنى منه<sup>1</sup>).

(وإذا كان الدستور يمثل القاعدة الأعلى في البناء القانوني للدولة كان من اللازم حماية قواعد هذا البناء وصون أساساته التي يقوم عليها، ولقد حاولت النظم القانونية توفير تلك الحماية من خلال ما يعرف «بالرقابة

1. د.إكرامي بسيوني عبد الحي خطاب، القضاء الدستوري، دراسة تحليلية نقدية نقارنة، الطبعة الأولى 2011، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية ص10

على الدستورية» والتي بمقتضاها تستطيع الدول أن تتحقق من مدى الالتزام بنصوص الدستور شكلا وموضوعا<sup>(2)</sup>.

ويدور بحثنا حول الرقابة القضائية اللاحقة على الدستورية دون غيرها من أنواع الرقابة، وأثر الحكم بعدم الدستورية على النص القانوني المطعون فيه بعدم الدستورية.

لذلك تعين أن نتعرف على مفهوم الحجية القضائية بوجه عام وأنواعها وشروط الأحكام التي تتمتع بالحجية وذلك في مبحث أول. ومن ثم نبحت حجية الحكم بعدم الدستورية وأثر الحكم بعدم الدستورية على القانون المطعون فيه، وموقف الفقه بشأن نتائج الحكم بعدم الدستورية، وموقف المشرع والقضاء في ليبيا بالخصوص وذلك في المبحث الثاني من هذه الورقة.

### المبحث الأول: مفهوم الحجية القضائية وأنواعها

**المطلب الأول: مفهوم الحجية القضائية (حجية الشيء المقضي به):**

إن المقصود بحجية الحكم القضائي أنه إذا صدر الحكم فإنه يعتبر حجة فيما قضي به أو بمعنى آخر أنه أصبح عنوانا للحقيقة، وتحول هذه الحجية بين الخصوم وبين إقامة دعوى جديدة للفصل فيما سبق وفصلت فيه، إلا أنها لا تمنع الطعن في الحكم بالطرق المقررة قانونا.

وذهب البعض إلى تعريف حجية الحكم القضائي بأنها (الصفة اللصيقة بكل حكم يصدر عن قاضي مختص بالنزاع المعروف عليه بعدما يتحقق من صحة اتصال المنازعة من الناحية الشكلية، ويفصل فيها بقضاء موضوعي يضع حدا للخصومة القضائية، وهي نوعان أحدهما يعرف «بالحجية النسبية» والتي تتمتع بطابع سلبي يتمثل في مجرد امتناع ذات الخصوم عن إثارة ذات المسألة المحكوم فيها أمام ذات المحكمة التي أصدرت الحكم، وهذا النوع يثبت للأحكام وإن كانت تقبل الطعن فيها بطرق الطعن المختلفة، أما النوع الثاني فيسمى «بالحجية المطلقة» وتضيف إلى الحكم بجانب الأثر السلبي

2. نفس المرجع السابق ص 10.

«الامتناع» أثرا آخر إيجابي يتمثل في التزام الكافة بمنطوق هذا الحكم وأسبابه المرتبطة به ارتباطا لا يقبل التجزئة وبحيث يعد عنوانا للحقيقة القضائية<sup>3</sup>).

### المطلب الثاني: أنواع الحجية القضائية:

. ينقسم الحكم القضائي من حيث نطاق حجيته وأثارها إلى نوعين:

الأول/ ذو حجية نسبية، والثاني/ ذو حجية مطلقة:

1. الحجية النسبية: تمثل الحجية النسبية الأصل في كافة الأحكام القضائية، إلا أن مجالها في الغالب هو أحكام محكمة أول درجة، منعا لتأييد الخصومة القضائية، إذا ما سمح للخصوم أنفسهم برفع دعاوى أخرى أمام ذات المحكمة أو غيرها تتعلق بذات الموضوع وعن نفس السبب، وتثبت الحجية النسبية لكل حكم في نطاق درجته القضائية ولو كان قابلا للطعن فيه، ولهذا الحجية وجهان أحدهما سلبي ويتمثل في امتناع إثارة ذات النزاع بشروطه السابقة أمام ذات القاضي، أو غيره من نفس درجته القضائية، والوجه الآخر إيجابي ويتمثل في ضرورة احترام الحكم القضائي وما قضى فيه فصلا في موضوع الدعوى<sup>4</sup>.

2. الحجية المطلقة: إن الحجية المطلقة تتعدى أطراف النزاع القضائي، ليحتج بها في مواجهة الكافة ممن لم يكونوا أطرافا في النزاع الذي صدر الحكم بصدده، ومن الأمثلة على ذلك الأحكام الصادرة من القضاء الإداري بإلغاء القرارات الإدارية.

وللحجية المطلقة كذلك الوجهان السلبي والإيجابي اللذين تتسم بهما الحجية النسبية على ما سلف بيانه، إلا أن الحجية المطلقة يتوافر لها وجه ثالث يتمثل في الإلزام المطلق في مواجهة الكافة والذي يتعدى أطراف المنازعة التي صدر الحكم بمناسبتها، الأمر الذي يجعل الحكم في تلك الحالة دليلا

3. د. إكرامي بسيوني عبد الحي خطاب، المرجع السابق ص 302.

4. د. إكرامي بسيوني، المرجع السابق ص 309.

من أدلة الإثبات، وتتحد الحجية المطلقة مع قوة الحكم في الإثبات وذلك لوجود عنصرين في الحكم هما / عنصر القوة الملزمة للحكم بين أطرافه، وعنصر قوة الحكم في مواجهة الكافة<sup>5</sup>.

وإذا صدر الحكم الحائز على الحجية المطلقة لا يحق لأحد أن يتمسك بالحجية النسبية.

والمشرع هو الذي يحدد تمتع الحكم بالحجية المطلقة في مواجهة الكافة ومن ثم عدم قابلية الحكم للطعن (ومثال ذلك النص على عدم جواز الطعن بالنقض في الأحكام الصادرة عن دائرة الطعون العقارية في القانون الليبي).

### المطلب الثالث: شروط الدفع بحجية الحكم القضائي:

تختلف شروط الدفع بالحجية وفقا للاختلاف في نوع الحجية ذاتها وما إذا كانت نسبية، أو مطلقة:

1. شروط الدفع بالحجية النسبية للحكم القضائي: لقد حددت المادة

393 من القانون المدني الليبي تلك الشروط وهي على النحو التالي:

أ. وحدة الخصوم / ويقصد بالخصم كل من كان ممثلا تمثيلا قانونيا في الدعوى التي صدر فيها الحكم، وخلفه الخاص ودائنيه.

ب. وحدة الموضوع (المحل) ومن شأن مراعاة هذا الشرط للدفع بالحجية النسبية تجنب أن يكون الحكم الجديد تكرارا للحكم السابق أو متناقضا معه وذلك حفاظا على حجية الأمر المقضى للحكم الأول<sup>6</sup>.

ج. وحدة السبب / ويقصد بالسبب هنا السبب القانوني أي مصدر الحق المدعى به، وقد يكون السبب ماديا كواقعة الميراث بالنسبة لإثبات الملكية، وقد يكون قانونيا يستمد منه المدعى حقه مباشرة كمستحقات أخرى ناشئة عن قرار ترقية.

5. د. إكرامي بسيوني، المرجع السابق ص 312.311.

6. د. إكرامي بسيوني، المرجع السابق ص 314.

2. شروط الدفع بالحجية المطلقة للحكم القضائي: تسرى الحجية المطلقة في مواجهة كافة ويجوز الاحتجاج بها ولو اختلف الموضوع، أو الخصوم، أو السبب، ومن أهم أمثلتها الأحكام الباتة، والأحكام الصادرة بعدم الدستورية والتي نحن بصدددها.

وبعد أن تعرفنا على الأحكام العامة لحجية الأحكام القضائية كأهم أثر إجرائي يترتب على الحكم القضائي، ننتقل لبحث هذا الأثر القانوني (الحجية) كأحد أهم الآثار المترتبة على صدور حكم عدم الدستورية.

### المبحث الثاني: حجية الحكم بعدم الدستورية وأثرها

#### المطلب الأول: مفهوم حجية الحكم بعدم الدستورية:

إن المقصود بحجية الحكم بعدم الدستورية أنه بمجرد صدور الحكم عن الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا بعدم دستورية تشريع ما، يعد حجة فيما فصل فيه (وحجيته مطلقة يحسم الخصومة ويرفع الخلاف بشأن دستورية النص المطعون فيه حسماً قاطعاً مانعاً لنظر أي طعن يثور بشأن عدم دستورية هذا النص)<sup>7</sup>، وتلك الحجية تعد أثراً لازماً للفصل في المسألة الدستورية، وتحول حجية الحكم بعدم دستورية تشريع ما دون إقامة دعوى جديدة للفصل فيما سبق وفصلت فيه المحكمة الدستورية.

وحجية الحكم بعدم الدستورية حجية مطلقة لها ثلاثة وجوه كالحجية المطلقة للأحكام عموماً، أولها/سلبية ويتمثل في امتناع إثارة ذات النزاع بشروطه السابقة أمام المحكمة الدستورية، وثانيها/ إيجابي ويتمثل في ضرورة احترام الحكم القضائي بعدم الدستورية وما قضى فيه في موضوع الدعوى الدستورية، ويتمثل ثالثها/ في الإلزام المطلق في مواجهة كافة والذي يتعدى أطراف الخصومة في الدعوى الدستورية، وذلك بخلاف الحكم بعدم قبول الدعوى الدستورية الذي لا يتمتع إلا بحجية نسبية والحكم برفض الدعوى الدستورية والذي يتمتع حسب الرأي الراجح بحجية نسبية بين أطرافه

7. من حكم المحكمة العليا الليبية في الطعن الدستوري رقم 1 لسنة 58 ق بتاريخ 2013/12/23م.

وفي حدود ما قدم من أسباب للطعن بعدم الدستورية<sup>8</sup>.

ولقد مرت النصوص القانونية فيما يتعلق بتقرير عدم دستورتها بواسطة القضاء بمراحل مختلفة، تنوعت فيها حجية الأحكام كأحد أهم الآثار المباشرة لأحكام عدم الدستورية وذلك على النحو التالي:

**أ- المرحلة الأولى** «الرقابة اللامركزية على الدستورية»: وهي رقابة سلبية تمارسها جميع المحاكم في بعض الدول تقف عند حد الامتناع فقط عن تطبيق النص الذي ترى المحكمة أنه غير دستوري دون أن تصدر حكما مستقلا يحمل هذا المعنى وهو ما يعرف برقابة الامتناع ولم تكن لأحكام عدم الدستورية في تلك المرحلة حجية مطلقة.

**ب- المرحلة الثانية** «مرحلة مركزية الرقابة على الدستورية» نظم القانونان المصري والليبي الاختصاص بنظر دعوى عدم الدستورية في إطار مركزية الرقابة القضائية على دستورية القوانين وتضمنت التشريعات ذات العلاقة في البلدين ما يفيد بتقرير الحجية المطلقة للحكم الصادر في دعوى عدم الدستورية<sup>9</sup>. وبالتالي فإن الأحكام الصادرة بعدم الدستورية في نظام مركزية الرقابة على الدستورية لها الحجية المطلقة في مواجهة الكافة سواء أكانوا خصوما في الدعوى الدستورية أم من الغير.

**ج- المرحلة الثالثة** / وتختص بها مصر وهي مرحلة ما بعد تعديل نص الفقرة الثالثة من المادة 49 من قانون المحكمة الدستورية العليا وذلك بالقرار بقانون رقم 168 لسنة 1998 حيث جعل ذلك التعديل للأحكام الصادرة بعدم دستورية التشريعات الضريبية حجية مطلقة لكنها مقيدة بسريانها بأثر مباشر من تاريخ صدور الحكم إلا بالنسبة للمدعى في الدعوى الدستورية الصادر فيها الحكم بعدم الدستورية.

8. انظر حكم المحكمة العليا الليبية في الطعن الدستوري رقم 1 لسنة 59 ق جلسة 2013/2/19 م غير منشور.

9. صبحي مصباح فرج زيد، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة الاسكندرية قسم القانون العام / العام الجامعي 2014-2015 ص 64.

## المطلب الثاني: أثر الحكم بعدم الدستورية على النص القانوني المطعون فيه:

### 1. أثر الحكم بعدم الدستورية على النص القانوني في حد ذاته:

(النص الذي تقررت عدم دستوريته، سوف يبقى قائماً من الناحية النظرية، لأن المحكمة الدستورية العليا لا تملك ولاية النطق بإلغائه، إلا أنه بسبب هذه الحجية المطلقة التي يتمتع بها الحكم بعدم الدستورية، فإن هذا النص سوف يفقد كل قيمته القانونية، فهو إذن يلزم جميع جهات القضاء بالامتناع عن تطبيقه)<sup>10</sup>.

وقضت المحكمة الدستورية العليا المصرية في حكمها في القضية الدستورية رقم 16 لسنة 3 ق دستورية جلسة 1982/6/5 م بأن: (أثر الحكم بعدم دستورية نص تشريعي طبقاً لما نظمته المادة 49 من قانون إنشاء المحكمة الدستورية هو مما تختص به محكمة الموضوع لتنزل أثر هذا الحكم ومضمونه على الوقائع المطروحة عليها الأمر الذي لا تمتد إليه ولاية المحكمة الدستورية العليا).

كما قضت المحكمة العليا الليبية (أن أحكام هذه المحكمة بعدم دستورية أي تشريع أو بعض نصوصه ذات طبيعة كاشفة تؤدي إلى انعدام أثر هذا التشريع أو النص، ويعتبر غير صالح للتطبيق اعتباراً من التاريخ الذي يقضي فيه بعدم دستوريته ما لم يكن موضوع الدعوى قد فصل فيه بحكم بات.<sup>11</sup>

### 2. النطاق الزمني لتنفيذ الحكم الصادر بعدم الدستورية:

إذا اعتبرنا أن الحكم بعدم دستورية النص المخالف للدستور كاشفاً للعيب القديم الذي لحق النص وليس منشأً له فإن ذلك يؤيد الأثر الرجعي

10. د. سامر عبد الحميد محمد العوضي، أوجه عدم دستورية القوانين في الفقه وقضاء المحكمة الدستورية العليا ص 69، دار المطبوعات الجامعية - الاسكندرية 2010 ويشير الكاتب إلى أنه مقتبس من كتاب (القضاء الدستوري للدكتور طعيمة الجرف ص 271).

11.. الطعن المدني رقم 568/55 ق جلسة 2011.11.12 غير منشور.

للحكم بعدم الدستورية، إلا أن تقرير الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية له مخاطره على العلاقات القانونية المستقرة التي لا شك سيعيبها الكثير من الاضطراب، ذلك أن الوجود المادي للقانون قبل أن يقضى بعدم دستوريته حقيقة واقعة ليس من السهل تجاهلها وأنه ليس من الحكمة في كثير من الأحوال أن يسدل حكم المحكمة - بعدم الدستورية - على الماضي ستارا من النسيان، ولعله يتعين النظر في أثر القضاء بعدم دستورية القانون على كثير من الأوضاع والعلاقات التي نشأت في ظلّه<sup>12</sup>.

كما أن القول بالأثر الفوري مطلقا - للحكم بعدم الدستورية - يحرم رافع دعوى عدم الدستورية من الاستفادة من دعواه الموضوعية من الحكم الصادر بعدم الدستورية وهذه نتيجة غير منطقية، لذلك فإن المسألة تستدعي البحث عن توازن بحيث يستفيد رافع الدعوى الدستورية من دعواه - كما ذهب إلى ذلك المشرع المصري في تعديله لقانون المحكمة الدستورية العليا سالف الذكر - وإعطاء مكنه للمحكمة في تحديد التاريخ الذي يترد إليه أثر الحكم بعدم الدستورية (إذا تعلق أثره بمصالح عليا للمجتمع سواء كانت سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية)، وإلا كان أثره الرجعي مطلقا.

**المطلب الثالث: اتجاهات الفقه بشأن نتائج الحكم بعدم الدستورية وموقف المشرع والقضاء في ليبيا:**

### **1. اتجاهات الفقه بشأن نتائج الحكم بعدم الدستورية:**

اختلفت آراء الفقهاء بشأن أثر الحكم بعدم الدستورية، فذهب البعض إلى (أن الحكم الصادر من المحكمة العليا بعدم دستورية قانون معين، ليس له أثر رجعي إلا بالنسبة للمسائل الجنائية فقط، أما الحكم الصادر بعدم دستورية أي قانون آخر غير القوانين الجنائية فإنه يكون ذو أثر فوري فحسب وليس ذو أثر رجعي)<sup>13</sup>.

12..د. سامر عبد الحميد، المرجع السابق ص 70-71.

13. هذا الرأي للدكتور محمد عبد السناري، أشارت إليه الدكتورة نوره فرغلي السناري في مؤلفها/ الرقابة القضائية على دستورية القوانين، ص 96 الطبعة الأولى 2007.



وذهب فريق آخر إلى أن الحكم بعدم الدستورية لا بد أن يكون له أثر رجعي لكي تتحقق الفائدة العملية من الحكم بعدم الدستورية في الدعوى الموضوعية التي دفع بعدم دستورية النص الذي يحكمها، وأنه لا معنى لوقف الدعوى أمام محكمة الموضوع وإحالة الأمر إلى المحكمة الدستورية إذا كان رافع الدعوى لن يفيد من الحكم الصادر من المحكمة الدستورية بعدم دستورية النص الذي يحكم دعواه الموضوعية، ويكون حكم عدم الدستورية عديم الجدوى في هذه الحالة.<sup>14</sup>

وذهب فريق إلى التفرقة بين عيب عدم الدستورية الأصلي (أي مخالفة النص القانوني للدستور منذ إصداره) وبين عيب عدم الدستورية الطارئ (أي أن النص القانوني صدر صحيحاً في ظل الدستور السابق وأصبح مخالف للدستور الجديد أو التعديل الدستوري القائم) بحيث يرتد أثر الحكم بعدم الدستورية إلى تاريخ صدور النص القانوني غير الدستوري في النوع الأول، ويرتد أثر الحكم بعدم الدستورية إلى تاريخ صدور الدستور الجديد أو التعديل للدستور القائم في النوع الثاني.<sup>15</sup>

وكذلك فرق هذا الفريق بين عيب الدستورية الناشئ عن المخالفة الشكلية للدستور (أي عدم توافق القانون مع الإجراءات التي حددها الدستور لصدوره، أو صدوره من جهة غير التي حدد الدستور اختصاصها بإصداره) وبين عدم الدستورية الناشئ عن المخالفة الموضوعية للدستور، ويكون الأول في كل الأحوال عيباً أصلياً وبالتالي يرتد أثر الحكم بعدم الدستورية إلى تاريخ صدور النص القانوني المخالف للدستور من الناحية الشكلية، أما في حالة عيب عدم الدستورية الناشئ عن المخالفة الموضوعية للدستور فإن لهذه الحالة فروض ثلاثة:

أ. مخالفة النص القانوني لأحكام الدستور الذي صدر في ظلّه وكذلك مخالفته لأحكام الدستور القائم وقت الفصل في الدعوى وهنا يرتد أثر الحكم بعدم الدستورية إلى تاريخ صدور التشريع ذاته.

14.. هذا الرأي للدكتور/رمزي طه الشاعر، أشارت إليه الدكتورة نوره فرغلي في المرجع السابق ص 96.

15.. دكتورة نورة فرغلي، المرجع السابق ص 96-97.

ب. صدور التشريع المطعون بعدم دستوريته معيبا وفقا لأحكام الدستور الذي صدر في ظلّه إلا أن ذلك العيب لم يعد موجودا في ظل الدستور القائم وقت الطعن بعدم الدستورية، وهنا يظل العيب أصيلا في ذلك التشريع ويمكن لذي المصلحة أن يرفع دعوى بعدم دستوريته عن فترة سريانه في ظل الدستور السابق ويرتد أثر الحكم بعدم دستوريته إلى تاريخ صدور ذلك التشريع.

ج. صدور القانون المطعون بعدم دستوريته صحيحا وفقا لأحكام الدستور الذي صدر في ظلّه ثم يأتي دستور جديد بأحكام تجعل ما تضمنه ذلك القانون مشوبا بعدم الدستورية وهنا يكون العيب طارئا، ترتب على صدور النص الدستوري الجديد وبالتالي فإن الحكم بعدم دستورية هذا القانون في هذه الحالة يرتد أثره إلى تاريخ صدور الدستور الجديد المتعارض مع ذلك القانون وليس إلى تاريخ صدور التشريع ذاته وتبقى صحيحة جميع الآثار التي ترتبت عليه في فترة صحته، والقاعدة في هذه الفروض الثلاثة تقضي بأنه (في حالة العيب الأصلي فإن الرجعية ترتد إلى تاريخ صدور النص التشريعي المعيب، أما في حالة العيب الطارئ فإن الرجعية ترتد إلى تاريخ صدور النص الدستوري الذي أدى إلى عدم دستورية النص المطعون فيه بعدم الدستورية).<sup>16</sup>

## 2. موقف المشرع والقضاء في ليبيا:

نظم القانون الليبي الاختصاص بنظر دعوى عدم الدستورية في إطار مركزية الرقابة القضائية على دستورية القوانين وتضمنت التشريعات ذات العلاقة في ليبيا ما يفيد تقرير الحجية المطلقة للحكم الصادر في دعوى عدم الدستورية<sup>17</sup> وبالتالي فإن الأحكام الصادرة بعدم الدستورية في نظام

16..د.نقره فرغلي السناري، الرقابة القضائية على دستورية القوانين ص 97-98 الطبعة الأولى 2007.  
17. صبحي مصباح فرج زيد، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة الاسكندرية قسم القانون العام / العام الجامعي 2014-2015 ص 64.

مركزية الرقابة على الدستورية لها الحجية المطلقة في مواجهة كافة سواء أكانوا خصوما في الدعوى الدستورية أم من الغير.

وقد أسند المشرع الليبي الرقابة على دستورية القوانين للمحكمة العليا منعقدة بدوائرها المجتمعة درجة واحدة أحكامها وقراراتها نهائية، غير قابلة للطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن، وذلك لحسم الأمر مرة واحدة بواسطة محكمة مركزية.

حيث تنص المادة 23 من قانون المحكمة العليا رقم 6 لسنة 1982 م على أن (تختص المحكمة العليا دون غيرها منعقدة بدوائرها المجتمعة برئاسة رئيسها أو من يقوم مقامه بالفصل في المسائل الآتية: أولا : الطعون التي يرفعها كل ذي مصلحة شخصية مباشرة في أي تشريع يكون مخالفا للدستور، ثانيا: مسألة قانونية جوهرية تتعلق بالدستور أو بتفسيره تثار في قضية منظورة أمام أية محكمة..... وتشكل الدوائر المجتمعة من عدد كاف من المستشارين بقرار من الجمعية العمومية على أن يكون من بين أعضائها مستشار من كل دائرة من دوائر المحكمة على الأقل).

كما نصت المادة الحادية عشرة من اللائحة الداخلية للمحكمة العليا الليبية على أن (تتعقد الدوائر المجتمعة كدائرة دستورية للفصل في الطعون والمسائل المنصوص عليها في البندين أولا وثانيا من المادة 23 من القانون رقم 6 لسنة 1982 م بإعادة تنظيم المحكمة العليا المعدلة بالقانون رقم 17 لسنة 1994م).

ولممارسة المحكمة العليا الليبية لاختصاصها بالرقابة الدستورية فقد نصت المادة 51 من قانون المحكمة العليا المشار إليه على كيفية تشكيل الجمعية العمومية للمحكمة وتحديد اختصاصاتها، فنصت الفقرة «3» من ذات المادة على أن (تتولى الجمعية العمومية وضع لائحة داخلية للمحكمة تتضمن بوجه خاص بيان القواعد والإجراءات الخاصة برفع الطعون الدستورية ونظرها وتحديد المصروفات والرسوم القضائية على الطعون والطلبات التي تقدم إليها).

وتتمتع أحكام عدم الدستورية في النظام الدستوري الليبي بالحجية المطلقة حيث نصت المادة 31 من قانون المحكمة العليا رقم 6 لسنة 1982 م على أن: (تكون المبادئ القانونية التي تقررها المحكمة العليا في أحكامها ملزمة لجميع المحاكم وكافة الجهات الأخرى في الدولة).

كما نصت المادة 20 من اللائحة الداخلية للمحكمة العليا على أن (تنشر الأحكام الصادرة بعدم الدستورية في مدونة التشريعات)، وبمجرد صدور الحكم عن الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا بعدم دستورية تشريع ما يعد حجة فيما فصل فيه، وتلك الحجية تعد أثرا لازما للفصل في المسألة الدستورية.

وقد أكدت المحكمة العليا الليبية في العديد من أحكامها أن الأحكام الصادرة عنها بعدم دستورية نص تشريعي لها حجية مطلقة، ومن ذلك حكمها في قضية الطعن الدستوري رقم 1 لسنة 58 ق بتاريخ 2013.12.23 م والذي جاء فيه (وحيث إن خصومة الطعن في الدعوى الدستورية توجه ضد النصوص التشريعية المطعون فيها لعيب دستوري، ومن ثم فهي خصومة عينية، وتكون الأحكام الصادرة من المحكمة العليا بدوائرها مجتمعة بعدم دستورية أي نص تشريعي ملزمة لجميع المحاكم والجهات الأخرى ولها حجية مطلقة لا يقتصر أثرها على الخصوم في الدعاوى التي صدرت بشأنها، بل ينصرف هذا الأثر إلى الكافة...)

وكذلك حكمها في الطعن الدستوري رقم 26/59 ق جلسة 2013.12.23 والطعن الدستوري رقم 16/61 ق جلسة 2014.11.6 م.

كما قضت المحكمة العليا الليبية (أن أحكام هذه المحكمة بعدم دستورية أي تشريع أو بعض نصوصه ذات طبيعة كاشفة تؤدي إلى انعدام أثر هذا التشريع أو النص، ويعتبر غير صالح للتطبيق اعتبارا من التاريخ الذي يقضي فيه بعدم دستوريته ما لم يكن موضوع الدعوى قد فصل فيه بحكم بات).<sup>18</sup>

18. الطعن المدني رقم 55/568 ق جلسة 2011.11.12 غير منشور.

وإزاء عدم ولاية المحكمة العليا في النطق بإلغاء النص القانوني المحكوم بعدم دستوريته فقد ذهبت المحكمة العليا الليبية في أحد أحكامها الدستورية إلى حث المشرع على التدخل لتعديل القانون بما يتفق وأحكام الدستور وذلك في حكمها في الطعن الدستوري رقم 2/53 ق بجلسة 2008.11.12 والذي انتهت فيه إلى عدم دستورية المادة الثامنة من القانون رقم 1 لسنة 1986 م بشأن مساهمة الليبيين في الشركات العامة.<sup>19</sup>

وليس معنى ذلك أن النص الذي قضي بعدم دستوريته يظل باقيا حتى يتدخل المشرع لتعديله بل إن دعوة المحكمة للمشرع في الحكم سالف الذكر هي لحثه على إصدار نص جديد غير النص الذي أعدم بالحكم الدستوري بحيث يكون ناصا مراعيًا لحكم الدستور وليس به اعتداء على الحريات أو مساسا بمبدأ المساواة.

ومن الجدير بالذكر أن الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا الليبية قد ذهبت في أحد أحكامها إلى جواز أن ينصب الطعن بعدم الدستورية على القانون حتى بعد تعديله بما يتفق وأحكام الدستور إذ أوردت : (وحيث إنه ولئن كان المشرع استدرك ذلك العيب التشريعي وعدل نص المادة 12 من القانون رقم 26 لسنة 2012 م سالف الذكر بموجب القانون رقم 54 لسنة 2012 م بما يتفق والأسس الدستورية وسمح بالطعن في الأحكام الصادرة عن دوائر القضاء الإداري أمام المحكمة العليا، إلا أن عيب عدم المساواة لا زال قائما بين من خضعوا لأحكام النص التشريعي قبل تعديله وانغلق أمامهم باب الطعن بالنقض. ومن بينهم الطاعن. وبين من حصلت وقائع منازعاتهم في ظل النص التشريعي المعدل، الأمر الذي يصم النص القانوني محل الطعن بعدم الدستورية)<sup>20</sup> وانتهت إلى الحكم بعدم دستورية نص المادة 12 من القانون رقم 26 لسنة 2012 م بشأن الهيئة العليا لتطبيق معايير النزاهة الوطنية قبل تعديله.

19. د. حميد محمد القماطي، بحث بعنوان أثر الحكم الصادر عن القضاء الدستوري (ص7) مقدم للمؤتمر العلمي للمحاكم والمجالس الدستورية العربية المنعقد بالأردن 28-29 فبراير 2016.

20. حكم الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا الليبية في الطعن الدستوري رقم 4 لسنة 60 ق جلسة 2013/12/23 م.

كما أن الحكم باعتبار الخصومة منتهية استنادا إلى سابقة الحكم بعدم دستورية النص التشريعي المطعون فيه، هذا الحكم له الحجية المطلقة لارتباطه بحكم الحجية السابق عليه الذي بني عليه في حسمه للمسألة الدستورية المثارة في الدعوى المقضي فيها بانتهاء الخصومة.<sup>21</sup>

وقد تكون الحجية النسبية أيضا بالنسبة لبعض أحكام المحكمة العليا «الدستورية» كالحكم بعدم قبول الدعوى لرفعها بعد الميعاد،<sup>22</sup> حيث لا يمنع هذا الحكم الغير من إعادة طرح المنازعة الدستورية مرة أخرى على المحكمة العليا (الدائرة الدستورية) عند زوال سبب عدم القبول.

بينما الأحكام الصادرة برفض الدعوى الدستورية فقد اختلف موقف المحكمة العليا الليبية بشأنها حيث اعتبرتها ذات حجية مطلقة في بعض أحكامها (وذلك في قضية الطعن الدستوري رقم 16/61 ق جلسة 2014.11.6 م منشور بمجلة المحكمة العليا السنة 44 العدد 4 ص 17)، بينما اعتبرت حجيتها نسبية في أحكام أخرى (ومن ذلك حكمها في قضية الطعن الدستوري رقم 1/59 ق جلسة 2013.2.19 م غير منشور)، حيث أجازت في حالة الحكم

21. د. خليفة سالم الجهمي، رقابة دستورية القوانين في ليبيا ومصر والكويت والبحرين، منشأة المعارف بالإسكندرية، 2018 صفحة 473.

راجع قضاء المحكمة العليا الليبية في الطعن الدستوري رقم 1 لسنة 58 ق بتاريخ 2013.12.23 م ومما جاء فيه أنه (إذا أثير طعن في دعوى تالية بعدم دستورية نص تشريعي سبق للمحكمة العليا القضاء بعدم دستوريته كانت هذه الدعوى غير ذات موضوع.... ولما كانت هذه المحكمة قد سبق لها القضاء بعدم دستورية نص هذه المادة في الطعن الدستوري رقم 25/59 ق بتاريخ 2012.12.25 م وقضاؤها حجة على الكافة وحجيته مطلقة يحسم الخصومة ويرفع الخلاف بشأن دستورية النص المطعون فيه حسما قاطعا مانعا لنظر أي طعن يثور بشأن عدم دستورية هذا النص).

. وكذلك حكم المحكمة العليا الليبية في الطعن الدستوري رقم 26 لسنة 59 ق - جلسة 2013.12.23 م، والطعن الدستوري رقم 3/53 ق جلسة 2009.11.11 م.

22. ومثال ذلك الحكم بعدم قبول الدعوى الدستورية في حال عدم مراعاة الميعاد أو الإجراءات التي نصت عليها المادة التاسعة عشر من اللائحة الداخلية للمحكمة العليا الليبية التي جرى نصحها كالتالي: (إذا كانت المسألة القانونية المتعلقة بالدستور أو بتفسيره أثرت من أحد الخصوم في دعوى منظورة أمام أية محكمة ورأت جوهريتها، أجلت نظر الدعوى وحددت لمن آثار هذا الدفع ميعادا لا يجاوز ثلاثة أشهر لرفع الدعوى بذلك أمام المحكمة العليا، وتسري في أن رفع الدعوى في هذه الحالة إجراءات الطعون الدستورية المقررة في هذه اللائحة.

. فإذا لم ترفع الدعوى في الميعاد اعتبرت إثارة المسألة كأن لم تكن).

. انظر حكم المحكمة العليا في الطعن الدستوري رقم 5/52 ق بتاريخ 2006.5.6 م منشور بمجلة المحكمة العليا السنة الأربعون - العدد الأول ص 313.

برفض الدعوى بعدم الدستورية أن يرد الطعن بعدم الدستورية على ذات التشريع مرة أخرى إذا ما أثرت أسباب جديدة، ولا يفوتنا أن ننوه على أن بحثنا هذا يتناول الحكم بعدم الدستورية دون غيره من الأحكام الصادرة بعدم قبول الدعوى الدستورية أو برفضها.

وقد خلا القانون الليبي من النص على تحديد ما إذا كان للحكم بعدم دستورية تشريع ما أثرا فوريا أم أن له أثرا رجعيا يترد إلى تاريخ صدور التشريع المقضي بعدم دستوريته.

إلا أن اعتبار المحكمة العليا الليبية الأحكام الدستورية ذات طبيعة كاشفة<sup>23</sup> يؤيد الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية، وهذا ما جرى عليه العمل، مع ضرورة التسليم بإعطاء مكنة للدائرة الدستورية بالمحكمة العليا في تحديد التاريخ الذي يترد إليه أثر حكمها بعدم دستورية تشريع ما طالما لا يوجد نص قانوني يقيد هذا الشأن وكذلك لما قد يسفر عنه تطبيق الحكم بعدم دستورية تشريع ما طالما لا يوجد نص قانوني يقيد هذا الشأن وكذلك لما قد يسفر عنه تطبيق الحكم بعدم دستورية تشريع ما بأثر رجعي أحيانا من نتائج خطيرة تحول دون إمكانية تطبيقه بأثر رجعي.

## الخاتمة

حاولنا في ورقة العمل هذه تسليط الضوء على جانب مهم من جوانب الرقابة على دستورية القوانين ألا وهو جانب الأثر الذي يترتب على الحكم بعدم دستورية تشريع ما، حيث تناولنا في المبحث الأول مفهوم الحجية القضائية على وجه العموم وأنواعها وشروط الدفع بحجية الأحكام القضائية، وذلك تمهيدا لمبحث حجية الحكم بعدم الدستورية وأثر الحكم بعدم الدستورية على القانون المطعون بعدم دستوريته والنطاق الزمني لتنفيذ الحكم الصادر بعدم الدستورية وموقف الفقه بشأن نتائج الحكم بعدم الدستورية وموقف المشرع والقضاء في ليبيا بالخصوص وذلك في المبحث الثاني من هذه الورقة.

23. انظر حكم المحكمة العليا الليبية في الطعن رقم 55-568 ق جلسة 12/11/2011 م غير منشور.

وخلاصة الأمر إنه من حيث التاريخ الذي يترد إليه أثر الحكم بعدم الدستورية فإن ذلك التاريخ إما أن ينص عليه نص قانوني بشكل صريح كما هو في القانون المصري، وإما أن يرد ذلك التاريخ في ذات الحكم الصادر من المحكمة الدستورية بتقرير عدم الدستورية (وفي هاتين الحالتين يجب مراعاة ضرورة استفادة رافع دعوى عدم الدستورية من الحكم بعدم دستورية النص الذي يحكم دعواه الموضوعية حتى يستقيم الأمر مع العقل والمنطق)<sup>24</sup>. وفي غير ذلك فإن الأصل أن يكون للحكم بعدم الدستورية أثر رجعي يترد إلى تاريخ صدور النص التشريعي المعيب في حالة العيب الأصلي بينما يترد الأثر الرجعي إلى تاريخ صدور النص الدستوري اللاحق في حالة العيب الطارئ كما سبق تفصيله.

24. وذلك رغم تادي العدالة من عدم استفادة عدلاته (في الواقع وزمانها) من الحكم بعدم الدستورية إلا أنه قد يبرر سلوك الأثر الفوري للحكم أحيانا مبررات تقوم عليها مصلحة الجماعة فتقدم على مصلحة الافراد خاصة عند مرور زمن طويل على صدور النص التشريعي المحكوم بعدم دستوريته.



# الجلسة الختامية



# التقرير التركيبي<sup>1</sup>

السيد ندير المومني  
عضو المحكمة الدستورية  
(المملكة المغربية)

السيد رئيس المحكمة الدستورية للمملكة المغربية،  
السيد أمين السراة لأكاديمية المملكة المغربية،  
السيدات والسادة رؤساء وأعضاء المحاكم الدستورية،  
الزملاء الأعزاء،  
السيدات والسادة،

إن التقديم، في شكل تقرير مركبي، لخاصة سبع وأربعين مداخلة، موزعة على سبع جلسات، وإبراز أهم ما تمخض عن المناقشات، في نهاية يومين مكثفين من الأشغال، ليس بالتمرين السهل.

على امتداد يومين، قام المشاركون والمشاركات، ومن زوايا نظر مختلفة، بتفكير معمق، وتقاسموا عناصر تقييمية ذات قيمة معرفية مميزة بشأن التجارب الوطنية، كما قدموا رؤية استشرافية بشأن آفاق تطور آليات الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين على ضوء التحديات الجديدة.

إن غنى الأشغال يحتم اعتماد مسعى منهجي يهدف إلى تقديم نظرة تتوخى العمومية ولا تدعي الحصرية، بالمقابل.

1. الصيغة الأصلية للتقرير التركيبي باللغة الفرنسية، الصفحات 315 - 319 من القسم المخصص للغات الأجنبية.

وفي هذا الصدد، فإن أشغال الندوة أسفرت عن خلاصة أساسية، وهي خلاصة تمثل في آن واحد معاينة وتوصية: ذلك أن توسيع سبل الولوج إلى العدالة الدستورية يتوقف على القواعد المعيارية التي يتعين تأويلها، وعلى المساطر التي يتعين تبسيطها، وعلى أطراف المنازعة الدستورية التي يتعين إعادة تحديدها، وعلى الضمانات المسطرية التي يتعين تقويتها، وعلى آثار القرارات التي يتعين تديدها، وعلى منظومة الحقوق والحريات التي يتعين تقويتها وتوسيعها.

وللإجابة عن هذه التحديات، أبرز المشاركون، بإجماع آرائهم، مزايا التبادل، والحوار، والتفكير المشترك على كل المستويات: بين محاكم التنظيم القضائي والمحاكم الدستورية، وبين هذه الأخيرة والعالم الأكاديمي، ومهنيي العدالة، وبين المحاكم الدستورية لمختلف الدول، وعلى مستوى الاتحادات الجهوية لهذه المحاكم وكذا مع الآليات الجهوية لحماية حقوق الإنسان.

إن هذا الحوار متعدد المستويات، يتأسس على صرح من القيم المشتركة. فعلى تنوع آليات الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين، فإنه أمكن تحديد قائمة من المبادئ برزت على مدى أشغال هذه الندوة: سمو الدستور، وموقع آليات الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين كجزء من المنظومات الوطنية لحماية الحريات والحقوق الأساسية، والسعي الدائم لفعالية وفعلية سبل الانتصاف، والحفاظ على الطبيعة العارضة أو التكميلية لأنماط الرقابة اللاحقة. وتترجم هذه المبادئ انشغالا مشتركا، يتمثل في تأمين حماية فعلية لحقوق المتقاضين. وتتوقف هذه الحماية، التي تتوخى الفعالية، على التوازن الذي يتعين تحقيقه بين توسيع سبل الانتصاف من جهة، وضبط تدفقات المنازعات من أجل تحقيق إدارة جيدة للعدالة.

انطلاقا من هذه الرؤية المتقاسمة والمجمع عليها، ناقش المشاركون والمشاركات رهانات المراقبة اللاحقة على دستورية القوانين. وقد جرى ذلك تحت مظلة التنوع الذي يترتب عن الخصائص المختلفة للتجارب الوطنية: تنوع الاختيارات الاجتهادية للمحاكم الدستورية (النشاط أو التحفظ القضائي)،

وتنوع استراتيجيات دسترة آليات الرقابة اللاحقة، وتنوع الممارسات الاتفاقية للدول، وتنوع الطبيعة القانونية للأعمال الخاضعة للرقابة في إطار آليات الرقابة اللاحقة، وكذا تنوع التحديات العملية المرتبطة بإعمال الرقابة اللاحقة، سواء في إطار المنازعة الدستورية، أو في إطار أنماط أخرى من المنازعات مرتبطة بالحماية الدستورية للحقوق الأساسية (كالمنازعات الانتخابية).

ففيما يتعلق بالإحالة والقواعد المعيارية، فإن معاينة ذات طابع شمولي برزت من خلال عرض التجارب الوطنية وكذا من خلال المساهمات الفقهية، وتتمثل هذه المعايينة في الاتجاه نحو توسيع القاعدة/القواعد المعيارية. ويتخذ هذا التوسيع أشكالاً مختلفة: إدماج مفهوم كتلة الدستورية (عبر الاجتهاد القضائي بالأساس)، وتحديد مبادئ وقيم وأهداف دستورية، عبر الاجتهاد القضائي أيضاً. كما أن هذا الاتجاه يتخذ شكلاً آخر يتمثل في التوحيد القياسي لتقنيات فحص شرعية-دستورية القوانين المحددة لشروط ممارسة بعض الحريات. وتنتج عملية التوحيد القياسي هذه، عن عمل المحاكم الدستورية، ومحاكم التنظيم القضائي والمحاكم الإقليمية لحقوق الإنسان.

وتطرح هذه الوضعية المستجدة تحديات مستحدثة تستحق إجابات معيارية واجتهادية ملائمة. وفي هذا الإطار تمت مناقشة تحديين بشكل خاص: دسترة فروع القانون، وتديير التمثيل بين رقابة الدستورية ورقابة الاتفاقية.

واتضح أنه يتم رفع التحديات المذكورة عبر مساعي مختلفة، تبعاً لمختلف التجارب الوطنية: ومن هذه المساعي، تحديد موقع الاتفاقيات الدولية إزاء المنظومة القانونية الداخلية، وذلك عبر أحكام دستورية خاصة أو عبر الاجتهاد القضائي، تهيئة فضاء ل «الهوية الدستورية»، لجوء المحاكم الدستورية للدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي إلى السؤال الأولي الموجه إلى محكمة العدل الأوروبية.

وتتدرج بعض تقنيات التأويل المستعملة من قبل المحاكم الدستورية، ضمن هذا المسعى الهادف إلى الربط والتوفيق والملاءمة والتكامل وتجاوز منطوق «الشرح على المتون». ويمكن في هذا الصدد، ذكر تقنيات التأويل النسقي والقيمي، وكذا اللجوء إلى تقنية التحفظات التأويلية، أو إلى المفاهيم المهيكلة كالتناسب، والموازنة، والإلزام بالحماية، أو الأثر غير المباشر الأفقي.

كما يندرج أيضا في هذا الإطار، كل الجهود المبذول من قبل عدد من المحاكم الدستورية من أجل جعل مناهج الاستدلال وأنماط تحرير القرارات في تناغم مع انتظارات المتقاضين الذين يلجؤون إلى آليات الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين.

وفيما يخص آليات الدعم ورقمنة المساطر، أكد المشاركون والمشاركات على الفرص التي تتيحها الأدوات الرقمية لفائدة المتقاضين، ولخدمة شفافية المنازعة الدستورية. وإن استثمار الفرص المذكورة يتطلب دعم قدرات الإدارة القضائية للمحاكم الدستورية، خاصة في مجال التدبير الإلكتروني للمساطر وأنظمة المعلومات. وضمن نفس الإطار، أكد المشاركون والمشاركات على ضرورة تطوير آليات الدعم الموجهة، بشكل خاص، لولوج الفئات الهشة إلى العدالة الدستورية (المساعدة القانونية، العيادات القانونية). وأثار عدد من المتدخلين الانتباه إلى التحديات الجديدة المرتبطة بلا مادة المساطر، خاصة حماية المعطيات ذات الطابع الشخصي، وكذا حماية الحياة الخاصة.

وفيما يتعلق بالمساطر وسؤال الولوج إلى العدالة الدستورية، تبين أنه على تنوع التجارب الوطنية، فإن الهندسة العامة لطرق الطعن في إطار الرقابة اللاحقة، تخضع لمنطق مشترك يمكن تقديمه كما يلي: الحفاظ على الطابع العارض للرقابة اللاحقة على دستورية القوانين، وتكامل هذا النمط من الرقابة مع سبل الطعن المتاحة لدى محاكم التنظيم القضائي وفي بعض الحالات لدى الهيئات شبه القضائية، ووضع منظومة من مراقبة المقبولية مرتكزة على معايير موضوعية وتقديرية في آن، مع تنظيم داخلي ملائم،

وانشغال متزايد بتطوير أشكال تعليل قرارات عدم القبول، تطبيق مكيف لمبدأ التوجيهية، وتحديدات خاصة وذات هندسة متغيرة لمفهومي الطرف والمصلحة.

إن عناصر هذا المنطق المشترك، الذي يشكل قاعدة المشروعية المسطرية للمحاكم الدستورية تترجم ثلاث انشغالات كبرى: تأمين الوظائف الأساسية للمحاكم الدستورية ضمن المنظومة القضائية الداخلي، خاصة وظيفة حماية المعيارية الدستورية، ضبط وتنظيم تدفقات اللجوء إلى آليات الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين، عبر أنظمة للتصفية، مع تبسيط ولوج المتقاضين إلى هذه الآليات في آن واحد.

وتم تحليل المساطر أيضا من زاوية المتطلبات الوطنية والإقليمية في مجال نجاعة وفعالية العدالة. ويستفاد من تقديم التجارب الوطنية أن المرجعيات الدستورية المتعلقة بالحق في محاكمة عادلة، تفتني تدريجيا بإسهام المرجعيات الإقليمية (الاتفاقية، الإعلان والاجتهادية) التي تولي أهمية خاصة لولوج المجموعات الأكثر هشاشة إلى العدالة الدستورية، مع تقديم عناصر توجيهية في مجال الترتيبات المسطرية المتكيفة مع خصوصية المنازعة الدستورية اللاحقة، والتي تتسم بطبيعة مزدوجة، ملموسة وعينية في آن واحد.

وفيما يخص آثار القرارات في علاقة بمسألة الأمن القانوني، تجدر الإشارة إلى أنه علاوة على الخيارات المعتمدة بخصوص نطاق الآثار المادية (فيما بين الأطراف أو إزاء الكافة) والزمينية (الأثر الفوري أو اللاحق) للقرارات المتخذة، ومكن تقديم التجارب الوطنية من إبراز معاينة تتمثل في تنوع أنماط استبعاد القانون غير المطابق للدستور من النظام القانوني الداخلي (إلغاء، نسخ، مد نطاق الإلغاء إلى المقترضات المرتبطة بالمقتضى القانوني المصرح بعدم دستوريته). إن كل هذه الأنماط، تخضع، بالمقابل، إلى مبادئ دستورية أمر، كعدم الرجعية والاستثناءات التي ترد عليها، وكذا مبادئ أخرى ذات قيمة معيارية قوية كاستقرار الأوضاع والمراكز القانونية،

وحماية الحقوق المكتسبة، وحجية الشيء المقضي به. كما طورت التجارب الوطنية المختلفة خطأ ثابتاً فيما يتعلق بحق المتقاضين في الاستفادة، فيما يتعلق بأوضاعهم القانونية من الآثار الإيجابية للقرارات الصادرة عن المحاكم الدستورية.

كما درس المشاركون والمشاركات، من منظور مقارن، مسألة إسهام المنازعات الانتخابية في حماية الحقوق، وتتم هذه الحماية، بالطريق العارض، بمناسبة البت في هذه المنازعات. ويستفاد من تقديم التجارب الوطنية أن البعد العيني للمنازعة الانتخابية، يرتبط أساساً بحماية نظامية ونزاهة الاقتراع. ويتعالى هذا البعد على البعد الشخصي المحايد لهذا النمط من المنازعة.

وفي هذا الصدد، تجدر الإشارة إلى أن التقنيات المستعملة من قبل القاضي الدستوري، بصفته قاضياً انتخابياً، تتوخى تحقيق أهداف مشتركة: من جهة أولى، ضمان الحق في محاكمة عادلة، ومن جهة ثانية، ضمان مجموعة من الحريات والحقوق والمبادئ الأساسية خاصة حقوق الناخبين وشروط القابلية للانتخاب، وحرية التعبير، وتكافؤ الفرص وحق الناخب في الولوج إلى المعلومات في السياق الانتخابي، لا سيما على ضوء الاستعمال المتزايد لوسائل التواصل الاجتماعي.

ولوحظ، في الأخير، أن بعض جوانب السياسة الاجتهادية للمحاكم الدستورية، خاصة المتعلقة منها بتدبير وسائل الإثبات، ومقبولية تنازل الأطراف، ونطاق الجزاء الانتخابي، أو اعتماد مبدأ الأثر المحدد على النتيجة، تبقى خاضعة لشرط خصوصيات الأطر القانونية المنظمة للعمليات الانتخابية على مستوى كل تجربة وطنية.

تلك كانت، السيد الرئيس، السيدات والسادة، العناصر التركيبية الأولية التي أردت تقاسمها معكم، شكراً على انتباهكم.



## كلمة ختامية

السيد اسعيد إهراي  
رئيس المحكمة الدستورية  
(المملكة المغربية)

أيها السيدات والسادة،

يسعدني، ونحن على مشارف اختتام أشغال هذه الندوة الدولية، التي تميزت بغنى المداخلات وعمق النقاشات وتنوع التجارب الوطنية وتعدد زوايا المقارنة وتكامل رؤى العمل القضائي والفقهاء الدستوري، أن أقاسم معكم بعض الملاحظات الختامية، المستخلصة من تتبعي لأشغال الندوة، وهي ملاحظات تتضمن مجموعة من القضايا التي يتعين تعميق النظر فيها، وكذا عناصر توصيات عملية يمكن لجميع المحاكم الدستورية، على اختلاف نماذجها في مجال الرقابة اللاحقة، التفكير في سبل إعمالها.

1. يتضح، أنه بغض النظر عن تنوع كتلة الحقوق والحريات التي تضمنها دساتير الدول، ودرجات ممارستها الاتفاقية، وكذا تعدد نماذج علاقاتها بالآليات الإقليمية لحماية حقوق الإنسان، فإن المحاكم الدستورية توجد أمام تحدٍ منهجي يومي ودائم، يتمثل في كيفية إعمال تقنيات الاستدلال والتأويل المتجددة التي تمكن من ربط منسجم ومتكامل للقاعدة المرجعية لعمل المحاكم الدستورية، وهي الدستور، بالالتزامات الدولية والإقليمية.

2. يترتب عن هذا التحدي المنهجي، تحدٍ آخر مرتبط به، والمتمثل في كيفية إرساء آليات حوار مستدام وعميق، وعلى أعلى المستويات،

بين القاضي الطبيعي، حاميا لحقوق والحريات والقاضي الدستوري المتخصص. إن إحدى مداخل رفع هذا التحدي، الذي يطرح بشكل خاص في الدول التي اعتمدت قضاء دستوريا متخصصا، يتمثل في الانتقال من منظور صراع الاختصاصات إلى منظور تكامل المنظومة القضائية الوطنية لحماية الحقوق والحريات.

3. يبدو من تتبعي لأشغال الندوة، أن هناك توجهها متزايدا نحو توسيع مفهوم الأطراف في المنازعة الدستورية المتعلقة بآليات الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين. ويرمي هذا التوجه الإيجابي إلى توسيع نطاق الحماية الدستورية للحقوق والحريات، لذا فهو يستحق منا كل الانتباه والتتبع وتبادل أحدث الاجتهادات القضائية والتوجهات التشريعية بشأنه.

4. أبرزت التجارب الوطنية المعروضة، وبأشكال مختلفة، الأثر الإيجابي لرقمنة المساطر وكذا الدور الذي يلعبه مهنيو العدالة، خاصة المحامون، في تسهيل سبل الولوج إلى آليات الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين. غير أنه يتعين تعميق التفكير، في هذا الصدد، في ثلاث تحديات عملية: الحد من أي تأثير سلبي محتمل لرقمنة المساطر على الضمانات الأساسية لحقوق الدفاع، ضمان ألا تتحول الرقمنة إلى عائق مادي جديد أمام المتقاضين الذين قد يجدون صعوبة في التعامل معها (ظاهرة الأمية الرقمية). أما التحدي العملي الثالث، فهو كيفية إرساء حوار مثمر مع هيئة الدفاع من أجل تملك مشترك للطابع الموضوعي للمنازعة الدستورية، مما يمكن هذه الهيئة من إنتاج وسائل تسهل للمحاكم الدستورية التقدم في مسار الاجتهاد القضائي.

5. يتضح من تتبع التجارب الوطنية، وجود توجه متزايد نحو تسهيل وتبسيط المسارات المسطرية المتعلقة بآليات الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين، واعتماد استراتيجيات تنظيمية متعددة

لضمان الفعالية ولتدبير تدفقات الدعاوى المقدمة في إطار هذه الآليات، بما في ذلك الحلول المختلفة التي تم تقديمها لتدبير مقبولة هذه الدعاوى. لذا فإن إحدى التحديات العملية التي تستحق تبادل الاجتهادات القضائية بشأنها، تتمثل في كيفية ضبط الطابع التقديري للمقبولية، وهو الطابع الذي يتخذ تسمية الجدية، وأي طرق للاستدلال يمكن أن يعتمدها الاجتهاد القضائي لضمان أن يتم تقدير أهمية/جدية الدعوى من زاوية تمكين المحاكم الدستورية من تفسير أحكام الدستور الضامنة للحقوق والحريات.

6. لقد مكنت أشغال هذه الندوة، من تبادل التجارب المتعلقة بالاستراتيجيات المختلفة التي تعتمدها المحاكم الدستورية، لتنوع آثار قراراتها في النطاق وفي الزمن في علاقة بمسألة الأمن القانوني، ولذا فإن التجارب الوطنية المقبلة على اعتماد آليات جديدة للرقابة اللاحقة على دستورية القوانين ستكون معنية، أكثر من غيرها بإعداد دراسات مقارنة قبلية تتيح إمكانية وضع إطار نموذجي وتوقعي لمختلف الحالات العملية المتعلقة بتنوع آثار القرارات، تيسيراً لعمَل الاجتهاد القضائي الدستوري.

7. لقد مكنت أشغال الندوة أيضاً من الوقوف على توجه متزايد لدى مختلف التجارب الوطنية إلى توسيع إطار ممارسة الحقوق السياسية، خاصة الانتخابية منها، عبر مراجعة متدرجة لأنظمة أهلية الناخبين وشروط القابلية للانتخاب، وهي مراجعة تعود إلى عوامل متعددة منها توسع كتلة الحقوق المضمونة دستورياً، والأثر الإيجابي لتوسع الممارسات الاتفاقية للدول، وكذا دور المشرعين على المستوى الوطني. ويبقى للاجتهاد القضائي الدستوري، مساهمة مقدره، يمكن أن تتطور في المستقبل في حالة ما إذا توسع اعتماد المحاكم الدستورية على موجبات تأويلية تستحضر مبدأ الطابع غير المؤبد لعقوبات الحرمان من ممارسة الحقوق السياسية، وكذا الغايات الإدماجية والإصلاحية لهذه العقوبات.

تلکم، أيتها السيدات والسادة، بعض الملاحظات الختامية والتوصيات العملية، التي أردت أن أتقاسمها معكم من وحي هذه التجربة الرائعة التي عشناها لمدة يومين من الحوار وتبادل وجهات النظر حول توسيع سبل الولوج إلى العدالة الدستورية، وأعدكم بأن المحكمة الدستورية المغربية، ستستمر بمعية نظيراتها الحاضرة في هذا المجمع، وكذا بمعية الاتحادات القارية المختلفة، في التفكير المشترك في هذه القضايا، وتنظيم مواعيد علمية مستقبلية بهذا الخصوص.

شكرا على انتباهكم، وإلى الملتقى.



## رسالة شكر وامتنان مرفوعة إلى جلالة الملك محمد السادس نصره الله

برقية مرفوعة

إلى حضرة صاحب الجلالة، الملك محمد السادس نصره الله  
وأعز أمره،

بسم الله الرحمن الرحيم،

نعم سيدي أعزك الله،

السلام على مقامكم العالي بالله ورحمته تعالى وبركاته،

بمناسبة انتهاء الندوة العلمية الدولية حول موضوع « الولوج إلى العدالة الدستورية : الرهانات الجديدة للرقابة البعدية على دستورية القوانين» التي عقدتها المحكمة الدستورية يومي السابع والعشرين والثامن والعشرين من سبتمبر ألمان وثمانية عشر بمدينة مراكش، يتشرف امعيد إهراي، رئيس المحكمة الدستورية، أن يرفع، أصالة عن نفسه ونيابة عن رؤساء وأعضاء المحاكم والمجالس الدستورية المشاركين في هذه الندوة، من دول عربية وإفريقية وأوربية وأمريكية وآسيوية، إلى سدتكم العالية بالله، خالص الامتنان وصادق وجزيل العرفان على تشريف الندوة برعايتكم السامية، وكريم عنايتكم التي كان لها بالغ الأثر لدى المشاركين، مما أدى إلى جودة البحوث، واستحضار التجارب وتبادلها، في سبيل توسيع وتيسير سبل الولوج إلى العدالة الدستورية.

وأشاد المشاركون، يا مولاي، بالإصلاحات الكبرى العميقة، التي توصلونها بنجاح في جميع الميادين، بناء لدولة الحق والقانون، وما أسديتموه في مجال تدعيم استقلال القضاء وتصور منصومة العدالة، حماية للحقوق والحريات التي يترسخ بها دستور المملكة المغربية.

نتضرع إلى العلي القدير أن يبقى هديكم متوجها بأمن وتقدم البلاد، ويخلد في هلالكم المغرب متدى لحوار الثقافات والحضارات وتلاقح المعارف والخبرات، ويحفصكم بما حفظه به الذكر الحكيم، ويصون ولي عهدكم، صاحب السمو الملكي الأمير الجليل مولاي الحسن، ويشد عضدكم بشقيقكم صاحب السمو الملكي الأمير الجليل مولاي رشيد وكافة أفراد الأسرة الملكية الشريفة، إنه سميع مجيب، والسلام على حضرة صاحب الجلالة، ورحمة الله تبارك وتعالى وبركاته،

اسعيد إهراي

رئيس المحكمة الدستورية

وحرر بمراكش، يومه الثامن والعشرين

من شهر سبتمبر أظان وثمانية وعشر،

## تذييل

السيد عبد الجليل الحجمري  
أمين السر الدائم لأكاديمية  
(المملكة المغربية)

تغمرنني سعادة معرفية بالغة، وأنا أشرف بكتابة تذييل هذا المؤلف الجامع لأعمال الندوة الدولية حول الولوج إلى العدالة الدستورية والرهانات الجديدة للرقابة البعدية على دستورية القوانين، والتي حظيت بالرعاية السامية لصاحب الجلالة الملك محمد السادس نصره الله، ونظمتها المحكمة الدستورية بشراكة مع أكاديمية المملكة المغربية.

ومبعث سعادتي أن هذه الندوة، بتنوع التجارب الوطنية، وزوايا الرؤية التي قدمت فيها، وعمق الموضوعات التي تناولتها، تعد مثالا ملموسا، يبرز الأهمية الفائقة للمسعى القائم على التعاون بين الأكاديمية وكافة المؤسسات الدستورية الهادفة لإثراء الفكر والحوار وتعميق النظر والبحث في إحدى القضايا العملية المتعلقة بتطور المنظومة الوطنية لحماية حقوق الإنسان، ألا وهي مسألة الولوج إلى العدالة الدستورية، بوصفها مسألة موضوع تفكير وتجريب وتطوير وابتكار في أغلب دول العالم.

ومن البديهي، أن معالجة موضوع بهذا التعقيد، لا يمكن أن تتم من الناحية المعرفية دون استحضار متطلبات تعدد التخصصات، ذلك أن الولوج إلى العدالة الدستورية ليس فقط مسألة قانونية، وإنما للموضوع أبعاد

اقتصادية واجتماعية وثقافية وتقنية لا تقل، من حيث تأثيرها، أهمية عن الأبعاد المعيارية.

إن هذا التحدي المعرفي هو الذي حدا بأكاديمية المملكة إلى أن تضم جهودها إلى جهود المحكمة الدستورية، من أجل خوض هذه المغامرة العلمية ذات الطابع النظري والعملي في آن واحد.

ويبدو، وبكل الحذر العلمي المطلوب، وبالنظر لتنوع وجودة الأعمال المقدمة في هذا المؤلف. أن رهاننا المشترك، أكاديمية ومحكمة دستورية، قد كلل بالنجاح.

ومن الواضح أن إنتاج وتداول المعرفة، بخصوص مسألة الولوج إلى العدالة الدستورية، هو مسار لن يتوقف على الصعيدين الوطني والدولي، إذ لا حد للكمال ولا نهاية لفضائل توسيع وتبسيط سبل الانتصاف القضائي، بما فيها الدستورية منها، من أجل حماية الحريات والحقوق الأساسية، وفقاً للنهج الذي ارتضته بلادنا، بقيادة صاحب الجلالة الملك محمد السادس نصره الله، الساهر على صيانة حقوق وحريات المواطنين والمواطنات والجماعات.

لكل هذه الأسباب، أعد بأن تستمر أكاديمية المملكة، بمعية شريكها المحكمة الدستورية، في تحفيز مسارات التأمل والتفكير والنقاش العلمي، بشأن مختلف قضايا الدستورية الحديثة، بوصفها جزءاً لا يتجزأ من حياتنا الوطنية، ومن المعيش الدولي المشترك في الوقت الراهن.





SOUS LE HAUT PATRONAGE DE SA MAJESTÉ LE ROI MOHAMMED VI



Actes du colloque international organisé par la Cour  
constitutionnelle du Royaume du Maroc en partenariat  
avec l'Académie du Royaume du Maroc

# L'ACCÈS À LA JUSTICE CONSTITUTIONNELLE

« Les nouveaux enjeux du contrôle  
de constitutionnalité *a posteriori* »

Marrakech 27-28 Septembre 2018



- **Dépôt légal** : 2021MO0577
- **ISBN** : 978-9920-553-07-0
- impression : imprimerie El Maârif Al Jadida-Rabat / 2021

Les opinions exprimées dans les contributions réunies dans cet ouvrage n'engagent que leurs auteurs et ne reflètent pas nécessairement les positions de la Cour constitutionnelle du Royaume du Maroc.

The views and opinions expressed in the contributions collected in this book are those of the authors and may not necessarily reflect the position of the Constitutional court of the Kingdom of Morocco.

Las opiniones expresadas en las contribuciones recogidas en este libro son las de los autores y no reflejan necesariamente las posiciones del Tribunal Constitucional del Reino de Marruecos.



**SA MAJESTE LE ROI MOHAMMED VI QUE DIEU LE GLORIFIE**



# Sommaire

❑ Préface .....	11
❑ Preface .....	13
❑ Argumentaire.....	17
❑ Concept note .....	23
❑ Séance d'ouverture :	
❑ Allocutions d'ouverture :	
♦ M. Said IHRAI, Président de la Cour constitutionnelle, (Royaume du Maroc).....	29
♦ Mr. Said IHRAI, President of the Constitutional court, (Kingdom of Morocco).....	31
♦ Se. Said IHRAI, Presidente de la Corte constitucional, (Reino de Marruecos), leer por José Maria Fernandez VILLABOLOS, Consejero de cooperacion juridica - Magistrado en enlace Embajada de Espana en Rabat .....	33
♦ M. Pavel RYCHETSKY, Président de la Cour constitutionnelle, (République Tchèque), Président de la Conférence des Cours constitutionnelles européennes .....	35
♦ Mr. Mogoeng MOGOENG, Chief justice of the Constitutional court, (South Africa), President of the Conference of constitutional jurisdictions of Africa .....	37
♦ M. Yves DONZALLAZ, Juge au Tribunal fédéral, (Suisse), Représentant de l'Association des Cours constitutionnelles francophones.....	41
♦ M. Gianni BUQUICCHIO, Président de la Commission européenne de la démocratie par le droit, (Commission de Venise) .....	43
♦ M. Abdelaziz LAMGHARI, Président de l'Association marocaine de droit constitutionnel, (Royaume du Maroc), membre du Comité exécutif de l'Association internationale de droit constitutionnel .....	47

❑ **Première séance : La saisine et les normes de référence**

- ◆ Résumé de l'intervention de M. Mohammed ACHERGUI, ancien Président du Conseil constitutionnel, (Royaume du Maroc) ..... 57
- ◆ Intervention de Mr. Zuhtu ARSALANE, President of the Constitutional Court, (Turkey) ..... 58
- ◆ Intervention de Mr. Stanislav SCHEVCHUK, President of the Constitutional Court, (Ukraine) ..... 63
- ◆ Résumé de l'intervention de M. Haj KACEM, Président de la Cour constitutionnelle, (Palestine) ..... 66
- ◆ Intervention de M. Michel ROUSSET, Professeur, Faculté de droit de Grenoble, (France) ..... 67
- ◆ Intervention de M. Jean Pierre WABOE, Vice-Président de la Cour constitutionnelle, (République Centrafricaine) ..... 74
- ◆ Intervention de Mr. Sergey KAZANTSEF, Member of the Constitutional court, (Russian Federation) ..... 77
- ◆ Intervention de M. Koffi TAGBE, Membre de la Cour constitutionnelle, (Togo) ..... 80
- ◆ Résumé de l'intervention de M. Abdelilah FOUNTIR, Directeur général de la législation, Secrétariat général du gouvernement, (Royaume du Maroc) ..... 83

❑ **Deuxième Séance : Mécanismes d'appui et dématérialisation des procédures : leviers d'accès à la justice constitutionnelle**

- ◆ Intervention de M. Mourad MEDELICI, Président du Conseil constitutionnel (Algérie) ..... 87
- ◆ Intervention de Mr. Adel Omar SCHERIF, Vice-President of the Supreme Constitutional Court, (Egypt) ..... 91
- ◆ Intervention de Mr. Ilkka KANTOLA, Member of the Constitutional commission, (Finland) ..... 95
- ◆ Résumé de l'intervention de M. Abdelkebir TABIH, Avocat, Membre du barreau de Casablanca, (Royaume du Maroc) ..... 99

□ **Troisième Séance : Les cheminements procéduraux : pour un meilleur accès à la justice constitutionnelle**

- ◆ Intervention de Sr. Candido CONDE PUMPIDO, Membro del Tribunal constitucional, (España) ..... 103
- ◆ Intervention de Sr. Milton REY GUEVARA, Magistrado Presidente del Tribunal constitucional, (Republica Dominicana) ..... 107
- ◆ Intervention de Sig. Giulio PROSPERETTI, Juge à la Cour constitutionnelle, (Italie) ..... 121
- ◆ Intervention de Mme. Hanna SUCHOCKA, honorary President of Venice Commission, former Minister of justice, (Poland) ..... 125
- ◆ Intervention de Mr. Dieter GRIMM, former Justice of the Federal Constitutional Court, Professor of Public law, Humboldt University Berlin, (GERMANY)..... 135
- ◆ Intervention de Mr. James Edward PFANDER, Consultant to the Federal Judicial Committee, Judicial Conference of the United States, Professor of law, Northwestern University Pritzker School of Law (Chicago), (United States of America)..... 139
- ◆ Résumé de l'intervention de Mr. Mo JIHONG, Professor, Law Institute, Chinese Academy of Social Sciences, vice-président de l'Association internationale de droit constitutionnel, (République populaire de Chine) ..... 146
- ◆ Abstract : Mo JIHONG, Professor, Law Institute, Chinese Academy of Social Sciences, Vice-President of the International Association of Constitutional law, (People's Republic of China) ..... 165
- ◆ Résumé de l'intervention de M. Omar OUDRA, Président de l'Association des barreaux du Maroc, (Royaume du Maroc) ..... 183
- ◆ Intervention de Mme. Nadia BERNOUSSI, Professeure à l'Ecole nationale supérieure de l'Administration, ancien membre de la Commission consultative de révision de la Constitution, (Maroc)..... 184



## ❑ **Quatrième séance : Les exigences nationales et internationales en matière d'efficacité de la justice**

- ◆ Intervention de M. Edouardo JOSE, Président de la Cour Suprême (Panama) ..... 193
- ◆ Intervention de M. Joao Pedro Barrosa CAUPERS, Vice-President of the Constitutional Court, (Portugal) ..... 197
- ◆ Intervention de M. Mathieu DISANT, Agrégé des Facultés de droit, professeur à l'Université Lyon Saint-Etienne (France), expert auprès de l'Association des Cours Constitutionnelles ayant en partage l'usage du Français..... 202
- ◆ Intervention de M. Mohammed Amine BENABDELLAH, Professeur à la faculté des sciences juridiques, économiques et sociales-Agdal, Université Mohammed V Rabat, (Royaume du Maroc) ..... 210

## ❑ **Cinquième séance : Effets des décisions rendues et sécurité juridique**

- ◆ Intervention de M. Mamadou KONE, Président du Conseil constitutionnel, (Côte d'Ivoire)..... 223
- ◆ Résumé de l'intervention de M. Mohammed EL HAFI, Président de la Cour suprême, (Lybie) ..... 225
- ◆ Intervention de M. Joao Pinto SEMEDO, Président de la Cour constitutionnelle, (République de Cabo Verde) ..... 226
- ◆ Intervention de Mr. Aimé MUYOBOKE KARIMUNDA, President of the Court of Appeal, (Rwanda) ..... 231
- ◆ Résumé de l'intervention de M. Mohammed KHAIRI TAHA, Vice-Président de la Cour constitutionnelle suprême, (Égypte) ..... 235
- ◆ Intervention de M. Najib BA MOHAMMED, Professeur à l'Université Sidi Mohammed Ben Abdellah (Fès), Vice-Président de l'Association Marocaine de Droit Constitutionnel, ancien membre de la Commission consultative de révision de la Constitution, (Royaume du Maroc) ..... 236



<b>❑ Sixième séance : La contribution du contentieux électoral à la protection des droits politiques</b>	
◆ Résumé de l'intervention de M. El Hassane BOUQUENTAR, Membre de la Cour constitutionnelle, (Royaume du Maroc) .....	253
◆ Intervention de Mr. Walter Samuel NKANU ONNOSGHEN, Chief justice of the Supreme Court, (Nigeria) .....	254
◆ Résumé de l'intervention de M. Issam SOULAIMANE, Président du Conseil constitutionnel, (Liban) .....	266
◆ Intervention de Mr. Nicolaus BACHLER, Member of the Constitutional Court, (Austria) .....	267
◆ Intervention de Sig. Giancarlo CORAGGIO, Membre de la Cour constitutionnelle, (Italie) .....	272
◆ Intervention de M. Omarou NAREY, Vice-Président de la Cour Constitutionnelle, (Niger) .....	277
<b>❑ Contributions additionnelles</b>	
◆ Résumé de la contribution de M. Khalid SALIM, Vice-Président de la Cour constitutionnelle, (Koweït) .....	283
◆ Contribution de la Cour constitutionnelle, (Bénin) .....	284
◆ Résumé de la contribution de M. Omar ABDELKHALEK MOHAMMED, Conseiller, Cour suprême, (Lybie) .....	311
◆ Résumé de la contribution de M. Mohammed MILAD DOUISSE, Conseiller, Cour suprême, (Lybie) .....	312
<b>❑ Séance de clôture</b>	
◆ Rapport de synthèse : M. Nadir ELMOUMNI, Membre de la Cour constitutionnelle, (Royaume du Maroc) .....	315





## Préface

C'est avec joie que je mets à la disposition des lecteurs le recueil des actes du colloque international sur l'accès à la justice constitutionnelle et les nouveaux enjeux du contrôle de constitutionnalité *a posteriori*, tenu à Marrakech, le 27 et le 28 septembre 2018.

Organisé sous le Haut Patronage de SA MAJESTE LE ROI MOHAMMED VI, par la Cour constitutionnelle du Royaume du Maroc, en partenariat avec l'Académie du Royaume, cet évènement scientifique d'envergure a constitué un moment unique, où se sont rencontrées des juridictions constitutionnelles appartenant à des cultures juridiques diverses, pour débattre, avec toute la rigueur qu'exige cet exercice d'échange, des nouveaux défis liés à la mise en œuvre des mécanismes du contrôle de constitutionnalité *a posteriori*, en tant que procédure de protection des libertés et droits fondamentaux.

Car au-delà de la diversité des expériences et de l'ingéniosité des approches, les juridictions constitutionnelles sont confrontées à une série de défis communs concernant, en particulier, les modalités de saisine, la gestion des normes de référence, les mécanismes d'appui, les enjeux de la dématérialisation, la conception des procédures, la gestion des effets des décisions rendues et la garantie de la sécurité juridique.

Les réponses à ces défis, détermineront, sans doute, la place qu'occuperont les mécanismes du contrôle de constitutionnalité *a posteriori*, dans les systèmes nationaux de protection des droits de l'Homme.

Telle était l'hypothèse conçue au départ et largement confirmée par les travaux de ce colloque, les lecteurs du présent ouvrage ne manqueront pas de le constater.

En réunissant, autour de problématiques communes, juges constitutionnels, professionnels de la justice, professeurs universitaires et doctorants, sous une double perspective jurisprudentielle et doctrinale, la Cour constitutionnelle compte apporter sa contribution à la réflexion scientifique sur les enjeux théoriques et pratiques de la justice constitutionnelle.

Bonne lecture.

**Pr. Said IHRAI**  
**Président de la Cour constitutionnelle**



## Preface

It is with pleasure that I make available to readers the collection of proceedings of the international symposium on access to constitutional justice and the new challenges to the *a posteriori* constitutional review, held in Marrakech on 27 and 28 September 2018.

Organized under the High Patronage of HIS MAJESTY THE KING MOHAMMED VI, by the Constitutional Court of the Kingdom of Morocco, in partnership with the Academy of the Kingdom, this major scientific event represented a unique moment, where constitutional jurisdictions belonging to diverse legal cultures met to discuss, with all the rigour required by this exercise of exchange, the new challenges related to the implementation of *a posteriori* constitutional review mechanisms, as procedure for the protection of fundamental rights and freedoms.

Beyond the diversity of experiences and the ingenuity of approaches, constitutional courts face with a series of common challenges concerning, in particular, the modalities of referral, the management of reference standards, support mechanisms, the stakes of digitalization, the design of procedures, the management of the effects of decisions rendered and the guarantee of legal certainty.

The responses to these challenges will no doubt determine the place that mechanisms of *a posteriori* constitutional review will take within national systems of human rights protection.

This was the hypothesis conceived at the outset and largely confirmed by the proceedings of this symposium, and readers will not fail to perceive it.

By bringing together constitutional judges, legal professionals, university professors and PhD students around common issues, under a double perspective, jurisprudential and doctrinal, the Constitutional Court intends to make its contribution to scientific reflection on the theoretical and practical issues of constitutional justice.

Enjoy reading.

**Pr. Said IHRAI**  
**President of the Constitutional Court**



# **Argumentaire**





## Argumentaire

Le contrôle de constitutionnalité des lois *a posteriori* connaît un développement phénoménal. L'analyse des textes constitutionnels permet de constater que 58 pays ont prévu un système de question préjudicielle de constitutionnalité sous différentes formes. Le mécanisme d'exception d'inconstitutionnalité est institué dans 42 pays. D'autres expériences ont opté pour des formes ouvertes de contrôle direct et abstrait de la constitutionnalité des lois comme *l'actio popularis* dans 22 pays et le *quasi actio popularis* adopté dans 15 pays. Dix pays ont institué des mécanismes de recours concrets contre des actes normatifs. Des expériences nationales ont mis en place des mécanismes de recours contre des actes individuels potentiellement inconstitutionnels. S'inscrivent dans cette option, les procédures *d'amparo*, de révision, et de recours constitutionnel intégral, en vigueur respectivement dans 17, 22 et 13 pays. A ce recensement basé sur l'analyse des constitutions écrites, s'ajoutent les expériences, qui ont institué des systèmes de contrôle de constitutionnalité à travers la pratique jurisprudentielle, comme celle des Etats-Unis.

Concentrée ou diffuse, directe ou indirecte, abstraite ou concrète, voie d'action ou d'exception, l'ingénierie des voies de recours constitutionnel s'enrichit constamment d'emprunt, d'échange, d'adaptation et d'acculturation constitutionnelle tout en demeurant tributaire des particularités nationales.

Au-delà de la diversité des modèles nationaux, l'institution des mécanismes du contrôle de constitutionnalité *a posteriori* témoigne d'un engagement ferme en faveur de la consolidation de l'Etat de droit.

C'est dans ce cadre que s'inscrivent ces mécanismes conçus pour permettre aux justiciables de contribuer à la production de la «normativité constitutionnelle». A ce titre, plusieurs *defis* communs peuvent être identifiés :

### 1. La saisine et les normes de référence

Les mécanismes du contrôle de constitutionnalité *a posteriori* soulèvent des questions d'articulation à plusieurs niveaux : normes de

référence applicables (constitution, conventions internationales), articulation de la compétence des cours constitutionnelles avec celle des juridictions ordinaires et des mécanismes régionaux de protection des droits de l'Homme. Ces questions pratiques concernent tous les systèmes qu'ils soient monistes ou dualistes. Elles préoccupent toutes les juridictions quelles que soient les postures qu'elles adoptent, auto-limitation (self-restraint) ou activisme judiciaire (judicial activism).

## **2. Les mécanismes d'appui et la dématérialisation des procédures : leviers d'accès à la justice constitutionnelle**

Plusieurs expériences nationales ont opté pour un système d'aide juridique qui dépasse la logique d'« aide juridictionnelle ». Ce « changement de paradigme » a été facilité grâce à la consécration des droits substantiels des justiciables dans les constitutions nationales et au développement d'un référentiel international relatif à l'accès à la justice.

Les systèmes nationaux d'aide juridique doivent répondre à un enjeu fondamental, celui de faciliter l'accès à la justice constitutionnelle aux groupes les plus vulnérables. Le rôle des professionnels de la justice demeure fondamental en la matière<sup>1</sup>.

La dématérialisation est devenue une solution adoptée de plus en plus largement par des juridictions constitutionnelles. Un des défis communs affrontés par ces juridictions est celui de la gestion de la transition du physique au numérique, en rapport notamment avec la validité des actes de procédure, l'application des principes du procès équitable et la fracture numérique.

## **3. Les procédures : quelle(s) conception(s) pour un meilleur accès à la justice constitutionnelle ?**

Au-delà de leur diversité, toutes les expériences nationales affrontent des défis communs : comment concevoir des procédures facilement accessibles aux justiciables, garants d'une articulation efficace entre les juridictions constitutionnelles et ordinaires ? Comment assurer la conformité de ces cheminements avec les exigences, nationalement et universellement reconnues en matière d'efficacité de la justice ? Quels enseignements peuvent être tirés des différentes solutions adoptées par les expériences nationales ?

---

1. European Commission for Democracy through Law (Venice Commission): Compilation of Venice Commission opinions, reports and studies on constitutional justice (updated), CDL - PI (2017) 008, Strasbourg, 18 December 2017.

#### 4. Effets des décisions rendues et sécurité juridique.

Le contrôle de constitutionnalité *a posteriori* implique, de par sa nature, une série de paramètres à prendre en considération. La portée des effets des décisions rendues et la modulation de ces effets dans le temps s'inscrivent dans ce cadre. Les réponses apportées à ces questions par les différentes expériences nationales ont un impact décisif sur la sécurité juridique.

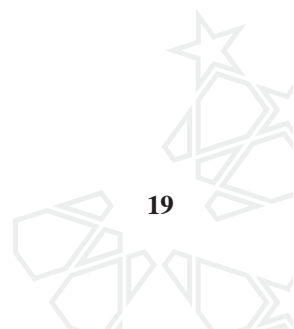
#### 5. La contribution du contentieux électoral à la protection des droits politiques

Exercé par plusieurs juridictions constitutionnelles, le contentieux électoral contribue à la protection des droits politiques, notamment à l'occasion de l'interprétation des dispositions constitutionnelles relatives aux élections. Cette fonction, plus large que celle de l'application de la loi électorale, contribue à la consolidation des garanties de régularité et de sincérité du scrutin.

Tels sont les défis et les questions pratiques, que la Cour Constitutionnelle Marocaine et l'Académie du Royaume du Maroc proposent de débattre avec les juridictions constitutionnelles invitées en organisant, sous le **Haut Patronage de Sa Majesté le Roi Mohammed VI**, un colloque international sous le thème «L'accès à la justice constitutionnelle : les nouveaux enjeux du contrôle de constitutionnalité *a posteriori*».

A vocation internationale, le colloque, auquel participeront des juges constitutionnels, des professionnels de la justice, des professeurs universitaires, et des doctorants, se présente comme un moment de réflexion sur les enjeux pratiques liés au contrôle de constitutionnalité *a posteriori* en tant que mécanisme de protection des droits fondamentaux.

En organisant un tel événement à l'occasion de son installation, la Cour compte instaurer une tradition durable et un rendez vous de réflexion et d'échanges sur les enjeux de la justice constitutionnelle.





# **Concept Note**



## Concept Note

The a *posteriori* constitutional review is witnessing a remarkable progress as the analysis of constitutional texts at an international level shows that 58 countries have provided for a system of preliminary question of constitutionality in different forms, while the mechanism for the exception of unconstitutionality has been adopted in 42 countries. Other national experiences have opted for open forms of direct and abstract constitutional review of laws such as *actio popularis* and *quasi actio popularis* adopted respectively in 22 and 15 countries. In the same regard, 10 countries have established concrete review mechanisms (through original proceedings) against normative acts, and some national experiences have also put in place challenging mechanisms against potentially unconstitutional individual acts. Among these options there are *amparo*, review, and full constitutional complaint procedures which are respectively in force in 17, 22, and 13 countries. In addition to this census, based on the analysis of written constitutions, there are the experiences which have instituted constitutional review systems through jurisprudential practice, like that of the United States of America.

Concentrated or diffuse, direct or indirect, abstract or concrete, by way of action or exception, the architecture of constitutional challenge methods is constantly enriched by exchange, adaptation and constitutional acculturation while being always governed by national specificities.

Beyond the diversity of national models, the establishment of a *posteriori* constitutional review mechanisms demonstrates a firm commitment in favour of the consolidation of the rule of law.

The different aforementioned mechanisms, that have been designed to allow litigants to contribute to the production of «constitutional normativity», fall within this context. And here we can identify several challenges:

## **1. Referral and reference standards**

The *a posteriori* constitutional review mechanisms raise questions of articulation at several levels: The applicable reference standards (constitution, international treaties), the competence of constitutional courts in their relationship with ordinary courts, and regional mechanisms for the protection of human rights. These practical questions concern all systems, both monistic and dualistic, and are also of interest to all constitutional courts, whatever the practices they adopt: self-restraint or judicial activism.

## **2. Support mechanisms and procedure digitization : Levers of access to constitutional justice**

Several national experiences have opted for an integrated legal assistance system which goes beyond the logic of «legal aid». This «paradigm shift» has been partly facilitated by the increasing enshrinement of litigants' substantial rights in national constitutions and also by the development of international standards (normative and declarative) regarding access to justice.

The new national legal aid systems must respond to a fundamental challenge, which is to facilitate the access to constitutional justice for the most vulnerable groups. The role of justice professionals remains crucial in this area.

Procedure digitization has become a solution increasingly adopted by constitutional courts in their national practices. One of the common challenges facing these courts is the management of the transition from the physical to the digital, particularly in relation to the validity of procedural acts and the application of fair trial principles in addition to the digital divide.

## **3. The procedures: Which ways to adopt for better access to constitutional justice?**

Beyond their diversity, all national experiences face common challenges: How to design procedures which can be easily accessible to litigants, and can guarantee an effective articulation between constitutional and ordinary courts? How to ensure that these procedures are in conformity with the nationally and universally recognized requirements regarding the efficiency of justice? And what lessons can be drawn from the different procedural solutions adopted by each national experience?

## **4. Effects of rendered decisions and legal certainty**

The *a posteriori* constitutional review implies, by its nature, a series of parameters to be taken into account. For example, the scope of the effects



of the rendered decisions and the modulation of these effects over time are ones of those parameters. The answers given to these questions by different national experiences have a decisive impact on legal certainty.

## **5. The contribution of electoral disputes to the protection of political rights**

Electoral disputes that fall within the scope of many constitutional courts contribute to the protection of political rights, especially in the interpretation of the constitutional provisions related to elections. This function, which goes beyond the mere application of the electoral law, contributes to the consolidation of regulatory guarantees and election impartiality.

These are the challenges and practical issues which the Constitutional Court and the Academy of the Kingdom of Morocco, propose to discuss with invited constitutional courts, by organizing, under the **High Patronage of His Majesty King Mohammed VI**, an international symposium under the theme of: “Access to Constitutional Justice : New Challenges to the *a posteriori* Constitutional Review”.

The international symposium, in which will take part constitutional judges, legal professionals, professors and scholars, will be a moment of reflection on the practical challenges related to the *a posteriori* constitutional review as a means of protecting fundamental rights.

By organizing this event on the occasion of its first anniversary, the Constitutional Court aims to establish a lasting tradition that consists of turning this event into a regular meeting for reflection and exchange of views on the major challenges facing constitutional justice.



# **Séance d'ouverture**



**Allocution d'ouverture**  
**Said IHRAI**  
*Président de la Cour constitutionnelle*  
*(Royaume du Maroc)*

**Mesdames et Messieurs,**

Je voudrais ajouter ici quelques mots en français à l'intention de nos éminents partenaires francophones.

Permettez-moi tout d'abord de vous remercier d'avoir bien voulu répondre à notre invitation et de vous associer à ces journées de réflexion consacrées à « L'accès à la justice constitutionnelle : les nouveaux enjeux du contrôle de constitutionnalité *a posteriori* ».

Vous êtes les bienvenus et j'espère que votre séjour parmi nous vous sera profitable et agréable.

Je tiens aussi ici à remercier mon ami, le Secrétaire perpétuel de l'Académie du Royaume du Maroc, M. Abdeljalil LAHJOMRI, qui a bien voulu associer l'Académie à l'organisation de cette manifestation et qui nous a apporté son précieux concours, moral et logistique, qui contribuera, j'en suis certain, au succès de cette rencontre.

Mes remerciements vont aussi à nos collègues, juges, professeurs et experts qui ont accepté la lourde tâche de présider aux différentes sessions de ce colloque international.

L'accès des citoyens à la justice constitutionnelle exige tout d'abord que soient définies les normes applicables et que les compétences des cours constitutionnelles et celles des juridictions ordinaires soient réellement établies.

La consécration par les constitutions nationales des droits des citoyens et le développement d'un référentiel international relatif à l'accès à la justice, représentent de grandes avancées en la matière. Par ailleurs, La

dématérialisation des actes de procédure, tout en soulevant le problème de la fracture numérique, représente aussi, incontestablement une amélioration de l'accès à la justice constitutionnelle.

L'exposé des expériences nationales dans ces domaines sera donc d'un très grand intérêt pour tous, et peut être aussi source d'inspiration, d'autant plus que le résultat des décisions prises en la matière a un impact incontestable sur la sécurité juridique.

Ce colloque consacrer sa dernière séance à la gestion du contentieux électoral, qui dépasse et complète le contrôle de l'application de la loi électorale et contribue à la défense des droits politiques des citoyens.

Nous sommes tous ici impatients d'écouter vos interventions et vos débats, débats qui, nous en sommes certains, seront d'un haut niveau et digne d'intérêt. Nous sommes convaincus qu'à l'issue de vos discussions, les concepts d'inconstitutionnalité et d'accès à la justice constitutionnelle, des normes constitutionnelles et de contentieux électoral, etc., nous seront très familiers. Nous aurons ainsi tous ensemble contribué à faire faire un grand pas à la justice constitutionnelle dans nos pays. La cour constitutionnelle se réjouit d'y avoir participé.

## **Opening speech**

**Said IHRAI**

*President of the Constitutional court  
(Morocco)*

### **Ladies and gentlemen,**

I would like to add a few words in English to our eminent Anglophone partners.

First of all, I would like to thank you for having responded to our invitation and for participating in these days of reflection devoted to «Access to constitutional justice: New challenges to the *a posteriori* constitutional review».

You are welcome and I hope that your stay with us will be profitable and enjoyable.

I would also like to thank my friend, the Permanent Secretary of the Academy of the Kingdom of Morocco, Mr. Abdeljalil LAHJOMRI, who kindly associated the Academy with the organization of this event and who brought us his precious intellectual and logistical contribution, which will, I am sure, will ensure the success of this meeting.

My thanks also go to our colleagues, judges, professors and experts who have accepted the difficult task of chairing the various sessions of this international conference.

Citizens' access to constitutional justice requires first of all that the applicable standards would be defined and that the jurisdiction of constitutional courts and ordinary courts would be established.

The consecration by national constitutions of the rights of citizens and the development of an international reference on access to justice, represent major advances in this area. Moreover, the dematerialization of pleadings, though raising the problem of the digital divide, also undeniably represents an improvement in access to constitutional justice.

The presentation of national experiences in these areas will therefore be of great interest to all, and may also be a source of inspiration, especially as the result of decisions taken in this area has an undeniable impact on legal security.

This conference will devote its last session to the management of electoral disputes, which goes beyond and completes the control of the application of the electoral law and contributes to the defense of the political rights of citizens.

We are all here eager to listen to your interventions and debates, which we are sure will be of a high level and worthy of interest. We are convinced that after your discussions, the concepts of unconstitutionality and access to constitutional justice, constitutional norms and electoral disputes, etc., will be very familiar to us. Together, we will have helped to make a big step forward for constitutional justice in our countries.



## **Dirección de apertura**

**Said IHRAI**

*Presidente de la Corte constitucional (Marruecos)*

*Leer por José María Fernández VILLABOLOS*

*Consejero de cooperación jurídica- Magistrado en enlace*

*Embajada de España en Rabat*

**Señoras y Señores,**

Quisiera añadir a estas alturas algunas palabras en español dirigidas a nuestros eminentes socios hispanofonos.

Permítanme ante todo expresarles mi agradecimiento por haber aceptado nuestra invitación y tomado parte en estas jornadas de reflexión dedicadas a «El acceso a la justicia constitucional: los nuevos desafíos de control de la constitucionalidad *a posteriori*».

Ustedes son bienvenidos y espero que su estancia entre nosotros sea provechosa y placentera.

También quisiera dar las gracias a mi amigo, el Secretario Perpetuo de la Academia del Reino de Marruecos, Sr. Abdeljalil Lahjomri que tuvo la amabilidad de asociar la Academia a la organización de esta manifestación y que nos ha brindado su valioso apoyo, moral y logístico lo que contribuirá y estoy seguro de ello, al éxito de este encuentro.

Quisiera también hacer extensivo mi agradecimiento a nuestros colegas, jueces, profesores y expertos que han aceptado la ingente tarea de presidir las diferentes sesiones de este coloquio internacional.

El acceso de los ciudadanos a la justicia constitucional requiere ante todo que se definan las normas aplicables y que se establezca realmente la jurisdicción de los tribunales constitucionales y la de los tribunales ordinarios.

La consagración por las constituciones nacionales de los derechos de los ciudadanos y el desarrollo de un referente internacional relativo al acceso a la justicia, representan grandes avances en la materia. Asimismo, la desmaterialización de los actos procesales, planteando al mismo tiempo el problema que supone la brecha digital, representa indudablemente una mejora del acceso a la justicia constitucional.

La ponencia en torno a las experiencias nacionales en estos dominios será de gran interés para todos y posiblemente constituirá una fuente de inspiración especialmente porque el resultado de las decisiones tomadas en la materia tiene un impacto indiscutible sobre la seguridad jurídica.

Este coloquio dedicará su última sesión a la gestión de los contenciosos electorales que supera y completa el control de la aplicación de la ley electoral y contribuye a la defensa de los derechos políticos de los ciudadanos.

Estamos todos aquí ansiosos por escuchar sus intervenciones y seguir sus debates que, no nos cabe duda, serán de un alto nivel y dignos de interés.

Estamos convencidos de que al final de sus discusiones, estaremos muy familiarizados con los conceptos de inconstitucionalidad y acceso a la justicia constitucional, normas constitucionales y los contenciosos electorales, etc.

Así habremos contribuido todos juntos a que la justicia constitucional franquee un gran paso en nuestros países. La Corte Constitucional se alegra de haber participado en ello.

## **Allocution d'ouverture**

**Pavel RYCHETSKY**

*Président de la Cour constitutionnelle (République Tchèque)  
Président de la Conférence des Cours constitutionnelles européennes*

**Monsieur le Président,**

**Messieurs les représentants des Cours constitutionnelles,**

**Mesdames et Messieurs,**

**Chers collègues.**

C'est un grand honneur pour moi de prendre la parole à ce forum, ô combien prestigieux et de participer au colloque international sous le thème « accès à la justice constitutionnelle : les nouveaux enjeux du contrôle de constitutionnalité *a posteriori* ». Je dois avouer que j'ai accepté avec grand plaisir l'invitation de monsieur le Président de la Cour constitutionnelle du Maroc et ce pour trois raisons :

La première est le fait que nous célébrons cette année 25 ans d'existence de la Cour constitutionnelle Tchèque, par rapport à d'autres Cours c'est un anniversaire modeste, certes, mais dans un quart de siècle notre cour a réussi à statuer sur plus de 70000 recours, un chiffre impressionnant, un chiffre qui témoigne non seulement du travail efficace d'une quinzaine de juges mais surtout de la grande confiance du public que nous apprécions beaucoup, ça c'est le résultat de la longue édification de l'Etat démocratique depuis 1918 date de la dislocation de l'Empire Austro-Hongrois et de la naissance de la Tchécoslovaquie.

J'aimerais surtout mettre en exergue une rare primauté de l'ancienne Tchécoslovaquie. Elle fut le premier pays au monde qui a inscrit dans sa constitution l'existence d'un organe autonome et spécialisé destiné à protéger la constitutionnalité. La première institution intitulée Cour constitutionnelle fut instaurée à Prague en 1920.

Tradition oblige, en cette année d'anniversaire, je suis vraiment ravi de pouvoir être là à vos côtés à Marrakech, afin de vous féliciter de l'organisation d'un colloque exceptionnel.

La deuxième raison qui me remplit de joie c'est la connivence professionnelle, notre petit pays au centre de l'Europe a eu écho de votre réforme constitutionnelle de 2011. C'est pour moi une excellente nouvelle que le Royaume du Maroc représente un Etat stable qui se réclame de la protection de la constitutionnalité et des droits de l'Homme. C'est à cette fin surtout que la Cour constitutionnelle fut établie. J'attends avec impatience la discussion à venir sur le contrôle de la constitutionnalité *a posteriori*, et pour cause parmi les quinze compétences dont la Cour constitutionnelle de la république tchèque fut dotée, il y a quatorze *a posteriori*. Le contrôle successif *a posteriori* fut et reste le centre des activités de la plupart des Cours constitutionnelles et j'apprécie énormément que la Cour constitutionnelle du Maroc y a consacré un colloque.

En dernier lieu je dois préciser que je porte ici deux casquettes, celle du Président de la Cour constitutionnelle Tchèque et celle du président des Cours constitutionnelles européennes. Les deux institutions que je représente ici partagent un seul intérêt : elles veillent au renforcement des Cours constitutionnelles comme élément de base des garanties et de maintien d'un Etat de droit démocratique. Elles cherchent à encourager la protection des droits de l'Homme et l'amélioration des relations entre les Cours constitutionnelles des différents pays.

Au titre de mes deux fonctions, j'aimerais terminer cette allocution par un court message : La Cour constitutionnelle se trouve au sommet du système judiciaire, on attend d'elle une sagesse, une autonomie et une justice suprême. Dans leurs pays respectifs. Les Cours constitutionnelles se trouvent à la pointe et par conséquent, ne peuvent demander conseil à personne, mais les Cours constitutionnelles peuvent se consulter l'une l'autre, profiter de l'expérience et de la pratique décisionnelle de leurs partenaires internationaux.

Des rendez-vous des Cours constitutionnelles, comme celui d'aujourd'hui à Marrakech, construisent des ponts d'amitié et de coopération, voilà le pont que construit pour nous la Cour constitutionnelle du Maroc. Je suis fermement convaincu qu'il s'appuie sur la sagesse et la justice.

## **Opening speech**

**Mogoeng MOGOENG**

*Chief justice of the Constitutional court (South Africa)*

*President of the Conference of constitutional jurisdictions of Africa*

**Your Excellency the President of the Constitutional Court of Morocco,  
Your Excellency the Special Advisor of the H.M. The King of Morocco,  
Your Excellencies, the Cabinet Ministers, the Permanent Secretary of the  
Academy of the Kingdom of Morocco,  
Fellow Heads of continental and linguistic Associations of Constitutional  
Jurisdictions,  
Presidents, Chief justices and representatives of Constitutional Courts  
and Councils and Courts with equivalent status,  
Ladies and Gentlemen,**

I greet you all on behalf of the leadership and the brother membership of the Conference of Constitutional Jurisdictions of Africa, otherwise known as the (CCJA). I also would like to bring a word of appreciation for the warm hospitality and the congratulatory message to you, your Excellency, the President of the Constitutional Court, The judiciary of Morocco for the well-organized conference. The issues identified for reflection, can only enhance and deepen the understanding of constitutionalism, access to constitutional justice, the rule of law and what ideal to take always deliver free and fair elections to secure peace, stability and good governance, in our respective countries.

The theme of this conference, “access to constitutional justice, new challenges to *a posteriori* constitutional review”, compels me to remind all of us of the rationale behind the establishment of the Conference of Constitutional Jurisdictions of Africa, over which I am privileged to preside. At the request of African Union, the highest courts, with constitutional jurisdictions in this

continent, considered it fitting to found the CCJA. Its primary objectives are to facilitate the realization of constitutional justice, fidelity to the Constitution, and the rule of law as well as the enhancement of the capacity to deliver free and fair elections.

The CCJA expressly and implicitly acknowledge in its constitutive statute as thus the African Union, that it would take an independent, competent and fairly well resourced and appropriately compensated judiciary to achieve its objectives. An incorruptible constitutional court and similarly oriented broader judiciary there is free of intimidation and manipulation by any force or interest group, is critical in Africa, this is so especially now, that the African Union has adopted as its theme for 2018 “Winning the fight against corruption, a sustainable path to Africa’s transformation”.

As his excellency, President Buhari, in his capacity as the Patron of that theme correctly stated, “it would take an efficient criminal justice system, especially an independent judiciary for Africa to win the fight against corruption”, to realize all around constitutional justice which expend to guaranteeing and delivering free and fair elections, constitutionalism and the rule of law, the judiciary must itself have a reputation of delivering high quality justice without fear, favor or prejudice to all, regardless of how powerful and well-resourced or impoverished and powerless a litigant might be.

Access to genuine constitutional justice assumes the existence of the judiciary or court system who’s indispensable independence is not only fiercely displayed in respect of some, but seizes to find practical expression whenever those with the power to appoint readily well, make laugh miserable or with the capacity to make your pocket swell are also litigants, to reflect or to know the concern, though the facts have not made available to me, about the developments in the Kingdom of Lesotho, I learn, I hope the allegations would be proved to be unfounded, that the Chief justice of that country applied to a court of law, against the prime minister, that steps not be taken against, and trough certain measures put in place, sadly, even from meeting of Commonwealth judicial officers held recently in Australia suggests that those court orders were disregarded and if it so, it is a textbook case of disregard for the authority of the courts and the rule of law.

Effective measures and consequence management are thus necessary for the protection of judicial independence, respect and dignity of the judiciary fidelity of the constitution and the rule of law. Peer review mechanisms, if we are aware to introduce them ourselves, will also go a long way to enhance and

preserve the independence and integrity of the judiciary, for it really is applied in reputation of the judiciary in Africa, to have to endure reports occasionally of the judicial officers who are involved in one serious misconduct or another, including acts of corruption.

Effective access to real constitutional justice, not only means a semblance of justice, existence of justice enable capacities and unquestionable commitment to equality before the law and fidelity to the oath of office are essential for creating and maintaining a peaceful and stable environment in each African country. Broadly speaking, it is when people feel rightly or wrongly oppressed and without a credible avenue for the ventilation of their frustrations about actual or perceived violation of their fundamental rights that they would resort to civil unrest, wars and explore the possibilities of unconstitutional regime changes.

We, therefore, have to ensure that everything reasonably possible is done to take Africa out of a stigmatization as a corrupt and poorly governed continent. As the judiciary, we have and owe it to the citizens of our respective countries, to help Africa to chosen path for sustainable constitutional, social, political and economic transformation.

Tending to litigation, in jurisdictions where costs are awardable against the losing party, we would do well to consider awarding them only in relation to excessive, frivolous and self-evidently unmeritorious litigation, in constitutional litigation. I said this because ordinarily, the losing party must bear costs, but to strengthen constitutionalism and to add vibrancy to it would help a great deal of seeing this happen, to ensure that even in circumstance when a party loses against the State, cost are in exceptional circumstances not awarded against that party, this would avoid to the chilling effect or endeavors to vindicate fundamental rights or litigation that comes with cost orders against an unsuccessful party. But awarding costs against litigious constitutional bodies we have to limit the abuse of court process that results in unnecessary waste of scarce judicial resources.

Additionally to the ordinary legal aid system which must be adequately resourced to render access to constitutional justice meaningful, universities, law clinics, a formalized *pro-bono* system, the organized professions ever-readiness to make any office best available to indigent and vulnerable groups whenever called upon by a court of law to do so, as well as privately funded public interest litigation centers would all help breathe life into access to the constitutional justice.

I may add that it is not enough to have somebody with legal qualification representing you, competence and knowledge of the substance at hand is always critical to ensure their access to litigation is meaningful. Constitutional courts or Councils or Courts of equivalent status could advocate for the creation of these additional avenues for legal representation where they do not exist. The citizenry has really benefited a lot from a constitutional arrangement that has broadened legal standing, to the point of allowing individuals or juristic persons to bring application acting in their own interest in the public interest on behalf of another person or another association. This liberalized approach to standing has benefited many, particularly where a fundamental right is vindicated and where a case raises an arguable legal point of general public importance which deserves the Court's attention. It has not only broadened the scope of constitutional litigation and access to constitutional justice, but has also accelerated the development of constitutional jurisprudence, it has its challenges but has proved to be a commendable and more beneficial avenue for taking steam out of sensitive and complex constitutional issues.

We would, as the African continent, especially the judiciary, do well to always place fundamental rights, the legitimate aspirations of our people, and the peace, stability and shared prosperity of our nations above personal or sectional interest. There is how to create an environment that conduces to all the people are enjoying effective and meaningful access to constitutional justice within the fight against the epidemic known as corruption and placing Africa on a sustainable transformation path.

I wish you all the best, President Said Ihrai, and fellow delegates as you seek ways of protecting fundamental human rights and solutions to all the major challenges facing constitutional justice in this continent.

Thank you very much and may God bless you.



## **Allocution d'ouverture**

**Yves DONZALLAZ**

*Juge au Tribunal fédéral (Suisse)*

*Représentant de l'Association des Cours constitutionnelles francophones*

**Monsieur le Président de la Cour constitutionnelle du Maroc,  
Mesdames les Présidentes, Messieurs les Présidents,  
Mesdames et Messieurs les juges, conseillères et conseillers,  
Monsieur le Directeur de l'OIF  
Messieurs les Chefs, membres et fonctionnaires des institutions  
Mesdames et Messieurs  
Chères amies, Chers amis,**

Je voudrais ici vous transmettre les sincères et cordiales salutations de Monsieur ULRICH Meyer, actuellement président de l'Association des Cours constitutionnelles ayant en partage l'usage du français (ACCPUF), il était malheureusement retenu par une obligation contractée antérieurement à l'invitation à ce colloque, si aimablement exprimée par Monsieur le Président de la Cour constitutionnelle du Maroc, à l'occasion de notre rencontre lors de la séance du bureau de l'ACCPUF en début mars de cette année, à Lucerne en Suisse.

Le Président du Tribunal fédéral, également Président de l'ACCPUF, n'étant malheureusement pas doué du don d'ubiquité, il m'a délégué à ce colloque pour simplement exprimer tout l'intérêt de l'ACCPUF et de la Suisse pour le continent africain en général et pour le Maroc en particulier. Cet intérêt a déjà pu s'illustrer par une très récente réunion du bureau de l'ACCPUF à Rabat et s'illustrera encore par la tenue du prochain bureau de notre association à Fès dans un mois exactement.

Au nom du Président Meyer, j'exprime donc mes meilleurs vœux de réussite à ce colloque, dont les sujets à traiter s'avèrent tout à fait passionnants. Le cadre de ces discussions a déjà été largement et magnifiquement placé par les orateurs m'ayant précédé.

Je ne peux terminer ce message sans ce mot pour l'excellente organisation de cette manifestation qui jouit en plus de l'hospitalité légendaire du peuple marocain.

Je vous remercie.

## **Allocution d'ouverture**

**Gianni BUQUICCHIO**

*Président de la Commission européenne de la démocratie par le droit  
(Commission de Venise)*

**Monsieur le Président,  
Mesdames et Messieurs les Juges,  
Mesdames et messieurs,**

Je me réjouis d'être aujourd'hui avec vous à Marrakech, ce joyau de la riche culture marocaine.

Je vous sais gré que la nouvelle Cour constitutionnelle a choisi d'organiser ce Symposium international sur «L'accès à la justice constitutionnelle : nouveaux défis du contrôle *a posteriori* ».

La Commission de Venise participe à cet important évènement dans le cadre du Programme sud III du Conseil de l'Europe et de l'Union européenne.

Dans le cadre de ce programme nous maintenons d'étroits contacts avec les administrations électorales arabophones.

Le programme UniDem Med permet à des hauts fonctionnaires de la région MENA de renforcer leurs capacités juridiques dans les domaines de la bonne gouvernance, de la primauté du droit et des droits fondamentaux.

Je suis ravi que le Royaume du Maroc soit un membre très actif de la Commission de Venise depuis juin 2007.

C'est ici à Marrakech que nous avons lancé la riche série d'ateliers interculturels de la démocratie en coopération avec votre prédécesseur, le Conseil constitutionnel.

**Monsieur le Président,**

Aujourd'hui vous êtes devant un grand défi. L'introduction de l'exception d'inconstitutionnalité constitue une étape majeure pour la protection des droits de l'homme au Royaume du Maroc.

La dernière révision constitutionnelle rapproche la nouvelle Cour constitutionnelle du citoyen.

Par le biais des tribunaux, les individus pourront s'adresser à la Cour constitutionnelle qui examinera leur grief et décidera si la norme appliquée par le tribunal est en conformité avec la Constitution marocaine.

J'ai appris avec beaucoup d'intérêt la décision clé de votre Cour par laquelle vous avez annulé des dispositions de la loi organique qui limitaient les larges compétences qu'attribue la Constitution à la Cour constitutionnelle.

J'espère que la Cour constitutionnelle aura bientôt l'occasion d'approuver une loi révisée qui respecte le cadre constitutionnel de la Cour tel qu'exposé dans votre décision.

Je salue notamment que la Cour constitutionnelle a rappelé que votre Constitution garantit un accès libre des parties à la justice constitutionnelle. Ce choix du pouvoir constituant marocain est une garantie importante pour que le justiciable puisse effectivement jouir de ses droits.

Dans son étude sur l'accès individuel à la justice constitutionnelle, la Commission de Venise prône un accès large aux cours constitutionnelles.

Il est vrai que l'accès à la Cour constitutionnelle marocaine sans filtrage extérieur aura comme conséquence que le travail d'examen de l'admissibilité des saisines de votre Cour augmentera de façon substantielle.

Beaucoup de saisines ne seront pas admissibles, mais c'est à la Cour elle-même de le vérifier au cas par cas.

L'important est que la Cour soit prête à faire face à l'augmentation de son travail le moment venu.

Dès lors, il est nécessaire qu'elle se dote de suffisamment de juristes qui puissent soutenir les Juges de la Cour constitutionnelle, notamment dans la phase d'admissibilité.

L'introduction de l'exception d'inconstitutionnalité nécessite aussi d'adapter le raisonnement de décisions de la Cour constitutionnelle.

Contrairement à des procédures *a priori*, telles que le contrôle des lois organiques avant leur promulgation, le destinataire des décisions n'est pas un organe de l'Etat doté de juristes compétents et bien formés.

Si les décisions de votre Cour dans les affaires d'exceptions d'inconstitutionnalité sont dirigées aux juges ordinaires, le vrai destinataire est l'individu.

Il est donc important que la Cour constitutionnelle explique clairement la décision prise dans son cas.

Pour l'examen des limitations des droits de l'Homme, l'argumentation basée sur le principe de proportionnalité a fait ses preuves partant de l'Allemagne, en Europe, et bien au-delà.

Récemment la Cour constitutionnelle de la Bolivie a demandé à la Commission de Venise d'organiser un séminaire sur le principe de proportionnalité.

L'ouverture de la Cour constitutionnelle vers le public qui est la conséquence de l'introduction de l'exception d'inconstitutionnalité, entraîne aussi une ouverture de la Cour vers les médias.

Les effets de vos décisions pour la société nécessitent une communication ouverte et claire avec les médias.

La Cour doit expliquer clairement son raisonnement aux journalistes qui ne sont pas forcément des juristes ou des spécialistes en droit constitutionnel.

Si l'individu qui a saisi la Cour constitutionnelle, les autres parties et le juge de l'affaire sont les premiers destinataires de votre décision, elle aura des effets dans tout le pays : soit parce que vous avez validé la disposition contestée et ainsi il n'y a plus de doute sur sa constitutionnalité ; soit parce que vous avez conclu à son inconstitutionnalité et vous l'avez annulée ; soit parce que vous avez donné à cette disposition une interprétation conforme à la Constitution par une réserve d'interprétation qui s'impose désormais *erga omnes*.

Contrairement à ce qu'a pu faire le Conseil constitutionnel et ce que vous continuez à faire pour les saisines par les institutions pour les lois avant leur promulgation, dans le cadre de l'exception d'inconstitutionnalité vous contrôlez des lois qui sont déjà en vigueur.

Ce fait vous aidera beaucoup dans l'évaluation de la constitutionnalité des lois. Vous n'examinez pas un texte abstrait, mais une loi qui a été appliquée en pratique.

A travers l'affaire devant vous, vous connaissez l'interprétation donnée par les organes de l'Etat, y compris par les juges, à ce texte dans des situations concrètes. Ainsi, vous évaluez le texte, mais aussi l'interprétation que lui a déjà été donnée.

Ceci enrichit votre point de vue et même si le texte en tant que tel se prête à une application conforme à la Constitution, vous pouvez corriger des interprétations inconstitutionnelles en figeant la bonne interprétation en conformité avec la Constitution par une réserve d'interprétation contraignante pour tous.

En conséquence, il ne faut pas être trop strict en ce qui concerne l'admissibilité des textes que vous avez déjà examinés *a priori*. Il se peut que l'interprétation donnée à un texte que vous avez validé le rende inconstitutionnel et vous pouvez corriger cette aberration.

**Monsieur le Président,**

L'exception de constitutionnalité constitue un défi majeur pour la nouvelle Cour constitutionnelle du Royaume du Maroc.

Je salue que vous vous préparez sérieusement, aussi par notre symposium international, à l'introduction de l'exception d'inconstitutionnalité.

Ainsi vous accomplissez votre fonction de protecteur des droits de l'Homme, de la démocratie et de l'Etat de droit.

J'ai pleine confiance que l'introduction de l'exception de constitutionnalité au Royaume du Maroc sera couronnée de succès.

Sachez que la Commission de Venise est toujours prête à soutenir votre Cour et la justice constitutionnelle marocaine, si besoin aussi par des avis *amicus curiae* dans des cas qui méritent un examen aussi d'un point de vue du droit constitutionnel comparatif.

Je vous remercie de votre attention.

## **Allocution d'ouverture**

**Abdelaziz LAMGHARI**

*Président de l'Association marocaine de droit constitutionnel (Maroc)*

*Membre du Comité exécutif de l'Association internationale  
de droit constitutionnel*

M. le Président, MM. les Présidents, honorables juges et avocats, chers collègues, mesdames et messieurs,

«Le contrôle de constitutionnalité des lois *a posteriori* connaît un développement phénoménal». C'est la phrase tout à fait pertinente qui ouvre l'argumentaire consacré au thème d'aujourd'hui. C'est un bon signe qu'il soit organisé par deux institutions prestigieuses, la Cour constitutionnelle et l'Académie du Royaume du Maroc, surtout sous le Haut patronage de Sa Majesté. La première institution est dans son champ propre et comme disent les juristes, elle a à ce propos qualité et intérêt directs pour agir. La deuxième, institution académique et intellectuelle, peut en toute légitimité couvrir ce thème par sa vocation de réflexion générale et multidisciplinaire et permettre ainsi de reconnaître, au-delà du droit strictement en lui-même, ses autres dimensions de caractère politique et social, mais pourquoi pas aussi économique et culturel.

Le thème, la nature et la place de ces deux institutions, et bien entendu aussi la pluralité des intervenants, jointe à la variété des optiques de leurs analyses, nous permet de décliner ce modeste mot en cinq propositions, que nous nous permettons de conclure par une réflexion sur le contrôle *a posteriori* dans le cas du Maroc. Le tout sera exprimé de façon succincte.

### **1. C'est un sujet qui concerne en premier lieu les Constitutions elles-mêmes**

La Constitution, dans tout pays, est le creuset de la justice constitutionnelle. Seule aussi sa révision ouvre la voie à l'approfondissement de cette justice, en faisant place notamment aux mécanismes démocratiques

du contrôle *a posteriori*. La Constitution marocaine répond à ce profil. Il s'agit de cette progression à relever à propos de la justice constitutionnelle: d'abord une Chambre constitutionnelle ; ensuite, un Conseil constitutionnel indépendant, à la différence de ladite Chambre, de l'organigramme judiciaire, héritant de toutes les compétences de celle-ci, auxquelles le constituant ajoute le contrôle *a priori* de constitutionnalité des lois avant leur promulgation ; enfin, un couronnement: l'actuelle Constitution crée la Cour constitutionnelle qui hérite des compétences du Conseil constitutionnel, et la gratifie d'une nouvelle compétence capitale, le contrôle de l'exception d'inconstitutionnalité des lois. C'est un mécanisme qui aboutit à valoriser et à consolider la justice constitutionnelle marocaine.

## **2. C'est un sujet de l'Etat de droit et un mécanisme pour l'Etat de droit**

Sans passer par les différentes définitions de l'Etat de droit en tant que concept philosophique et juridique, la référence peut être faite dans un souci pratique à une déclaration en 2004 du Secrétaire général des Nations Unies. Se prononçant sur l'Etat de droit, il affirme qu'il implique des mesures propres à assurer le respect des principes de la primauté du droit, de l'égalité devant la loi, de la responsabilité au regard de la loi, de l'équité dans l'application de la loi, de la séparation des pouvoirs, de la participation à la prise de décisions, de la sécurité juridique, du refus de l'arbitraire et de la transparence des procédures et des processus législatifs. Dans cette vision et au regard des exigences qu'elle pose, le rôle de la justice et particulièrement de la justice constitutionnelle est capitale. Le rôle de celle-ci à ce propos est d'autant plus sûr et efficace qu'il peut être déclenché non seulement par les organes constitutionnels mais aussi par les individus, d'une manière ou d'une autre. Dans l'État de droit, les lois sont soumises à ces exigences supérieures qui sont mises en œuvre par une cour constitutionnelle. C'est toute la différence avec l'État de police où le pouvoir d'État produit la loi et la met en œuvre, de même qu'avec l'État légal où l'État et l'administration sont soumis à la loi votée par le Parlement.

C'est dans ce sens que la Commission de Venise, recommande généralement, dans son document sur les critères de l'Etat de droit, l'institution d'une Cour constitutionnelle ou d'un organe équivalent. Ce qui compte, en effet, c'est qu'il existe des garanties effectives de conformité de l'action des autorités et de la législation avec la Constitution. Elle recommande aussi de ne pas réserver au seul pouvoir législatif ou exécutif le droit de demander un contrôle de constitutionnalité au risque de restreindre considérablement



le nombre des affaires, et ainsi la portée du contrôle. L'accès individuel à la justice constitutionnelle permet de faire du citoyen un acteur de l'Etat de droit.

### **3. C'est un sujet de démocratie et un outil pour la démocratie**

La justice constitutionnelle en elle-même, de même que le principe d'accès à cette justice est un critère et une composante des régimes démocratiques. Ils s'inscrivent tous les deux dans la philosophie et la nature de ces régimes et trouvent place dans l'aménagement de leurs institutions, par le biais notamment de la séparation des pouvoirs. De ce fait, dans ces régimes, ils constituent le cordon ombilical qui lie en permanence démocratie et Etat de droit. Chacun des deux éléments est le support de l'autre et le rôle de la justice constitutionnelle, d'autant plus si elle ouverte au-delà des seuls organes constitutionnels, est d'être le garant de cette osmose.

Dans **les vieilles démocraties**, de caractère parlementaire ou présidentiel, les révolutions de même que les théories fondatrices sur l'Etat de droit, faisant une place de choix à la justice constitutionnelle et aux cours constitutionnelles, ont été au fondement de cette diffusion réciproque entre Etat de droit et démocratie.

Dans les **Etats plus ou moins jeunes**, ayant emprunté par des voies différentes le processus de construction démocratique, l'adoption des Constitutions, les emprunts et les révisions constitutionnels ont généralement suivi un parcours lent et progressif dans l'adoption et la démocratisation des mécanismes de justice constitutionnelle. Le diptyque revendications constitutionnelles fortement imbriquées dans les revendications démocratiques, mais aussi les récents mouvements sociaux dans certains Etats, ont constitué un facteur capital dans la démocratisation en question, notamment par l'adoption du contrôle *a posteriori* où les individus citoyens trouvent leur mot à dire. A titre d'exemple, le processus démocratique dans quelques Etats du Maghreb, comme le Maroc et la Tunisie peut être cité dans ce sens.

### **4. C'est un mécanisme à motivation partagée mais à la diversité évidente dans les conceptions et les voies d'accès**

L'argumentaire présenté comme support au présent colloque est en lui-même suffisant pour renseigner sur ces deux aspects. Ce qui est frappant c'est l'engouement juridique et démocratique qui a porté plusieurs Etats, à différents systèmes politiques, vers le contrôle *a posteriori* de constitutionnalité. Ce qui n'est pas moins frappant, aussi, c'est la diversité des voies d'accès procédurales

et des effets, retenue pour ce contrôle par les constituants et déclinée par les législateurs. Au-delà de la densité géographique qui est maintenant celle du contrôle *a posteriori*, ainsi que de l'extrême diversité de ses modalités, il nous paraît opportun d'évoquer deux points :

- Il s'agit d'une part du constat que ledit contrôle est l'objet, de la part de plusieurs instances intéressées et spécialisées, d'un intérêt appuyé pour le recommander tout en faisant le bilan de sa notoriété et de son déploiement démocratique et territorial. L'un des documents de référence en la matière, rendant compte de ce phénomène, comportant recommandations pour ledit contrôle, mais aussi constats et descriptions de ses états de déploiement, est celui adopté et publié par la Commission de Venise, intitulé *Étude sur l'accès individuel à la justice constitutionnelle*<sup>1</sup>. On peut lire dans ce document une observation, maintenant dépassée pour la plupart des pays concernés. «*Parmi les pays siégeant en qualité de membre ou d'observateur à la Commission de Venise, rares sont ceux qui ne prévoient pas au moins un type de recours permettant de contester la constitutionnalité d'une norme ou d'une loi spécifique. Il s'agit de l'Algérie, du Maroc, des Pays-Bas et de la Tunisie*». Concernant le Maroc, la Constitution de 2011 a mis fin à cette exception par l'instauration de l'exception d'inconstitutionnalité.
- Il s'agit d'autre part, de la nécessité d'une volonté d'évaluation de la mise en œuvre du contrôle *a posteriori*, dans la voie et sous les modalités dans lesquelles il est instauré. Il s'agit aussi, de façon liée, de la volonté de procéder aux ajustements nécessaires et même aux rectifications qui pourraient s'avérer utiles, pour un contrôle plus adapté et plus efficient. Bien entendu, l'objectif est celui d'apprécier l'efficacité dans la protection des droits fondamentaux, but ultime de ce contrôle, en identifiant les insuffisances et les dysfonctionnements. Bien entendu aussi, c'est une entreprise qui ne peut intervenir qu'après une expérimentation suffisante, sur au moins le moyen terme, du contrôle mis en place, et sur la base d'appréciations et d'enquêtes suffisamment fondées et argumentées, de la part des juges et des juristes mais aussi des instances représentatives des citoyens.

1. Adopté par la Commission de Venise lors de sa 85<sup>ème</sup> session plénière (Venise, 17-18 décembre 2010), 178 pages, sous la référence CDL-AD (2010) 039 rev. janvier 2011

## **5. C'est donc d'une façon générale, un sujet pour constitutionnalistes et juristes, pour les juges en particulier, sans négliger qu'il s'agit, en dernière instance d'un sujet pour le citoyen et la citoyenneté**

L'idée visée ici est la consolidation et la diffusion de la culture juridique, à la fois celle qui approfondit la recherche, la jurisprudence ainsi que le droit comparé, mais aussi celle qui institutionnalise et socialise les droits de l'Homme et surtout leur respect et leur défense. Dans cette optique, il convient de se tourner, pour l'élément recherche, du côté des universités concernées, mais aussi des instances savantes comme les associations de droit constitutionnel, internationales ou nationales. Concernant l'élément jurisprudence, la place de choix revient sûrement aux juges, ceux notamment des juridictions constitutionnelles. Leur rôle ne se limite pas, par référence à la Constitution, à la bonne application du droit, mais il tend à s'étendre aussi à des voies enrichissantes, comme le droit et la jurisprudence comparés, et partant, à l'utile institution du dialogue des juges, qui ne peut trouver sa signification que selon les contextes juridiques et politiques, variables selon les pays en rapport avec leurs systèmes constitutionnels. S'agissant, enfin, des droits fondamentaux, de leur défense, de leur respect et de leur diffusion, des instances aussi bien extranationales que nationales sont rompues à cette tâche, aussi bien pour la socialisation des citoyens aux normes et aux valeurs du contrôle constitutionnel que par la contribution, auprès des Etats et des juridictions, à la circulation transversale et à l'universalisation de ces normes et valeurs.

Il convient de le souligner : tous les efforts entrepris par ces différentes entités s'expriment et se déploient, au profit du contrôle de constitutionnalité, sans doute de façon plus intense et plus significative avec les voies du contrôle *a posteriori*, en raison de leur lien étroit avec la matière des libertés et droits fondamentaux.

## **6. Arrivant au cas du Maroc**

Il est possible d'exposer une dualité, celle de l'exception d'inconstitutionnalité dans la Constitution avec celle de la question préjudicielle de constitutionnalité dans la récente décision de la Cour constitutionnelle marocaine, se rapportant à l'examen de la loi organique concernée. Il convient d'expliquer ce qu'il en a été dans les travaux de la Commission Consultative de Révision de la Constitution (ci-après - CCRC) où une clarification fut abordée en séance plénière de la différence existant

entre les deux mécanismes. En connaissance de cause, il y a eu une option de la Commission pour une exception d'inconstitutionnalité réaménagée. Si en principe pur, celle-ci signifie l'examen de la constitutionnalité par le tribunal saisi lui-même, en se contentant toutefois d'écarter et non d'annuler les dispositions reconnues inconstitutionnelles, la CCRC a plutôt retenu dans la Constitution l'expression d'exception d'inconstitutionnalité, impliquant comme dans le cas français l'instauration d'un filtrage des recours à transmettre à la juridiction constitutionnelle, à la seule différence que la Commission a préféré taire dans la Constitution les juridictions de filtrage. A mon sens, et sous ma seule responsabilité, le souci des constituants consultatifs marocains de confectionner une Constitution originale et typiquement marocaine a toujours poussé vers une démarcation par rapport aux Constitutions étrangères, notamment la Constitution française dont les traces ont toujours existé dans les Constitutions précédant celle de 2011. Dans le cas où il y a un recoupement direct avec cette Constitution, comme il en a été entre les dispositions relatives, dans un cas, à la Question prioritaire de constitutionnalité et, dans un autre, à l'exception d'inconstitutionnalité, ces constituants ont préféré taire, à la différence de la Constitution française, l'identité des juridictions de filtrage. Ils ont implicitement préféré laisser cette tâche au législateur, pour que le produit final soit le résultat du débat parlementaire, sans préjudice de l'appréciation qui sera faite par la juridiction constitutionnelle, sur ce point, de la loi organique. On connaît la suite: la Cour constitutionnelle a transformé, ou plutôt interprété, l'exception d'inconstitutionnalité en tant que pure question préjudicielle. Cette dernière a été écartée en connaissance de cause par la CCRC, sans pouvoir dire que la Cour est allée par sa décision à l'encontre d'une intention constituante de cette Commission. De ce point de vue, la juridiction marocaine est fondée dans sa décision pour deux raisons principales : d'une part, la Constitution ne précise pas explicitement les juridictions de filtrage; d'autre part, la thèse à défendre est que la notion de travaux préparatoires n'est nullement applicable dans le cas de la CCRC. Cette thèse se justifie au moins pour deux raisons : d'abord, la Commission marocaine simplement consultative, a été aussi doublée d'un mécanisme politique qui a partagé avec elle, d'une manière ou d'une autre, le processus d'élaboration de la Constitution; ensuite, il est établi que les délibérations de la Commission, largement et pas totalement enregistrées, n'ont nullement été sanctionnées par un procès-verbal validé et officiel. Les travaux de la Commission relèvent plutôt de la catégorie d'archives constitutionnelles et non de celle de travaux préparatoires qui, seules auraient permis d'identifier et de retenir une intention du constituant,

utile pour les juges et pour les chercheurs, en l'occurrence dans le cas du sens de l'exception d'inconstitutionnalité, retenu implicitement au fond, dans la Constitution de 2011.

M. le Président, MM. les Présidents, honorables juges et avocats, mesdames et messieurs, chers collègues, j'espère ne pas avoir été ennuyeux et vous remercie tous pour votre aimable attention.



**Première séance**  
**La saisine et les normes**  
**de référence**





**Mohammed ACHERGUI**  
*Ancien Président du Conseil constitutionnel*  
*(Royaume du Maroc)*

**Résumé:**

La communication restitue les principales étapes de l'évolution de la justice constitutionnelle au niveau mondial et national. Elle rappelle également le tournant normatif que représente l'adoption de la Constitution de 2011, ainsi que ses implications en termes d'élargissement des voies d'accès à la justice constitutionnelle à travers l'instauration du mécanisme de l'exception d'inconstitutionnalité.

La communication présente, par ailleurs, un aperçu synthétique des différents paramètres, de procédure et de fond, liés à la mise en œuvre des dispositions de l'article 133 de la Constitution (normes de référence, rôle du juge *aquo* dans la procédure), ainsi que les défis relatifs à la gestion des flux des recours d'exception d'inconstitutionnalité par la Cour constitutionnelle.

**Le texte intégral de la communication aux pages 36 - 49**  
**de la partie en langue arabe**

**Zuhtu ARSALANE**  
*President of the Constitutional Court*  
*(Turkey)*

**The Excellency, President of the Constitutional Court of Morocco, Mr. Said Ihrai,**

**Dear colleagues, Ladies and Gentlemen,**

It is a great pleasure for me to address such distinguished participants, I would like to again thank and congratulate the Constitutional Court of Kingdom of Morocco for organizing such an excellent symposium and I do my best to keep my presentation very, very short. I do my best not to exceed ten minutes time, but you can understand that the subject matter of this session is very wide, and the theme of this session covers important aspects of the constitutional practice.

I would like to explain the experience of the Turkish Constitutional Court briefly. I will focus on the issues of applicable norms in constitutional review as well as the relationship of the Constitutional Court with the European Human rights mechanism, namely the European Court of Human rights and ordinary courts in Turkey.

Before swinging to details on the subject of this session, let me say a few words about the nature of constitutional justice. As you all know, the idea of constitutional justice, relies on the basic assumption on the nature of political power, as Lord Acton said centuries before or years before, for rather “*Power tends to corrupt and absolute power corrupts absolutely*”, and constitutional justice was a kind of response to the nature of political power. In other words, if it is not depicted, the political power is dangerous for the protection of rights and liberties of individuals. So the constitutional justice and constitutionality review of laws is a kind of response to protect rights and liberties vis-à-vis arbitrary power of those in power, and I also mean that constitutional justice

was a response to the realization of supremacy of constitution and we also all know that constitutional courts as well as constitutional councils and supreme courts aim to protect human dignity as formulated in the basic form of fundamental rights and liberties.

Centuries ago, Mawlana Jalal Eddine Erroumi told us that the aim of creation of universe is Man, is Human being, so Human being is at the center of all our philosophy of protection of right and liberties.

After these general remarks, we can now turn to the practice of constitutionality review in Turkey. The Turkish Constitutional Court as you all know is among the most experienced constitutional courts in Europe. It was established in 1962 with the power to review constitutionality of law as well as rules of procedures of the Parliament, and recently, after the constitutional amendment of last year, the Presidential decrees. So the Court has two basic powers, first it reviews the constitutionality of norms; second, after the constitutional amendment of 2010, it also receives individual applications from the individuals on the ground that their rights or liberties are violated.

Now, we are facing actually, as the Constitutional Court of Turkey, we are facing two basic challenges, first, as I said, we have to review the constitutionality of Presidential decrees, and there will be a problem of constitutional deciding on the scope of Presidential decrees. We assume that there will be so many presidential decrees in the near future and the Court will be asked to review the constitutionality of these presidential decrees to protect the rights and liberties of individuals.

The second challenge we have already faced is the non-execution of the Constitutional Court decisions. I will give you a brief information about these two challenges, but I will focus on the status of International Human Rights agreements in the Turkish constitutional system.

International Human Rights agreements, like the European Convention of Human Rights, has the status of law within the Turkish legal system, article 90 of the Constitution clearly states that they have force of law, but it also says that if there is a conflict between the International Human Rights treaties and the domestic law, the former shall prevail. So it is above the ordinary laws but it is below the Constitution. Our reference norm in constitutionality review is the constitution, but the court also refers frequently to the provisions of European Convention of Human Rights as well as other treaties.

In the link with the issue of constitutionality of laws so we use the European Convention of Human Rights and other human rights treaties as a kind of supporting norm of reference in the field of constitutionality review, but when it comes the question of constitutional complaint the European Convention of Human Rights as well as the interpretation by the European Court of Human Rights play a very significant role, because article 148 of the Turkish Constitution clearly states that the subject matter of constitutional complaint are those rights jointly protected by the European Convention of Human Rights and the Turkish Constitution. So the constitution clearly mentions the name “European Convention of Human Rights “. The reason founding this was to decrease the number of applications lodged against Turkey before the European Court of Human Rights, and this practical aim was achieved to a great extent. The numbers of applications as well as the number of violation judgments concerning Turkey were significantly decreased after the adoption of the constitutional complaint system, and I must say that the success and the effectiveness of the individual application to the Turkish Constitutional Court were also recognized by the European Court of Human Rights. In many cases, the European Court has declared that the individual application to the Turkish Constitutional Court provides an effective remedy for individuals that must be exhausted before launching an application under the European Convention of Human Rights.

Individuals in Turkey have direct and indirect access to constitutional justice. The Court has the power to review, *in abstracto*, the constitutionality of laws are presidential decrees but individuals may also apply directly to the Turkish Constitutional court after they exhaust domestic legal remedies, but we have also concrete review of constitutionality of laws and presidential decrees that means the Courts in Turkey, hearing Courts may refer any case they found a problem in terms of compatibility with the Constitution, to Constitutional Court, and they have to suspend the proceeding until the Constitutional Court decides on the issue.

Now let me say a few words about the relationship with other domestic Courts. As you can guess, as the case of almost Constitutional Courts, Councils or Supreme Courts, we have some problems with ordinary Courts especially in the field of constitutional complaint or individual application. I give example of two judgments we delivered at the very beginning of this year in January 2018. Two journalists applied to the Turkish Constitutional Court trough constitutional complaint on the ground that their right to personal liberty as well as their freedom of expression were violated by the public authorities

and the Court decided that yes, their rights to personal liberty and freedom of expression were violated but they were under detention, pre-trial detention, and the court said that the violation must be remedied by the hearing Court. The Constitutional Court sent its decision to the hearing court, the first instance court, but the court refused to apply the decision of the Turkish constitutional court instead they interpreted the decision of the court, and said the Court has no power to decide on the issue of whether there was a strong suspicion of guilt, so it was not the business of the Constitutional Court they said. So the decisions of the Court were not implemented by the first instance court, and then one of the applicants re-applied to the Constitutional Court on the ground that non-execution of a decision of the Constitutional Court violated his right of fair trial and violated also personal security. Our Court decided urgently that yes, he was right. Hearing courts, the first instance courts had to be bound by the decision of Constitutional Court, because article 153 of the Turkish Constitution is very clear: the decisions of the Constitutional Court are binding all public authorities including Courts. The courts cannot decline to implement the decisions of the Turkish Constitutional Court and then again the Constitutional Court sent the decision to the Hearing Court, the first instance court and they immediately released the applicant.

We faced such problems in terms of implementation or execution of the decisions of the constitutional court, but we have resolved this problem. By the way, the European Court of Human Rights has also decided on these two applications and the Strasbourg Court said that non-execution of Constitutional Court decisions is not compatible with the principle of rule of law.

The Strasbourg Court cautioned against the effectiveness of the individual application to the Constitutional Court and decided that, yes there is a problem, but till the means of constitutional complaint to the Constitutional Court is efficient and therefore it must be exhausted. So I can say that we have, yes, some problems, we have certain challenges, we have so far faced, we will face new challenges, but in conclusion I would say that the Court is very experienced in this field of the constitutional review of laws, as well as constitutional complaint, it has built a considerable case-law in the constitutional justice by interpreting and applying the constitutional principles over fifty years, and since 2012, in the launch of individual application the Court has profoundly engaged in human rights education and adopted a rights-based approach.

Like all Constitutional Courts or Constitutional Councils we face, yes, formidable challenges, such as enforcement of decisions. However we have enough experience, courage and willingness to resolve all these problems. I am therefore confident that the Turkish Constitutional Court will continue to fulfill this mission to protect the supremacy of the Constitution as well as the rule of law and human rights.

Thank you very much for you attention, Choukran Jazilan.

**Stanislav SCHEVCHUK**  
*President of the Constitutional Court*  
*(Ukraine)*

Thank you Mister President of the “Cour Constitutionnelle du Maroc” for the invitation of Ukrainian delegation to such established forum, to change views especially regarding new provisions to interpretation of our constitutional system, our Constitution. We have similar questions, similar challenges because we share, all of us, similar views and common understanding what does it mean constitutional law, what does it mean the rule of law as a part of the constitution and what does it mean how we should and have to defend constitutional law and freedoms.

The previous speaker mentioned Vladimir Lenin and our systems, legal systems, we have strong kind of influence of former Soviet system, when Communist party was in the highest position and dominated the system. Now we have transition to the rule of law and our Constitution was adopted in 1996 with good acceptance and estimation from Venice commission, from our European colleagues, and of course, our Constitution was subject for several changes and the last one we had in 2016, under the initiative of President of Ukraine, Mister Porochenko, it was supported by the parliament.

The main idea of the change is to strengthen judiciary, judicial system and the independence of the judiciary; also it was concerned the powers of the Constitutional Court of Ukraine. Firstly in the history of Ukrainian legal system, the instrument “constitutional complaint” was introduced in the text. According to article 151-1 of the Constitution, the Constitutional Court of Ukraine decides of compliance with the Constitution of Ukraine, on the constitutionality of a law of Ukraine upon constitutional complaint of a person alleging that the law of Ukraine applied to him in a final court decision in his case, contravenes the Constitution of Ukraine.

A constitutional complaint may be lodged after exhausting of all other domestic legal remedies. So, this is, the so-called “normative constitutional complaint”.

The subject of complaint concerns only laws, statutes and acts which were adopted by the parliament. It is not a full complaint like in the Federal Republic of Germany for example, it is quite a limited extension, but from the other side it is a big step ahead to the direct defense of the constitutional rights in the judiciary system. Of course, the Constitution of Ukraine has highest legal force, as far as norms or constitutional rights and freedoms in the same extension to juridical field, so, it is the paramount place in the legal system.

According to the Constitution of Ukraine, all people are free and equal in dignity and rights. Human rights and freedoms are inviolable. Constitutional rights and freedoms guaranteed should not be abolished. Everyone has the right to the respect of his dignity. Every person has the right of freedom and personal inviolability. Human and citizen's rights and freedoms are protected by the Court. Everyone has guaranteed the right to challenge the Court decisions, actions or omissions of bodies of State powers, bodies of the government, officials and officers.

Now, I have mentioned that we have several challenges in our legal system, but the main idea how to adapt application of the Constitution to the direct access to the court with the constitutional complaint, because constitutional complaint is a new tool for the improvement of the level of defense of the constitutional rights and freedoms.

From this perspective, it is very important to pay attention to what is the legal force, for the judicial nature and constitutional rights and freedoms. This is my idea that the constitutional rights and freedoms has a highest legal force and means that we cannot interpret the content and meaning of these rights only through the acts of parliament and statutes because these fundamental rights have other nature which is called natural rights and fundamental rights. That is why the parliament and its laws cannot formulate the content of this right, there are some exceptions, for example social rights are a part of our Constitution, of course social rights are fully dependent on the budget and the role of State on social distribution, but the fundamental rights, right to freedom, right to personal security, right to freedom of expression, right to life are inviolable rights. Those rights were given from the beginning of human life. It means that we do not treat, we need to enact, some kind of enabling legislation, to put these rights in force, in terms of content, because we accept in our Court that the legal nature of rights and freedoms (*la liberté est la règle, la restriction est l'exception*) it means that our Parliament has to legislate



in human rights field and this is a requirement of our Constitution that the parliament may legislate, they treat it as restrictions not as a content.

In our jurisprudence, we developed several criteria how to estimate how to treat laws, it reminds Strasbourg Court approach: legitimate aim, proportionality, and the absence of violation of the essence of the right, and the core of this right, and of course we accept international law as a method of interpretation of our Constitution, especially and particularly in the sphere of human rights and its defense by the Constitutional Court.

**Haj KACEM**  
*Président de la Cour constitutionnelle*  
*(Palestine)*

**Résumé:**

La communication traite de la position des traités internationaux dans l'agencement normatif, notamment à l'égard de la loi fondamentale palestinienne et de la déclaration d'indépendance.

La communication donne également un aperçu sur les compétences de la Cour constitutionnelle ainsi que sur sa jurisprudence.

**Le texte intégral de la communication aux pages 52 - 57  
de la partie en langue arabe**

## Michel ROUSSET

*Professeur, Faculté de droit de Grenoble  
(France)*

Des tentatives d'implantation dans le système français de contrôle de la constitutionnalité d'un contrôle *a posteriori* complétant le contrôle *a priori* créé par la constitution de 1958 ont été assez nombreuses. Dès 1959 un projet avait été préparé par des personnalités proches du général de Gaulle qui avaient occupé des fonctions ministérielles (Pierre CHATENET, Roger FREY) et pris en charge par le président du Conseil constitutionnel lui-même, Gaston PALEWSKI, qui l'avait présenté au général mais sans succès.

En 1990 une proposition de création avait à son tour échoué devant le parlement. C'est cette proposition que devait reprendre à son compte le comité dirigé par le Doyen VEDEL en 1993 mais sans plus de succès.

Il faut ainsi attendre la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 pour que soit introduite dans la constitution la question préjudicielle de constitutionnalité par les articles 61-1<sup>1</sup> et 62 à la suite, il faut le rappeler, des propositions du comité sur la réforme des institutions présidé en 2007 par l'ancien Premier ministre Edouard BALLADUR. Ces dispositions constitutionnelles ont été complétées par une loi organique du 10 décembre 2009 dont il n'est pas sans intérêt de rappeler que c'est elle qui a ajouté le mot «Prioritaire» à la question de constitutionnalité.

Enfin un décret de procédure du 16 février 2010 a complété l'ensemble institutionnel de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC) et a permis que le nouveau mécanisme de contrôle du respect de la constitution commence à fonctionner. Un commentateur de ces textes écrivait alors: « *L'introduction de la question préjudicielle pour inconstitutionnalité ne sera*

---

1. Art.61-1 : « Lorsque à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé ».

*une révolution contentieuse susceptible d'enrichir le droit constitutionnel que si les acteurs, les plaideurs, leurs conseils, les juridictions ordinaires et le Conseil constitutionnel, décident de s'en emparer* »<sup>2</sup>.

Je pense que l'on peut répondre à cette interrogation par une citation cette fois-ci de Didier MAUS dans un commentaire de trois décisions du Conseil constitutionnel saisi par des QPC<sup>3</sup>. Ce commentaire intitulé « Le Conseil et l'art de la jurisprudence » se terminait par ce constat : « *Au moment où la commission des lois de l'Assemblée Nationale envisage de dresser un nouveau bilan de la QPC, ces quelques remarques permettent de souligner combien le Conseil constitutionnel s'est bien emparé de ses nouvelles compétences. L'art de la jurisprudence est mis au service d'une véritable stratégie* ». Et l'on peut enfin constater sur le site du Conseil constitutionnel que cette tendance a été confirmée. En effet depuis 2015, 10.000 QPC ont été soulevées devant des juridictions, 465 ont été transmises et jugées par le Conseil constitutionnel, soit en moyenne 75 par an (contre une quinzaine dans le cadre du contrôle à priori), et le Conseil statue en moyenne dans les 76 jours, le délai de trois mois qui lui est imparti pour statuer n'a jamais été dépassé.

Sachant cela, on peut maintenant présenter les modalités de la mise en œuvre de la QPC en précisant tout d'abord quelles sont les normes auxquelles fait référence le Conseil constitutionnel pour assurer le respect des droits et libertés garantis par la Constitution (A); on examinera ensuite les modalités selon lesquelles la compétence du Conseil constitutionnel s'harmonise avec celle des juridictions internes (B).

### **A. Les normes de référence du Conseil constitutionnel dans l'exercice de son contrôle lorsqu'il est saisi d'une QPC.**

La première norme est à l'évidence la Constitution et cela ne fait pas débat; mais il faut préciser que ce n'est pas toute la constitution qui est concernée mais, sur la base de l'article 61-1 du texte constitutionnel, ce sont seulement les dispositions qui concernent les droits et libertés. Il est vrai que cela recouvre aussi ce que l'on appelle parfois le bloc de constitutionnalité c'est à dire des textes antérieurs à 1958 tels le préambule de la constitution de 1946 ou la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Certains commentateurs ont fait valoir que l'expression « droits fondamentaux » aurait été préférable parce que permettant de couvrir un champ plus étendu

---

2. M. VERPEAUX: AJDA, n°34-2008, p.1886

3. AJDA, n°30, 2012, p.1657

conformément à l'évolution contemporaine des droits et libertés: Par exemple le droit au développement durable contenu dans la charte de l'environnement intégrée à la constitution en 2004, ou bien encore les principes auxquels le Conseil constitutionnel a reconnu valeur constitutionnelle tel le droit au logement opposable, ou le principe de continuité du service public et tout récemment, en juillet 2018, le principe de fraternité.

Un deuxième ensemble de normes est constitué d'une part par les conventions internationales et d'autre part par les normes issues du droit communautaire qui posent un problème différent.

S'agissant des normes internationales, on sait que la France se rattache au système dit moniste en vertu de l'article 55 de la Constitution qui dispose que *«Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie»*.

Malgré cela, le Conseil constitutionnel refuse de contrôler la conformité de la loi à un engagement international dès lors que cela irait à l'encontre *«des principes inhérents à l'identité constitutionnelle nationale»*. Pour le Conseil Constitutionnel comme d'ailleurs pour les juridictions suprêmes, le Conseil d'Etat et la Cour de Cassation, l'article 55 ne s'applique pas aux lois constitutionnelles, ou aux principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France. En dehors de ces hypothèses, les juridictions suprêmes, le Conseil d'Etat et la Cour de Cassation, censurent les lois qui contreviennent aux engagements internationaux de la France dans le cadre de l'article 55 de la constitution y compris les lois postérieures à l'engagement international considéré.

En ce qui concerne le droit communautaire l'article 88-1 dispose que la France participe à l'Union Européenne, ce qui à l'évidence lui impose un certain nombre d'obligations qui résultent des traités instituant l'Union. L'ordre juridique communautaire a en effet été introduit dans le droit interne et fait donc obligation aux juridictions internes de censurer, selon le cas, les actes législatifs ou réglementaires qui méconnaissent les dispositions du droit communautaire, originaire ou dérivé. C'est ainsi que se pose la question du contrôle de la «conventionnalité» des lois et plus largement, compte tenu des termes de l'article 61-1, des dispositions législatives, notion dont on sait qu'elle est beaucoup plus large que la notion de loi au sens formel car elle englobe par exemple les ordonnances de l'article 38 de la constitution, les

décisions ayant valeur législative de l'article 16, les ordonnances de la période 1944-1946 etc...

La question de ce contrôle est délicate car il s'agit pour le Conseil constitutionnel et les juridictions internes *«de concilier les exigences de l'ordre juridique national qui trouve son fondement dans la constitution, avec celles découlant de la participation de la France à l'ordre communautaire dont le droit prime sur l'ensemble des sources internes des Etats membres»*.<sup>4</sup>

Le contrôle *a priori* du Conseil constitutionnel lorsqu'il a été saisi d'un problème de conventionnalité, c'est à dire de conformité ou de compatibilité de la loi avec le droit communautaire, lui a naturellement permis de fixer une jurisprudence qui a pu éclairer les juridictions internes rencontrant des problèmes de même nature concernant l'application du droit communautaire. Mais en cas de doute sérieux sur le sens de telle ou telle disposition de ce droit, le Conseil constitutionnel a décidé en 2013 d'adresser une question préjudicielle à la Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE) afin d'obtenir une interprétation officielle. Et c'est ce que doivent également faire les juridictions internes, Conseil d'Etat ou Cour de Cassation, lorsqu'elles rencontrent un problème d'interprétation du droit européen; c'est ce que rappelle la CJUE dans une décision du 4 octobre 2018, en constatant à l'encontre du Conseil d'Etat que *« pour la première fois, une juridiction suprême aurait dû l'interroger afin d'écartier le risque d'une interprétation erronée du droit de l'Union Européenne »* au moyen d'une question préjudicielle ce qu'elle n'avait pas fait.

On précisera enfin qu'il est question d'ajouter un protocole n°16 à la Convention Européenne des Droits de l'Homme permettant au juge constitutionnel lorsqu'il est saisi d'un litige de poser une question à la Cour Européenne des Droits de l'Homme afin d'obtenir un avis sur l'interprétation de la convention. Cela ne concerne que la QPC car dans le contrôle *a priori* le Conseil constitutionnel n'est pas saisi d'un litige; mais cela n'enlève rien à l'intérêt de la question de conventionnalité. En effet la demande d'avis peut permettre d'unifier les réponses aux questions d'interprétation qui peuvent se poser aux juridictions constitutionnelles et d'éclairer aussi les juridictions internes dans l'exercice de leur fonction juridictionnelle. Cet avis ne devrait être que facultatif, mais on peut penser qu'en pratique, après en avoir fait la demande, le Conseil ne pourra que suivre cet avis et s'il ne le suit pas, les juridictions ordinaires retrouveront la possibilité de se prononcer sur

4. F.RASSU, note pour CE.14 septembre 2015, AJDA, n°43, 2015, p.2441

la conventionnalité des actes contestés devant elles<sup>5</sup>. Et cela nous conduit naturellement à examiner maintenant le problème de l'articulation de l'action du Conseil constitutionnel et des juridictions internes en ce qui concerne la QPC.

## **B. L'articulation de l'action du Conseil Constitutionnel et des juridictions internes.**

Cette question peut se dédoubler; il s'agit tout d'abord de la compétence et des techniques de contrôle et enfin de l'autorité des décisions du Conseil constitutionnel.

S'agissant de la compétence, les textes sont clairs, il est disposé en effet qu'à l'occasion d'une instance en cours si une partie soutient qu'une disposition législative est contraire aux droits et libertés garantis par la constitution il est possible de saisir le Conseil constitutionnel sur renvoi du Conseil d'Etat ou de la Cour de Cassation.

Ces deux juridictions vont alors jouer le rôle de filtre afin de vérifier que les moyens soutenant qu'il y a atteinte aux droits et libertés sont sérieux et méritent donc bien la saisine du Conseil constitutionnel. La Cour de Cassation a été tentée au début de la mise en fonctionnement de la QPC de refuser de jouer le jeu en refusant de reconnaître au Conseil constitutionnel le rôle de Cour suprême par exemple dans une décision QPC de 2010, mais aujourd'hui elle est venue à une meilleure compréhension de la logique du système rejoignant ainsi la pratique du Conseil d'Etat. En effet, la pratique du Conseil d'Etat en ce qui concerne la QPC montre que la haute juridiction administrative joue le jeu de juge constitutionnel en complémentarité avec le Conseil constitutionnel.

En ce qui concerne les techniques de contrôle, le Conseil constitutionnel a rappelé à de nombreuses reprises, que la constitution ne lui avait pas donné un pouvoir d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement, ce qui lui interdit en principe d'apprécier l'opportunité des dispositions législatives en cause. Toutefois l'analyse de ses décisions montre que s'il n'utilise pas la notion d'erreur manifeste d'appréciation qui est à l'honneur dans la jurisprudence des juridictions administratives, il censure sur la base de notions voisines telles celles de « disproportionnalité », de disposition

---

5. Th. LARROUTOU, Le protocole n° 16 à la Convention EDH, Rev. Du Droit Public, n°2, 2018, p.475

« excessive », ou bien encore « manifestement inappropriée » ce qui équivaut à la reconnaissance de « l'inadéquation de la loi aux objectifs qu'elle poursuit ».

Enfin en ce qui concerne l'autorité des décisions, l'article 62 de la constitution dispose que les décisions du Conseil constitutionnel ne peuvent faire l'objet d'aucun recours et qu'elles s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles. L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel est donc absolue; ses décisions ont un effet *erga omnes*, à l'égard de tous (et l'on voit bien ainsi la différence avec l'exception d'inconstitutionnalité qui aboutit à des décisions n'ayant valeur qu'entre les parties, *inter partes*).

Cependant afin d'éviter les inconvénients que ces décisions pourraient avoir pour la sécurité des situations juridiques, l'article 62 a ouvert au Conseil constitutionnel la possibilité de moduler les effets dans le temps de ses décisions. En principe la décision du Conseil constitutionnel a pour effet l'abrogation de la disposition litigieuse à compter de la publication de la décision. Mais, si cela lui semble nécessaire, il peut reporter dans le temps l'abrogation de la disposition censurée.

Je terminerai ces propos sommaires en donnant quelques précisions relatives à la décision du 6 juillet 2018 du Conseil constitutionnel évoquée plus haut en raison de son actualité toute particulière. Le Conseil constitutionnel a reconnu valeur constitutionnelle au principe de fraternité sur la base de l'article 2 de la Constitution, de son préambule et de l'article 72-3° qui mentionnent la fraternité; saisi par la Cour de Cassation d'une QPC relative à une disposition du code relatif au séjour des étrangers et au droit d'asile qui sanctionnait pénalement l'aide apportée au séjour irrégulier des étrangers, il a décidé d'exclure de ce délit les actions d'aide humanitaires et désintéressées, manifestations d'un sentiment de fraternité reconnu par la constitution. Il a toutefois décidé de reporter l'application de sa décision au mois de décembre 2018 pour permettre au législateur d'adopter les mesures nécessaires pour concilier la sauvegarde de l'ordre public et le principe de fraternité.

De l'exposé du mécanisme de la QPC on peut tirer au moins deux conclusions à la fois positives mais aussi parfois négatives.

Positivement on doit relever que le citoyen a désormais accès à la justice constitutionnelle alors qu'il en était jusqu'alors écarté. En outre il faut insister aussi sur le fait qu'une législation considérée au moment de son édicton comme parfaitement respectueuse de l'ordre constitutionnel pouvait, du fait



des conditions de son application ou du changement des circonstances de fait ou de droit, devenir contraire à la constitution sans que l'on puisse paralyser ses aspects négatifs. La QPC permet désormais de remédier à cette situation.

Mais certains commentateurs, et non des moindres, ont relevé les dangers de cette remise en cause de la loi, source d'insécurité juridique. Tel est le point de vue d'un ancien secrétaire général du Conseil constitutionnel, Jean Eric SCHOETTL<sup>6</sup> pour lequel *«la loi promulguée devient un énoncé précaire et révoquant grevé de la double hypothèque du droit européen et du droit constitutionnel...Présentée comme un droit nouveau des citoyens ,la QPC, ne sert au mieux que l'infime minorité de ceux qui iront au bout de la procédure. Pour nous tous elle se paie au prix fort de l'instabilité législative ».*

Seule l'analyse des décisions du Conseil constitutionnel sur une période suffisamment longue pour être pertinente, permettra de départager les deux opinions.

---

6. Le Figaro, 4 octobre 2018, p18

**Jean Pierre WABOE**  
*Vice-Président de la Cour constitutionnelle*  
*(République Centrafricaine)*

Je vous remercie M. le Président de l'occasion qui m'est donnée du haut de cette tribune de délivrer, en mon nom et au nom de ma collègue ici présente, la contribution de la délégation centrafricaine à cette importante réunion internationale.

Mesdames, Messieurs, compte tenu du caractère fondamental de la constitution, la justice constitutionnelle a été créée comme garde-fou afin de protéger la loi fondamentale contre les actes attentatoires aux droits et libertés qui peuvent être commis par le législateur et le pouvoir exécutif. Pour ce faire, la pratique a imaginé et mis en œuvre divers procédés de contrôle que sont le contrôle *a priori* et le contrôle *a posteriori*.

Le contrôle *a posteriori* ou l'exception d'inconstitutionnalité est le sujet qui nous rassemble ici et maintenant. Contrairement au contrôle *a priori* qui est lui préventif et politique dans la plupart des législations et donc inapte à prendre en charge le citoyen lésé, le contrôle *a posteriori* ne peut s'effectuer qu'une fois la loi promulguée. Il présente donc deux avantages, d'abord permettre de nettoyer de l'ordre juridique d'un pays toutes les lois anti-constitutionnelles ayant échappé au contrôle *a priori* ou celles qui ont été volontairement soustraites de ce contrôle au moyen de consensus politique. Ensuite, permettre aux justiciables de poser une question préjudicielle de constitutionnalité, le moyen est donc donné au citoyen d'aider à l'épuration rapide de l'ordre législatif en actionnant lui-même le mécanisme de la garantie constitutionnelle de ses droits fondamentaux. C'est pourquoi à la Cour constitutionnelle, je voudrais exprimer ma profonde gratitude pour l'idée d'organiser une conférence de haut niveau sur la question, je félicite également toutes les délégations ici présentes d'avoir répondu à ce rendez-vous du donner et du savoir.

La saisine des juridictions constitutionnelles c'est d'abord une question primordiale, une question posée par Hans Kelsen, une des grandes figures en matière de justice constitutionnelle, je le cite : « *la question du mode d'introduction de la procédure devant le tribunal constitutionnelle a une importance primordiale, c'est de sa solution que dépend principalement la mesure dans laquelle le tribunal constitutionnel pourra remplir sa mission de garant de la constitution.* ». La saisine est également une question mondiale, on en juge par la participation massive de plus de 60 délégations venues de tous les horizons, c'est le témoignage éloquent de l'intérêt universel porté sur cette question de saisine des juridictions constitutionnelles.

La saisine est également la clé d'ouverture de la porte de la procédure. Comme tout juge, le juge constitutionnel non saisi ne saurait rendre une décision juridiquement valide car sa non-saisine constitue un empêchement sur le chemin de l'élaboration de la décision. En matière constitutionnelle, elle est souvent l'unique clé en raison de l'inexistence de l'auto-saisine dans de nombreux systèmes.

La saisine est encore une question au cœur de la réflexion sur l'efficacité des juridictions constitutionnelles. Les opinions des grands constitutionnalistes en disent long sur la place de la saisine au centre de la question de l'efficacité de la justice constitutionnelle. Je pourrais donner, à titre d'exemple, l'opinion du Pr. Babakar Kanté, je cite : « *mettre en place des juridictions spécialisées et leur attribuer la compétence pertinente forment la base du processus du contrôle de constitutionnalité. Pourtant ces éléments ne permettent pas à eux seuls de garantir l'accès des requérants à ces instances pour faire constater les violations présumées, obtenir le respect des obligations légales et garantir la protection de leurs droits. Pour que les instances remplissent pleinement les fonctions prévues par les différentes Constitutions, elles doivent être dotées de compétences nécessaires et pouvoir être saisies. Par conséquent des règles doivent être élaborées pour faciliter l'accès des individus aux instances chargées de la justice constitutionnelle, ces règles déterminent qui a le droit de saisine et quelles procédures doivent être suivies pour accéder à la justice constitutionnelle.*»

La saisine n'est pas une fin en soi, le demandeur qui saisit la justice s'attend à une suite, c'est comme celui qui plante une graine et qui s'attend à un résultat, voir la plante germer, grandir et produire. Le résultat escompté va dépendre d'un certain nombre de facteurs extérieurs que sont la qualité de la graine, la qualité du sol, les soins apportés par le planteur lui-même et le

climat. Et si le plaignant ne tient pas compte de ces facteurs, le geste de planter est complètement inutile.

Les leçons à tirer de cette image, c'est que les juridictions constitutionnelles ne doivent pas se satisfaire de l'inscription du contrôle *a posteriori* dans les lois et dans les Constitutions, elles doivent se donner les moyens de produire le résultat attendu qui est celui du citoyen qui les saisit, savoir dire le droit. Pour ce faire, voici les paramètres qui doivent être pris en compte : tout comme le plaignant de graine, la justice constitutionnelle doit être forte, c'est-à-dire être capable d'assumer sa mission de garantie juridictionnelle de l'ordre constitutionnelle sans complaisance soumettant petits et grands à la légalité constitutionnelle. Deuxième paramètre, la justice constitutionnelle doit être une justice connue, elle doit se donner les moyens de se faire connaître, de convaincre et d'être accessible aux citoyens. Troisième paramètre, la justice constitutionnelle doit être une justice efficace parce que protectrice des droits et libertés fondamentaux. Et c'est sur ce terrain que les Cours et Conseils européens ont pu s'illustrer et imposer leurs offices.

Je voudrais M. le Président, pour terminer, dire deux mots sur le contrôle *a posteriori* dans la constitution et dans les lois Centrafricaines. Il est prévu dans les lois centrafricaines que toute personne peut saisir la Cour constitutionnelle, soit directement, soit par la procédure de l'exception d'inconstitutionnalité invoquée devant une juridiction dans une affaire qui la concerne. A partir du moment où le recours est exercé, n'importe quelle juridiction devant laquelle l'exception est soulevée doit surseoir à statuer et saisir la Cour constitutionnelle qui se prononce dans un délai d'un mois.

La République Centrafricaine, mon pays, fait partie des pays dits de saisine générale, la saisine est large puisque elle est réservée à tout citoyen la saisine directe et la saisine indirecte prises ensemble conjointement.

Je vous remercie M. le Président.

**Sergey KAZANTSEF**  
*Member of the Constitutional court*  
*(Russian Federation)*

**Dear Mister Chairman,**  
**Dear colleagues,**  
**Ladies and Gentlemen,**

I have the honor to represent the Constitutional Court of the Russian Federation on the symposium devoted to the key modern constitutional justice problem of subsequent constitutional control as means of protecting fundamental freedoms and rights.

It is important that our meeting is held in form of dialogue between the highest jurisdictions and bodies of different countries, which gives an opportunity to share the accumulated experience, exchange opinions and also to find answers to the questions of common interest through productive discussions.

We know that the choice of the host country of the Kingdom of Morocco to the model of subsequent constitutional control was alone, and in the same time consistent.

In 1994 the Constitutional chamber of the Supreme Court founded certain years earlier on the basis of the first constitution of Morocco, was replaced by the independent Constitutional Council. On 2017, the latter was reorganized into the Constitutional Court vested with new powers among which the most important is power of subsequent constitutional control of individual applications.

We believe that within the context of this significant transformation which makes constitutional justice available to citizens, the experience of the Constitutional Court of Russian Federation will be useful.

According to the article 125 of the Constitution of Russian Federation, the Constitutional Court is the judicial body of constitutional review which independently exercises judicial power by means of constitutional judicial

proceedings, upon applications of the competent federal bodies and the bodies of constituent entities of Russian Federation as well as members of both chambers of Parliament and the Supreme Court of the Russian Federation. The Constitutional Court decides on conformity with Constitution of federal laws and other normative acts. The Court decides on conformity with the Constitution of agreements between bodies of state power of Russian federation and international treaty pending their entry into force, it is abstract judicial review.

More than that, the Constitutional Court holds complaints about violation of constitutional rights and freedoms of citizens, verifies the constitutionality of law that has been applied in particular case, the concrete judicial review.

The competence of the Court also comprises disputes concerning the competence between federal bodies of state power, between federal bodies of state power and constituent entities of the Russian federation, as well as between supreme bodies of state power of constituent entities.

If such competence is defined by the constitution, and there are no alternative means to settle the dispute, the Constitutional Court render a declaration of judgment on the observance of the prescribed procedure for judging the President of Russian federation of with high treason or with commission of other grave offence.

The legal forms of the decision of the Constitutional Court or on the Constitutionality cannot be overcome by the repeated adoption of the same act.

Acts of the separate provisions recognized unconstitutional became invalid. International treaties found to be contradictory to the Constitution of the Russian federation are not subject to enactment and application.

The decision of the Constitutional court to recognize a law or certain provisions thereof as not accordant with the Constitution entails a review by the competent authority according to the general rule by the court on the applicant case, it is case of individual citizens or their association who appeal to the Constitutional Court with complaint about violation of their constitutional right by the law applied by the court when considering the specific case.

The decision of constitutional court acts directly and does not require a confirmation by other bodies or official. Enforcement of the court's requirements cannot be may depend to the discretion of any official authorized otherwise to initiate the concern to the review of the case.

The legal consequence of the decision of the constitutional court on unconstitutionality of normative legal act constitute laws of legal power thereof for the future, this means that from the moment of the Constitutional Court decision comes into force such regulations cannot be applied and implemented in any other way.

The duty of the courts to review their decisions, arises not only because the Constitutional Court has recognized unconstitutional a law which was applied when considering a specific case, but also when Constitutional Court without finding a law contradiction the Constitution reveals its constitutional meaning different from the meaning given to it by courts in the consideration of the case. Recognition by the constitutional court of a law unconstitutional or revealing of its actual constitutional and legal meaning entails not only the obligation of courts to review their decisions based on this law in the concrete case, but also entails inadmissibility of interpretation and application of the provisions in law enforcement practice in constitutional and legal sense different from the meaning that has been revealed by the Constitutional Court. Also courts cannot be guided by law which has previously been recognized unconstitutional in the relevant judgment of the Constitutional Court. As an example I can name judgment of 22<sup>nd</sup> march 2018. The case under review, of constitutionality of sections 1 and 3 of article 107 of criminal procedure code of the Russian federation, in connection with the complaint of Mr. Kostromin.

According the facts of the case, a company which has been operating in market for many years owes worker's wages. This circumstance became an occasion for criminal prosecution of its director general and appointment of a subsequent house arrest as a preventive measure. However, after the charges were the investigation to the court was the termination of the criminal case and the appointment of fine to the accused since the wages are repaid.

However the court extended the house arrest of the director general for several months more, therefore this man had to apply to the Constitutional Court to recognize that such a measure of restrain (preventive measure as a house arrest) is not applicable in the case of bringing a person to criminal responsibility for a crime of minor gravity. Early, the Constitutional Court repeatedly pointed out that the court ordering election of measures of restraint was obliged to sufficiency of material available case.

I would in the end say thank you very much of the invitation.

**Koffi TAGBE**  
*Membre de la Cour constitutionnelle*  
*(Togo)*

**Merci monsieur le Président,**

Avant toute chose, permettez-moi de faire le porte-voix de mon président ici présent pour exprimer ses remerciements à la Cour constitutionnelle sœur du Maroc pour son aimable invitation et surtout de cette opportunité qu'elle nous a donnée de partager notre expérience si modeste soit-elle.

Cela étant, il faut dire que la Cour constitutionnelle à l'état actuel a été instituée par notre constitution du 14 octobre 1992, et à l'occasion, cette constitution conformément à l'article 99 de la constitution est la juridiction chargée de la constitutionnalité des lois, et au côté du contrôle de constitutionnalité *a priori* la constitution a instituée un contrôle de constitutionnalité *a posteriori* et ce contrôle de constitutionnalité *a posteriori* a été prévu par l'article 104 alinéa 6 de notre constitution. Au terme de cette disposition, au cours d'une instance judiciaire toute personne physique ou morale peut *in limine litis*, devant les cours et tribunaux soulever l'exception d'inconstitutionnalité d'une loi et dans ce cas la juridiction sursoit à statuer et saisit la cour constitutionnelle. Donc pour que ce mécanisme d'exception d'inconstitutionnalité soit mise en œuvre, il faut d'abord que la personne qui saisit soit partie au procès et que cette personne puisse invoquer l'exception tout au début de la procédure c'est-à-dire (*in limine litis*) avant la défense au fond.

Mais il faut dire que la juridiction devant laquelle l'exception a été soulevée n'as pas un pouvoir d'appréciation, il lui est fait injonction de saisir le juge constitutionnel pour que ce juge constitutionnel puisse se prononcer sur la constitutionnalité ou non de la loi. Il faut dire que plus deux décennies après la mise en place de cette exception ou bien de l'ouverture de la saisine il y a plusieurs questions qui se posent surtout la question relative à la définition des normes de référence.



En voyant le siège de ce mécanisme qui est l'article 104 alinéa 6, il est clair que cette définition constitue un enjeu primordial pour la mise en œuvre de cette procédure. Cette identification est l'une des conditions essentielles et préalables à la mise en œuvre du mécanisme, parce que l'article 104 n'a pas défini les normes auxquelles doit se référer le juge pour pouvoir mettre en œuvre ce mécanisme.

Mais il faut dire que, combien même, la saisine est très très rare, depuis 1997 où la Cour constitutionnelle a été mise en place, on a à peine une dizaine de saisines au titre de l'exception de la constitutionnalité. Il faut dire que dans une décision du 2 octobre 2007, la Cour s'est prononcé et a réussi à circonscrire les normes auxquelles elle peut se référer pour que la saisine ou bien le mécanisme puisse être mis en œuvre.

Donc à l'occasion, quatre personnes avaient été arrêtées et déférées à un juge, devant une juridiction qui fonctionnait sous le régime de l'article 32 alinéa 3 de l'ordonnance de 1978, portant organisation judiciaire. C'était un juge unique, ce juge avait reçu ce qui lui avait été déféré, il les avait placés sous mandat de dépôt, et devait à l'audience lui-même les juger.

Et à l'audience ceux-ci, ont estimé que cette procédure ne garantissait pas leurs droits fondamentaux à un procès équitable. Donc ils s'étaient plutôt fondés sur l'article 10 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme de 1948 et l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, et la Cour leur a donné raison, elle a déclaré recevable cette requête, ce qui, à partir de ce instant, il est évident que les normes qui peuvent servir de référence, ou bien dont la violation peut permettre au justiciable de mettre en œuvre ce mécanisme, ne ressortent pas uniquement de la constitution, mais aussi des instruments internationaux. Ceci s'inscrit dans la droite ligne de l'article 50 de notre constitution, la constitution du 14 octobre 1992 qui dit « *les droits et devoirs énoncés dans la Déclaration universelle des droits de l'Homme et dans les instruments internationaux relatifs aux droits de l'Homme ratifiés par le Togo font partie intégrante de la constitution* ». Donc à partir de ce moment, il est clair que tous les instruments internationaux relatifs aux droits de l'Homme, qui sont ratifiés par le Togo font partie intégrante de la constitution, et donc les normes dégagées par ces instruments internationaux peuvent servir de base à la mise en œuvre de la procédure. Il y a là une extension de la constitution aux instruments internationaux, il ne s'agit pas seulement d'une extension statique, mais d'une extension dynamique, en ce que dès au fur et à mesure que le Togo ratifie les instruments internationaux,

ces instruments internationaux relatifs aux droits de l'Homme intègrent la constitution et donc peuvent servir de base à la mise en œuvre de la procédure.

Monsieur le président, il y a là un avantage certain et que les autres ont déjà invoqué, nous n'allons pas s'attarder dessus, tous ce que nous voulons dire aujourd'hui c'est qu'il y a cette rareté à nous saisir, et il faut que les citoyens puissent s'approprier le mécanisme pour pouvoir le mettre en œuvre, et d'autre part saluer l'intelligence du constituant togolais d'avoir adopté une démarche dynamique d'intégration des instruments internationaux à la constitution ce qui fait que les normes sont élaborées au fur et à mesure. Mais il y a lieu de réaliser et de dire en ce sens que les normes de référence comme toute œuvre humaine sont des normes qui sont toujours en construction, qui se déterminent, se définissent au jour le jour, qui s'enrichissent, pour ne pas dire qui se réalisent au contact d'autres Hommes et d'autres espaces, et c'est en cela qu'une fois encore nous saluons l'organisation de ce colloque que nous voyons déjà qui se révèle très stimulant et sera sans doute plus que fécond et nous en remercions monsieur le président.

## **Abdelilah FOUNTIR**

*Directeur général de la législation, Secrétariat général du gouvernement  
(Royaume du Maroc)*

### **Résumé**

La communication met en exergue la diversité des choix adoptés par les différentes expériences nationales en matière du contrôle de constitutionnalité des lois *a posteriori*. Cette diversité est analysée en fonction des normes de référence applicables, des stratégies d'harmonisation de la législation nationale avec le droit international des droits de l'Homme et de la conception des procédures de recours.

**Le texte intégral de la communication aux pages 62 - 67  
de la partie en langue arabe**



**Deuxième Séance**

**Mécanismes d'appui et  
dématérialisation des procédures:  
leviers d'accès à la justice  
constitutionnelle**



**Mourad MEDELICI**  
*Président du Conseil constitutionnel*  
(Algérie)

**Monsieur le Président de la Cour Constitutionnelle du Royaume du Maroc**  
**Monsieur le Secrétaire Perpétuel de l'Académie Royale**  
**Chers Collègues,**  
**Mesdames et Messieurs**

Je voudrais tout d'abord vous remercier Monsieur le Président et, à travers vous, tous ceux qui ont contribué à l'organisation de ce Colloque International qui nous réunit aujourd'hui sur un thème aussi important.

La pertinence du thème choisi me donne également l'occasion de relever la clarté de la note conceptuelle qui nous a été transmise et qui éclaire le champ des enjeux et des défis liés aux concepts de contrôle de constitutionnalité *a posteriori*, qui est au cœur de nos acquis, pour certains, et au cœur de nos attentes pour d'autres.

La présence d'institutions intéressées au niveau national et international va nous permettre de partager nos connaissances sur un sujet qui devient, aujourd'hui, celui des citoyens également.

Il vous souvient que nous avons, à Alger, partagé en novembre 2017, nos informations sur le rôle du citoyen qui devient un acteur pour la défense de la constitution à travers le contrôle *a posteriori* et l'exception d'inconstitutionnalité.

Le Colloque de Marrakech qui s'inscrit dans le même objectif apportera, sans doute, des éléments de confortement nécessaires sur ce sujet.

En me rapprochant du sujet de notre session, je voudrais partager avec vous des éléments d'appréciation sur les mécanismes d'appui, ainsi que sur la question de dématérialisation.

Toutes ces questions sont, bien sûr, très importantes car la saisine par le citoyen doit être facilitée et, par ailleurs, nos institutions doivent faire face, dans les meilleures conditions possibles, a un nouveau plan de charge qui doit être pris en compte dans des délais courts, nécessitant des moyens de communication modernes.

Mais, laissez-moi tout d'abord m'interroger avec vous sur la définition de ce que nous désignons sous le timbre «Mécanisme d'appui».

Il est vrai que nous ne disposons pas, sauf erreur, d'une liste exhaustive de ces mécanismes, même si nous sommes rassurés avec la présence de Monsieur le Président de la Commission de Venise et de son appui, pour clarifier ces concepts.

Dans le doute, je donnerai l'acception la plus large au thème de mécanisme en empruntant un procédé simplificateur qui nous transposera dans l'industrie automobile.

Dans cette industrie, les mécanismes concernent les moteurs, le frein, l'embrayage et bien d'autres mécanismes, y compris la climatisation et jusqu'aux essuies glace, mais tous les mécanismes sont répertoriés dans des notes techniques accessibles au conducteur.

Pour revenir à ce que nous pourrions appeler la Q.P.C. (Question Prioritaire de Constitutionnalité), avec le contrôle de constitutionnalité *a posteriori* les mécanismes d'appui sont divers :

- Le mécanisme d'appui financier au titre de l'aide juridique accordée aux citoyens pour leur permettre de faire face aux frais d'avocats ;
- Les mécanismes liés à la formation des magistrats et de tous ceux qui activent dans le domaine ;
- Des leviers pour optimiser l'organisation de nos Cours et de nos Conseils pour tenir compte de ces nouvelles expériences de contrôle *à postériori* ;
- Les procédés d'aide à la décision, y compris pour la bonne maîtrise des procédures de rédaction des avis et des décisions ;
- Sans oublier toutes les procédures liées au bon fonctionnement des différents mécanismes d'appui.



Par ailleurs, il est utile de désigner les différents acteurs concernés par ces mécanismes.

- Les justiciables eux-mêmes c'est-à-dire les citoyens et les personnes morales qui doivent accéder facilement au dispositif;
- Les avocats et autres experts;
- Les magistrats et les juges en charge des dossiers.
- Les institutions «filtre»;
- Les Cours et Conseils Constitutionnels qui ont en charge les saisines pour les traiter dans la cohérence avec les normes juridiques et dans les délais requis;
- Peut-être faudrait-il ajouter à cette liste la sphère des médias qui contribue à mieux informer l'opinion publique sur ces mécanismes lorsqu'ils sont nouveaux et des décisions prises par nos institutions in fine.

En Algérie, nous nous sommes engagés résolument dans ces différents procédés et ce, suite aux amendements de la constitution en mars 2016 et l'intégration du contrôle *a posteriori* à travers l'exception en inconstitutionnalité.

L'article 188 de la Constitution précise que le Conseil est saisi sur renvoi de la Cour Suprême ou du Conseil d'Etat.

Depuis septembre 2018, la Loi Organique prévue par la Constitution a été votée et soumise à la vérification par notre Conseil qui a rendu sa décision.

C'est sur cette base que les règles de fonctionnement du Conseil sont en cours d'adaptation et que nous disposerons d'un texte plus précis dès novembre 2018.

Un programme de sensibilisation et de formation a, par ailleurs, été lancé qui se déroulera tout au long des six derniers mois qui nous séparent de mars 2019 qui doit voir le début de la mise en œuvre de l'article 188 de la Constitution.

C'est ainsi que les missions de chacun seront clarifiées ainsi que les *modus operandi* en veillant à l'uniformisation dans l'application sur le terrain et au respect des délais dévolus aux différents niveaux du processus de contrôle *a posteriori*.

Quant à la dématérialisation des procédures, elle doit bénéficier d'une tendance globale observée avec le développement de la numérisation.

Avec la dématérialisation plusieurs objectifs sont visés et particulièrement les suivants :

- le respect des délais avec un nombre de dossiers plus importants à traiter ;
- L'accès le plus large aux données utiles pour traiter les dossiers ;
- Le bon ordonnancement des données et le développement de l'interactivité ;
- Sans oublier de veiller à la sécurité des données et à la protection des données personnelles ou confidentielles.

Bien entendu, la numérisation relève d'une démarche de mise en œuvre progressive.

En Algérie nous nous y préparons activement quand bien même elle a déjà été mise en œuvre déjà pour les besoins du contrôle et, singulièrement, pour le contrôle des élections présidentielles et nationales dont notre Conseil est chargé.

Avant de terminer mon intervention, je voudrais faire une transition avec celle qui a clôturé la session de ce matin et qui a donné au représentant du Secrétariat général du gouvernement du Maroc l'opportunité d'évoquer la question de la paix.

En effet, la paix est elle-même liée aux garanties et à la Justice Constitutionnelle.

C'est d'ailleurs le thème de la «*Paix et de la Justice Constitutionnelle*» qui a été retenu pour 2020, qui verra se tenir à Alger la réunion du 5<sup>ème</sup> Congrès Mondial des Cours et Conseils Constitutionnels.

Je vous remercie pour votre aimable attention.

**Adel Omar CHERIF**  
*Vice-President of the Supreme Constitutional Court*  
*(Egypt)*

**In the name of Allah, Most Gracious, Most Merciful.**  
**Assalamu alaikum wa rahmatullah wa barakatuh**  
**Honorable Ihrai, President of the Constitutional Court of Morocco,**  
**Honorable and Excellencies Chief Justices and Senior Justices of**  
**Constitutional Courts from all over the world,**  
**Friends and Colleagues,**  
**Distinguished Audiences,**  
**All protocol observed**

It is really a great honour for me to be here at this brilliant conference; this brilliant gathering that brings all of us together from different jurisdictions to meet, as the habit has developed over the past few decades, allowing us some opportunities, not only to see each other frequently, but also to be able to support one another in times wherein serious difficulties really come upon some of us; and this is the essence of this conference, particularly when we talk about the accessibility to constitutional justice, and the relevant challenges that encounter us here today in this area; and perhaps one of these challenges is digitalisation; a topic that I have never thought I would, one day, be asked to address in an international conference. This is simply due to the lack of my adequate understanding of this technical field in particular.

Nonetheless, we have to admit that there have been, in fact, lots of developments that have taken place lately in this very particular field. Incidentally, I have found myself personally involved in this area while overseeing the organizational activities of the High Level Meeting of the Chief Justices and Presidents of the African Constitutional and Supreme Courts and Councils that takes place every year in Egypt. During our last year's meeting, we decided to establish an African Information Hub that comprises all constitutional jurisdictions of Africa with an ultimate goal to

upload information about these constitutional courts, and then give them the opportunity to have an interactive facility amongst themselves, wherein they could easily exchange information about their rulings and about the ongoing developments at the judicial and legal level in their own respective countries. Therefore, out of a sudden, I have become responsible for this overseeing process, and this allowed me to have some role as well as some involvement in the process. In fact, the shaping up of the future of this hub; of this network, has been a collective effort that we have been performing in collaboration with all of you; the African judges, who have generously lend us their support; and we are very much hopeful that by the time the next meeting takes place in Cairo in February 2019, that we will be able to launch this hub in your presence, and have all of you as a part of this magnificent process; and definitely, be a part of this digital information revolution.

Well, it goes without saying, Ladies and Gentlemen, that we talk today about the accessibility to constitutional justice *الولوج إلى العدالة الدستورية*. This notion really constitutes an inherited part of the right to court, or the right to justice, as we all have come to perceive and understand this fundamental right. In my own jurisdiction, for example, we have developed a very well established jurisprudence, at the Supreme Constitutional Court of Egypt, in this very particular area. In accordance with our jurisprudence, when we look at the right to justice or the right to go to court, we divide this right into three connected circles: First, the litigant must have a right to go to court without burdens of any kind; this is the essence of the concept of access to justice in its purest sense. Second, once he has reached the court, he would be having a right to have a fair trial or hearing, conducted in accordance with the rights guaranteed by the state constitution, together with all valid requirements necessitated by international instruments and those recognised by civilized nations. Third, and finally, once he has been tried fairly, he would be entitled to have the decision passed in his case immediately enforced. Thus, all these three elements constitute together the right to go to court or the accessibility to court; so it is not only one stage that establishes that right within the jurisdiction of the Supreme Constitutional Court of Egypt, but rather three bonded stages.

Today, Ladies and Gentlemen, we have no doubt that the digital revolution will impact our understanding to the right to court in modern age. Despite the good intentions we are all having and good efforts we are all excreting; the share of technologies we are now utilizing does differ from one country to another in our African continent. There is always an existing difference between countries who have gone through the process of

digitalization for a long period of time, and those countries who are still about to get into it. In my jurisdiction, we presume that we have somehow developed some know-how in this particular area, and have become able to establish the required base that will allow litigants to have an easy-access to court through a digitalised system. However, we should not ever think that this is an easy process, because once you have allowed people to have some digital access, this may occasionally contradict with some basic rights of others.

Accessibility might infrequently lead to some infringements upon certain specific rights and freedoms, such as those rights connected with personal privacy, for example. Herein, the state must have a role to play; the state must have a very specific mandate to exercise here in this particular area, and that might require the state to be tough at some points in order to put things in their right framework. And whenever the state becomes tough, it would infringe upon some of the people's rights and freedoms; and thus we got into a controversy whether human rights are eventually protected or violated, therefore, the whole process has to be thought of very wisely; and this is the mandate of the state as I have said before; and that is what we are really trying to do; and that is what we have actually managed to establish within our own jurisdiction.

What we see today, Ladies and Gentlemen, at all different level of courts, in different jurisdictions, is that many individuals have begun to access courts electronically in most cases; so the access process, *per se*, is gradually being digitalised. Meanwhile today, we could see that judges themselves and most courts are having access to a great number of very well established databases that link them to the jurisprudence and decisions of their own courts and other courts as well, within their countries and even beyond. This is, in fact, what we expect from the establishment of the African Virtual Hub, where we will not only allow African judges to have access to their own databases, but we will also allow them access to what each African country has and what other international courts have as well. So, this is a massive process that really needs a lot of dedication, and needs a lot of commitment, but if we believe in constitutional justice, and if we believe in this noble cause of protecting human rights and freedoms, we should do all the sacrifices needed in order to put things in their right place and provide our peoples with these electronic facilities.

Definitely, we are committed to this cause; we have done it in our jurisdiction wherein we have a very well longstanding tradition of

constitutional justice. In Egypt, we did not only show our commitment to constitutional justice fifty years ago when the first specialized constitutional court was established; but rather beyond that time, far and far beyond that about one hundred and fifty years ago, when Egyptian courts laid down the bases for the establishment of the concept of constitutional review; when courts of law adopted an abstention review techniques by abstaining from enforcing legislation that they believed, at the time, they were inconsistent with the Egyptian supreme law; the Egyptian basic law; or Egyptian constitution. Today, we have a very strong, well established constitutional judiciary that stands as a leading institution and as a leading constitutional organisation within the whole Arab region. Next year, we are celebrating our fifty anniversary and all of you will definitely be invited to this important event wherein all of us will be having the opportunity to get together again, and exchange our views on so many important topics, one of them, as I have said, is the accessibility to justice through using the digital information technologies; in the course of a digital information revolution.

In conclusion, let me once again, Ladies and Gentlemen; thank President Ihray for including me, and my colleagues, in this important event. Thanks to all of you, for listening to my presentation, which I did not prepare in advance, simply because we were actually informed that we have to play this role at the very last minute. But definitely we are performing this task happily, and we are very willing to cooperate with our friends and colleagues at the Moroccan Constitutional Court and other Constitutional Courts and Councils that we very much respect and appreciate. We, indeed, are looking forward to establishing good ties, solid contact and cooperation activities with all of you in future. Thanks to all of you, and God bless you all.

**Ilkka KANTOLA**  
*Member of the Constitutional commission*  
*(Finland)*

**Your Excellencies,**

**Honorable President of the Constitutional Court of Morocco,**

It is a great honor to be here, with this very top quality conference. It is the third time I visit Morocco in ten years as member of Finnish Parliament and every time we had discussions with Moroccan people about this development in constitutional thinking and constitutional and judicial areas, and I must say you have a remarkable contribution to this discussion, which is very important here in North Africa and also in Europe. So it is an honor to be here with you.

In Finland, several institutions are responsible for the supervision of constitutional rights. The focus in the supervision of constitutional rights is on the *ex-ante* review of legislation before laws enter into force. Systematic and careful control is carried out to make sure that no acts or decrees are issued that would be in conflict with the Constitution.

In the *ex-ante* review, the content of the legislative proposal is scrutinized; a part of the task is therefore to check that the legislation proposed does not encroach about the constitutional rights.

All *ex-ante* review takes place at abstract level, the aim is to determine how an act or a decree which might be applied in the future. This review is carried out by the Chancellor of justice of the government on one hand, and on the other hand through the Constitutional law Committee of the Parliament.

In legislative process, Parliament is the focal point in *ex-ante* review. Finnish supervision of the constitutionality of legislative proposals takes place within the Parliament. In practice, the Constitutional law Committee in Parliament is the authority in questions concerning the compatibility of legislative proposals with the Constitution. In other words, the Committee

plays a significant role in controlling that the constitutional rights are met when a new legislation is enacted.

The Constitutional law Committee consists solely of members of Parliament so politicians, members of Parliament, representing both government and opposition parties, many of them are lawyers by education. I am not a lawyer by the way. The Constitution law Committee is not a political organ, that's would be stressed in our understanding, it is not a political organ, also the other committees in Parliament are political organs.

The Constitutional law Committee is more like a judicial organ, so we use to say that when we enter as politicians, when we enter the room of the Committee, so we undress our political views and understanding, and our goals, and then we understand us more like judges in a Court where we are in the Committee room, and we start discussing the issues at the table.

The Committee hears professors and scholars in constitutional law as experts in assessing the constitutionality of a government bill. If unanimous, these experts often have considered influence and it is not uncommon that the Committee finds government bill to be unconstitutional in one or more respects, and the Constitutional law Committee tries to make unanimous solutions by itself, so we are voting very seldom.

The Constitutional law Committee holds a central role in enforcing the Constitution, when laws are enacted. The Committee gives its statement on the constitutionality and congruence to International Human Rights treaties of all draft bills and other issues. The statements are the main task of the Committee when measured by the amount of work and work is lot to do.

The Constitutional reform of 1999 strengthened the meaning of the constitutional rights. In the new Constitution of Finland, the Courts were also given powers to supervise the constitutionality of the parliamentary acts. Before it was only the Constitutional law Committee who had this control, but now, in this reform, also the courts were given powers to supervise the constitutionality of the parliamentary acts, so, if in a matter been tried by a court of law, the application of an act would be in an evident conflict with the constitution, the court of law shall give primacy to the provision in the constitution.

However, the focal point of the Finnish system of constitutional justice lies still inside the Parliament. There can be no evident conflict if the constitutional law committee has scrutinized the act, this gives constitutional



justice democratic legitimacy and also transcend the conflict between democratic law maker and Constitutional Court inside the parliament.

The origins of this choice can be traced to different sources. Finnish constitutional change came about for legal pragmatic reasons related to European integration and the need to harmonize domestic constitutional and international human rights protections. The incorporation of the European Convention of Human Rights in 1990, the constitutional rights reform in 1995, and the accession to the European Union in the same year (1995), as well as the constitutional reform in 1999, have already diminished the previous commanding role of the parliamentary sovereignty.

The trend toward Europeanization and constitutionalization started to get doubt on the viability of the absolute prohibition against judicial review of the constitutionality of acts of Parliament. In the course of 90's, eventually European Union membership prove to be the final straw, so to say by empowering all Courts to review the compatibility of all Finnish law including acts of Parliament and even the constitution of Finland with E.U. law.

There is no systematic *ex-post*, so *a posteriori* review of the constitutionality of legislation in Finland or of how the constitutional rights are upheld in practice, however there is still access to constitutional justice, citizens can retrospectively and once an act or decree has entered into force, they can request that application of the act or decree in individual cases be tested in order to determine whether it has led to infringement of constitutional rights. So, anyone who feels that his or her constitutional rights have been violated can file a complaint to the highest Supervisor of legality, to the Chancellor of justice of the government, or to the Parliamentary Ombudsman. Courts also have the opportunity to exercise *ex-post* review when handling cases that citizens have brought before the court. If the application of an act in an individual case would be in evident conflict with the constitution, for example a fundamental right which is in the constitution, so the court must give the primacy to the constitution by refraining from applying the act in question.

In individual cases, *ex-post* review complements *ex-ante* review in Finland, and offers the opportunity to pinpoint concrete cases, in which constitutional rights have been neglected. *Ex-post* review is also concrete, it concerns individual situations that have arisen in the application of legislation that has entered into force, in which constitutional rights are examined

retrospectively depends almost exclusively on citizen's initiative. So ex-post review is therefore random.

Mister chair, I hope I said something on the mechanisms of our system of control of constitutionality, but not so much about the digitalization because i did not find this invitation to be prepared, thank you very much.

## **Abdelkebir TABIH**

*Avocat, Membre du barreau de Casablanca  
(Royaume du Maroc)*

### **Résumé**

La communication propose une réflexion sur une série de questions fondamentales concernant l'accès à la justice constitutionnelle. Ces questions portent sur la nature du contentieux constitutionnel dans le cadre du contrôle *a posteriori*, la question du contradictoire et les droits de la défense dans le contexte de la dématérialisation des procédures, la question de l'efficacité et la gestion des flux de recours dans le cadre de l'exception d'inconstitutionnalité.

**Le texte intégral de la communication aux pages 79 - 85  
de la partie en langue arabe**



## **Troisième Séance**

**Les cheminements procéduraux :  
pour un meilleur accès à la justice  
constitutionnelle**



**Candido CONDE PUMPIDO**  
*Membro del Tribunal constitucional*  
(España)

**Muchas gracias señora Presidenta,**

Una de las características del sistema de jurisdicción constitucional es la existencia de un modelo especial de protección de derechos humanos. Ese mecanismo se domina en España recurso de amparo usando una expresión que es habitual también en otros países latinoamericanos. El recurso de amparo se configura en España como un recurso extraordinario y sucedario. No es por lo tanto el único medio para la protección de los derechos constitucionales pero si es el último medio de garantía de esos derechos. La constitución no pretendió desplazar a los órganos judiciales ordinarios de la tutela de los derechos fundamentales, los jueces y tribunales no solo están vinculados a la constitución y en particular a todos los derechos y libertades sino que además constituyen los garantes ordinarios de esos derechos pero lo que si se ha establecido que hay un mecanismo sucedario para cuando los mecanismos ordinarios de protección de los derechos de un funcionario y por lo tanto es necesario que es siempre exista un recurso ordinario anterior al amparo. La existencia de este mecanismo especial de protección de los derechos fundamentales ante la jurisdicción constitucional no es una exigencia inherente a los modelos de justicia constitucional concentrada. Algunos estados que cuentan con un tribunal constitucional tienen, efectivamente, la presidenta, hablaba de escuela europea fundada en el modelo francés. pero la escuela europea fundada en el modelo alemán lo que tiene el modelo, concretamente en Alemania, en Austria, en España y en otros países del centro de Europa existe el recurso de amparo pero existe otros estados que aunque tengan tribunal constitucional carecen de una vía de una tutela de los derechos fundamentales ante la jurisdicción constitucional como es el caso, por ejemplo, de Italia, de Francia, de Bélgica, de Portugal o de Romania.

En la opción del constituyente español en constitución española de 1978 para incorporar este mecanismo de recurso de amparo y proteger los derechos constitucionales recurriendo ante el propio tribunal constitucional se basa en tres ideas principales:

La primera es la tradición histórica española entre las competencias del tribunal de garantías constitucionales que existió en España durante la 2<sup>da</sup> república de 1931 à 1939 se encontraba ya el conocimiento de este recurso de amparo.

La segunda idea que influyó fue el modelo alemán el recurso amparo existe en la constitución en la ley fundamental de Bonn de 1949 en Alemania y en esta constitución alemana constituye la principal referente para el constituyente español por lo tanto incorporó este modelo.

Y la tercera razón fue la necesidad de reaccionar frente al periodo anterior, la constitución de 1978 siguió a una dictadura existente en la fase anterior en la que no se respetaba los derechos fundamentales y por le tanto era necesario establecer un mecanismo para garantizar que estos derechos fundamentales fuesen tutelados no solo los órganos judiciales ordinarios sino el última instancia si no se respetaban como anterioridad que los garantizase el tribunal constitucional.

La previsión constitucional de este mecanismo especial de protección de los derechos fundamentales quiere desde el punto de vista político proclamar al máximo nivel normativo el compromiso del régimen constitucional español con los derechos fundamentales y desde el punto de vista jurídico proporcionar un instrumento necesario para impregnar el ordenamiento de los valores constitucionales que representan los derechos y libertades garantizando con ello la sujeción de todos los poderes públicos al ordenamiento constitucional y a estos valores de carácter fundamental.

Los efectos positivos des recurso de amparo han sido innegable, ha tenido una influencia capital en la reorientación de un ordenamiento jurídico que, anteriormente, era de cuño autoritario y ha sido uno de los principales canales de irradiación de los derechos y de la fuerza normativa de nuestra constitución. La totalidad del ordenamiento jurídico persistente tenía que ser aplicado de acuerdo con los valores y principios de reconocidos en la constitución pero muchas veces la complejidad del asunto o el carácter introvertido de la solución hacia que en la sentencia o la resolución dictada no fuese necesariamente conforme con nuestra constitución, para lo cual



si se hacía al procedimiento en último lugar des tribunal constitucional, el impacto de la doctrina establecida en los recursos de amparo ha sido enorme y por le tanto, tanto en la futilidad de los derechos sustantivos, les derechos fundamentales de carácter material, por ejemplo la libertad de expresión, la prohibición de la discriminación, los derechos de los trabajadores, todos estos recibieron la influencia del tribunal constitucional a través del recurso de amparo y también en el ámbito de las garantías procesales sobre todo en materia penal en el que el tribunal constitucional desarrollo una doctrina por ejemplo, sobre la presunción de inocencia o sobre el derecho de la tutela de las garantías. Todo ello conformo un acervo jurisprudencial importantísimo que se además de los criterios del tribunal europeo de derechos humanos y constituye el complemento indispensable de las proclamaciones de derecho que contiene la norma constitucional. El funcionamiento de recurso de amparo ha sido plenamente asimilado por todos los operadores jurídicos. Les jueces y tribunales, ciudadanos, les abogados todos saben perfectamente que la última palabra en la interpretación de las garantías constitucionales establecidas por la condición, la última palabra y definitiva la tiene el tribunal constitucional; estos inmutables efectos en convención con la amplitud del recurso de amparo que abarcaba los derechos constitucionales más relevantes llevo a que existiese una sobrecarga del tribunal constitucional. En primer año dos asuntos y incluso en 1985 todavía eran menos de mil pero en el año 2006 se había llegado a más de 11.000 de recursos de amparo. Esos 11.000 de recursos de amparo eran imposible de gestionar por el tribunal constitucional y además el tribunal se encontraba sobrecargado por uno de de los tres aspectos de su jurisdicción. El 99 % de los asuntos que entraban en el tribunal eran recursos de amparo y el tribunal que tenía que hacer un gran esfuerzo a resolver estos esfuerzos no podía resolver con tiempo y suficientemente breve las otras dos obligaciones que tiene España en tribunal. Una el control de constitucionalidad de las leyes a posteriori y otra el reparto de competencia entre el poder central y los poderes autonómicos, es decir, la distribución del poder, podríamos decir, en el ámbito federal español. por ello, fue necesario reformar el recurso en el año 2007 con la finalidad de cambiar su orientación, se produjo una funda reflexión para llegar a la conclusión de que la situación ya en el siglo 21 no era la misma situación cuando se aprobó la constitución en la década del setenta des ano del siglo 20.

Entonces, es necesario implanta con fuerza los derechos fundamentales pero ahora ya había 5.000 sentencia del tribunal constitucional que gavia establecido todos una doctrina en estas materias que había sido asimilada por

los tribunales y por tanto ya no era necesario seguir dictando sentencias sobre temas que estaban perfectamente aclarados.

Por lo tanto se decidió darle al recurso de amparo una dimensión más objetiva que subjetiva. No se deja de lado el aspecto subjetivo, es decir, el recurso de amparo necesita en todo caso que exista una lesión de un derecho fundamental pero en lo que se procura es que el nuevo recurso no solamente resuelva un problema con una doctrina jurisprudencial ya existente sino que se dedique y de manera especial a aquellos problemas que tengan trascendencia constitucional, es decir, es que no haya necesidad de evitar una nueva jurisprudencia porque no haya sido objeto de debate con anterioridad, sea necesario cambiar la jurisprudencia o sea necesario aclararla o completarla. Por ello se utilizó un mecanismo que es la necesidad que recurrente aplique y suponga que el recurso tiene un, digamos, un contenido de trascendencia constitucional.

Concluimos, señora presidenta, diciendo que la reforma ha obtenido sus efectos, ha conseguido reducir el número de recursos, actualmente, el tribunal constitucional ha podido resolver con mucha rapidez los asuntos también de inconstitucionalidad de leyes, tenemos que seguir y exponer este, digamos, modelo español, parece que el recurso de amparo ha sido un éxito y que de ese éxito depende también en la garantía de los derechos fundamentales y la garantía de la jurisdicción de toda jurisdicción constitucional.

Y muchas gracias. Merci. شكرا

**Milton REY GUEVARA**  
*Magistrado Presidente del Tribunal constitucional*  
*(Republica Dominicana)*

**Los procedimientos : el acceso a la justicia constitucional en la República Dominicana<sup>1</sup>**

**I. Introcucion**

El Tribunal Constitucional dominicano fue creado por la Constitución del 26 de enero del 2010 como un órgano constitucional autónomo e independiente, en posición de paridad con el resto de los poderes y órganos primarios establecidos en la Constitución. En ejercicio de sus competencias participa de la función jurisdiccional del Estado a través de los procedimientos determinados por la Constitución y su ley orgánica. De esta manera, vigila el proceso de producción e incorporación de determinadas normas jurídicas, a través de dos procesos constitucionales : el control directo de la constitucionalidad de las leyes, decretos, reglamentos, resoluciones y ordenanzas, y el control preventivo de los tratados internacionales. Conoce además de los conflictos de competencia entre los poderes públicos (artículo 185 CRM<sup>2</sup>)

Es el órgano jurisdiccional superior en materia de garantías constitucionales, por lo que puede revisar las decisiones de amparo que adopten el Poder Judicial y el Tribunal Superior Electoral (artículo 94 LOTCPC<sup>3</sup>). Tam-

1. Elaborado por a partir de las siguientes conferencias : « La jurisdicción constitucional de la República Dominicana », Universidad de Valladolid, España, 10 de enero del 2017 ; « la ejecución de las sentencias del Tribunal Constitucional », WVII encuentro de presidentes y magistrados de tribunales y salas constitucionales de América Latina, Distrito Federal, México, 17 de junio del 2016 : Véase también « El control constitucional de los actos parlamentarios a partir de la Constitución dominicana del 2010, Salon de la Asamblea Nacional, Congreso Nacional, Santo Domingo de Guzmán, D.N., República Dominicana, 2 de mayo del 2018.
2. Constitución de la República Dominicana.
3. Ley n° 137-11 orgánica del Tribunal Constitucional y de los procedimientos constitucionales, del 13 de junio del 2011.

bien le concierne revisar la constitucionalidad de las decisiones jurisdiccionales, acerca de cualquier materia, que hayan adquirido la autoridad de la cosa juzgada (artículo 277 CRD) a partir de canones estrictos de admisibilidad (artículo 53 LOTCPS), lo cual le permite direccionar la justicia constitucional difusa, garantizar la unidad de interpretación en materia constitucional y proteger los derechos fundamentales. Sus decisiones son definitivas e irrevocables y constituyen precedentes vinculantes para los poderes públicos y todos los órganos del Estado (artículo 184 CRD).

La instauración del Tribunal Constitucional como jurisdicción constitucional especializada convive con las funciones de justicia constitucional confiadas a los jueces y tribunales del Poder Judicial. Estos continúan siendo los jueces primarios en materia de garantías constitucionales, en tanto son los competentes para conocer de las acciones de amparo, así como de las de habeas data y habeas corpus. Asimismo, los jueces del Poder Judicial mantienen la potestad tradicional del control difuso de la constitucionalidad de modo que « todo juez o tribunal del poder judicial apoderado del fondo de un asunto ante el cual se alegue como medio de defensa la inconstitucionalidad de una ley, decreto reglamento o acto, tiene competencia y esta el deber de examinar, ponderar y decidir la excepción planteada, (aun de oficio), como cuestión previa al resto del caso » (artículo 51 LOTCPC).

Nos referiremos de manera precisa a los distintos procesos y procedimientos conocidos por el Tribunal Constitucional. Haremos énfasis en como opera el acceso a la justicia constitucional, especialmente en lo relativo a los diferentes actores legitimados para incoar acciones y recursos ante el TC. Los requisitos de admisibilidad existentes, y los efectos de las decisiones del TC.

### **Principios rectores del sistema de justicia constitucional**

El sistema de justicia constitucional se rige por una serie de principios rectores llamados a impactar transversalmente la actuación de los jueces al momento de impartir justicia. El primero de estos principios es justamente el de accesibilidad, segundo de los principios de celeridad, constitucionalidad, efectividad, favorabilidad, gratuidad, invalidez, inderogabilidad, informalidad, interdependencia, oficiosidad, supletoriedad y vinculatoriedad. Aunque cada principio tiene su propia fisonomía, estos se encuentran interrelacionados para garantizar la supremacía constitucional y la protección de los derechos fundamentales. De este modo, se trata de una justicia, constitucional libre de formalismos innecesarios y gastos que dificulten su

acceso y diseñada para garantizar el máximo nivel de protección para los titulares de los derechos fundamentales. Es cierto que la observancia de cada uno de los principios opera con criterios de racionalidad diferenciada atendiendo a la tutela de valores objetivos o de intereses subjetivos sin que ello signifique que algún proceso constitucional pueda sustraerse de su aplicación.

## **Procesos y procedimientos constitucionales**

### **A. El control de constitucionalidad de la ley**

El control de constitucionalidad de las leyes y de otras normas jurídicas que surgen en el proceso democrático constituye la primera (y más esencial) atribución del Tribunal Constitucional. Se trata de un proceso constitucional abstracto u objetivo que permite verificar tanto la forma de producción de la ley como su contenido. Este proceso constitucional tiene en el ordenamiento jurídico dominicano un carácter *ex-post* o *a posteriori*, por lo que solo puede ser ejercido por los sujetos legitimados una vez la norma esté vigente. La acción puede ser interpuesta contra leyes, decretos, reglamentos, resoluciones y ordenanzas, que infrinjan por acción u omisión, los contenidos constitucionales; es decir, puede incoarse únicamente respecto de « aquellos actos estatales de carácter normativo y alcance general » (TC/0051/12) y, por tanto, no es un instrumento para reivindicar situaciones particulares. Sin embargo, el TC ha admitido que « los actos administrativos producidos en ejecución directa e inmediata de la Constitución y en ausencia de una ley que los norme, aun no ostenten un alcance general o normativo, pueden ser impugnados mediante la acción directa en inconstitucionalidad » (TC/0041/13).

La ADI puede ser incoada por el presidente de la República, por la tercera parte de cualquiera de las cámaras del Congreso y por cualquier persona con interés legítimo y jurídicamente protegido. Las dos primeras modalidades de legitimación procesal no han sido utilizadas aun ante el Tribunal Constitucional. Por tanto, los pronunciamientos en esta materia surgen a raíz de acciones intentadas directamente por personas físicas y morales que afirman tener un interés legítimo y jurídicamente protegido o ser parte interesada (al amparo de las constituciones de 1994 y 2002); Es cierto que en el control de constitucionalidad de la ley no se ha adoptado un precedente que clarifique el alcance de la noción de « interés legítimo y jurídicamente protegido », noción abierta e indeterminada, sino que el Tribunal ha adoptado una técnica minimalista caso a caso para verificar la legitimación activa.

Es de justicia reconocer que la jurisprudencia constitucional ha sido muy favorable a la apertura de la participación directa en el control concentrado de la constitucionalidad de ley, aunque he sostenido que a mi juicio se ha quedado corta, porque yo soy de los que creen que en la práctica debe darse paso a la acción popular de inconstitucionalidad. Sin embargo, en algunos casos en que el Tribunal ha considerado que concurren intereses de naturaleza difusa, ha reconocido expresamente la legitimación activa de cualquier ciudadano para accionar en justicia (TC/0048/13y TC/0599/15). Asimismo, ha reconocido expresamente que los extranjeros pueden incoar una ADI siempre que acrediten un interés legítimo y jurídicamente protegido (TC/0095/12). Los casos en los cuales el Tribunal Constitucional no ha reconocido legitimación activa para incoar la ADI se circunscriben esencialmente a algunas acciones intentadas por funcionarios públicos en calidad de tales, actuando de manera individual y en ausencia de la debida autorización para accionar o en inobservancia de las competencias que le corresponden directamente al órgano al cual pertenecen.<sup>4</sup>

Ahora bien, cuando un funcionario ha incoado directamente una acción en contra de una norma que le afecta en su calidad de funcionario por estar vinculada al estatuto jurídico propio de las funciones que ejerce, el Tribunal ha podido apreciar un interés legítimo y jurídicamente protegido en el ejercicio de la acción. Es el caso de la sentencia TC/0415/15, donde una jueza del Poder Judicial interpuso una ADI en contra de algunas disposiciones de la ley del Consejo del Poder Judicial y la Resolución que aprueba el Reglamento de Control Administrativo Interno del Poder Judicial. Otro caso a destacar es el de los partidos políticos cuando actúan como accionantes, ya que el tribunal ha afirmado su legitimación activa para incoar ADI en diversos ámbitos. Por ejemplo, en la sentencia TC/0224/17, emitida en ocasión de una acción intentada por un partido político contra la ley num. 24-15, que declaró la necesidad de reformar el artículo 124 de la constitución, relativo a la reelección presidencial. En las sentencias TC/0102/15 y TC/0145/15 el Tribunal reconoció un interés legítimo y jurídicamente protegido a varios

---

4. A modo ilustrativo, el Tribunal declare inadmissible la ADI incoada contra una resolución del Congreso Nacional elevada por un alcalde, ya que este no contaba con la debida autorización del Concejo Municipal para accionar en nombre del ayuntamiento, requisito que se impone para que los alcaldes puedan intentar cualquier acción en justicia (TC/0065/15). En otro orden, no reconoció legitimación activa a un miembro del Ministerio Público que interpuso una ADI contra una disposición del Código Procesal Penal, en el entendido de que al tratarse de asuntos vinculados a la política criminal del Estado debió ser el Ministerio Público como cuerpo que la instaurara, a través Consejo del Ministerio Público, y no uno de sus miembros de manera individual (TC/01114/13).

partidos políticos que elevaron una acción contra la ley Orgánica del Consejo Nacional de la Magistratura<sup>5</sup>.

En cuanto al procedimiento para la ADI, este se inicia con un escrito que debe ser presentado antes la Secretaría del Tribunal Constitucional. La ley exige que el accionante exponga sus fundamentos de forma clara y precisa, con cita concreta de las disposiciones constitucionales que se consideren vulneradas (artículo 38 LOTCPC). En relación al cumplimiento de este requisito, el Tribunal ha declarado inadmisibles aquellos casos en los cuales : a) el accionante no indica las razones por las cuales existe infracción constitucional, limitándose a señalar aquellos artículos de la Constitución presuntamente vulnerados sin subsumir los mismos al caso en cuestión b) no identifica objetivamente la norma jurídica que colida con la Constitución y c) cuando el fundamento de la acción se basa en argumentos de mera legalidad ; por ejemplo, cuando la pretensión real del accionante es que el TC ejerza el control de legalidad de un acto administrativo (Véase TC/0062/12).<sup>6</sup>

La LOTCPC pone a cargo del Presidente del Tribunal la función de verificar que el accionante haya cumplido con los requisitos del artículo 38 de la LOTCPC. Sin embargo, el el Reglamento Jurisdiccional del TC, aprobado por el Pleno del Tribunal el 17 de diciembre de 2014, en ejercicio de la potestad reglamentaria que se deriva de la Constitución y su Ley Orgánica, el Tribunal decidió que en caso de que el escrito no cumpliera con estos requisitos, se le devolviera al accionante para que en un plazo máximo de 5 días realice las correcciones correspondientes y pudiera someter de nuevo el escrito. Si el accionante no hace las correcciones en el plazo indicado o si el escrito continúa presentando deficiencias, el Pleno decide si el Presidente inicia el trámite de la acción (artículo 28 del RJTC<sup>7</sup>). Al otorgarsele al accionante una oportunidad para subsanar las irregularidades que presente el acto introductorio de la acción se favorece considerablemente su acceso a la justicia constitucional.

---

5. Ley num. 132-11, Orgánica del Consejo Nacional de la Magistratura del treinta y uno (31) de mayo de dos mil once (2011).

6. En vinculación a lo anterior, el TC ha establecido que el escrito introductorio de una acción directa debe tener : a) Claridad. Significa que la infracción constitucional debe ser identificada en el escrito en términos claros y precisos ; b) Certeza. La infracción denunciada debe ser imputable a la norma intraconstitucional objetada ; c) Especificidad. Debe argumentarse en qué sentido el acto o norma cuestionado vulnera la Constitución de la República y 4. Pertinencia. Los argumentos invocados deben ser de naturaleza constitucional, y no legales o referidos a situaciones puramente individuales (TC/0150/13 y TC/0021/14, TC/0312/14).

7. Reglamento Jurisdiccional del Tribunal Constitucional.

Una vez incoada la accion y debidamente realizadas las correcciones correspondientes en caso de ser necesario, el Presidente notifica el escrito al Procurador General de la Republica y a la autoridad de la que emane la norma o acto cuestionado, para que en el plazo de treinta dias, a partir de su recepcion, manifiesten su opinion (articulo 39, parrafo, LOTCPC). Sin embargo, la ausencia de opinion del Procurador o la autoridad competente no impide la tramitacion y fallo de la accion (articulo 39, parrafo, LOTCPC). Un extracto de la accion se publica en el portal institucional del TC (articulo 40 LOTCPC). Una vez tramitada la accion y mediante auto del Presidente, el Tribunal convoca a una audiencia oral y publica a fin de que el accionante, la autoridad de la que emane la norma o el acto cuestionado y el Procurador General de la Republica y los intervinientes, si los hubiere, presenten sus conclusiones. De todas formas, la no comparecencia de las partes no impide el fallo de la accion (articulo 41 LOTCPC). En el curso del proceso y para una mejor sustentacion de la accion, el Tribunal se reserva el derecho de requerir de instituciones publicas o privadas informes técnicos (articulo 42 LOTCPC).

El Tribunal ha sido constante en afirmar que el desistimiento de la accion por parte del accionante o su fallecimiento no impiden la continuacion del conocimiento de la accion por parte del Tribunal. Ello encuentra su fundamento en que a diferencia de otros procesos constitucionales, en la accion de inconstitucionalidad se realiza un control normativo abstracto de la constitucionalidad, es decir, con independencia de la aplicacion concretada de la norma en supuestos particulares y con la Constitucion. Además, en el marco del principio de oficiosidad, se impone que el TC adopte las medidas que fueren necesarias para que los procesos constitucionales avancen sin que precise, una vez debidamente incoada la accion, de la intervencion de las partes para el normal desarrollo del proceso (véase TC/0062/12).

En su reglamento jurisdiccional, el Tribunal previo la posibilidad de que las personas fisicas y juridicas, ya sea motivadas por su interés personal o por el interés de una de las partes, participaran en un proceso en curso ante el TC, en calidad de intervinientes, bien voluntarios o forzosos. Para la intervencion voluntaria basta que el interviniente deposite en la Secretaria del TC un escrito motivado, acompañado de los documentos en los cuales se sustenta, si los hubiere. En el caso de la ADI el interviniente debe depositar el escrito, a pena de exclusion, dentro de los diez dias calendarios, contados a partir de la fecha de publicacion de la referencia de los expedientes en el portal web del Tribunal : este plazo puede ser reducido en los casos que el TC declare urgentes (articulo 20 RJTC).



De igual forma, el RJTC instituyó la figura del *amicus curiae* o amigo del Tribunal para que personas físicas o jurídicas, incluyendo instituciones del EStado, ajenas al litigio o proceso del cual esté apoderado el Tribunal, puedan colaborar en su edificación sometiendo un escrito de opinión ante la Secretaría del Tribunal Constitucional, lo cual, para la ADI, debe hacer en un plazo de 15 días calendarios contados a partir de la publicación del extracto de la acción. El *amicus curiae* no se considera parte del proceso y su opinión carece de efectos vinculantes para el TC. En principio, no hay limitación sobre quien puede figurar como *amicus curiae*, salvo que la persona debe poseer reconocida competencia sobre la cuestión debatida (artículo 23 RJTC). Y ello es consono con el objeto mismo de la institución de esta figura, esto es, contribuir a la mejor fundamentación técnica de la decisión.

De este modo, las vías de acceso a la justicia constitucional a través de la ADI son considerablemente amplias en contraste con otras experiencias comparadas, en la medida que los accionantes pueden acceder y colaborar con la justicia constitucional bien como accionantes (cuando demuestren tener un interés legítimo y jurídicamente protegido), como intervinientes (si poseen un interés personal o bien una de las partes lo posee) o incluso como amigos del tribunal a fin de edificar mejor al TC en la cuestión debatida. El TC ha sido flexible al admitir la participación de intervinientes y ponderar los escritos de opinión de los amigos de la Corte en el curso de la ADI, salvo cuando estos son depositados fuera de los plazos antes señalados.

Las decisiones que el Tribunal adopta en materia de control de constitucionalidad son, por regla general de efecto *ex nunc*, es decir, a partir del momento de la adopción, pero la ley permite que el TC pueda modular retroactivamente sus efectos. Estas decisiones no se limitan a las tradicionales de estimación (que declara la inconstitucionalidad de la ley impugnada) o desestimación (que rechaza los cargos de inconstitucionalidad), sino que por mandato de la propia legislación que regula el procedimiento constitucional, el TC puede dictar sentencias interpretativas o de cualquier otro tipo admitida en la práctica comparada.

Ello le ha permitido al Tribunal, por ejemplo, dictar sentencias « aditivas » (añadiendo elementos mínimos extraídos directamente de disposiciones constitucionales (TC/0012/12) y « supresoras » (eliminación de exceso de regulación o acotando al ámbito de aplicación de la ley (TC/0093/12) o meramente interpretativas (al señalar la interpretación constitucionalmente adecuada que debe hacer el aplicador) o exhortativas (al señalar al Congreso regulaciones

deficientes u omisiones normativas que requieren el oportuno ejercicio de la función legislativa (Sentencia TC/0189/15). También ha modulado los efectos temporales de algunas decisiones de inconstitucionalidad, al mantener vigente la norma por un plazo razonable para evitar un vacío normativo mientras el Congreso adopta una legislación conforme a la Constitución (TC/0489/2015). Incluso ha aplicado el llamado « premio del recurrente » para retroactuar los efectos de una declaratoria de inconstitucionalidad en beneficio exclusivo del accionante (Sentencia TC/0033/12).

Sobre los efectos de la denegación de la acción, la LOTCPC prevé que las decisiones que denieguen la acción, « deberán examinar todos los motivos de inconstitucionalidad que se hubieren alegado para fundamentarla. Únicamente surtirán efecto entre las partes en el caso concreto y no producirán cosa juzgada » (artículo 44 LOTCPC). Por el contrario, « Las sentencias que declaren la inconstitucionalidad y pronuncien la anulación consecuente de la norma o los actos impugnados, producirán cosa juzgada y eliminarán la norma o acto del ordenamiento. Esa eliminación regirá a partir de la publicación de la sentencia » (artículo 45 LOTCPC). Se prevé, además, la posibilidad de anular disposiciones conexas a la norma cuya inconstitucionalidad hay sido declarada, así como la de los actos de aplicación cuestionados (artículo 46 LOTCPC).

## **B. Control preventivo de tratados**

Otra de las competencias del Tribunal Constitucional es ejercer el control preventivo de los tratados internacionales, el cual es obligatorio y opera antes de la ratificación legislativa, para evitar que el país se haga compromisorio de obligaciones internacionales que sean contrarias a la Ley Fundamental de la Nación. Así que todo tratado suscrito o firmado por el Presidente de la República, el Ministro de Relaciones Exteriores o cualquier otro agente ejecutivo debidamente autorizado debe pasar al Tribunal Constitucional para su revisión preceptiva antes de ser remitido al trámite de ratificación congresual. La remisión al Tribunal Constitucional suele hacerse por vía de una comunicación oficial proveniente del Poder Ejecutivo, en el que se explica sucintamente la naturaleza del tratado.

El control del Tribunal Constitucional es estrictamente jurídico, procura verificar la compatibilidad entre las obligaciones que el Estado pretende asumir en el acuerdo, convenio, pacto o tratado internacional y la constitución de la República. La decisión que el Tribunal Constitucional adopte es vinculante, en el sentido de que no puede ser ratificado un tratado cuando este verifique

que alguna de sus clausulas es contraria a la Constitucion, pero el Congreso es libre de ratificar o no, por razones politicas, un convenio que el TC considera conforme a la Constitucion. Al igual que en la ADI, se admite la intervencion de ciudadanos u organizaciones, con pericia en los temas tratados, a través de la figura juridica del « amicus curiae », el cual dispone de un plazo de cinco dias calendarios para someter su escrito de opinion, a partir de la publicacion de la referencia del expediente en el portal web del tribunal.

### **C. Conflicto de competencias**

La Constitucion le atribuye cometenca al Tribunal Constitucional para conocer los conflictos entre poderes y organos del Estado. Este proceso procura asegurar que los organos constitucionales ejerzan sus atribuciones dentre del marco estricto de las competencias que la Constitucion les ha trazado. El Tribunal ha rechazado la posibilidad de que los particulares intervengan voluntaria o forzosamente en el conflicto que se instaura entre dos o mas entidades de derecho publico que se disputan competencias entre si (conflicto positivo), o que se niegan a asumir (conflicto negativo) una competencia constitucional (TC/0305/14).

### **D. Revision de amparo y decisiones jurisdiccionales.**

El Tribunal Constitucional es el organo jurisdiccional superior en materia de garantias constitucionales (amparo y habeas data), por lo que puede revisar plenamente decisiones que « actuando como juez de garantias constitucionales » adopten el Poder Judicial o el Tribunal Superior Electoral. Esta competencia revisora se materializa a través del recurso de revision de sentencias de amparo (que incluye las dictadas en materia de habeas data). Este recurso se interpone mediante escrito motivado en la secretaria del tribunal que dicto la sentencia de amparo, en un plazo maximo de cinco dias (francos y habiles) contados a partir de la fecha de su notificacion (articulo 95 LOTCPC). Los intervinientes voluntarios disponen de un plazo de cinco dias calendarios a partir de la fecha de publicacion de la referencia de los expedientes en el portal web del TC. Se admite la participacion de amicus curiae en relacion a recursos de revision de amparo sobre derechos colectivos y difusos, en cuyo caso los amigos de la Corte dispondran del mismo plazo que los intervinientes para someter su escrito.

Tanto la accion de amparo como el recurso deben presentarse de forma escrita y contener los datos generales del reclamante y del abogado constituido, si lo hubiere, el señalamiento de la persona fisica y moral supuestamente

agravante ; la enunciación sucinta y ordenada de los actos y omisiones que alegadamente han infligido o procuran vulnerar, restringir o limitar un derecho fundamental del reclamante, con una exposición breve de las razones que sirven de fundamento a la acción ; la indicación clara y precisa del derecho fundamental conculcado o amenazado, así como la fecha de la redacción de la instancia y la firma del solicitante de protección o la de su mandatario, si lo hubiere (artículo 75 LOTCPC). En el caso específico del recurso de revisión ante el TC, debe constar de forma clara y precisa, los agravios causados por la decisión impugnada (artículo 96 LOTCPC).

A pesar de que tanto la acción como el recurso deben presentarse de forma escrita, para aquellas personas que no puedan firmar o que carezcan de aptitud para la redacción del escrito la ley establece lo siguiente : « En caso de que el reclamante no sepa o no pueda firmar, deberá suscribirlo en su nombre una persona que no ocupe cargo en el tribunal y que a solicitud suya lo haga en presencia del secretario, lo cual éste certificara. La persona reclamante que carezca de aptitud para la redacción del escrito de demanda, puede utilizar los servicios del tribunal o del empleado que éste indique, quedando sometida la formalidad de la firma a lo anteriormente prescrito » (artículo 76, numeral 6). Con ello se facilita el acceso a la justicia a quienes presentan alguna dificultad para cumplir con la forma en que deben presentar la acción de amparo, al tiempo que se garantiza que al igualdad en el acceso a la justicia constitucional será real y efectiva.

La admisibilidad del recurso de revisión « esta sujeta a la especial trascendencia o relevancia constitucional de la cuestión planteada, que se apreciara atendiendo a su importancia para la interpretación, aplicación y general eficacia de la Constitución, o para la determinación del contenido, alcance y la concreta protección de los derechos fundamentales ». Debo, admitir que el Tribunal ha sido bastante flexible con la aplicación de los criterios que determinan la especial relevancia o trascendencia constitucional cuya concreción se realiza caso por caso. El recurso de revisión en materia de amparo opera en la práctica con una ampliación de capacidad de decisión para el Tribunal Constitucional porque al tratarse de la alzada de un proceso de estricta naturaleza constitucional, el tribunal puede no solo anular la decisión de amparo, sino, además, conocer el fondo de las acciones de amparo sin necesidad de remitir el caso al tribunal de envío, en la medida en que actúa a una especie de segunda instancia y órgano de cierre (Sentencia TC/0071/13).

El segundo tipo de recurso de revision opera, con caracter subsidiario, como medio para controlar la constitucionalidad de las decisiones jurisdiccionales « acerca de cualquier materia » que hayan adquirido la autoridad de la cosa irrevocablemente juzgada (artículo 277). El denominado recurso constitucional de revision no constituye una cuarta instancia llamada a reexaminar los hechos del proceso y valorar los medios de prueba, sino que permite el analisis de la cuestion de constitucionalidad para direccionar la justicia constitucional difusa, garantizar la unidad de interpretacion en materia constitucional, y proteger los derechos fundamentales. Su funcion se circunscribe al enjuiciamiento de la existencia o no de violaciones a derechos fundamentales. Su naturaleza es, por tanto, autonoma, independiente y subsidiaria respecto del proceso que le antecede. El recurso debe ser interpuesto en la Secretaria del Tribunal que haya dictado la sentencia recurrida en un plazo no mayor a 30 dias (francos y calendarios) a partir de la notificacion de la sentencia, mientras que los intervinientes voluntarios disponen de un plazo de 10 dias para depositar su escrito a partir de la publicacion de la referencia de los expedientes en el portal web del TC.

El artículo 53 de la ley organica dispone que el recurso de revision de decisiones jurisdiccionales procede frente a sentencia firme en cualquier de los siguientes supuestos : 1) « Cuando la decision declare inaplicable por inconstitucional una ley, decreto, reglamento, resolucion u ordenanza ». Con ello se enlaza el control difuso con el control concentrado, posibilitando la adopcion de un precedente vinculante que garantiza la seguridad juridica. 2) « Cuando la decision viole un precedente del Tribunal Constitucional ». Con este recurso se garantizaria la sujecion del Poder Judicial a los precedentes del Tribunal Constitucional. 3) Cuando se haya producido una violacion de un derecho fundamental ». Esta causal tiene como finalidad permitir que el Tribunal Constitucional pueda corregir los abusos que provengan de las decisiones jurisdiccionales, como ocurre con el amparo constitucional en el Tribunal Constitucional de Espana, por lo que esta sujeto a reglas de admisibilidad estrictas : a) Que el derecho fundamental vulnerado haya sido invocado formalmente en el proceso, tan pronto quien invoque la violacion haya tomado conocimiento de la misma ; b) Que se hayan agotado todos los recursos disponibles dentro de la via jurisdiccional correspondiente y que la violacion no haya sido subsanada ; c) Que la violacion del derecho fundamental sea imputable de modo inmediato y directo a una accion u omision del organo jurisdiccional con independencia de los hechos que dieron lugar al proceso en que dicha violacion se produjo, los cuales el Tribunal Constitucional no

podra revisar ; d) Que el contenido del recurso de revision revista una especial relevancia o trascendencia constitucional que justifique un examen y una decision del asunto planteado.

La admisibilidad del recurso de revision de decisiones jurisdiccionales tambien esta sujeta al requisito de la especial relevancia o trascendencia constitucional que obliga a que el Tribunal Constitucional focalice su jurisdiccion revisora, para decidir prioritaria, pero no unicamente, las cuestiones cuyo impacto trascienda los limites del caso particular. Se parte de la concepcion de que su intervencion en la proteccion de los derechos fundamentales deber ser excepcional, para casos nuevos, mas dificiles o de interés general, favoreciendo asi un mayor campo de accion a los jueces ordinarios. La funcion del Tribunal Constitucional es esencialmente pedagogica, al corresponderle indicar la interpretacion de la Constitucion y de la ley a la vista de la misma, en lugar de juzgar sobre el caso concreto.

## **II. Regulacion procesal de la ejecucion de las sentencias del Tribunal Constitucional.**

La Constitucion de la Republica Dominicana no senala expresamente las herramientas para la ejecucion de las sentencias del Tribunal Constitucional. La ley Organica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales dispone que este « dirimira las dificultades relativas a la ejecucion de sus decisiones » (articulo 9 LOTCPC), facultandole a disponer « en la sentencia o en actos posteriores, el responsable de ejecutarla y en su caso, resolver las incidencias de la ejecucion conforme las disposiciones del Articulo 87 de la presente ley (articulo 50 LOTCPC). Apartir de esta ultima disposicion, al Tribunal Constitucional se le inviste, por ejemplo, de la potestad de imponer astreintes para hacer ejecutar sus decisiones del Tribunal, porque – con excepcion del astreinte- no precisa cuales son los poderes y medidas concretas de que dispone el organo para hacer cumplir sus sentencias. El TC esta abocado a perfeccionar los mecanismos de ejecucion de sus decisiones, para lo cual debe requerir el concurso de los entes de la administracion y la propia organizacion judicial, sin desmedro de los medios de que disponga el propio organo para hacer ejecutar por si mismo sus sentencias.

Por lo pronto, el Tribunal Constitucional Dominicano dispuso por resolucion la creacion de la Unidad de Seguimiento de Ejecucion de las Sentencias (USES), la cual se encarga de investigar y tramitar las solicitudes tendentes a resolver las dificultades de ejecucion o incumplimiento de las

decisiones del Tribunal Constitucional. El 5 de marzo de 2018, el pleno del TC aprobo, mediante Resolucion TC/0001/18, el Manual de Procedimiento de la Unidad de Seguimiento de la Ejecucion de las Sentencias (USES), el cual establece los pasos a seguir en aquellos casos en que las sentencias del TC presentan dificultades en su ejecucion o han sido incumplidas, y dispone que el tramite inicia a solicitud de la parte, estatal o privada, que haya sido beneficiaria de una sentencia emitida por el TC.

El Tribunal Constitucional aun no ha regulado reglamentariamente ni delimitado pretorianamente, en ejercicio de su autonomia procesal, el incidente de ejecucion de decisiones que prefigura el articulo 9 de su Ley Organica . Una de las dificultades que mas afecta los poderes del Tribunal Constitucional en la fase de ejecucion de sus sentencias es la carencia legal de un poder coercitivo que le permita constrenir a las autoridades o a los particulares renuentes a cumplir con lo decidido. Esta es una debilidad que ha de ser reparada en ultima instancia por una reforma a la ley organica que le rige.

El articulo 87 de la LOTCPC sugiere que el incumplimiento de los mandatos y requerimientos de los jueces constitucionales puede considerarse desacato, est es una especie de infraccion penal, pero que carece de sancion en el ordenamiento juridico-penal dominicano. Es necesario, pues, que en una reforma de la legislacion penal que de configurado el desacato como una infraccion contra la autoridad de las sentencias firmes, y cuando de trate de una sentencia del TC la sancion debe ser agravada, porque en este supuesto no solo se atentaria contra la autoridad particular de un mandato judicial, sino que adicionalmente se afecta la eficacia general de los precedentes constitucionales como fuente del derecho y mandato reforzado de condena (en caso de sentencias estimativas de tutela de derechos fundamentales). Ellos sin desmedro de establecer autonomamente supuestos de responsabilidad civil y disciplinaria contra funcionarios que no cumplan con los requerimientos que realice et Tribunal Constitucional para hacer cumplir sus sentencias.

### III. Conclusiones

La Configuracion normativa de los procesos y procedimientos constitucionales en la Republica Dominicana propician la existencia de una jurisdiccion constitucional que se erige como un espacio ciudadano donde la interaccion tribunal-ciudadania es real y directa. Durante sus seis anos de existencia, ha emitido mas de tres mil sentencias, lo cual ha sido posible por el trabajo

eficiente de las comisiones operativas, creadas por el TC con el objetivo de viabilizar la labor jurisdiccional frente a la exigencia constitucional que le obliga a deliberar siempre en sala plena y adoptar sus decisiones con la mayoría calificada de 9 votos o más de sus integrantes. En este sentido, se ha propugnado no solo por la calidad de las decisiones, sino también por la emisión de un número importante de sentencias dictadas en plazos razonables.

Nuestra jurisdicción es muy joven, solo seis años de funcionamiento, y ha logrado generar una jurisprudencia que ha impactado positivamente la vida de los dominicanos y las dominicanas marcando un antes y un después en nuestra historia constitucional.



**Giulio PROSPERETTI**  
*Juge à la Cour constitutionnelle*  
*(Italie)*

**L'accès à la Cour constitutionnelle, limites et perspectives.**

La Cour constitutionnelle italienne juge des controverses relatives à la constitutionnalité des lois, émanant de l'État et des Régions, ainsi que des conflits d'attribution entre les pouvoirs de l'État.

La Cour constitutionnelle peut être saisie directement par l'État et les Régions dans le cadre d'un recours direct, ou par voie incidente par le juge ordinaire qui est appelé à trancher un procès.

Une autre importante voie d'accès à la Cour est prévue en cas de conflit entre les pouvoirs de l'État, entendus non pas dans le sens de la traditionnelle tripartition des pouvoirs, mais en référence à l'autonomie concrète des sujets publics titulaires d'un pouvoir spécifique et qui sont les magistrats de toutes les juridictions qui proposent, suivant des conflits contre le Gouvernement ou contre le Parlement.

Or il se trouve que le modèle italien de justice constitutionnelle ne prévoit pas la saisine directe de la Cour par les citoyens.

Il se différencie en cela des modèles mexicain et espagnol (*de l'amparo*) ainsi que des modèles adoptés par les constitutions d'inspiration allemande (le *Verfassungsbeschwerde* appliqué aussi en Suisse et en Autriche) qui prévoient la possibilité, pour un citoyen, de saisir directement la Cour constitutionnelle.

En Italie, seul le juge compétent peut soulever une question de constitutionnalité (ainsi nommé contrôle par voie incidente).

Le citoyen peut demander au juge en charge du litige de soulever une question d'inconstitutionnalité seulement dans le cadre d'un procès qui le concerne. Toutefois, l'accès à la Cour est filtré par l'appréciation faite par le juge *a quo* sur le caractère sérieux et sur le caractère préjudiciel de la question.

Mais il y a un problème car une décision de rejet du juge du fond (que nous appelons en latin juge *a quo*) empêche à la partie d'un procès de soumettre la question de constitutionnalité à l'attention de la Cour constitutionnelle. Cette question peut néanmoins être à nouveau soulevée de la part successivement en appel ou en Cassation, mais de cette façon peuvent passer plusieurs années.

L'ordonnance de renvoi parvient donc à la Cour constitutionnelle qui statue, tout d'abord, sur la recevabilité de la question qui lui est soumise par le juge *a quo* et, seulement dans les cas où elle l'aura jugée recevable, la Cour procède à son examen.

Il convient de souligner que la jurisprudence de la Cour a élargi la notion de «juge» afin de définir les sujets compétents pour soulever les questions de constitutionnalité.

Maintenant va se poser le problème si les autorités indépendantes (il y a le cas de l'Antitrust) peuvent soulever question de constitutionnalité.

A ce propos il faut souligner que les juges peuvent saisir la Cour non seulement dans le cadre d'une procédure contentieuse mais aussi dans celui d'une procédure en matière gracieuse, procédure au cours de laquelle ils disposent de compétences hybrides entre la juridiction et l'administration.

Le contrôle par voie incidente constitue donc l'instrument le plus important pour soumettre à la Cour des questions relatives à la constitutionnalité de normes qui ont des répercussions sur la situation juridique des sujets intéressés.

Toutefois, au fil de dix ans, le nombre de questions soulevées par voie incidente a progressivement diminué : de neuf cent du 2007 jusqu'aux cent quatre-vingt-dix du 2017.

Il convient d'identifier les causes d'une telle tendance, puisque, dans tous les cas, elle implique une diminution des possibilités d'intervention de la Cour et, donc, de la possibilité de contrôler la conformité des normes aux principes constitutionnels.

Tout d'abord, je ne crois pas qu'une réforme législative sur l'accès direct par les citoyens soit opportune car cela créerait néanmoins un problème de filtrage des saisines.

Mais l'interprétation restrictive portée par la Cour sur les critères de recevabilité des questions soulevées par voie incidente semble, en effet, avoir découragé les magistrats à soulever des questions de constitutionnalité.

Une réflexion s'impose donc afin de comprendre dans quelle mesure il serait possible de rendre le contrôle par voie incidente plus élastique.

Le problème est que la jurisprudence actuelle de la Cour juge de la constitutionnalité d'une norme exclusivement sur la base des arguments et des principes constitutionnels énoncés par le juge *a quo* qui a soulevé la question avec la saisine.

La Cour donc aujourd'hui se considère liée aux hypothèses d'inconstitutionnalité formulées par le *juge a quo*, mais à mon avis (et ça c'est ma suggestion), la saisine serait mieux qui se référât au fait, plutôt qu'à les normes identifiées par le *juge a quo* selon l'aphorisme *da mihi factum dabo tibi jus*.

Il serait possible d'élargir le champ des questions de constitutionnalité si, plutôt que de se limiter à évaluer l'analyse faite par le *juge a quo*, la Cour acceptait de considérer comme objet du renvoi non pas l'hypothèse du *juge* de la saisine, mais la norme telle qu'appliquée au cas d'espèce.

La Cour constitutionnelle doit se sentir libre d'en juger la conformité, ou non, à la Constitution, sans rester cantonnée aux seuls critères soulevés par le *juge a quo*.

A y regarder de plus près, la violation des principes constitutionnels est souvent le fait d'un enchevêtrement de normes que le *juge a quo* peut reconstruire de manière erronée. Mais cela n'exclut pas que la norme concrètement applicable soit inconstitutionnelle.

C'est pour cela que j'espère que notre Cour puisse faire évoluer sa jurisprudence en matière de recevabilité des questions de constitutionnalité en acceptant de considérer que l'évaluation du caractère sérieux de la question ne dépend pas seulement d'une disposition spécifique, mais bien de l'effet global d'inconstitutionnalité créé par l'enchevêtrement des normes dans le cas concret.

Du reste, le but est d'éviter qu'une disposition, à cause des carences de motivation de la saisine, continue à produire des effets dans l'ordre juridique.

Donc, d'un côté, il apparaît nécessaire d'intervenir pour supprimer certains obstacles objectifs qui finissent par faire diminuer le nombre de questions soumises à l'examen de la Cour, de l'autre, il est nécessaire d'intervenir sur le comportement des juges ordinaires encore trop peu enclins à soulever des questions de constitutionnalité.

Le juge a quo, à qui il revient de transmettre la question de constitutionnalité à la Cour constitutionnelle, doit motiver sa décision dans l'ordonnance de renvoi, même dans le cas où le juge décidait que la question ne mérite pas d'être transmise à la Cour, il doit quand même émettre une ordonnance motivée.

Mais une telle ordonnance de rejet actuellement n'étant pas susceptible de recours et c'est pour ça que par le juge du fond, les motifs du rejet sont énoncés de manière très synthétique dans le procès-verbal de l'audience ou alors absorbés dans la décision finale.

Voilà alors qu'il pourrait être opportun que le juge ordinaire soit obligé de motiver d'une façon qui ne soit ni superficielle, ni synthétique, l'ordonnance avec laquelle il rejette la question d'inconstitutionnalité soulevée par les parties.

On pourrait ensuite imaginer une nouvelle jurisprudence de la Cour qui puisse admettre qu'une telle ordonnance soit susceptible de recours devant la Cour de cassation.

Dans ce cas la Cour de cassation peut élargir l'accès à la Cour constitutionnelle en contrôlant les ordonnances de rejet du juge du fond.

Ça sont mes suggestions pour favoriser les possibilités par les parties d'un procès de pouvoir soumettre la question de constitutionnalité devant la Cour.

## Hanna SUCHOCKA

*Honorary President of Venice Commission, former Minister of justice  
(Poland)*

### Questions of law to the Constitutional Tribunal in the Polish legal system

#### I. The evolution of constitutional control in Poland

The Solidarity revolution in Poland in 1980/81 was a kind of catalyst for the introduction of the institution of the Constitutional Court to the Polish legal system. By the amendments from 26.03.1982, the provisions on the Constitutional Tribunal have been introduced to the Constitution from 1952 (called Stalinist Constitution). It was a unique case when in a communist country, that is not federal like Yugoslavia; the institution of a Constitutional Court was introduced to the state system. The first step has just been taken, i.e. the constitutional regulation. The constitutional provision was of a very general nature. It stated in the new art. 33a, that “*The Constitutional Tribunal shall adjudicate on the conformity of statutes and other legal acts issued by central states organs to the Constitution*”.

One of the main points of controversies was a legal character of the decisions taken by the Constitutional Tribunal (hereafter CT) on the constitutionality of statutes. In the communist system based on the principle of the unity of power it was not accepted to establish an organ with higher power than parliament, an organ whose decisions would have a final effect on the act (statute) adopted by parliament when declared as unconstitutional. The “final word” should belong to the parliament. In such a situation it was regulated by the Constitution that the decisions of the CT on unconstitutionality of statutes had to be voted on by parliament. The decisions of the constitutional court had no final effect.

For three years however, the CT remained only on “paper”. This provision was not implemented by enacting ordinary law (statute) on the CT till 1985.

Despite the constitutional regulation being adopted, there was still a strong political discussion in Poland on the position and role of the CT. Finally, at the end of the parliamentary period, the statute on the CT had been voted on by the Sejm in April 29, 1985.

Art. 1 of this law stated that the CT shall decide on the conformity of the statutes to the Constitution as well as other normative acts to the Constitution and statutes.

What is important to underline, is that the institution of questions of law was introduced to the law. It was regulated by Chapter 4 of the law in art. 10. The regulation was not precise. It was not clearly stated that the court (only court) may ask the CT but it was phrased in a “non-personal” way stating that the questions could be sent (directed) to the CT. This formulation however, in that time was never interpreted as a possibility to send a question by individuals, (party to the case). It was understood as the exclusive right of the court to ask the CT.

The institution of the constitutional complaint in a specific political situation has not been provided. The guarantees of citizens’ rights (non-human rights) were very limited.

Despite this limitation one may agree that since the beginning, the CT played an important role in the process of guaranteeing the conformity of law with the constitution.

The situation has changed radically since the process of transformation started in 1989. The idea to strengthen the role of the CT was one of the legal but also political postulates at that time. It was strictly connected with the idea to re-introduce to the Polish system the principle of the separation of powers based on the system of checks and balances. The parliament was no longer seen as the highest organ in the system of power. In such a situation the main proposals concerning the CT were: 1. elimination of the right of the parliament to vote on the final decision of the CT and 2. introduction of the institution of constitutional complaint to the Polish system.

The new position of the CT with new wider competences has been regulated by the new constitution voted in April 1997 and then adopted by referendum. As an effect of the new constitutional provisions, the law on the Constitutional Tribunal has been adopted in 1997 (in power from 1.08.1997). Art. 31 par. 1 of this law stated that the opening of proceedings before the Tribunal shall take place on the basis of 3 forms: a) an application, b) question

of law or c) complaint concerning constitutional infringements by a subject entitled thereto.

Almost twenty years after this law was adopted, a new law on the CT has been voted on in June 2015 (before last parliamentary election). The new law has not substantially changed the status of the CT and especially the institution of legal questions as well as the institution of constitutional complaint. Provision of art. 31, from 1985 law have been repeated in art. 49.

After the election in October 2015 there were new amendments to the law on the constitutional Tribunal but as concerns the subject of our conference today, the legal regulation of institutions of question of law as well as constitutional complaints have not been radically changed.

## II. Constitutional complaint

When the Polish constitutional legislator decided to introduce to the Polish system the institution of constitutional complaint, the first question which had to be answered was what kind of complaint: **full or limited constitutional complaint**. The Polish drafters decided to introduce the normative constitutional complaint, i.e. limited complaint. Art. 79. 1 of the Constitution states that “In accordance with principles specified by statute, everyone whose constitutional freedoms or rights have been infringed, shall have the right to appeal to the Constitutional Tribunal for its judgment on the conformity to the Constitution of a statute or another normative act upon which basis a court or organ of public administration has made a final decision on his freedoms or rights or on his obligations specified in the Constitution.”

The difference between full and limited complaint relates to the fact that the complainant cannot allege a special act that infringes his or her rights due to an unconstitutional interpretation and application of a law if it is not challenged as being unconstitutional itself. The subject of the decision of the Court must be the constitutionality of the law itself, though the complainant must show that the application of the law - deemed as unconstitutional — has infringed his or her rights. This new institution corresponds to the solution existing in some European countries providing for a constitutional complaint as the last resort of individuals to their rights.

These provisions mean that the complaint can be directed against the legal norm (nonconformity of law with the constitution), not against the judgment of the court. The substance of this solution as a “normative complaint”, is a control of laws on their constitutionality - by using the

individual as an initiator for such an examination. The essence of a procedure of a constitutional complaint lies in the direct interlink between this procedure and the protection of human rights. By this institution, the individual (person) direct access to the CC.

The Constitutional Tribunal (as well as courts in other post-communist countries of Europe) exercises abstract control, but it is also foreseen to exercise concrete control. Such a manifestation of concrete control is just the institution of individual normative complaint and also the institution of questions of law.

Both legal means are a form of concrete control. When we compare both institutions in a Polish system: constitutional complaint and question of law, one may agree that due to the normative nature of the complaint, the difference between both institutions concerns 3 issues:

- a) The applicant (art. 79 - constitutional complaint - everyone whose constitutional freedoms or rights have been infringed: in questions of law - only court ;)
- b) The stage at which the Constitutional Tribunal expresses its opinion in connection with the court proceedings, (constitutional complaint — after a court or organ of public administration has made a final decision; question of law in any stage of a court proceedings);
- c) Consequences for a party - the decision of the CT on the constitutional complaint (which is taken after the final decision of the court or another organ) opens a way for a new proceeding in the court. In the case of question of law - the procedure in ordinary court is suspended and a final decision of the court is made after the decision of the CT. One may say that the way of guaranteeing constitutionality by the institution of question of law is more effective in that sense that the final effect i.e. elimination of the unconstitutional provision from the system of sources of law is achieved quicker.

Despite both institutions (question of law and constitutional complaint) being sent to the CT based on the concrete case, the Constitutional Tribunal deals with the case in an abstract manner. It does not enter into the matter of a specific case. The CT does not take into whether a legal provision which in a case of a legal question raises doubts as to its constitutionality on the part of the court, or whether it is questioned by a party in the case of the constitutional complaint. However, the assessment of the CT in its final decision is detached



from specific (concrete) case. The final task of the Constitutional Tribunal is to state that there is no presumption of constitutionality of the provision of law. The Constitutional Tribunal compares the controversial law with the constitution in abstracto<sup>1</sup>, but action based on a concrete motion, in the opinion of many representatives of constitutional law, allows the matter to be detached from politics, whether in the form of a legal question or a constitutional complaint. Bruce ACKERMAN stressed that “*if the court has to wait for a specific complaint from a citizen, it may take some time before the politicized dispute reaches the courtroom*”. This cooling of the political dispute has a positive impact on the role of the Constitutional Tribunal, as well as on possible negative aspects of judicial activism. Specific control is more in line with the desire to separate judicial and legislative functions<sup>2</sup>.

### III. The institution of question of law

The essence of the institution of a question of law consists in the fact that an ordinary court, while investigating a case and finding a problem related to constitutionality, asks the Constitutional Tribunal to issue a ruling on the constitutionality of a given act. It is therefore a specific initiative related to a specific (concrete) case.

It is regulated by Art. 193 of the Constitution which says: “Any court may refer a question of law to the Constitutional Tribunal as to the conformity of normative act to the Constitution, ratified international agreements or statute, if the answer to such question of law will determine an issue currently before such court.”

A question of law asked by the court during the consideration of a specific case while a constitutional complaint, as it has been pointed out before, is lodged by each of whose constitutional rights and freedoms has been violated by a final decision of a public authority in the course of the consideration of his case. (Article 79 (1)). Thus, a question of law prevents a case from being settled on the basis of unconstitutional regulation, and a constitutional complaint is aimed at resolving the case again in the legal state without unconstitutional regulation, which has already been applied.

What are the crucial legal elements of the polish regulation on the question of law: 1. it is the right of each court (all types of court); 2. it may be exercised at any stage of court proceedings; 3. it is the right of the court,

1. W. Sadurski, *Prawo pized sadem*, Warszawa 2008, wyd. Sejmowe, s. 103-104;

2. B. Ackerman, *The Future of Liberal Revolution*, New Haven 1992, S.108,

exclusively of the court not of the parties; 4. a party may only ask the court to put a question of law but the decision belongs only to the court; 5. the question of law must relate to a provision which may affect the outcome of the case; 6. the submission of a question causes the court proceedings to stop; 7. after the decision of the Constitutional Tribunal, the proceedings are instituted and the court decides on the case in accordance with the decision of the Constitutional Tribunal.

In its jurisdiction the Constitutional Tribunal has repeatedly explained that the admissibility of asking a legal question is conditioned (depends on three conditions) by three factors: 1) subjective, 2) substantive (objective) and 3) functional.

- 1) The subjective (premise) factor determines who can put a question of law to the Constitutional Tribunal. As it has been pointed out the Polish law states that a question of law may be asked by “any court”. The Constitution of the Republic of Poland indicates that the justice system is administered by the Supreme Court, common courts, administrative courts and military courts (Article 175 (1)). There is no doubt that any of the above mentioned courts may address a question of law to the Constitutional Tribunal. It can do so on its own initiative or that of the parties to the proceedings. However, it is always an autonomous decision of the court. The court is not bound by a request from the parties to the proceedings to submit a legal question to the Constitutional Tribunal. Neither a refusal to submit a question of law to the Constitutional Tribunal nor a decision to ask a legal question is subject to appeal.
- 2) The substantive premise determines which regulations may be the subject of a question of law. Pursuant to Article 193 of the Constitution of the Republic of Poland, the subject of a question of law may be normative act. In practice, this means that each court has the competence to ask a question of law about compliance with the Constitution, ratifies international agreements or a statute of such legal regulations from which it is possible to interpret (reproduce) legal norms of a general and abstract nature.
- 3) A functional premise indicates that a legal question can be presented if the answer is decisive for the resolution of a specific case pending before a court. Therefore, the court cannot ask about the compatibility with the Constitution of any regulation, but only one that can be the

basis for the resolution of a specific case pending before the court. This requirement for the relationship between the answer to a legal question and the outcome of the case in court is called the functional premise of a question of law;

In a procedure of a question of law the court may challenge only those regulations which are connected with the pending proceedings before the court.

The standards of control in proceedings initiated by a question of law may be the Constitution, ratified international agreements or statutes.

Irrespective of the above, the substantive examination of the case also depends on the fulfillment by the requesting court of formal requirement specified in the law of 30 november 2016 on the organization and procedure of proceedings before the Constitutional Tribunal (Journal of Laws, item 2072). Pursuant to Art. 52 of this law a question of law has the form of a decision and should include:

- 1) Indication of the court before which the proceedings in the case are pending and the case designation;
- 2) Indication of the authority which issued the contested normative act;
- 3) Identification of the contested normative act or parts thereof;
- 4) Formulation of the allegation of nonconformity with the Constitution ratified international agreement or the statute of the contested normative act and its justification, with the invocation of arguments or evidence in support of it;
- 5) An explanation of the extent to which the answer to a question of law may affect the case in relation to which the question was submitted to the CT.

#### **IV. Procedure**

Pursuant to Article 193, any court may refer a question of law if the answer to such a question of law will determine an issue currently before such a court. The question of law cannot concern any legal issue, but only the question of constitutionality or legality of an act on the basis of which the court has to resolve the concrete case. The contested provision (regulation) must be in relation to the case to be decided by the court. In addition, a question of law

should be a necessary instrument for the court to make a proper decision in the case (subsidiarity of the legal question).

The decisive role in the further proceedings with a question of law belongs only to the President of the Constitutional Tribunal. A question of law that meets the formal requirements is directed (sent) by the president of the Tribunal for substantive examination. There is no other filter in this case. If a question of law does not meet the formal requirements, the President of the Constitutional Tribunal calls for their removal within 7 days from the date of delivery of the order.

A court that has submitted a question of law may take part in the hearing if it has notified the Constitutional Tribunal and has appointed an authorized representative from among the judges of that court. The absence of an authorized representative of the court does not prevent the case from being heard at the trial.

When a question of law is sent to the CT, the court suspends the proceedings until the Constitutional Tribunal has issued a ruling - a judgment or a decision to discontinue the proceedings.

The parties to the court proceedings are not parties to the proceedings before the, Constitutional Tribunal and may not submit pleadings during the proceedings. The decision of the Constitutional Tribunal is final and binds all legal entities and thus all courts, including the court that submitted the question of law.

## **V. Some important issues under discussion in Poland**

Despite the detailed regulation by statute, in practice some crucial questions arise. They are as follows:

- the scope of the obligation of the court to present (to ask) a question of law before the Constitutional Court,
- understanding of the functional premise,
- the requirement for the court to clarify to what extent the answer to a legal question may have an impact on the resolution of the case,
- the legal effect of a decision of the Constitutional Tribunal to temporarily leave unconstitutional regulation in the legal order,

For our discussion the two first points are of great importance. They are raised on the basis of articles 8, 178 and 193 of the Constitution. Art. 8 of the

Constitution says that “*The provisions of the Constitution shall apply directly, unless the Constitution provides otherwise.*” Art. 178 just states that judges (of ordinary court), within the exercise of their office, shall be independent and **subject only to the Constitution and statutes.**

Two general principles 1) on the role of the Constitution in the system of sources of law and 2) on the independence of judges are crucial for the possible steps taken by the courts.

One of the main questions which is under discussion in Poland concerns the first problem: - the scope of the obligation for an ordinary court to present a legal question before the CT. This wording of art. 178 quoted above is important for the interpretation of the rights and the obligations of a judge, he is subject not only to the statute but also to the Constitution. A judge has to always look for a “pro-constitutional” interpretation of the law. But what in case when he/she is convinced that the provision of law is not in line with the Constitution and a “pro-constitutional” interpretation is no longer possible? Can he make a judgment directly on the provision of the constitution to omit a non-constitutional provision of the law? Or is the judge always obliged to send a question to CT?

The court could find itself in different situations and for that reason its obligations to make a question of law to the CT would also be different.

First - If the court **has no certainty** as to the constitutionality of a norm having the basis for a decision, then a question of law should be asked by the Constitutional Tribunal. It is a clear situation.

Second -If the court **has no doubts** as to the unconstitutionality of the norm to be a basis for judgment, it can then omit this illegal provision and rule directly on the basis of the superior norm.

The question among lawyers arises what should be done by the CT if the court asks a question of law in such a situation (when there are no doubts). Is it inadmissible? In the light of art. 193 it would be difficult to share such an opinion. The question in such a situation may be seen as not necessary, but not inadmissible.

There are, however, arguments for referring a question even in such a situation:

- A judgment of the ordinary court has only an *inter partes* effect. It does not eliminate the unconstitutional norm from the system. It should be

done only after a decision taken by the CT. Especially when it comes to the protection of certain constitutional values and in this case the court's decision alone is not sufficient because it does not eliminate an unconstitutional norm from the system. The decision of the CT has an *erga omnes* effect. It can be assumed, however, that in the light of the principle of direct application of the Constitution (art. 8), the constitutional legislator allowed the examination of the hierarchical compatibility of law by ordinary courts without the necessity (obligation) always to initiate proceedings before the Constitutional Tribunal by question of law.

- If, on the basis of a specific provision, it is possible to reconstruct both a norm compliant with the constitution and a norm incompatible with it, the direct application of the Constitution consists in the adoption of a norm compliant with the constitution as the basis for making a judgment (pro-constitutional interpretation).<sup>3</sup>

The key question that must arise before a legal question is addressed is "whether it is possible that the resolution of a particular case will be different if an unconstitutional legal norm is eliminated as a result of the judgment of the Constitutional Tribunal, from the decision that could be made [with the use of that norm]". If the answer is affirmative, a legal question should be addressed.

---

3. M. Wiacek, pytanie prawne sadu do Trybunatu Konstytucyjnego, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2011.

## **Dieter GRIMM**

*Former Justice of the Federal Constitutional Court  
Professor of Public law, Humboldt University Berlin  
(GERMANY)*

The German system of constitutional adjudication provides no *ex-ante* control of the constitutionality of legislation or other state acts. All judicial review is *a posteriori*. The *ex-post* control of legislation comes in three forms: abstract norm control (Art. 93 sect. 1 nr. 2 of the Basic law (BL)), concrete norm control or referral (Art. 100 BL), and individual complaint (Art. 93 sect. 1nr. 4a BL).

### **1. Abstract norm control**

Abstract norm control means a control of legislation that does not arise from concrete cases. It deals with laws independently of their application to a set of facts. It can be initiated only by certain state organs or parts thereof, the Federal Government, the governments of the Lander, and a minority of deputies of the Bundestag (Federal Parliament). A procedure of abstract norm control may be and mostly is initiated immediately after the promulgation of the law. Procedures of abstract norm control are rare (around 5 per year), but usually of high political importance.

### **2. Concrete norm control (referral)**

Art. 100 BL obliges every ordinary court (civil, criminal, administrative etc. law court) that deems unconstitutional a law applicable in the case at hand to stay the procedure and to refer the question of the constitutionality of this law to the Federal Constitutional Court (FCC). The referral does not depend on an application of a party to the litigation. It is the ordinary court's duty to check the constitutionality of the law on which its judgment is based and, in case that it regards this law as unconstitutional, to refer it to the FCC. The referral is admissible only if the referring court can demonstrate that (1) its decision depends on the constitutionality of the referred law and (2) no

interpretation of the norm that would avoid a violation of the constitution is available (interpretation in conformity with the constitution). If the referral does not meet these requirements, the referral is dismissed and the ordinary court has to continue the procedure on the basis of the law. If the FCC decides on the merits, the ordinary court has to continue the procedure on the basis of the FCC's decision.

Procedures of concrete norm control occur much more frequently than abstract norm control procedures (around 300 per year).

### **3. Individual complaint**

The individual complaint is not limited to the control of legislation. It is the remedy that protects the fundamental rights of individuals against state intrusions. The individual complaint can be brought by everybody who feels violated in a fundamental right by an act of public authority, yet only after having exhausted all available means to seek redress of the alleged violation. The usual ways of doing this are remonstrations with the state agency whose act is challenged or litigation in the ordinary courts. This means that it is usually not possible to directly challenge a law by way of the individual complaint. Rather, individual complaints are typically directed against acts of application of laws, be it by state agencies, be it by ordinary courts.

However, in reviewing the acts of application of laws, the FCC also checks the constitutionality of the law on which the act of an agency or the judgment of an ordinary court was based. This is so because infringements of a fundamental right are only constitutional if they are based on a law that in itself is constitutional. If the norm on which the act was based is found to be unconstitutional, the act cannot stand. Accordingly, the norm control that is undertaken upon an individual complaint is usually an incidenter control.

In exceptional cases, however, the individual complaint can be directed immediately against a law. This is so if (1) the law affects the complainant directly, i.e. without an intermittent act of application; (2) the act of application is unknown to the complainant (e.g. acts of surveillance); (3) the complainant cannot be reasonably expected to first seek other remedies (e.g. if these remedies would come too late to offer redress of the violation). Individual complaints are large in numbers (around 5.000 per year).

### **4. Effects of unconstitutionality of laws**

If a law violates the constitution, the usual effect is the nullification of



the law, i.e. it is declared null and void. This declaration has an *ex tunc* effect, i.e. the law is regarded as having been unconstitutional from the moment of its enactment on. In exceptional cases, the FCC gives its judgment an *ex tunc* effect, i.e. the law is regarded as being unconstitutional from now on. It also occurs that the FCC declares a law unconstitutional, but not immediately null and void, but temporarily applicable until the legislature has either repealed or corrected the law. This is done, e.g., if the consequences of an immediate nullification of the law would be more detrimental in constitutional terms than the temporary upholding of an unconstitutional norm. It is also done if a norm is unconstitutional because it distributes benefits or burdens unequally. In this case, the legislature always has the option to either amend or repeal the law.

## 5. Procedure within the Court

The FCC consists of 16 justices, divided into two panels, called Senates a 8 justices. The competences of the two Senates are divided according to subject matters.

The Court decides in three forms.

- a) As plenary if one Senate wants to diverge from a judgment of the other Senate, which happens very rarely.
- b) As Senate.
- c) As Chamber of three justices. This is typically the case for individual complaints. As their number is very high, they require an admission by the Court. They have to be admitted if (1) they involve a constitutional question of fundamental importance (this is usually so if the complaint raises a new constitutional question) and (2) it seems necessary for the enforcement of fundamental rights. The decision upon admission is usually taken by the Chamber. The vast majority of individual complaints are handled by the Chambers. The Chamber may refuse to admit the complaint or, if admitted, reject the complaint or grant relief. However, the nullification of a law upon an individual complaint can be declared only by the Senate. Chamber decisions require unanimity. If the Chamber is divided, the case evolves to the Senate.

The Court has developed the practice of a “judge rapporteur”. The judge rapporteur prepares a memo for the other judges involved in a case. In the memo, the case is discussed and a suggestion how to decide is made.

In Chamber cases, the memo is usually accompanied by a draft opinion. No draft opinion is prepared in advance for Senate cases. The Senate deliberates thoroughly - in important cases after oral argument, in other cases without oral argument - before taking a decision. The judge rapporteur then drafts the opinion, which is again read in the Senate before it is announced. The competence of the rapporteurs is determined in advance according to subject matters.

Senate decisions are published in the official collection of the FCC (“*Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*”<sup>1</sup>). Chamber decisions are usually not published by the FCC, but are available in legal periodicals. Decisions are also available on the website of the Court. The same is true for the press releases of the Court and other material, such as the annual statistics. Important decisions are published simultaneously in German and English.

---

1. at present 146 volumes, publisher: Mohr Siebeck, Tübingen

**James Edward PFANDER**  
*Consultant to the Federal Judicial Committee, Judicial  
Conference of the United States*  
*Professor of law, Northwestern University Pritzker School of Law (Chicago)*  
*(United States of America)*

### **Constitutional Review in the Supreme Court of the United States**

It's a great pleasure to join you for this important discussion of the Moroccan Constitutional Court and the practice of ex post review. We all have much to learn from one another. I'm here from the United States to talk about our Supreme Court. I plan to discuss the way the Supreme Court manages its appellate docket, how it decides which cases to hear. The conference program describes my official role, as a consultant to the Judicial Conference of the United States. But I'm also a professor of law at the Northwestern University Pritzker School of Law in Chicago. In my remarks today I speak as an academic and not as a representative of the US government or the federal court system.

First, I will briefly describe the Court. Second, I will describe the way the nine Justices of the Supreme Court choose the cases on their docket. Third, and in light of the first two discussions, I will conclude with a note of caution. Our Court's approach to its docket may not offer useful sources of comparison as other countries consider how to structure an individual right to petition for review in their constitutional courts.

First, then, a bit of familiar background information on the Supreme Court of the United States. It's a constitutional court in two senses of the term, but not in a third sense. The Court appears in our Constitution – it's the only one specified in Article III of the U.S. Constitution. And the Court has the power of judicial review and can declare laws unconstitutional. But it is not the *only* Court that can hear constitutional questions. To the contrary, all

of the courts in the United States, both the state and federal, have the power to conduct judicial review and to declare laws unconstitutional.

Instead of acting as the only forum for constitutional adjudication, the Supreme Court oversees a far-flung judicial system in which constitutional adjudication occurs all of the time. Individuals who wish to enforce constitutional rights do so by filing suits in the lower courts. Consider, for example, President Trump's most recent human rights violation, his order to separate the parents and children of immigrants at the southern border with Mexico. The victims filed suit in a federal court in San Diego and that court ordered a halt to separations.<sup>1</sup>The Supreme Court never heard the case.

Rather than interpret the constitution in matters referred by the regular courts, our Supreme Court plays its role on appeal from decisions of the lower courts. Each year it receives about seven thousand petitions for appellate review. These petitions ask the Court to agree to hear a specific case; they're called petitions for a writ of certiorari, or cert petitions. Every year, the Court winnows through the pile of petitions and chooses about 75 that it will decide on the merits. Once it grants cert., the parties will submit briefs on the merits and will argue the case to the Court.

Because so much of the work of constitutional enforcement takes place in the lower courts, the Supreme Court does not view its job as ensuring justice in the particular case. The Court cannot decide the merits of all 7000 cases in which petitioners ask for its judgment. Instead, the Court chooses cases that will enable the Court to articulate nationally uniform rules of law, binding on all of the other courts in the judicial system. And the Court takes cases to supervise or oversee the work of lower courts, to make sure that they faithfully enforce federal law and stay within the bounds of their jurisdiction. The Court chooses cases that will best enable it to perform these two functions: norm articulation and supervision of its judicial inferiors. For the petitions denied review, the Court does not necessarily view them as inadmissible but rejects the petitions because that they do not present effective opportunities for norm-articulation or supervision.

The voting rule for granting review has come to be known as the Rule of Four: it takes the votes of four Justices to set a case for plenary consideration. If a petition does not receive the requisite four votes, it will be denied review.

---

1. See *Ms. L v. U.S. Immig'n & Customs Enforcement (ICE)*, 310 F.Supp.3d 1133 (S.D. Ca. 2018).

The procedure for consideration of cert petitions works as follows:

- The clerk of the Supreme Court distributes the petitions to chambers.
- One law clerk, or judicial assistant, writes a memo to the cert pool that summarizes the issues in the case and makes a recommendation: to grant or deny review. Most of the Justices participate in the cert pool, although some continue to read the petitions themselves or ask their law clerks to do so.
- The Justices creates a discuss list. The Chief Justice, John Roberts, circulates a list of the cases he thinks are important enough to be discussed. Then each Justice has an opportunity to add cases to the discuss list. After the list has been completed, the Justices meet to discuss the cases and vote.

As for the formal standard that governs the decision of which cases to hear, the Supreme Court rules provide guidance. Rule 10 provides as follows:

*“Review on a writ of certiorari is not a matter of right, but of judicial discretion. A petition for a writ of cert. will be granted only for compelling reasons.”*

The Court considers the following factors:

- a) Is there a conflict of authority among the lower courts on some important matter of federal law;*
- b) Has there been a departure from accepted and usual course of judicial proceedings, thereby triggering the exercise of supervisory power;*
- c) Has the lower court decided an important question of federal law that has not been, but should be, settled by the Court or decided an important federal question in a way that conflicts with relevant decisions of this Court?<sup>2</sup>”*

You can see both norm articulation and supervision reflected in these rules, but they leave much room for discretion.

Scholars who have studied the Court’s practice in granting certiorari face considerable difficulty in determining how the Justices set their agenda.

---

2. See Rule 10, Rules of the Supreme Court of the United States (2017).

For starters, the Court does not publish the votes of individual Justices, so we cannot typically determine which Justices voted to hear a particular case.

In addition, the Court does not provide any explanation for why it decides to hear some cases and to refuse to hear others. The absence of reason giving means that the discretion of the Court and its Justices is pretty well unbridled.

That said, court watchers gain small insights into the Court's practice from two sources: Justices will occasionally dissent from the denial of cert., thereby throwing open a small window on the process.

Justices will sometimes allow public access to their judicial papers after they leave the Court. Justice Harry Blackmun released his papers publicly, shortly after he left the Court in 1994, and they revealed the way Justices voted to grant or deny cert.

Looking at the Court's docket and studying the factors that appear to influence cert grants, most scholars agree that the most common form of cert. grant seeks to address or resolve a conflict among the lower courts on some question of federal law. That's consistent with the Court's view of itself as a tribunal for unifying the law of the United States. Most cert grants seek to resolve a division.

Less commonly, the Court will take a case of first impression that has not yet triggered a division of authority in the lower courts. Here, we're talking about the truly momentous cases, such as Pentagon Papers case (involving President Nixon's efforts to block the publication of the papers by the New York Times and Washington Post), or the decision in *Bush v. Gore*, regarding the 2000 presidential election, which came up directly from Florida.<sup>3</sup>

Sometimes, the Court takes cases not to resolve a division of lower court authority, but to chastise a lower court for failing to attend to its rules of precedent. These cert grants may result in what's called a summary reversal where the Supreme Court reverses the lower court unceremoniously, without first requesting full briefing and argument.<sup>4</sup> Typically, this happens when a lower court expresses doubt about the wisdom or the binding quality of a Supreme Court decision or misapplies controlling precedents.

---

3. See *Bush v. Gore*, 531 U.S. 98 (2000).

4. See *Kisela v. Hughes*, 138 S.Ct. 1148 (2018) (summary reversal).

But notably, the Court does not take all of the circuit splits, or all of the important questions of first impression, or all of the cases in which a lower court has flouted relatively clear precedent. So what factors inform the determination of whether any particular case meets the “compelling” standard set forth in Rule 10? The ones that appear most significant are the following:

1. The quality of legal representation. A highly specialized Supreme Court bar in Washington DC has proven itself relatively successful in securing cert grants.
2. The views of the office of the solicitor general, the government’s legal representative before the Sup Ct. Often the SG will submit an amicus brief; often the SG will petition on behalf of the government; often the Court will ask for the views of the SG about whether to grant a particular case. The government has been quite influential in the agenda setting process; so much so, that the SG has come to be known as the Tenth Justice.
3. Amicus brief filings. Amicus briefs arrive at the Court both at the cert. stage and at the merits stage. Scholars find that the Court will more likely grant when a petition attracts an amicus filing. It helps to demonstrate that the case has broader national significance.
4. Judicial strategy. We see increasing evidence of situations in which the Justices vote on cert strategically. If they anticipate a distasteful outcome on the merits, they may decide to vote against cert to keep the case off the docket.

As a result, we cannot say too much about the practical manner in which the Supreme Court has interpreted and applied the criteria for granting review by certiorari. The Justices vote secretly and they do not feel constrained to show that any particular vote aligns with the standards that nominally inform their evaluation of cert-worthiness.

Finally, I want to echo an emerging theme at the conference: the importance of University pro bono clinics and NGOs in providing the legal assistance necessary to make the promise of constitutional rights a reality. Of the Court’s 7000 petitions each year, about 3/4s come from pro se petitioners who cannot afford to hire a lawyer. Many of the petitioners are in prison. Last year, of the 75 petitions the Court granted, only five came from pro se petitioners. The rest came from private parties who could afford to pay the filing fee and hire a highly specialized Supreme Court lawyer to press their claim for review. In any world of discretionary review, knowing how to

present claims effectively will play an outsized role in the outcome. I'm happy to report that our clinic at Northwestern law school often works with indigent petitioners to provide support for their efforts to secure judicial review.

## **Conclusion**

With a crowd as sophisticated as the one at this Conference, I hardly need to stress the institutional reasons why the practices of our Supreme Court may not translate directly to the workways of the Moroccan Constitutional Court. Let me mention a few of the most obvious differences:

- In Morocco, only the constitutional court has the power of constitutional review, the power to identify laws found to violate the constitution.
- In the United States, all of the courts (state and federal) have the power to engage in judicial review. Instead of being assigned to a specific court, the power to conduct judicial review resides in all courts on the theory that they have an obligation to give effect to the Constitution if it comes into conflict with another form of law.
- From the perspective of ensuring access to justice and the rule of the Constitution, the right of the individual to petition the Moroccan Constitutional Court directly may be much more important. In the Moroccan Constitutional Court, the petitioner secures both original and final determination of his constitutional rights. In the US, the litigant can secure a constitutional decision from a lower court. Litigants appeal to the Supreme Court to get that determination unified and clarified, rather than made in the first instance.

In the US, then, we envision the lower courts as having an important responsibility for carrying into effect the law of the constitution. For many of the clearest cases, the litigants have no reason to seek further review in the Supreme Court. Exercising their control of the docket through the review of cert. petitions, the Justices will, instead, leave in place many of the decisions of lower courts. Only when those decisions call out for further review, due to a conflict with other lower court authority or with the controlling Supreme Court precedents, will the Justices grant review.



## Appendix

### Docket of US Supreme Court

Mid 1970s to early 1990s, Court docketed around 150 cases per year.

Since then, the Court's docket has dropped to roughly 75 cases per year, or about half of what it once had been.

<b>October Term 2016</b>	<b>Granted</b>	<b>Denied</b>	<b>%</b>
Appellate docket	70	1535	4.6
Miscellaneous IF	5	4754	0.1
<b>Total</b>	<b>75</b>	<b>6289</b>	<b>1.2<sup>5</sup></b>

In almost every case, the decision to grant review represents a discretionary decision by the Justices of the Supreme Court. In only a very small collection of cases do the litigants have a right to appeal the decisions of the lower courts to the Supreme Court.

---

5. See *The Statistics*, 131 Harv. L. Rev. 403 (2017).

## Mo JIHONG

*Professeur, Law Institute, Chinese Academy of Social Sciences,  
Vice-Président de l'Association internationale de droit constitutionnel  
(République populaire de Chine)*

### **Quarante Ans de Mécanisme du Contrôle Constitutionnel en Chine**

[Résumé] Ce document examine en détail le processus de mise en place du système de surveillance constitutionnelle et de mécanisme du contrôle constitutionnel au cours des 36 dernières années après l'entrée en vigueur de la constitution actuelle en 1982, les cas représentatifs et influents dans la pratique. La mise en place de mécanisme du contrôle de la constitutionnalité a connu plusieurs stades de développement: «priorité institutionnelle», «contrôle judiciaire», «contrôle anticonstitutionnel» et «contrôle constitutionnel» dans la jurisprudence et dans la pratique. Les points de vue et les pratiques principaux ont été formés à la fois en théorie et en pratique. Cependant, l'auteur estime que seule l'Assemblée nationale populaire (APN) et son comité permanent, qui sont chargés de superviser la mise en œuvre de la Constitution conformément à la Constitution, peuvent véritablement remplir la fonction institutionnelle du contrôle constitutionnel dans la pratique importante de supervision de la mise en œuvre de la Constitution. L'auteur estime également que les exigences du 19<sup>ème</sup> Congrès national du parti communiste chinois de «renforcer la mise en œuvre et la supervision de la Constitution, de faire progresser le travail du contrôle constitutionnel et de protéger l'autorité constitutionnelle» doivent résumer l'expérience et les enseignements du Congrès national du peuple et son comité permanent chargé de superviser la mise en œuvre de la Constitution. L'amendement constitutionnel de la République Populaire de Chine, examiné et approuvé lors de la Première Session Plénière du 13<sup>ème</sup> Congrès national du peuple, a été rebaptisé la commission du droit du Congrès national populaire en tant que la commission constitutionnelle et juridique de l'assemblée populaire nationale. C'est la condition inévitable pour l'établissement et l'amélioration de mécanisme du contrôle de la Constitution de la Chine. La commission

constitutionnelle et juridique jouera un rôle extrêmement important en aidant l'assemblée populaire nationale et son comité permanent à superviser la mise en œuvre de la Constitution et à promouvoir le contrôle constitutionnel.

**[Mots Clés]** Travaux du contrôle constitutionnel, priorité institutionnelle, contrôle judiciaire, contrôle anticonstitutionnel, contrôle constitutionnel, gouvernance constitutionnelle, législation constitutionnelle.

**[Auteur]** Mo Jihong, Né en Mai 1965, en province du Jiangsu, chercheur à l'Institut de droit, (Académie chinoise des sciences sociales), Président honoraire de l'Association internationale de droit constitutionnel

Le rapport du 19<sup>ème</sup> Congrès national du parti communiste chinois indique clairement: «Renforcer la mise en œuvre et la supervision de la Constitution, promouvoir le contrôle de la constitutionnalité' et préserver l'autorité de la Constitution»<sup>1</sup>. Pour la première fois, le 19<sup>ème</sup> Congrès national a mis en avant concept de «contrôle constitutionnel», qui jouait un rôle institutionnel très important pour renforcer la mise en œuvre et la supervision de la constitution et préserver l'autorité de la constitution. En tant que mesure majeure visant à renforcer la supervision de la mise en œuvre de la constitution, le «contrôle constitutionnel» a reçu une grande attention des milieux universitaires et des départements concernés depuis l'adoption de la constitution actuelle en 1982. Elle a connu plusieurs stades de développement : «priorité institutionnelle», «contrôle judiciaire», «contrôle anticonstitutionnel» et «contrôle constitutionnel», qui ont finalement abouti. Le processus d'établissement et de développement du mécanisme de «contrôle constitutionnel» est fondamentalement synchronisé avec le processus de construction de l'Etat de droit en Chine après la réforme et l'ouverture, en raison des progrès constants de l'Etat de droit en Chine, en particulier les exigences de valeur de gouverner la nation selon la constitution.

### **1. «Priorité institutionnelle» : prélude du travail de contrôle constitutionnel**

Depuis la réforme et l'ouverture, le contrôle constitutionnel ou le contrôle anticonstitutionnel ont été l'occasion de renforcer la supervision de la mise en œuvre de la Constitution, en commençant par un débat académique sur le type d'institutions de supervision et de supervision constitutionnelles. Dès le processus de la Constitution de 1982, le comité constitutionnel, organisme spécialisé chargé du contrôle de la constitutionnalité, a été examiné par le Comité d'amendement constitutionnel<sup>2</sup> et n'a plus été inscrit dans le

1. Xi Jinping: «Rapport du 19<sup>ème</sup> Congrès National du Parti Communiste Chinois» (18 Octobre 2017), People's Publishing House, Octobre 2017, 1<sup>ère</sup> édition, p. 38.

2. Dans le processus du projet de révision constitutionnelle à la cinquième session du cinquième Congrès national du peuple, en réponse aux questions soulevées par certains délégués, Peng Zhen a déclaré lors de la réunion du Présidium de l'assemblée générale: La constitution peut être mise en œuvre ou non? L'agence doit-elle superviser la mise en œuvre de la Constitution? Cette question a été examinée à plusieurs reprises au cours du processus de rédaction. Il a déclaré : Dans le cadre de l'exercice unifié du pouvoir suprême de l'Etat par l'APN, il est encore plus approprié que l'assemblée populaire nationale et son comité permanent «exercent le pouvoir de superviser la mise en œuvre de la constitution». «Je crains qu'il soit difficile d'envisager un pouvoir plus élevé que le comité permanent de l'assemblée populaire nationale. Une organisation prestigieuse gère cela.» Il a ajouté: «Bien sûr, avec l'évolution de la situation, il est possible de prendre des règlements spécifiques, alors je vais attendre jusqu'à l'avenir.» Voir Yang Jingyu: «Revoir la Naissance de la Constitution de 1982», Réseau du Parti Communiste Chinois, 27 Octobre 2017, <http://www.zgdsw.org.cn/n/2015/1027/c244523-27744871-2.html>, la dernière visite le 26 septembre 2018.

texte constitutionnel sur la base de divers facteurs, La constitution actuelle a été remise à l'assemblée populaire nationale et à son comité permanent. Les articles 62 et 67 de la constitution actuelle stipulent que l'assemblée populaire nationale et son comité permanent ont la responsabilité de superviser la mise en œuvre de la constitution. Afin de promouvoir l'APN et son comité permanent dans l'exercice de leurs fonctions de supervision de la mise en œuvre de la Constitution, 30 représentants de l'assemblée populaire nationale, dont Wang Shuwen, ont proposé conjointement une motion au sixième Congrès national du peuple et proposé d'établir un comité constitutionnel sous le Congrès national du peuple. En 1989, 32 représentants du Hubei Li Chonghuai et d'autres représentants du Sichuan Wang Shuwen ont soumis une proposition au septième Congrès national du peuple pour recommander la création de la commission constitutionnelle de l'assemblée populaire nationale (n° 316, n° 392).<sup>3</sup>

S'agissant de la création d'une agence spécialisée chargée de superviser la mise en œuvre de la Constitution, la profession juridique a explicitement débattu de cette question lors de débats académiques en 1984, rédigés par Chen Yunsheng sur la garantie organisationnelle de la mise en œuvre. Le professeur Hu Jinguang a également mené une discussion théorique plus approfondie sur les institutions de supervision prévues par la Constitution. Depuis 1985, le professeur Hu Jinguang a constamment discuté de la possibilité de créer un comité constitutionnel dans le cadre de l'Assemblée populaire nationale dans plusieurs articles universitaires. Ces articles incluent «Sur le système de surveillance constitutionnelle» publié dans le premier volume de «China Law» en 1985. En coopération avec le professeur Dong Chengmei, le professeur Hu a publié en 1987 dans le premier volume du Journal de l'université populaire de Chine «Discussion organisationnelle des organisations du contrôle constitutionnel en Chine» et «Le contrôle constitutionnel de la Chine» dans le troisième volume de Law Learning and Research en 1987. En raison des nombreuses propositions de Wang Shuwen et d'autres députés de l'APN et la mise en place d'une institution spéciale de supervision et de supervision constitutionnelle est enfin entrée dans le débat de haut niveau. Dans le cadre de la modification constitutionnelle de 1993, elle a souligné dans la proposition supplémentaire du comité central du parti communiste chinois de modifier une partie du contenu de la Constitution: « Selon les dispositions de l'article 70

3. Cao Zhi: «Rapport sur le traitement de la proposition proposé par les représentants de la Deuxième Session du Septième Congrès national du peuple». Réseau du Congrès national du peuple chinois, voir [http://www.npc.gov.cn/wxzl/wxzl/2000 - 12/27 / content\\_2278.htm](http://www.npc.gov.cn/wxzl/wxzl/2000 - 12/27 / content_2278.htm), la dernière visite effectuée le 26 Septembre 2018.

de la Constitution, le Congrès du peuple peut créer un comité de supervision de la constitution en tant qu'organe spécial de supervision de la mise en œuvre de la Constitution à tout moment, sans avoir à modifier la Constitution. « Cependant, dans la pratique, il est très difficile de promouvoir la création d'une agence spécialisée pour la mise en œuvre de la Constitution dans le cadre de l'Assemblée populaire nationale sans modifier la Constitution. Ce n'est que lors de la Troisième Session Plénière du 19<sup>ème</sup> comité central du PCC qui a examiné et approuvé le « Plan de réforme institutionnelle du parti et de l'Etat » qui a de nouveau évoqué la question de l'agence spécialisée pour la supervision de la Constitution. La Commission juridique du Congrès national du peuple » a été rebaptisée la « Commission de la constitution et de la loi du Congrès national du peuple », renforçant ainsi le contrôle de l'application de la Constitution par l'assemblée populaire nationale et son comité permanent. Par la suite, conformément aux exigences de la troisième session plénière du 19<sup>ème</sup> comité central du PCC sur le renforcement de la mise en œuvre de la Constitution, le paragraphe 2 de l'Article 44, l'amendement de la Constitution adopté par le Congrès du 11 Mars 2018, il a souligné qu'au premier alinéa de l'Article 70 de la Constitution, l'Assemblée populaire nationale crée le Comité ethnique, le Comité juridique, le Comité économique et financier, le Comité de la science de l'éducation et de la santé, la Commission des affaires étrangères, la Commission chinoise d'outre-mer et les autres Commissions spéciales à créer, qui devraient être modifiées à mesure que l'assemblée populaire nationale a créé la Commission de la Constitution et de la loi, la Commission économique et financière, l'éducation, la science et la culture, le Comité de la santé, le Comité des affaires étrangères, le Comité chinois d'outre-mer et les autres Comités spéciaux à mettre en place. Jusqu'à présent, la Commission de la constitution et de la loi a servi de système et de mécanisme pour exercer un contrôle sur la mise en œuvre de la Constitution. Les agences spécialisées ont finalement été mises en place. La commission constitutionnelle et juridique de l'Assemblée populaire nationale est également devenue la première organisation créée par le 13<sup>ème</sup> Congrès national du peuple<sup>4</sup>. Cela montre bien que le Comité central du parti a promu le travail de contrôle de la Constitution et a consacré la commission de la Constitution et de la loi de l'assemblée populaire nationale.

---

4. Le 13 Mars 2018, la Première Session du 13<sup>ème</sup> Congrès national du peuple a voté en faveur du « président vice-président et des membres de la commission constitutionnelle et juridique de l'assemblée populaire nationale. Le congrès a été officiellement établi, la commission est la première organisation du 13<sup>ème</sup> Congrès national du peuple produit par la première session du 13<sup>ème</sup> Congrès national du peuple.

## 2. « Contrôle judiciaire » : déclenchement d'une vague de construction du système de contrôle constitutionnel.

Depuis la réforme et l'ouverture, les problèmes constitutionnels, les questions anticonstitutionnelles et le contrôle judiciaire, la justice constitutionnelle et d'autres méthodes visant à garantir la constitutionnalité ont été au centre des préoccupations des cercles académiques constitutionnels Chinois. La base de données CNKI montre que, dès le sixième volume de 1979, «Law Translation Series», l'article «Supervision Française de la constitutionnalité», traduit par M. Pan Handian, combinait la constitutionnalité du droit avec les conditions nationales spécifiques de la Chine. Les articles académiques à explorer ont d'abord été vus dans l'article «La constitutionnalité du droit et la réforme du système économique» dans le premier volume de «sciences sociales» écrit par Li Jianfei et Kong Xiaohong. Du point de vue du contrôle judiciaire, le premier contrôle constitutionnel ou contrôle anticonstitutionnel est le «Système de contrôle judiciaire des pays occidentaux» publié par Gong Xiangrui, Luo Haocai et Wu Jieying dans le premier volume de Law Research en 1981, en situation en Chine. Les articles académiques sur le modèle de contrôle constitutionnel se trouvent dans le «Modèle de sélection du système de contrôle constitutionnel en Chine» publié par Fei Shancheng dans le deuxième volume du Forum Politique et Juridique de 1999. Par la suite, des spécialistes constitutionnels tels que Wang Lei<sup>5</sup> et Wang Zhenmin<sup>6</sup> ont présenté des monographies académiques personnelles sur la mise en œuvre du contrôle constitutionnel par le biais d'un contrôle judiciaire, enrichissant les résultats de la recherche de la théorie du contrôle judiciaire dans le cercle académique constitutionnel. Quant à savoir si le contrôle constitutionnel de la loi peut être réalisé par un contrôle judiciaire dans les conditions nationales spécifiques de la Chine, le point le plus influent est l'inévitabilité de la judiciarisation de la Constitution publiée par Hu Jinguang dans le premier volume du Juriste de 1993. L'article de Cai Dingjian «Exploration de la judiciarisation de la Constitution de Chine» a été publié dans le cinquième volume de Law Research en 2005. Bien que les cercles académiques aient mené des discussions théoriques approfondies sur le contrôle constitutionnel ou anticonstitutionnel par voie judiciaire, l'application de la Constitution du point de vue du contrôle judiciaire, l'attention de la communauté des praticiens du droit a réellement

5. Wang Lei: «judiciarisation de la Constitution», université chinoise de science politique et de droit, édition de février 2000.

6. Voir Wang Zhenmin: «Système de contrôle constitutionnelle de la Chine», université de science politique et de droit de Chine, édition de février 2005.

commencé, à commencer par la Cour populaire suprême le 13 Août 2001. La réponse a été apportée par l'affaire (le Comité judiciaire de la Cour populaire suprême, réuni le 28 Juin 2001<sup>7</sup>, a adopté la réponse de la Cour populaire suprême sur la question de droit fondamental des citoyens). La réponse a été faite au tribunal populaire supérieur de la province du Shandong et la réponse a été: «À propos de Qi Yuling et Chen Xiaoqi, Chen Kezheng, école de commerce de Shandong Jíning, l'école secondaire Shandong Tengzhou, selon les faits, Chen Xiaoqi et d'autres ont violé le droit fondamental à l'éducation dont jouissait Qi Yuling, conformément aux dispositions constitutionnelles, et ont causé des dommages spécifiques, et devraient porter la responsabilité civile correspondante. La réponse «8.13» a deux aspects: premièrement, la Cour populaire suprême, en tant qu'organe suprême du pays, a confirmé, sous la forme d'une approbation judiciaire, que les droits fondamentaux des citoyens devaient être protégés par les «organes judiciaires». Cet esprit fait de «contrôle judiciaire» un sujet brûlant de discussion théorique dans la direction du mécanisme de contrôle constitutionnel: deuxièmement, la Cour populaire suprême a créé un point de vue important sur le contrôle constitutionnel dans la réponse «8.13». Un citoyen qui a «utilisé un moyen de violer les droits sur un nom», violé le droit fondamental à l'éducation conformément à la Constitution dont jouissent les autres citoyens, ce qui a entraîné des conséquences concrètes du dommage, et l'a rendu, par conséquent, civilement responsable. Les citoyens ordinaires peuvent faire l'objet d'une violation des droits fondamentaux constitutionnels.

L'impact de la réponse «8.13» dans les milieux universitaires et judiciaires est énorme. Dans le monde universitaire, le «contrôle judiciaire» est devenu une «percée du système» pour renforcer la mise en œuvre de la constitution, et la «judiciarisation de la Constitution» est devenue une tendance académique<sup>8</sup>. Dans le cercle de pratique, un grand nombre de décisions judiciaires ont cité de manière proactive la Constitution comme base de l'application de la loi, formant ainsi une tendance judiciaire à «appliquer la Constitution» dans les procès judiciaires. Cependant, la vitalité de la réponse «8.13» n'est pas forte. Premièrement, après plusieurs années de discussions, la communauté universitaire a fondamentalement nié le concept de contrôle constitutionnel dans la réponse «8.13», et les citoyens ordinaires ne peuvent pas porter atteinte

---

7. La Gazette de la Cour populaire suprême, n°5, 2001.

8. Voir Qiang Shigong: «Le paradoxe de la magistrature constitutionnelle - également sur la situation critique des juristes dans la promotion du constitutionnalisme», China Social Sciences, n°2, 2003.



aux droits constitutionnels des autres citoyens. Le point de vue sur les droits fondamentaux dans l'affaire Qi Yuling n'a pas été efficacement soutenu, et le principe selon lequel les organes de l'Etat ont l'obligation de protéger les droits fondamentaux des citoyens tels qu'ils sont énoncés dans la Constitution a été reconnu. Deuxièmement, dans le monde pratique, en raison de la réponse «8.13», le contrôle judiciaire et les responsabilités constitutionnelles de l'assemblée populaire nationale et de son Comité permanent chargé de l'application de la Constitution comportent des conflits inhérents en termes de système et de valeur. Annonce du 18 Décembre 2008: La 1457<sup>ème</sup> réunion du Comité judiciaire de la Cour s'est tenue en décembre 2008. Le 8 août, la «décision sur l'abolition de l'interprétation judiciaire publiée avant fin 2007» a été adoptée, y compris la suppression de la réponse de la Cour populaire suprême à la violation du droit constitutionnel à l'éducation par la violation des droits d'appellation en raison de «l'arrêt application». Que la protection des droits fondamentaux des citoyens à l'éducation soit ou non soumise à la responsabilité civile, sa voix s'évanouit<sup>9</sup>.

La communauté académique constitutionnelle a également apporté des réponses académiques correspondantes à «l'application de l'approbation judiciaire» dans «l'affaire Qi Yuling». Le rédacteur en chef Tong Zhiwei de «Law» (magazine) a organisé des exposés d'experts dans les troisième et quatrième trimestres de 2009. Les documents représentatifs sont: «L'application de la Constitution devrait être basée sur la Constitution elle-même» (Tong Zhiwei), «comment la Constitution s'applique à la judiciarisation» (Tong Zhiwei) et à l'application de la Constitution basée sur l'article 126 de la Constitution" (Han Dayuan), appelant à un système de contrôle constitutionnel conforme aux conditions nationales Chinoises (Yu Ping), l'abolition de «l'affaire Qi» et l'avenir applicable à la Constitution chinoise (Lin Feng), «le traitement rationnel de l'abolition de la réponse, de l'affaire Qi Yuling par la Cour populaire suprême» (Zhu Fuhui), «regarder la direction de la réforme judiciaire depuis l'abolition de Qi Yuling» (Dong Maoyun), «le jugement de la Cour populaire ne peut pas être la Constitution - En même temps que les caractéristiques et les perspectives de l'application de la Constitution chinoise» (Liu Songshan), «arrêtez l'application de la réplique de Qi Yuling» (Zheng Xianjun), «les tribunaux chinois peuvent-ils interpréter la Constitution» (Zhang Qianfan), etc., puis le débat académique sur l'approbation judiciaire a stoppé, les chercheurs universitaires abandonnent

9. Ma Ling: «Analyse de l'abolition de la raison dans réponse < de Qi Yuling», «Law», n°4, 2009.

progressivement les tentatives académiques de briser le goulot d'étranglement du contrôle de la Constitution.

### **3. Le «contrôle anticonstitutionnel» largement reconnu par les cercles académiques et pratiques.**

Au cas où le «contrôle judiciaire» serait continuellement remis en cause par les milieux universitaires en tant que direction du système de contrôle constitutionnel, le Comité permanent de l'assemblée populaire nationale exercerait le pouvoir de contrôle constitutionnel des lois et règlements conformément aux dispositions de la Constitution actuelle et la loi législative pour construire un système de contrôle constitutionnel. La plateforme de pratique est progressivement devenue le consensus des cercles théoriques et pratiques. L'impulsion institutionnelle la plus directe réside dans les dispositions de l'article 90 de la loi législative de la République populaire de Chine, promulguée par l'Assemblée populaire nationale en 2000. L'article stipule: «Le Conseil d'Etat, la Commission militaire centrale, la Cour populaire suprême, Le Parquet populaire suprême et les Commissions permanentes des assemblées populaires des provinces, des régions autonomes et des municipalités relevant directement du gouvernement central peuvent considérer que les réglementations administratives, les réglementations locales, les réglementations autonomes et les réglementations distinctes sont contraires à la Constitution ou à la loi. La demande de contrôle peut être soumise par écrit au Comité permanent de l'assemblée populaire nationale et la demande doit être envoyée à la commission spéciale compétente pour examen et commentaires, autres organes et organisations sociales, entreprises et institutions et citoyens autres que ceux de l'État. Mentionné dans le paragraphe précédent, s'ils considèrent que les règlements administratifs, règlements locaux, règlements autonomes et règlements distincts sont en conflit avec la Constitution ou la loi, ils peuvent soumettre une proposition au Comité permanent de l'assemblée populaire nationale pour examen par écrit, et le Comité permanent peut mener une recherche et, si nécessaire, envoyer à un comité spécial compétent pour examen et commentaires. «L'article 90 de la loi législative de 2000 affirme très clairement que le contrôle constitutionnel a pour objet» les règlements administratifs, les réglementations locales, les règlements autonomes et les règlements distincts». L'organe de contrôle constitutionnel est le Comité permanent de l'assemblée populaire nationale et la demande du contrôle constitutionnel est classée en deux catégories: le

Conseil d'État, la commission militaire centrale, la Cour populaire suprême, le Parquet populaire suprême et les commissions permanentes des assemblées populaires des provinces, des régions autonomes et des municipalités relevant directement du gouvernement central ,ainsi que d'autres organismes publics et groupes sociaux, institutions et citoyens.

D'un point de vue pratique, le «contrôle anticonstitutionnel» le plus influent est la «lettre des trois docteurs»<sup>10</sup>. Le 14 mai 2003, Yu Jiang de l'université des sciences et technologies de Huazhong, Teng Biao de la faculté de droit de l'université de science politique et de droit de Chine et Xu Zhiyong de la faculté de droit et politique de l'université des Postes et Télécommunications de Beijing, au nom des citoyens Chinois, une lettre intitulée «Proposition de contrôle de la réglementation relative au logement et au rapatriement des vagabonds et mendiants urbains» a été envoyée par télécopie à la commission législative du Comité permanent de l'Assemblée populaire nationale<sup>11</sup>. Le Comité de l'Assemblée populaire nationale devrait procéder à un contrôle constitutionnel du système de détention et de rapatriement. Les trois docteurs ont écrit dans la proposition: Le Comité permanent de l'assemblée populaire nationale : Article 88, paragraphe 2, de «la loi législatif de la République populaire de la Chine «prévoit que le Comité permanent de l'Assemblée populaire nationale a le pouvoir de révoquer la réglementation administrative qui contredise la Constitution et les lois. L'article 90, paragraphe 2, stipule que si les citoyens estiment que les règlements administratifs sont en conflit avec la Constitution ou la loi, ils peuvent soumettre une proposition au Comité permanent de l'Assemblée populaire nationale pour examen. En tant que citoyens de la République populaire de Chine, nous pensons que le Conseil d'État a promulgué le 12 Mai 1982, les mesures d'accommodement et de rapatriement des vagabonds et mendiants urbains, qui sert toujours en usage aujourd'hui, et sont contraires à la Constitution et aux lois pertinentes de la République populaire de Chine. Nous proposons au Comité permanent de l'assemblée populaire nationale de revoir la constitutionnalité des «mesures concernant le logement et le rapatriement des vagabonds et des mendiants urbains ».Éléments du contrôle suggérés: est-ce que les «mesures pour le logement et le rapatriement des vagabonds et mendiants urbains» appartiennent à «l'autorité supérieure», comme le prévoit

---

10. Yang Tao: «Lettres civiles» du point de vue du constitutionnalisme, «Revue de droit de l'université Anhui», n°2, 2006.

11. Bibliothèque Baidu, voir <https://wenku.baidu.com/view/bac48cfd910ct12d2af9e74f.hm11>, la dernière visite effectuée le 26 Septembre 2018.

l'article 87, paragraphe 1, de la loi législative de la République populaire de Chine? Les faits et les raisons invoqués par la «proposition»: l'article 6 des «mesures pour le sauvetage et le rapatriement des vagabonds et des mendiants urbains» stipule que la personne à détenir doit être «soumise» à respecter les règles et règlements du centre de détention. Ceci est autorisé par le département des affaires civiles et la sécurité publique. Le département peut imposer des mesures administratives d'exécution en vue de son rapatriement et, en fait confère au service administratif le pouvoir de priver ou de restreindre la liberté personnelle du citoyen. L'article 13 du règlement d'application des mesures stipule que : le centre de détention doit être organisé et rapatrié en temps utile. Le temps pour que le personnel en poste reste à la station ne dépasse pas quinze jours dans la province; le personnel en dehors de la province ne se trouve généralement pas plus d'un mois. Les dispositions ci-dessus signifient que les services administratifs compétents peuvent détenir ceux qui n'ont pas violé la loi dans les foyers et limiter leur liberté personnelle. L'article 37 de la Constitution de la République populaire de Chine stipule que la liberté personnelle des citoyens de la République populaire de Chine n'est pas violée. Tout citoyen qui n'est pas sujet d'une décision approuvée par le parquet populaire ou décidée par le tribunal populaire et exécutée par l'organe de sécurité publique ne doit pas être arrêtée. La détention illégale et les autres méthodes de privation ou de restriction illégale de la liberté individuelle des citoyens sont interdites et les fouilles illégales des corps de citoyens sont interdites. L'article 9 de la «loi sur les sanctions administratives de la République populaire de Chine» stipule que: Les sanctions administratives qui restreignent la liberté individuelle ne peuvent être fixées que par la loi. Les articles 8 et 9 de la loi législative de la République populaire de Chine stipulent que seule la loi peut être promulguée pour la privation des droits politiques des citoyens et les mesures et sanctions obligatoires pour restreindre la liberté individuelle. Nous croyons que, conformément aux lois susmentionnées, le Conseil d'État n'a pas le pouvoir de prendre des règlements administratifs qui limitent la liberté personnelle des citoyens. Après la promulgation de la Constitution et de la loi législative de la République populaire de Chine, les mesures d'accommodement et de rapatriement des vagabonds et mendiants urbains, telles que les règlements administratifs formulés par le Conseil d'État, sont contraires à la Constitution et aux lois chinoises en vigueur, et il appartient à « l'autorité supérieure» prévue au premier alinéa de l'article 87 et à la « loi subordonnée en violation du droit supérieur» stipulée au paragraphe 2, qui doit être modifiée ou révoquée. Sur la base des explications ci-dessus, la «proposition» déclare: «ainsi, en tant que citoyen de la République populaire

de Chine, nous faisons des recommandations au Comité permanent de l'assemblée populaire nationale conformément aux dispositions du paragraphe 2 de l'article 90 de la loi législatif de la République populaire de Chine : proposer au Comité permanent de l'assemblée populaire nationale d'examiner les «mesures relatives à l'hébergement et au rapatriement des vagabonds et des mendiants urbains».

Sans aucun doute, l'impact de la «lettre des trois docteurs» dans la promotion du domaine constitutionnel est énorme. Les avantages institutionnels les plus directs sont les suivants : le 18 Juin 2003, la réunion exécutive du Conseil d'État a débattu en principe des «mesures administratives pour le secours des vagabonds et des mendiants dans la vie urbaine», les «mesures d'hébergement et de rapatriement des vagabonds et des mendiants urbains» a été abolie.

Bien sûr, l'impact social de la «lettre des trois docteurs» est positif, mais du point de la construction d'une théorie du contrôle constitutionnel, il existe un grave paradoxe juridique. La « Lettre des trois Docteurs» se limite aux conditions légales stipulées au deuxième alinéa de l'article 90 de la loi législative de la République populaire de Chine. Toutefois, dans la «proposition», «les trois Docteurs» n'ont pas démontré que l'objet du contrôle constitutionnel qu'ils demandaient au Comité permanent de l'assemblée populaire nationale, à savoir les «mesures pour le logement et le rapatriement des mendiants» est une «Loi Administrative Qualifiée».

En fait, le 12 Mai 1982, le Conseil d'État a promulgué les «mesures pour le logement et le rapatriement des vagabonds et des mendiants urbains» et la cinquième session du cinquième Congrès national du peuple a adopté le concept de «règlements administratifs», le 4 décembre 1982. L'article 89 (1) de la Constitution actuelle stipule que: Le Conseil d'État doit, conformément à la Constitution et aux lois, élaborer des règlements administratifs, adopter des mesures administratives et rendre des ordonnances et des décisions. De toute évidence, du point de vue chronologique, les «Mesures pour le logement et le rapatriement des citadins et des mendiants urbains» ont vu le jour avant l'actuelle Constitution, selon la stricte théorie du contrôle constitutionnel, le Comité permanent chargé d'examiner les «mesures d'accommodement et de rapatriement des citadins et des mendiants urbains» n'a pas de fondement juridique. Cela reflète également pleinement le fait que même si un événement du contrôle constitutionnel qui constitue un point chaud dans la société il peut être ouvert dans le système. Pour les dispositions de l'article 90, paragraphe

2, de la loi législative de 2000, si les citoyens estiment que les règlements administratifs, les réglementations locales, les règlements autonomes et les règlements séparés sont en conflit avec la Constitution ou la loi, ils peuvent soumettre une proposition à la Commission Permanente du Congrès national du peuple pour examen. La mise en œuvre de ce mécanisme du contrôle anticonstitutionnel a un certain impact social dans la pratique.

Le professeur Hu Xingdou a présenté à plusieurs reprises ses suggestions à la Commission permanente de l'Assemblée populaire nationale pour avoir examiné la constitutionnalité de certaines lois et réglementations. Par exemple, en novembre 2004, Hu Xingdou a proposé au Comité permanent de l'Assemblée populaire nationale de réexaminer la constitutionnalité du système urbain-rural dual hukou (enregistrement de résidence).<sup>12</sup> Un «contrôle constitutionnel du système de sécurité sociale discriminatoire et multipiste» a été proposé en Avril 2010<sup>13</sup>. Mais dans l'ensemble, «la lettre de citoyens» pour promouvoir la mise en place et l'institutionnalisation du mécanisme du contrôle constitutionnel n'a pas atteint l'effet souhaité, la communauté universitaire n'a pas accordé suffisamment d'attention dans ce domaine.

#### **4. La pratique du contrôle constitutionnel a encouragé l'institutionnalisation du travail du contrôle constitutionnel**

Malgré la mise en place des institutions de supervision constitutionnelle, la «juridisation constitutionnelle» et le «contrôle constitutionnel», devenues les «points chauds» pour promouvoir le contrôle constitutionnel après la réforme légalement et institutionnellement. Il n'y a plus de doctrine scientifique, donc il n'y a pas d'influence durable dans la pratique. C'est la pratique unique de l'Assemblée populaire nationale et de son Comité permanent qui peut renforcer le contrôle de l'application de la Constitution et impulser la normalisation du travail du contrôle de la Constitution. Pour la première fois, la deuxième session plénière du Comité permanent du sixième Congrès national du peuple, le 2 septembre 1983, a adopté la décision des organes de la sécurité nationale d'exercer les pouvoirs des organes de sécurité publique pour les enquêtes, exécution des arrestations. En élargissant l'interprétation des «organes de sécurité publique» dans l'actuel texte constitutionnel, les «organes de sécurité nationale» ont été inclus, ouvrant ainsi le prélude à un

12. «Propose un contrôle constitutionnel du système actuel d'enregistrement des ménages», «Times Newspaper» du 25 Novembre 2004, voir <http://postblogchinacom/p/68035>, la dernière visite effectuée le 26 Septembre 2018.

13. Southem People Weekly, 16 Avril 2010, voir [http://www\\_360doc.com/content/10/0416/14/314572\\_23340693.shtml](http://www_360doc.com/content/10/0416/14/314572_23340693.shtml), la dernière visite effectuée le 26 Septembre 2018.

«contrôle constitutionnel»<sup>14</sup>. La «décision» stipule: «l'organe de sécurité nationale décidé par la première session plénière du sixième Congrès populaire national pour enquêter sur les cas d'espions initialement détenus par les organes de sécurité publique est la nature des organes de sécurité publique. Il est possible pour les organes de la sécurité nationale d'exercer les pouvoirs d'enquête, de détention, de mise en état et d'exécution des arrestations par les organes de sécurité publique, conformément à la Constitution et à la loi. La décision sur «la loi fondamentale de la région administrative Spéciale de Hong Kong de la République populaire de Chine», adoptée à la troisième session du septième Congrès national du peuple, le 4 avril 1990, stipule clairement: «La loi fondamentale de la région administrative spéciale de Hong Kong est formulée conformément à la Constitution de la République populaire de Chine et aux conditions spécifiques de Hong Kong. Elle est constitutionnelle. «La décision ci-dessus confirme pleinement la «constitutionnalité» de la loi fondamentale de la région administrative spéciale de Hong Kong. Le Comité permanent de l'assemblée populaire nationale lors de la 26<sup>ème</sup> session du Comité permanent du 11<sup>ème</sup> Congrès national du peuple du 26 août 2011 a adopté l'interprétation de l'article 13, paragraphe 1 et de l'article 19 de la loi fondamentale de la région administrative spéciale de Hong Kong, qui stipule clairement que: conformément aux dispositions de l'article 89 (9) de la Constitution de la République Populaire de Chine, le Conseil d'État, le gouvernement populaire central, exerce le pouvoir d'administrer les affaires étrangères de l'État et l'exemption de l'État appartiennent à l'État. Dans le cadre des affaires étrangères dans la Région Administrative Spéciale de Hong Kong, le gouvernement populaire central a le pouvoir de déterminer les règles ou les politiques d'exemption nationales de la République Populaire de Chine et de les appliquer uniformément sur le territoire de la République Populaire de Chine. Sur la base de l'interprétation ci-dessus, conformément aux dispositions de l'article 13 (1) de la Loi fondamentale de la Région administrative spéciale de Hong Kong de la République Populaire de Chine, la gestion des affaires étrangères relatives à la Région administrative

14. Les dispositions constitutionnelles énumérées dans la décision incluent: Article 37: tout citoyen qui n'est pas approuvé ou décidé par le parquet du peuple ou décidé par le tribunal populaire et exécuté par l'organe de sécurité publique ne doit pas être arrêté. Article 40 : la liberté de communication et les secrets de communication des citoyens de la République populaire de Chine sont protégés par la loi. À l'exception du besoin de sécurité nationale ou de poursuite d'infractions pénales, l'organe de sécurité publique ou le procuratorat doit inspecter la communication conformément aux procédures prescrites par la loi et aucune organisation ou personne ne peut enfreindre la liberté de communication et les secrets de communication des citoyens.

spéciale de Hong Kong appartiennent au gouvernement populaire central. Le gouvernement populaire central a le pouvoir de déterminer les règles ou les politiques d'exemption nationales applicables dans la Région administrative spéciale de Hong Kong. Les explications ci-dessus contiennent les exigences de base et les jugements de «constitutionnalité», qui ont effectivement encouragé le Comité Permanent de l'APN à prendre l'initiative d'exercer un pouvoir du contrôle constitutionnel.

Étant donné que la Constitution actuelle confère à l'Assemblée populaire nationale et à son Comité permanent la responsabilité de superviser la mise en œuvre de la Constitution, en examinant le développement de la Chine depuis la réforme et l'ouverture, il convient de mentionner que d'après les exigences du parti au pouvoir en matière de renforcement de la mise en œuvre de la Constitution, les attentes et les exigences du système du contrôle constitutionnel visent principalement les travaux de l'Assemblée populaire nationale et de son Comité permanent. Par exemple, la «décision du Comité central du parti communiste chinois sur certaines questions majeures relatives à l'avancement complet de la gouvernance de la nation conformément à la loi», examinée et approuvée le 23 octobre 2014, stipule clairement le rôle du Congrès national du peuple et de son Comité permanent, dans l'amélioration du mécanisme des procédures d'interprétation constitutionnelle, en renforçant le système d'examen des dossiers et le renforcement des capacités. Dans le système initial de supervision de la Constitution, le «bureau d'examen des règlements» du Comité du travail juridique relevant du Comité permanent de l'APN a accompli un travail utile pour assurer la constitutionnalité des lois et règlements et a obtenu certains résultats. Le 24 Décembre 2017, le rapport de la commission du travail juridique de la commission permanente de l'assemblée populaire nationale montre que, depuis le 12<sup>ème</sup> Congrès national du peuple, le Comité du travail juridique a reçu 1527 propositions d'examen émanant de citoyens et d'organisations.<sup>15</sup> Il est rapporté que parmi les 1527 propositions d'examen, 1206 concernent l'examen des dossiers du Comité permanent des CNP, 24 sont recommandées pour examiner les règlements administratifs et 66 sont recommandées pour l'examen des réglementations locales. Il y avait 1116 pour l'examen de l'interprétation judiciaire. Selon la proposition de contrôle présenté par l'organisation chinoise du secteur de la construction en 2016, l'examen des dispositions de la réglementation locale

15. Le Comité de travail juridique du Comité permanent du Congrès national du peuple a annoncé un certain nombre de cas typiques de dépôt et de révision», Réseau du Congrès national du peuple chinois, voir [http://www.npc.gov.cn/npc/cwhby/12jcw/2017-12/25/content\\_2035097.htm](http://www.npc.gov.cn/npc/cwhby/12jcw/2017-12/25/content_2035097.htm), la dernière visite le 26 Septembre 2018.



sur les investissements publics et les projets de construction basés sur des investissements gouvernementaux avec les résultats de l'audit comme base de règlement des projets a été effectué en février 2017. À l'heure actuelle, sept localités ont apporté des modifications aux réglementations locales pertinentes. Selon la proposition de contrôle présentée par 4 chercheurs en 2017, les réglementations sur la «super-naissance sont rejetées» dans la réglementation locale concernant la population et la planification familiale sont examinées. En septembre 2017, une lettre a été envoyée aux comités permanents du Congrès de la population locale. Actuellement, il existe déjà une législature locale pour modifier les réglementations locales pertinentes. Selon la proposition de contrôle présentée conjointement par 108 maîtres des majors de propriété intellectuelle dans plus de 20 collèges et universités, comme l'Université de Shanghai en 2017, le célèbre système de marques stipulé dans les réglementations locales a été examiné et étudié. En novembre 2017, une lettre a été envoyée au comité permanent du Congrès populaire local. Les réglementations locales sur le célèbre système de marques ont été liquidées et une lettre a également été envoyée au Bureau des affaires législatives du Conseil d'État pour recommander le nettoyage des réglementations locales et des documents normatifs départementaux concernant le célèbre système de marques.

On peut voir de ce point de vue que le rapport du 19<sup>ème</sup> Congrès national du parti communiste chinois met en avant que «le renforcement de la mise en œuvre et de la supervision de la Constitution et la promotion du travail de contrôle constitutionnel» ont une certaine base institutionnelle. En particulier, le Comité permanent de l'Assemblée populaire nationale remplit les fonctions de contrôle de la constitution prévues par la Constitution. En examinant si les lois et règlements sont inconstitutionnels conformément aux dispositions de la loi législative, beaucoup de travail a été accompli et un meilleur mécanisme de travail a été mis en place. Le 19<sup>ème</sup> Congrès national du parti communiste chinois a fait la promotion du travail de contrôle de la Constitution en veillant à préserver l'autorité constitutionnelle. Ce n'est pas seulement l'affirmation des réalisations du Comité permanent de l'assemblée populaire nationale à cet égard, mais également le développement du Congrès national du peuple et de son Comité permanent. Le rôle du contrôle constitutionnel représente plus d'attentes.

Après le 19<sup>ème</sup> Congrès national du parti communiste chinois, sollicitant l'opinion du public, « le manque de base constitutionnelle de la loi sur la supervision » proposé par plusieurs experts a préoccupé les instances

législatives supérieures.<sup>16</sup> Le 11 mars 2018, l'amendement constitutionnel de la République populaire de Chine a été examiné et approuvé lors de la première session du 13<sup>ème</sup> Congrès national du peuple. L'article 52 de l'amendement stipule que la commission de surveillance est une section indépendante du troisième chapitre de la Constitution actuelle en ajoutant les articles 123 à 127 qui spécifient la nature, le statut juridique, la composition, le système de direction et le principe des activités de la commission de surveillance. Après que le 13<sup>ème</sup> Congrès national du peuple eut délibéré et adopté l'amendement constitutionnel pour clarifier le statut constitutionnel du Comité de Surveillance, la loi de surveillance de la République populaire de Chine a été révisée et approuvée le 20 mars 2018 et stipule clairement que «la loi est adoptée conformément à la Constitution». Cela reflète pleinement les caractéristiques de la législation «constitutionnelle» de la loi sur la surveillance. Un autre exemple de «législation constitutionnelle» est que l'amendement constitutionnel de la République populaire de Chine, qui a été examiné et approuvé par le 13<sup>ème</sup> Congrès national du peuple, stipule que la ville avec les districts jouit d'un pouvoir législatif local. La «loi sur la législation» nouvellement révisée en 2015 stipule que le Congrès populaire municipal et son comité permanent ont le pouvoir de formuler des réglementations locales et que le gouvernement populaire municipal avec les districts a le pouvoir de formuler les réglementations locales. Avant que la ville avec les districts ne jouisse du pouvoir législatif local, la ville avec les districts ne jouit du pouvoir législatif que conformément aux dispositions de la loi législative et à la «légalité» plutôt que la «constitutionnalité». Selon l'article 3 de la loi législative, «la législation devrait suivre les principes fondamentaux de la Constitution». De toute évidence, les dispositions des pouvoirs législatifs de la ville avec les districts sont stipulées par la loi législative et les dispositions de l'article 3 de la loi législative doivent être suivies. Les principes de base de la Constitution ne sont pas très bien observés. Afin de résoudre le problème de la «constitutionnalité» du pouvoir législatif local dans la ville avec les districts, le pouvoir constitutionnel de la ville avec les districts a été inscrit dans le texte constitutionnel en 2018. En ce qui concerne le pouvoir législatif local «constitutionnel» par la ville avec les districts, les amendements constitutionnels ont été largement influencés par l'infection et l'influence du «contrôle constitutionnel» actuel.

---

16. Chen Ruihua: «Les Sept Problèmes dans le Projet de Loi sur la Supervision», voir <http://wemedia.ifcng.com/36271260/wemediashtml>, la dernière visite du 26 Septembre 2018.

En outre, conformément aux recommandations de la proposition supplémentaire de 1993 du Comité central du Parti communiste chinois (PCC) sur la modification du contenu de la Constitution, l'Assemblée populaire nationale peut créer un comité de surveillance constitutionnelle de type spécial et la Constitution peut ne font plus de provisions. Cependant, au cours des 25 dernières années, en partant du principe que la Constitution ne contient pas de dispositions explicites, il est en effet difficile de promouvoir la création d'un organe de contrôle constitutionnel relevant de l'Assemblée populaire nationale et de son Comité permanent. Par conséquent, le «plan de réforme institutionnelle du parti et de l'État» examiné et approuvé par la troisième session plénière du 19<sup>ème</sup> Comité central du PCC indiquait clairement que la Commission de la loi de l'Assemblée populaire nationale devait être rebaptisée, les changements ont une grande importance.<sup>17</sup> D'une part, après que la deuxième session plénière du 19<sup>ème</sup> Comité central du PCC ait officiellement adopté la «proposition du Comité central du parti communiste chinois de modifier une partie de la Constitution», le contenu de l'amendement constitutionnel devrait encore être révisé conformément au principe de la recherche de la vérité à partir des faits. Cela démontre pleinement la confiance et la détermination du parti au pouvoir à «gouverner la nation conformément à la Constitution» et à respecter l'autorité constitutionnelle; le Comité juridique du Congrès national du peuple a été rebaptisé la commission constitutionnelle et législative du Congrès national du peuple, chargé de mieux aider le pays tout entier. L'Assemblée populaire nationale et son Comité permanent sont en mesure de s'acquitter de leurs fonctions de supervision de la mise en œuvre de la Constitution afin de mettre en œuvre la «promotion du contrôle constitutionnel» proposée par le 19<sup>ème</sup> Congrès national du Parti communiste chinois et normaliser le contrôle constitutionnel. Un travail régulier de mise en œuvre constitutionnelle et de supervision est devenu un important soutien institutionnel pour gouverner la nation conformément à la Constitution.

En bref, depuis 40 ans, la Chine a ouvert ses portes à la censure constitutionnelle et la Constitution actuelle de 1982 a donné l'occasion à l'Assemblée populaire nationale et à son Comité permanent de superviser la mise en œuvre de la Constitution à la fois en théorie et en pratique. Au même niveau, l'élaboration du mécanisme du contrôle de la Constitution a été largement encouragée. En fin de compte, le cinquième amendement à la Constitution actuelle, adopté le 11 mars 2018, a été institutionnalisé par le

---

17. «Approfondir le Plan de Réforme du Parti et des Institutions de l'Etat», People's Publishing House, 1ère édition, Mars 2018, p.20.

Congrès national du peuple pour créer la Commission de la Constitution et de la loi. Le processus ci-dessus est un processus graduel, dans lequel la discussion approfondie de la communauté universitaire et la pratique juridique continue ont joué un rôle très utile. On peut voir que, conformément aux exigences de la «promotion du travail du contrôle constitutionnel» proposées par le 19<sup>ème</sup> Congrès national du parti communiste chinois, tant que des mécanismes pratiques et efficaces sont adoptés dans la pratique pour mettre en œuvre les mesures constitutionnelles. Le contrôle constitutionnel de la Chine sera inévitablement amélioré. À un autre niveau, il jouera un rôle important dans la promotion et la sauvegarde de la valeur constitutionnelle de la Constitution.

**Mo JIHONG**

*Professor, Law Institute, Chinese Academy of Social Sciences  
Vice-President of the International Association of Constitutional law  
(People's Republic of China)*

### **Forty Years of Constitutional Review Mechanism in China**

[**Abstract**] This paper reviews in detail the process of the establishment of the constitutional supervision system and the constitutional review mechanism in the past 36 years after the entry into force of the current Constitution in 1982, the mainstream views of the academic circles, and the representative and influential cases in practice. The establishment of the constitutional review mechanism has experienced several different stages of development: “institutional priority”, “judicial review”, “unconstitutional review” and “constitutional review” in jurisprudence and in practice. Mainstream views and practices have been formed both in theory and in practice. However, the author believes that only the National People’s Congress (NPC) and its Standing Committee, which have the responsibility of supervising the implementation of the Constitution in accordance with the Constitution, can truly have the institutional function of constitutional review in the important practice of supervising the implementation of the Constitution. The author also believes that the requirements of the 19<sup>th</sup> National Congress of the Communist Party of China to “strengthen the implementation and supervision of the Constitution, advance the constitutional review work, and safeguard the constitutional authority” are to sum up the experience and lessons of the National People’s Congress and its Standing Committee in supervising the implementation of the Constitution. The Constitutional Amendment of the People’s Republic of China, which was reviewed and approved at the First Plenary Session of the 13<sup>th</sup> National People’s Congress, renamed the National People’s Congress Law Commission as the Constitution and Law Commission of the National People’s congress. It is the inevitable requirement for the establishment and improvement of China’s constitutional review mechanism. The Constitution

and Law Commission will play an extremely important role in assisting the National People's Congress and its Standing Committee to supervise the implementation of the Constitution and promote constitutional review.

**[Keywords]** Constitutional Review Work, Institutional Priority, Judicial Review, Constitutional Review, Constitutional Ruling, Constitutional Governance, Constitutional Legislation.

**[Author]** Mo Jihong, Born in May 1965, Male, Jiangsu Province, Researcher, Institute of Law, Chinese Academy of Social Sciences, Honorary President of International Association of Constitutional Law.

The report of the 19<sup>th</sup> National Congress of the Communist party of China clearly states: Strengthening the implementation and supervision of the Constitution, promoting the review of constitutionality, and safeguarding the authority of the Constitution<sup>1</sup>. For the first time, the 19<sup>th</sup> National Congress put forward the concept of “constitutional review”, which played a very important institutional guarantee for strengthening the implementation and supervision of the Constitution and safeguarding the authority of the Constitution. As a major measure to strengthen the supervision of the implementation of the Constitution, the “Constitutional Review” has received great attention from the academic circles and relevant departments since the enactment of the current Constitution in 1982. It has undergone several stages of “institutional priority”, “judicial review”, “unconstitutional review” and “constitutional review”, eventually gotten matured. The process of establishing and developing the “constitutional review” mechanism is basically synchronized with the process of building the rule of law in China after the reform and opening up, by virtue of reflecting the continuous progress of the rule of law in China, especially the value requirements of governing the nation according to the Constitution.

### **1. “Institutional Priority” kicked off the prelude of Constitutional review work.**

Since the reform and opening up, the constitutional review or unconstitutional review has taken the opportunity to strengthen the supervision of the implementation of the Constitution, starting with academic debate on what kind of the constitutional supervision and supervision institutions should be established. As early as the 1982 constitution-making process, the Constitutional committee, a specialized agency responsible for constitutional review, was considered by the Constitutional amendment committee<sup>2</sup> and later

- 
1. Xi Jinping: »Report at the 19th National Congress of the Communist Party of China» (October 18, 2017), People’s Publishing House, October 2017, 1st edition, p. 38.
  2. In the process of reviewing the draft of constitutional revision at the Fifth Session of the Fifth National People’s Congress, in response to questions raised by some delegates, Peng Zhen said at the meeting of the Presidium of the General Assembly: Do you care about whether the Constitution can be implemented or not? It is necessary for the agency to supervise the implementation of the constitution? This issue was repeatedly considered during the drafting process. He said: Under the system of the NPC’s unified exercise of the supreme state power, it is still more appropriate for the National People’s Congress and its Standing Committee to “exercise the power to supervise the implementation of the Constitution.” “I am afraid it is difficult to envisage a higher power than the Standing Committee of the National People’s Congress. A prestigious organization manages this.” He added: “Of course, with the development of the situation, it is possible to make some specific regulations, so I will wait until the future.” See Yang Jingyu: “Reviewing the Birth of the 1982 Constitution,” Chinese Communist Party Network, 2017 October 27th, <http://www.zgdsw.org.cn/n/2015/1027/c244S23-27744871-2.html>, the latest visit on September 26, 2018.

was not written in the constitutional text based on various factors, but the responsibility of supervision of the current Constitution has been given to the National People's Congress and its Standing committee. Articles 62 and 67 of the current Constitution stipulate that the National People's Congress and its Standing committee shall have the responsibility of supervising the implementation of the constitution. In order to promote the NPC and its Standing committee to better perform their duties of supervising the implementation of the Constitution, in 1983, 30 representatives of the National People's Congress, including Wang Shuwen, jointly proposed a motion to the Sixth national people's congress and proposed to establish a Constitutional committee under the National People's Congress. In 1989, 32 representatives from Hubei Li Chonghuai and other representatives from Sichuan Wang Shuwen submitted a proposal to the Seventh national people's congress to recommend the establishment of the Constitutional committee of the National People's Congress (No. 316, No. 392) <sup>3</sup>.

Regarding the establishment of a specialized agency to supervise the implementation of the constitution, the legal profession firstly explicitly discussing this issue in academic discussion was published in the 4<sup>th</sup> volume of China social science in 1984, written by Chen Yensung on the organizational guarantee of constitutional implementation. Professor Hu Jinguang also conducted a more comprehensive theoretical discussion on the supervision institutions stipulated by the Constitution. Since 1985, Professor Hu Jinguang has continuously discussed the feasibility of establishing a Constitutional committee under the National People's Congress in several academic papers. These papers include "On the constitutional supervision system" published in the first volume of "China Law" in 1985. In cooperation with Professor Dong Chengmei, professor Hu published in the first volume of the Journal of the People's university of China in 1987, with "Organizational discussion of China's constitutional review organizations" and "The constitutional review of China" in the third volume of Law Learning and Research in 1987. Due to the many proposals of Wang Shuwen and other NPC deputies and the help of the legal scholars, the establishment of a special constitutional supervision and supervision institution has finally entered the high-level issue. In the process of constitutional amendment in 1993, it pointed out in the Supplementary proposal of the Central committee of the Communist party

---

3. Cao Zhi: «Report on the Handling the Proposal Proposed by the Representatives of the Second Session of the Seventh National People's Congress», China National People's Congress Network, see [http://www.npc.gov.cn/wxzl/Wxzl/2000-12/27/content\\_2278.htm](http://www.npc.gov.cn/wxzl/Wxzl/2000-12/27/content_2278.htm), the latest visit on September 26, 2018.



of China on amending part of the contents of the Constitution: “According to the provisions of article 70 of the Constitution, the National People’s Congress may establish a constitutional supervision committee as a special constitutional implementation supervision body at any time as needed without having to amend the Constitution.” However, in practice, it is very difficult to promote the establishment of a specialized agency for the implementation of the Constitution under the National People’s Congress without modifying the Constitution. It was not until the Third plenary session of the 19<sup>th</sup> CPC Central committee reviewed and approved the “Deepening the Party and State institutional reform plan” that once again mentioned the issue of the specialized agency for the supervision of the Constitution, that is, the “National People’s Congress Law Committee” was renamed as the “National People’s Congress Commission of the constitution and law”, thereby strengthening the supervision of the implementation of the Constitution by the National People’s Congress and its Standing committee. Subsequently, in accordance with the requirements of the Third plenary session of the 19<sup>th</sup> CPC central committee on strengthening the implementation of the Constitution, article 44, paragraph 2, the Constitutional amendment of the People’s Republic of China, reviewed and approved at the 13<sup>th</sup> National People’s Congress on March 11, 2018., it emphasized that in the first paragraph of article 70 of the Constitution, the National People’s Congress shall establish the Ethnic committee, the Law committee, the financial and economic committee, the Education science and culture health Committee, the Foreign affairs committee, the Overseas chinese committee and other special committees that need to be established, which should be modified as the National People’s Congress has established the Commission of the constitution and law, the financial and economic committee, the Education, science and culture health committee, the Foreign affairs committee, the Overseas chinese committee and other special committees that need to be established. So far, the Commission of the constitution and law has acted as a system and mechanism to exercise supervision over the implementation of the Constitution. The specialized agencies have finally been set up. The Constitution and law Commission of the National People’s Congress has also become the first organization established by the 13<sup>th</sup> National People’s Congress<sup>4</sup>. This fully demonstrates that the Party central committee

---

4. On March 13, 2018, the First Session of die 13th National People’s Congress voted to pass the «President, Deputy Chairman, and Members of the 13th National People’s Congress Constitution and Law Commission (Draft)», Constitution and Law Commission of the National People’s Congress was formally established, the commission is the first organization of the 13th National People’s Congress produced by the first Session of the 13th National People’s Congress.

has promoted the constitutional review work and highlighted the Constitution and Law Commission of the National People's Congress.

## **2. “Judicial Review” set off a wave of constitutional review system construction.**

Since the reform and opening up, constitutional issues, unconstitutional issues, and judicial review, constitutional justice and other methods to ensure constitutionality have been the focus issues of China's constitutional academic circles. The CNKI database shows that as early as the 1979 sixth volume of “Law Translation Series”, the article “French supervision of legal constitutionality” translated by Mr. Pan Handian was published, combining the constitutionality of law with the specific national conditions of China. The academic papers to be explored were firstly seen in the article “The constitutionality of the law and the reform of the economic system” in the 1<sup>st</sup> volume of “Social Science” written by Li Jianfei and Kong Xiaohong. From the perspective of judicial review, the earliest introduction of constitutional review or unconstitutional review is the “Judicial review system of western countries” published by Gong Xiangrui, Luo Haocai and Wu Jieying in the first volume of Law Research in 1981, combined with the actual situation in China. The academic papers on the review of the constitutional review model can be found at the “Model selection of China's constitutional review system” published by Fei Shancheng in the second volume of the Political and Legal Forum in 1999. Subsequently, constitutional scholars such as Wang Lei<sup>5</sup> and Wang Zhenmin<sup>6</sup> introduced personal academic monographs on the implementation of the constitutional review through judicial review, enriching the research results of the judicial review theory in the constitutional academic circle. Regarding whether or not the constitutional review of the law can be achieved through judicial review in China's specific national conditions, the most influential academic point is the inevitability of the judicialization of the Constitution published by Hu Jinguang in the first volume of the 1993 Jurist. Cai Dingjian's “Exploration of the judicialization of the constitution of china” was published in the fifth volume of Law Research in 2005. Although the academic circles have conducted in-depth theoretical discussions on constitutional or unconstitutional review through judicial channels, the application of the constitution from the perspective of judicial review has really received

---

5. Wang Lei: « Judicialization of the Constitution », China University of Political Science and Law Press, February 2000 edition.

6. See Wang Zhenmin: «China's Constitutional Review System», China University of Political Science and Law Press, February 2005 edition.

the attention of the legal practice community, beginning with the Supreme people's court on August 13, 2001. The reply was made by the case (also known as "8.13 approval or reply"). "The Supreme people's court's reply on whether the basic right of education for citizens which has been infringed by means of infringement on name rights should bear civil liability" was adopted by the Supreme people's court judicial committee at its 1183<sup>rd</sup> meeting on June 28, 2001<sup>7</sup>. It will take effect on August 13<sup>th</sup>, 2001. The reply was made to the Higher people's court of Shandong province, and the reply was: "About Qi Yuling and Chen Xiaoqi, Chen Kezheng, Shandong Jining Commercial School, Shandong Tengzhou No. 8 Middle School, according to the facts of the case, Chen Xiaoqi and others violated the basic right of education enjoyed by Qi Yuling in accordance with the constitutional provisions, and caused specific damage consequences, should bear the corresponding civil liability." "8.13 Reply" in promoting the construction of constitutional review system, the biggest bright spot has two aspects: Firstly, the Supreme people's court as the country's highest trial organ, for the first time, confirmed in the form of judicial approval that the constitutional basic rights enjoyed by citizens should be protected by the "judicial organs". This spirit makes "judicial review" a hot topic of theoretical discussion in the direction of constitutional review mechanism; Secondly, the Supreme people's court created an important point of view on constitutional review in the "8.13 Reply". A citizen "to use a means of violating name rights" violated the fundamental right to education in accordance with the Constitution enjoyed by other citizens and causes the concrete consequences of the damage, should bear the corresponding civil liability." The above judicial opinions affirm that ordinary citizens can constitute the subject of violation of the constitutional basic rights.

The impact of "8.13 Reply" in the academic and judicial circles is enormous. In the academic world, the "judicial review" has become a "system breakthrough" to strengthen the implementation of the constitution, and the "judicialization of the Constitution" has become an academic trend<sup>8</sup>. In the practice circle, a large number of judicial decisions proactively cited the Constitution as the basis for the application of the law, forming a judicial tendency to "apply the Constitution" in judicial trials. However, the vitality of "8.13 Reply" is not strong. Firstly, after several years of discussion, the academic community basically denied the concept of constitutional review in

---

7. The Supreme People's Court Gazette, No. 5, 2001.

8. See Qiang Shigong: «The Paradox of Constitutional Judicature-Also on the Predicament of Jurists in Promoting Constitutionalism», China Social Sciences, No. 2, 2003.

“8.13 Reply”, and ordinary citizens can not infringe the constitutional rights of other citizens. The view of the basic rights in “Qi Yuling’s case has not been effectively supported, and the view that the state organs have the obligation to protect the basic rights of citizens as stipulated in the Constitution has been basically recognized. Secondly, in the practical world, due to the “8.13 Reply”, the judicial review and the constitutional responsibilities of the National People’s Congress and its Standing committee overseeing the implementation of the Constitution has inherent conflicts in terms of system and value. The Supreme people’s court issued the following announcement on december 18, 2008: The 1457<sup>th</sup> meeting of the Judicial committee of the court was held in december 2008. On august 8, the “Decision on abolishing the judicial interpretation issued before the end of 2007” was adopted, including the abolition of the Supreme people’s court’s reply on infringement of the constitutional education right by means of infringement of name rights on the grounds of “stopped application”. Whether the protection of citizens’ basic rights to education should be subject to civil liability or not, its voice is fading<sup>9</sup>.

The constitutional academic community also made corresponding academic responses to the «application of the judicial approval» in the “Qi Yuling case”. Chief editor Tong Zhiwei of “Law” (magazine) has organized expert writings in the third and fourth phases of 2009. The representative papers are: “The application of the Constitution should be based on the path stipulated by the Constitution itself” (Tong Zhiwei), “How the Constitution applies to the “judicialization” (Tong Zhiwei), and the application of the Constitution based on article 126 of the Constitution (Han Dayuan), Calling for a constitutional review system in accordance with China’s national conditions (Yu Ping), the abolition of the “Qi Case” and the future applicable to the Chinese constitution (Lin Feng ),”Rationally treating the abolition of the ‘Reply’ of the Qi Yuling case by the Supreme people’s court” (Zhu Fuhui), “Viewing the direction of judicial reform from the abolition of the Qi Yuling” (Dong Maoyun), “The judgment of the People’s court cannot be the Constitution-concurrently on the characteristics and prospects of the application of China’s Constitution” (Liu Songshan), “Stop the application of Qi Yuling’s reply” (Zheng Xianjun), “Can China’s courts interpret the Constitution” (Zhang Qianfan), etc., and then the academic debate on the judicial approval of the “Qi Yuling case” basically stopped, the academic attempts to break through the bottleneck of constitutional review from the judicial review are gradually abandoned by mainstream scholars.

9. Ma Ling: «Analysis of the Abolition of “Reason’ in Qi Yuling’s ‘Reply’”, “Law”, No. 4. 2009.

### **3. The “Unconstitutional review” has been widely recognized by the academic and practical circles.**

In the case that the “judicial review” is continuously questioned by the academic circles as the direction of the constitutional review system, the Standing committee of the National People’s Congress will exercise the power of constitutional review of laws and regulations in accordance with the provisions of the current Constitution and the legislative law to build a constitutional review system. The practice platform has gradually become the consensus of the theoretical and practical circles. The most direct institutional impetus is the provisions of article 90 of the legislative law of the People’s Republic of China enacted by the National People’s Congress in 2000. The article stipulates: “The State council, the Central military commission, the Supreme people’s court, the Supreme people’s procuratorate, and the standing committees of the people’s congresses of the provinces, autonomous regions, and municipalities directly under the Central government consider that administrative regulations, local regulations, autonomous regulations, and separate regulations are in conflict with the Constitution or the law, they may submit a proposal to the Standing Committee of the National People’s Congress for review in writing, and the work of the Standing committee shall conduct research and, if necessary, send to relevant special committee in conduct of review and comments. «Article 90 of the 2000 Legislative law very clearly affirms that the object of constitutional review is administrative regulations, local regulations, autonomous regulations and separate regulations». The constitutional review body is the Standing committee of the National people’s Congress and the main body of the constitutional review request are classified into two categories: the State council, the Central military commission, the Supreme people’s court, the Supreme people’s procuratorate, and the standing committees of the people’s congresses of provinces, autonomous regions, and municipalities directly under the Central government; Other state agencies and social groups, corporate institutions and citizens.

From a practical point of view, the most influential «unconstitutional review» is the «Three doctors’ letter»<sup>10</sup>. On may 14, 2003, Yu Jiang from Huazhong University of Science and Technology, Teng Biao from the School of Law of China University of Political Science and Law, and Xu Zhiyong from the School of Law and Politics of Beijing University of Posts and Telecommunications, in the name of Chinese citizens, wrote a letter entitled

10. Yang Tao: «Civil Letters» from the Perspective of Constitutionalism, «Anhui University Law Review», No. 2, 2006

their proposal of reviewing regulation on the accommodation and repatriation of urban vagrants and beggars” was faxed to the Legislative Work commission of the Standing committee of the National People’s Congress<sup>11</sup>. It is recommended that the Standing committee of the National People’s Congress should conduct a constitutional review of the detention and repatriation system. The three doctors wrote in the proposal: The Standing committee of the National People’s Congress: article 88, paragraph 2, of the “Legislative Law of the People’s Republic of China” provides that the Standing committee of the National People’s Congress has the power to revoke administrative regulations that contradict the Constitution and laws. Article 90, paragraph 2 stipulates that if citizens believe that administrative regulations are in conflict with the Constitution or the law, they may submit a proposal to the Standing committee of the National People’s Congress for review. We, as citizens of the People’s Republic of China, believe that the State council promulgated on May 12, 1982, the measures for the accommodation and repatriation of urban vagrants and beggars, still in use today, are in conflict with the Constitution and relevant laws of the People’s Republic of China. We propose the Standing committee of the National People’s Congress to review constitutionality of the «Measures for the accommodation and repatriation of urban vagrants and beggars». Suggested review items: does the “Measures for the repatriation of urban vagrants and beggars” belong to the “Exceeding authority” as stipulated in article 87, paragraph 1, of the Legislative Law of the People’s Republic of China and is it the “Administrative law on the violation of the Superior law” as stipulated in the second paragraph? The facts and reasons put forward by the «Proposal»: article 6 of the «Measures for the rescuing and repatriating persons of urban vagrants and beggars» stipulates that the person to be detained must be «subject» to obey and repatriate, and abide by the rules and regulations of the detention station. This is authorized by the civil affairs department and the public security. The department can impose administrative enforcement measures on the object of being repatriated, and in fact it gives the administrative department the power to deprive or restrict the personal freedom of the citizen. Article 13 of the implementing regulations of the measures stipulates: The detention station shall be organized and repatriated in a timely manner. The time for the stationed personnel to stay at the station is not more than fifteen days within the province; the personnel outside the province is generally stationed not more than one month.” The above

---

11. Baidu Library, see <https://wenku.baidu.com/view/bac48cfd910ef12d2at'e74£html>, the latest visit on September 26, 2018.

provisions mean the relevant administrative departments can detain those who have not violated the law in the shelters and limit their personal freedom for half a month or a month or even longer. Article 37 of the Constitution of the People's Republic of China states that the personal freedom of citizens of the People's Republic of China is not infringed. Any citizen who is not approved by the people's procuratorate or decided by the people's court and executed by the public security organ shall not be arrested. Illegal detention and other methods of illegally depriving or restricting the personal freedom of citizens are prohibited, and illegal searches of citizens' bodies are prohibited. Article 9 of the «Administrative punishment law of the People's Republic of China» stipulates that: "Administrative penalties that restrict personal freedom may only be set by law". Articles 8 and 9 of the Legislative Law of the People's Republic of China stipulate that "only the law may be enacted for the deprivation of citizens' political rights and the compulsory measures and penalties for restricting personal freedom". We believe that according to the above laws, the State council does not have the power to make administrative regulations that limit the personal freedom of citizens. After the promulgation of the Constitution and the Legislative Law of the People's Republic of China, the measures for the accommodation and repatriation of urban vagrants and beggars as the administrative regulations formulated by the State council are in conflict with the current Constitution and relevant laws of China, and it belongs to the "exceeding authority" stipulated in the first paragraph of article 87 and the "subordinate law in violation of the superior law" stipulated in paragraph 2, which shall be changed or revoked. Based on the above explanation, the «Proposal» states: «Thus, as a citizen of the People's Republic of China, we make recommendations to the Standing committee of the National People's Congress in accordance with the provisions of article 90, paragraph 2 of the Legislative Law of the People's Republic of China: proposing the Standing committee of the National People's Congress to review the "Measures for the accommodation and repatriation of urban vagrants and beggars." Undoubtedly, the impact of the "Three doctors' letter" in promoting the field of constitutional review is enormous. The most direct institutional benefits are: on June 18, 2003, the executive meeting of the State council came to deliberation in principles with the "Administrative measures for the relief of vagrants and beggars in urban life", the "Measures for the accommodation and repatriation of urban vagrants and beggars" was abolished.

Of course, the social impact of the "three doctors' letter" is positive, but from the perspective of constructing a constitutional review theory, there is a

serious legal paradox. The “three doctors’ letter” is limited to meet the statutory conditions stipulated in the second paragraph of article 90 of the Legislative Law of the People’s Republic of China. However, in the “Proposal”, “Three Doctors” did not demonstrate that the object of constitutional review which they requested the Standing committee of the National People’s Congress for review, that is, the “Measures for the accommodation and repatriation of urban vagrants and beggars» is an qualified “administrative law.” In fact, the “Measures for the accommodation and repatriation of urban vagrants and beggars” was promulgated by the State council on may 12, 1982, and the concept of “administrative regulations” was adopted by the fifth session of the fifth National People’s Congress on december 4, 1982. As established in the Constitution, article 89 (1) of the current Constitution stipulates that: the State council shall, in accordance with the Constitution and laws, formulate administrative regulations, adopt administrative measures, and issue orders and decisions. Obviously, from the chronological point of view, the “Measures for the accommodation and repatriation of urban vagrants and beggars” was born before the current Constitution, and after the current Constitution came into effect, the State Council, as the main body of administrative regulations, never issued a document stating that the “Measures for the accommodation and repatriation of urban vagrants and beggars” with the effect of “administrative regulations”, therefore, from the strict constitutional review theory, the “three doctors’ letter” proposed that the NPC Standing Committee to review the “Measures for the Accommodation and Repatriation of Urban Vagrants and Beggars “ is not of legal basis .This also fully reflects that even if a constitutional review event that forms a hot spot in society does not necessarily stand in theory, or it can be pushed open in the system.

For the provisions of article 90, paragraph 2, of the 2000 Legislative Law, if citizens believe that administrative regulations, local regulations, autonomous regulations and separate regulations are in conflict with the Constitution or the law, they may submit a proposal to the Standing committee of the National People’s Congress for review. The implementation of this unconstitutional review mechanism has a certain social impact in practice. Professor Hu Xingdou has repeatedly submitted his suggestions to the Standing committee of the National People’s Congress for reviewing the constitutionality of certain laws and regulations. For example, in November 2004, Hu Xingdou proposed a suggestion to the Standing committee of the National People’s Congress to review constitutionality of the Urban-rural



Dual Hukou (Residence Registration) System<sup>12</sup>. “Unconstitutional review of discriminatory and multi-track social security system” was proposed in April 2010<sup>13</sup>. “Proposal”, but on the whole, “citizens’ letter” to promote the establishment and institutionalization of the constitutional review mechanism has not achieved the desired effect; the academic community did not pay enough attention in this field.

#### **4. The practice of “Constitutional review” promoted the institutionalization of constitutional review work.**

Despite the establishment of the constitutional supervision and supervision institutions, the “constitutional judicialization” and the “unconstitutional review”, which have become the “bright spots” and “hot spots” for promoting constitutional review after the reform and opening up, they aren’t both legally and institutionally. There is no more scientific doctrine, so there is no lasting influence in practice. It is the unique practice of the National People’s Congress and its Standing committee which can strengthen the supervision of constitutional implementation and impulse the standardization of the constitutional review work.

For the first time, the Second plenary session of the Standing committee of the sixth National People’s Congress on September 2, 1983, adopted the decision on the National security organs to exercise the powers of public security organs for investigation, detention, pre-trial and execution of arrests. By expanding the interpretation of the “public security organs” in the current constitutional text, the “National security organs” were included, thus opening the prelude to a substantive “constitutional review”<sup>14</sup>. The “Decision” stipulates: “The national security organ decided by the First plenary session of the sixth National People’s Congress to undertake the investigation of spies and spies cases originally held by the public security organs is the nature of the

12. “Proposing a constitutional review of the current household registration system”, “Times Newspaper”. November 25, 2004, see <http://post.blogchina.com/p/68035>, the latest visit on September 26, 2018.

13. Southern People Weekly, April 16, 2010, see [http://www.360doc.com/content/10/0416/14/314572\\_23340693.shtml](http://www.360doc.com/content/10/0416/14/314572_23340693.shtml), the latest visit on September 26, 2018.

14. The constitutional provisions listed in the decision include: Article 37: Any citizen who is not approved or decided by the people’s procuratorate or decided by the people’s court and executed by the public security organ shall not be arrested. Article 40: The freedom of communication and the secrets of communication of citizens of the People’s Republic of China are protected by law. Except for the need for national security or the pursuit of criminal offences, the public security organ or the procuratorate shall inspect the communication in accordance with the procedures prescribed by law, and no organization or individual may infringe citizens’ communication freedom and communication secrets for any reason.

public security organs. It is possible for the National security organs to exercise the powers of investigation, detention, pre-trial and execution of arrests by public security organs as stipulated by the Constitution and the law.” The decision on “the Basic law of the Hong Kong Special administrative region of the People’s Republic of China”, adopted at the Third session of the seventh National People’s Congress on april 4, 1990, clearly states: “The Basic law of the Hong Kong Special administrative region is formulated in accordance with the Constitution of the People’s Republic of China and in accordance with the specific conditions of Hong Kong. It is constitutional.” The above decision fully affirms the “constitutionality” of the Basic law of the Hong Kong Special administrative region. The Standing Committee of the National People’s Congress on the 26<sup>th</sup> session of the Standing committee of the 11<sup>th</sup> National People’s Congress on august 26, 2011, adopted the interpretation of article 13, paragraph and article 19 of the Basic law of the Hong Kong Special administrative region, which clearly stipulates that: in accordance with the provisions of Article 89 (9) of the Constitution of the People’s Republic of China, the State council, the Central People’s government, exercises the power to administer the state’s foreign affairs, and the state exemption rules or policies belong to the state. In the scope of foreign affairs in Hong Kong Special administrative region, the Central People’s government has the power to determine the national exemption rules or policies of the People’s Republic of China and implement them uniformly within the territory of the People’s Republic of China. Based on the above interpretation, in accordance with the provisions of article 13 (1) of the Basic law of the Hong Kong Special administrative region of the People’s Republic of China, the management of foreign affairs related to the Hong Kong Special administrative region shall belong to the Central People’s Government. The Central People’s Government has the power to determine the national exemption rules or policies applicable in the Hong Kong Special administrative region. The above explanations contain the basic requirements and judgments of “constitutionality”, which effectively promoted the NPC Standing Committee to take the initiative to exercise constitutional review power.

In view of the fact that the current Constitution confers the National People’s Congress and its Standing committee the responsibility of supervising the implementation of the Constitution, in examining the development track of China’s constitutional review work since the reform and opening up, it is worth mentioning that, from the requirements of the ruling party on strengthening the implementation of the Constitution, the expectations and

requirements for the constitutional review system are mainly aimed at the work of the National People's Congress and its Standing committee. For example, the "Decision of the Central committee of the Communist party of China on certain major issues of comprehensively advancing governing the Nation according to law", which was reviewed and approved on October 23, 2014, clearly stipulates: perfecting the constitutional supervision system of the National People's Congress and its Standing committee, and improving the mechanism of constitutional interpretation procedures, strengthening the filing review system and capacity construction. Under the original system of supervising the Constitution, the "Regulations review office" under the Legal work committee of the NPC Standing committee has done a lot of useful work in ensuring the constitutionality of laws and regulations, and has achieved certain results. On the 24<sup>th</sup> of December of 2017, the report of the Legal work committee of the Standing committee of the National People's Congress shows that since the 12<sup>th</sup> National People's Congress, the Legal work committee has received 1,527 kinds of review proposals from citizens and organizations<sup>15</sup>. It is reported that among the 1,527 review proposals, there were 1,206 belonging to the NPC Standing committee's record review scope, 24 are recommended for reviewing administrative regulations, and 66 are recommended for review of local regulations. There were 1116 for review of judicial interpretation. According to the review proposal put forward by China's construction industry organization in 2016, the review of the provisions of the local regulations on government investment and government investment-based construction projects with audit results as the basis for settlement of projects was conducted in February 2017. At present, seven localities have made changes to relevant local regulations. According to the review proposal put forward by 4 scholars in 2017, the regulations on "ultra-birth is dismissed" in the local regulations concerning population and family planning are reviewed. In September 2017, a letter was sent to the relevant local people's congress' standing committees. At present, there is already a local legislature to amend the relevant local regulations. According to the review proposal put forward jointly by 108 masters of intellectual property majors in more than 20 colleges and universities such as Shanghai University in 2017, the famous trademark system stipulated in the local regulations was examined and researched. In November 2017, a letter was sent to the relevant local people's congress' standing committee.

---

15. "The National People's Congress Standing Committee Legal Work Committee has announced a number of typical cases for filing and review», China National People's Congress Network see [http://www.npc.gov.cn/npc/cwhhy112jcw/2017-12/25/content\\_2035097.htm](http://www.npc.gov.cn/npc/cwhhy112jcw/2017-12/25/content_2035097.htm), the latest visit on September 26, 2018.

The local regulations on the famous trademark system were liquidated and abolished, and a letter was also sent to the Legislative affairs office of the State council to recommend that they clean up the local government regulations and departmental normative documents involving the famous trademark system.

It can be seen from this perspective that the report of the 19<sup>th</sup> National congress of the Communist party of China puts forward that “strengthening the implementation and supervision of the Constitution and promoting the constitutional review work” has a certain institutional basis. In particular, the Standing committee of the National People’s Congress is fulfilling the duties of supervising the constitution given by the Constitution. In the review of whether the laws and regulations are unconstitutional according to the provisions of the Legislative law, a lot of work has been done and a better working mechanism has been formed. The 19<sup>th</sup> National Congress of the Communist party of China promoted the constitutional review work from the height of safeguarding the constitutional authority. It is not only affirmation of the achievements of the Standing committee of the National People’s Congress in this respect, but also the further development of the National People’s Congress and its Standing committee. The role of constitutional review represents more expectations.

After the 19<sup>th</sup> National Congress of the Communist party of China, in the process of soliciting opinions from the public, “the lack of a constitutional basis for the supervision law” proposed by several experts has been concerned at the higher level of legislature<sup>16</sup>. On March 11, 2018, the Constitutional amendment of the People’s Republic of China was reviewed and approved by the First session of the 13<sup>th</sup> National People’s Congress. Article 52 of the amendment stipulates the Supervisory commission as an independent section in the third chapter of the current Constitution by adding the articles from 123 to 127 which specify the nature, legal status, composition, leadership system and principle of activities of the Supervisory commission. After the 13<sup>th</sup> National People’s Congress deliberated and adopted the Constitutional amendment to clarify the constitutional status of the Supervisory committee, the Supervision law of the People’s Republic of China was reviewed and approved on March 20, 2018, and it clearly stipulates that “the law is enacted according to the Constitution”. This fully reflects the characteristics of the “constitutional” legislation of the supervision law. Another example of “constitutional legislation” is that the Constitutional amendment of the People’s Republic of China, which was reviewed and approved by the 13<sup>th</sup> National People’s Congress, stipulates

---

16. Chen Ruihua: «The seven problems in the draft of the Supervision Law», see <http://wemedia.ifeng.com/36271260/wemedia.shtml>, the latest visit on September 26, 2018.

that the city with the district enjoys local legislative power, and before that, only by the newly revised “Legislation law” in 2015 which stipulates that the municipal people’s congress and its standing committee have the power to formulate local regulations, and the municipal people’s government with the district has the power to formulate local government regulations, however, the constitutional amendments are not clearly defined. Before the city with the district enjoys the local legislative power, the city with the districts enjoys the legislative power only in accordance with the provisions of the Legislative law, and has “legality” rather than “constitutionality”. According to article 3 of the Legislative law, “legislation should follow the basic principles of the Constitution.” Obviously, the provisions of the legislative powers of the city with the districts are stipulated by the Legislative Law and the provisions of article 3 of the Legislative law should be followed. The basic principles of the Constitution aren’t observed very well. In order to solve the problem of the “constitutionality” of the local legislative power in the district-based city, the constitutional power of the district-based city was enshrined in the constitutional text in 2018. Regarding the “constitutional” local legislative power enjoyed by the district-based city, the constitutional amendments have been largely affected by the infection and influence of the current “constitutional review”.

In addition, according to the recommendations of the 1993 Supplementary proposal of the Central committee of the Communist party of China on amending the contents of the Constitution, the National People’s Congress may establish a constitutional supervision committee in a special committee type, and the Constitution may no longer make provisions. However, in the past 25 years, under the premise that the Constitution does not provide explicit provisions, it is indeed difficult to promote the establishment of a constitutional review body under the National People’s Congress and its Standing committee. Therefore, the “Deepening the party and State institutional reform plan” reviewed and approved by the Third plenary session of the 19<sup>th</sup> CPC Central committee clearly stated that the National People’s Congress law committee should be renamed as the National People’s Congress Constitution and law commission, such changes are of great significance<sup>17</sup>. On the one hand, after the Second plenary session of the 19<sup>th</sup> CPC Central committee formally adopted the “Proposal of the Central committee of the Communist party of China to amend part of the Constitution”, the contents of the constitutional amendment should still be revised in accordance with the principle of

17. «Deepening the Reform Plan of the Party and State Institutions», People’s Publishing House, 1st edition, March 2018, p. 20.

seeking truth from facts. It fully demonstrates the ruling party's confidence and determination to "rule the Nation according to the Constitution" and respect the constitutional authority; on the other hand, the National People's Congress Law committee has been renamed as the National People's Congress constitution and law commission, which is responsible for assisting the whole country further better. The National People's Congress and its Standing committee are able to fulfill their duties of supervising the implementation of the Constitution so as to truly implement the «promotion of constitutional review work» proposed by the 19<sup>th</sup> National Congress of the Communist party of China, and institutionalize and standardize constitutional review. A regular work of constitutional implementation and supervision has become an important institutional support for governing the nation according to the constitution.

In short, in the past 40 years since the reform and opening up, China's constitutional censorship system has grown from scratch, and the 1982 current Constitution has given the National People's Congress and its Standing committee the opportunity to supervise the implementation of the Constitution, from both theory and practice. At the same level, the construction of the constitutional review mechanism was comprehensively promoted. In the end, the fifth amendment to the current Constitution adopted on march 11, 2018 was institutionalized by the National People's Congress to establish the Constitution and law commission. The above process is a gradual process, in which the in-depth discussion of the academic community and the continuous legal practice have played a very good guiding role. It can be seen that in accordance with the requirements of the «Promotion of constitutional review work» put forward by the 19<sup>th</sup> National Congress of the Communist Party of China, as long as practical and effective mechanisms are adopted in practice to implement the measures for constitutional review, China's constitutional supervision will inevitably be improved. To a new height, it will play a strong role in promoting and safeguarding the implementation of the constitutional value of the constitution.

**Omar OUDRA**  
*Président de l'Association des barreaux du Maroc*  
*(Royaume du Maroc)*

**Résumé**

La communication traite d'une série de défis liés à la mise en œuvre du mécanisme de l'exception d'inconstitutionnalité prévu par l'article 133 de la Constitution marocaine. Ces défis, essentiellement d'ordre procédural (parties, recevabilité, délais) sont analysés à la lumière de la loi organique 86.15 fixant les conditions et les modalités de l'exception d'inconstitutionnalité et de la décision 70.18 rendue par la Cour constitutionnelle qui a déclaré la non-conformité à la Constitution de plusieurs dispositions de la loi organique précitée.

**Le texte intégral de la communication aux pages 101-110  
de la partie en langue arabe**

**Nadia BERNOUSSI**

*Professeure à l'École nationale supérieure de l'Administration,  
Ancien membre de la Commission chargée de la révision de la Constitution  
(Royaume du Maroc)*

**Merci madame la modératrice,**

**Merci madame la Présidente chère Saadia,**

**Monsieur le Président de la Cour constitutionnelle du Royaume du Maroc**

**Monsieur le Secrétaire perpétuel de l'Académie du Royaume du Maroc,**

**Monsieur le Ministre,**

**Messieurs les Présidents des Cours constitutionnelles, messieurs les juges,**

**Chers collègues, mesdames et messieurs,**

Je tiens tout d'abord à féliciter la Cour constitutionnelle et l'Académie du Royaume du Maroc pour l'organisation et la qualité de cette manifestation importante et remarquable, de par son auditoire et de par l'intérêt et l'actualité d'un tel sujet.

Mon propos s'inscrit dans la séance relative aux « procédures : quelle conception pour un meilleur accès à la justice constitutionnelle ? », c'est-à-dire comment concevoir des procédures accessibles aux justiciables ? Quelle relation entre procédure et efficacité ? Autant de questions qui méritent l'attention. Je vous propose tant les choses sont liées, imbriquées entre elles et interdépendantes, de faire une présentation en trois points : n°1 l'accès, n°2 la procédure et n°3 ce qui a été appelée la bataille des compétences.

Quant à l'accès, s'interroger sur les conditions d'accès au juge c'est bien davantage qu'exposer de simples techniques procédurales. C'est mesurer l'efficacité du contrôle exercé par le juge et le degré de protection des droits fondamentaux. Les textes internationaux, les textes régionaux et nationaux en sont conscients. Ainsi la Déclaration universelle des droits de l'Homme, ainsi que la Convention européenne des droits de l'Homme contiennent respectivement dans leurs articles 8 et 13 le droit à un recours effectif en cas



de violation de droits fondamentaux. Le traité de Lisbonne évoque l'accès effectif à la justice. La Constitution marocaine dans son article 118 dispose « *l'accès à la justice est garanti à toute personne pour la défense de ses droits et de ses intérêts protégés par la loi* ».

Soyons clairs, le rapport accessibilité-Etat de droit est flagrant. L'accès à la justice est en fait un générique qui engloberait les recours efficace, l'accès à un tribunal, le procès équitable, la réparation, la procédure régulière. On n'est pas loin du « *Rule of law* », on n'est pas loin de l'Etat de droit, on n'est pas loin de tous les mécanismes en faveur de la protection des droits fondamentaux. On n'est pas loin de l'Ecole de Francfort, l'école Allemande pour qui la démocratie ce n'est pas seulement des droits, ce n'est pas seulement un contenu, ce n'est pas seulement une substance, mais c'est des mécanismes, des contrôles et des techniques. Je reprendrai l'expression de Louis FAVOREU qui dirait que dans un Etat de droit le contrôle est important parce qu'il empêche le vainqueur d'aller trop loin.

Bien évidemment, il ne faut pas oublier de mentionner les barrières économiques, socio-culturelles géographiques et linguistiques qui peuvent impacter négativement l'accès à la justice et remettre en cause la bonne gouvernance judiciaire.

Deuxièmement la procédure, Kelsen écrivait en 1928 que la question du mode d'introduction de procédure devant le tribunal constitutionnel a une importance primordiale. C'est de sa solution que dépend principalement la mesure dans laquelle le tribunal constitutionnel pourra remplir sa mission de garant de la Constitution. En fait, il y a une importance du mode d'introduction du recours, et il y a importance du mode de conduction du recours.

Pour revenir au Maroc, on assiste en 2011 à ce qu'on pourrait appeler une sorte de séisme juridique. La saisine au Maroc, le recours, tout en restant *a priori* et institutionnelle, elle s'étend au cinquième des membres de la Chambre des représentants, à 40 pour la Chambre des conseillers, et ce qu'appelé Dominique ROUSSEAU, « *divine surprise* » elle adopte le contrôle de constitutionnalité concret *a posteriori* ouvert aux parties à un procès.

L'option pour l'exception d'inconstitutionnalité, à savoir la saisine confiée à l'individu, constitue la grande conquête du pouvoir constituant au niveau de la partie consacrée à la Cour constitutionnelle. Le ministre AUJJAR parlait à ce propos de droit constitutionnel sans précédent et parlait même d'une révolution dans le système constitutionnel marocain en matière de droits

fondamentaux et en matière d'accès à la justice. Il ne faut pas oublier que c'était une recommandation de l'Instance Équité et Réconciliation, c'est une recommandation de la majorité de la doctrine et c'est une recommandation d'une dizaine de partis politiques qui ont été écouté au moment de la réflexion sur la constitution en 2011.

Le contrôle de constitutionnalité par voie d'exception, fait donc partie de ce qu'on pourrait appeler, les standards démocratiques universellement reconnus et protège non plus la minorité ou l'opposition mais l'individu contre une éventuelle complicité majorité et opposition. Pour autant le pouvoir constituant marocain n'a pas opté, comme en Allemagne, pour le recours direct allemand, n'a pas opté non plus pour le recours en *Amparo* espagnol, mais a préféré pour des raisons de gradualisme sans doute, mais aussi pour des raisons de pure logistique faire annuler une loi contraire aux droits fondamentaux sur renvoi des tribunaux ordinaires vers la Cour constitutionnelle elle-même. Quelqu'un disait que de cette manière la Cour se trouverait blessée par hasard dans le huis clos d'un prétoire et de manière discrète.

Ce contrôle *a posteriori* au Maroc tel qu'il est appliqué depuis 2011, concret, sera d'autant plus légitime et justifié que la Constitution lui offre un plateau référentiel extrêmement riche en matière de droits fondamentaux. Une masse critique, un vrai référentiel et une véritable Charte des droits fondamentaux.

Si on veut une efficience de la procédure, une efficience ce n'est pas une efficacité, parce que l'efficacité c'est le rapport entre résultat et objectif, l'efficience c'est quels sont les ressources et les moyens pour obtenir le résultat escompté. Et bien les conditions requises sont au moins souhaitables, sont les suivantes. On ne peut pas avoir un contrôle de constitutionnalité et une exception d'inconstitutionnalité efficace et efficiente si on n'a pas de l'éducation, si on n'est pas informé, si la loi n'est pas claire et lisible, si les mécanismes ne sont pas simples, s'il n'y a pas une large accessibilité, s'il n'y a pas une discrimination, s'il n'y a pas une volonté du juge *a quo* d'acheminer les demandes. La Commission de Venise pense, par souci de prudence, qu'il faut combiner l'accès indirect par voie d'exception concret avec une forme d'accès direct afin d'assurer un juste équilibre entre les différents mécanismes existants. En fait pour terminer la partie relative à la procédure il faut une procédure à la portée de tous.

Dernier point, ce qui a été appelé la bataille des compétences. Que peut-on déduire de la Constitution, de la loi organique relative à l'exception

d'inconstitutionnalité et de la dernière décision de la Cour constitutionnelle en matière de procédure? On peut lire cette ingénierie juridique de la manière suivante : on assiste à une décentralisation des recours et à une centralisation du contrôle. Au départ, il y a un accès généreux, bien que ce ne soit pas une action populaire. Un accès généreux puisque les parties prenantes, les parties en procès peuvent, donc recourir, à l'exception d'inconstitutionnalité. Il ne faut pas oublier que cet accès reste ouvert, mais la Cour constitutionnelle par souci du respect du principe de non-discrimination a ajouté le ministère public à l'arrivée. Mais la procédure reprend la main ensuite, écarte les filtres et met hors-jeu la Cour de Cassation. Je voudrais, mes chères collègues, chers membres de la Cour constitutionnelle, à l'intérieure de laquelle je compte beaucoup d'amis pour lesquels j'ai beaucoup d'estime, essayer de partager avec vous quelques remarques peut-être ne seront pas à leur place, mais sont, je veux dire, les remarques d'une citoyenne ordinaire qui aime le droit constitutionnel et qui a regardé la décision.

Alors en droit, au niveau strictement juridique, la Cour constitutionnelle devant le silence des textes parce qu'en France et en Algérie, le texte est clair, il faut des filtres, alors au Maroc, au niveau strictement juridique, la Cour constitutionnelle, devant le silence des textes, avait la latitude d'opter pour le choix qu'elle a fait, et ses décisions s'imposent à tous. Elle a le dernier mot. Cependant la lecture de l'article 133, à mon sens, reste ouverte et peut générer des filtres, comme elle peut aussi les supprimer, car une décision jurisprudentielle ce n'est du droit sec, c'est une interprétation, c'est un contexte, c'est un esprit, ce sont des influences, c'est une histoire, c'est une logique, c'est une stratégie.

Je reste persuadée, en dépit du droit de réserve des membres ici présents et en dépit de leur silence tout à fait compréhensible et légal, que cette décision n'a certainement pas été prise de gaieté de cœur, ni paisiblement, ni sereinement. Je me prends à regretter pourquoi dans la loi organique il n'y a pas eu les opinions dissidentes. C'est vrai, on nous dit que les opinions dissidentes ça brise l'unité de la décision jurisprudentielle et ça brise un petit peu l'effet de la décision, mais ça nous laisse dire que certaines personnes ont opté pour cette décision et d'autres ont opté pour une autre. Moi je pense que les opinions dissidentes font, au contraire, évoluer le droit et non pas le restreindre.

Dernier point, toujours dans le même point, madame la Présidente, si vous permettez juste une minute, alors pourquoi avoir écarté l'autre solution

qui a fait ses preuves ailleurs, je voudrais oser quelques pistes. Est-ce que le juge constitutionnel n'a pas eu confiance dans l'appareil judiciaire, soucieux de maîtriser le déroulé du processus et de garder la main sur la politique jurisprudentielle, première piste. Deuxième piste, pas confiance, non pas dans l'idéologie du juge mais pas confiance dans les compétences du juge, qu'il suppose non apte à faire du droit constitutionnel qui suppose à tort ou à raison. Troisième remarque, pas confiance dans le fait qu'il y est plusieurs intermédiaires, plusieurs stades, plusieurs filtres, ceci multiplie les négociations, on pourrait se trouver devant un contrôle passoire ou un contrôle goulet d'étranglement. Soit le juge a *quo* va laisser tout passer, et on va se retrouver avec une immensité de recours, soit, au contraire, il ne va pas laisser passer des choses importantes et ce n'est pas bon non plus pour l'Etat de droit.

Autre chose, peut être que c'était une crainte que le dialogue des juges ne se transforme en guerre des juges, si le juge a *quo* ne veut pas transmettre. Peut-être que nous restons toujours dans une culture judiciaire centralisée, jacobine, qui ne veut pas partager le pouvoir et encore moins une partie de compétences.

Pour conclure, sans compter les conséquences de cette décision en terme de management et d'organisation du contrôle de recevabilité, auxquelles on doit ajouter la masse du contrôle du contentieux électoral, est-ce que, c'est la culture marocaine est une culture de l'incrémentalisme, de gradualisme, des petits pas, expérimenter, générer du consensus, alors qu'avec cette décision on donne une gifle au législateur et on se fâche avec le corps judiciaire ordinaire ? Est-ce que c'est une bonne politique? D'autre part, l'esprit de la Constitution, évidemment on n'a pas de travaux préparatoires et j'étais parmi les celles qui l'ont le plus regretté, mais l'esprit de la Commission consultative chargée de la révision de la Constitution a été largement influencé par le système français auquel on doit aussi le droit public et le droit civil etc. C'est donc, dans cette sphère, je veux dire, géographique d'influence romaniste, d'influence française, d'influence du droit civil, il y avait comme une entente, comme un non-dit qu'on était persuadés qu'il va y avoir des filtres, et d'ailleurs les mémorandums du Conseil national des droits de l'Homme (CNDH) ont aussi été dans ce sens d'un filtre.

En conclusion madame la Présidente, l'esprit de la Constitution est aussi un esprit participatif et on se rend compte qu'en gardant pour soi l'ensemble du contrôle de constitutionnalité et celui de la recevabilité et celui du fond, la Cour constitutionnelle n'a pas été dans cette nouvelle démarche juridique dans

laquelle il y a ce qu'on pourra appeler la démocratie participative. Certains me diront, mais il fallait écrire dans la Constitution, comme ça c'est plus clair, mais la Constitution ce n'est pas un code civil, on ne met pas tout dans une Constitution. La Constitution donne les *guidelines*, les grandes lignes, après, au législateur, c'est comme un code de la route, au conducteur de veiller ensuite à une bonne gestion routière,

Pour conclure, je pourrais dire, on ne peut pas dire qu'ils n'auraient pas dû mais on pourrait dire, ils auraient pu.

Je vous remercie.



**Quatrième séance**

**Les exigences nationales et  
internationales en matière  
d'efficacité de la justice**





**Edouardo JOSE**  
*Président de la Cour Suprême*  
*(Panama)*

**Muy buenas tardes**

Un saludo, felicitaciones y agradecimiento a Su Majestad el Rey del Reino de Marruecos y al presidente perfecto del Corte constitucional del reino de Marruecos y al presidente perfecto de la Academia del Reino de Marruecos por la invitación a este magistrado de la Corte Suprema de Justicia de Panamá por la organización del evento por las atenciones que nos han abrumado y el éxito de este evento para beneficio de todos.

Estoy hablando un poco pausado porque yo tomo muy en cuenta el anónimo trabajo de mis compañeros traductores que tienen que hacer su mejor esfuerzo dentro de poco tiempo que se le da para hacer la traducción simultánea.

Le voy a contar a ustedes amigos y amigas aquí invitados todos, a los compañeros del panel, la aplicación de las reglas de Brasilia para el acceso a la justicia constitucional.

Las cien reglas de Brasilia son el resultado de la decimocuarta cumbre judicial Iberoamericana celebrada en Brasilia, república federativa del Brasil, el año 2008, y tiene como antecedente inmediato los principios de la carta de derecho de las personas ante la justicia en el espacio judicial Iberoamérica, especialmente de su apartado dirigido a una justicia que protege a los más débiles. Las convenciones internacionales de derechos humanos así como las constituciones modernas entre ellas la de la República de Panamá adoptan el principio de igualdad y de la no discriminación por razones de raza, discapacidad, clase social, entre otras.

Es evidente que lo principio que sirve de inspiración a las cien reglas de Brasilia, si bien tratan de una protección a quien se encuentra en una posición de vulnerabilidad honran plenamente la no discriminación, en cuanto permiten

a acceder a la justicia sin los obstáculos que le son propios a su particular condición lográndose así una auténtica igualdad. Dada la importancia de este instrumento de la Corte Superior de Justicia de Panamá mediante el acuerdo 245 de 13 de abril del 2011 asumió la tarea de cumplir con estas reglas un rango como órgano del estado panameño, el compromiso de promover políticas públicas que garantizaran el acceso a la justicia de personas en condiciones de vulnerabilidad así como también el de procurar que los operadores y servidores judiciales dispensen a estas personas un trato adecuado que posibilite tal acceso. Según las reglas de Brasilia, se entiende que una persona se encuentra en estado de vulnerabilidad cuando, por razón de su edad, género, estado físico o mental o por circunstancias sociales, económicas, éticas o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico. Seguidamente, las reglas de Brasilia de forma meramente ejemplificativa nos dice que puede tenderse como causa de vulnerabilidad, de edad, discapacidad, pertenencia a comunidad indígena o a minorías, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad. Al tiempo que advierte que la determinación de tal condición dependerá de las características específicas de cada país, su desarrollo social y económico.

Es extremo positivo el que al definir las causas de vulnerabilidad no solo se aprecie condiciones individuales sino también colectivas en cuyo contexto, y como lo revela la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ocurren violaciones de derechos fundamentales.

De un análisis de la legislación panameña se puede afirmar que la justicia penal donde estas reglas encuentren un mayor desarrollo. Basta decir que más allá del conocimiento del derecho a la defensa que la asista al procesado, la oralidad que promueve la regla 35 de Brasilia por estima que agiliza la tramitación del proceso disminuyendo así los efectos del retraso de la resolución judicial que afecta la situación de la persona en condición de vulnerabilidad hoy distingue el proceso penal panameño.

Por otra parte la condición de víctima entendida como aquella que ha sufrido daño ocasionado por una infracción penal y su acceso al proceso, es otro aspecto que atiende el proceso penal, no solo para evitar que la afectación de este sujeto se ve incrementada a raíz de su contacto con el sistema de justicia, la revictimización sino también para acentuar la relevancia que tiene el estricto cumplimiento de las normas procesales dirigidas a asegurar su intervención en las distintas fases del proceso y la plena protección de su

integridad física y mental máxima sin converger en ella otras condiciones de vulnerabilidad como sucede en los casos de la violencia contra la mujer o contra el menor en lo que debe observarse otros instrumentos internacionales como la convención Belém do Para y la convención sobre los derechos de los niños respectivamente .

Otro aspecto a subrayar en cuanto al acceso a la justicia de las personas en estado de vulnerabilidad no es la posibilidad que éstas también del contexto de proceso penal puedan hacer usos de métodos alternos de solución de conflicto y así obtener una rápida reparación de los daños producidos por el ilícito, lo que a no dudarlo contribuye a disconsonar el sistema judicial. Por otro lado el reconocimiento que hace la legislación procesal penal panameña de la diversidad cultural y de las autoridades tradicionales de los grupos indígenas de Panamá constituye un paso significativo para cortar los múltiples obstáculos lingüísticos, culturales y económicos que enfrentan los grupos originarios. Si bien lo dicho hasta aquí resulta que las reglas de Brasilia encuentra en el ámbito penal mayor grado de conocimiento normativo sus efectos, lógicamente trascienden esta materia, por cuanto deben también facilitar el acceso a la justicia y hacer remediar el quebramiento de todo derecho fundamental sea en el contexto civil, contencioso administrativo, labor o en el de familia, por citar algunos ejemplos. De ahí que deban también ser aplicadas cuando se trata de acciones de amparo de garantías constitucionales, habeas data y de control de constitucionalidad. De hecho, bien podemos afirmar que estas reglas adquieren el especial traslucencia cuando de acceso a la justicia constitucional se trata tomando en cuenta las causas que son de su conocimiento dirigidas al reconocimiento de las garantías constitucionales afectadas por la actuación de un funcionario público y, en general, a la prevalencia de la carta magna por sobre actos o normas que contradicen sus postulados, quien promueve su acción constitucional se haya de suyo en un estado de ventaja, bien se había sido privado de su libertad sin la formalidad establecida por la ley o porque soporta un acto de funcionario público que viola garantías o derechos fundamentales de ventaja que agrava cuando circunstancias como respuestas se rigen como obstáculos para acceder a los mecanismos de defensa que ofrece la propia constitución. En lo que atañe a las normas procesales que rigen la acción de habeas corpus protectora del derecho de libertad corporal éstas se corresponden a los estándares de las reglas de Brasilia en cuanto a su interposición está exenta de formalidades como también lo está la acción de habeas data, si bien puede decirse lo mismo de las acciones de amparo de garantías constitucionales, es menester en ellas el tribunal constitucional

debe garantizar un efectivo acceso a la justicia flexibilizando los criterios que determinan la legitimación en la causa en aquellos casos en lo que es el palmario que la violación de derechos fundamentales afecta no a un individuo particular sino a una colectividad. El juez constitucional pues es pieza en la vigilancia de las reglas de Brasilia, su incorporación dentro los estatutos procesales le permiten tenderlas más allá como el helamiento del buen ejercicio. La judicatura como parte del contenido de la garantía constitucional del debido proceso y de esa óptica velar su pleno respecto.

Finalmente, debe subrayar que la observancia de las reglas de Brasilia que así se plasma en este documento no estaría exclusiva del poder judicial depende de la estrecha y harmónica colaboración de todos los órganos del estado no se agota con inclusión de normas, requiere de medios, recursos y por sobre todo la autentica voluntad de los servidores públicos relacionados con la justicia de hacerlas valer.

Espero haberme ajustado al tiempo. De parte de la Corte Suprema de justicia de Panamá, los magistrados le envían un abrazo fraternal a todos y a cada uno de ustedes y nos encontramos a su plena disposición en Panamá o en internet o como Teno de cen.

Gracias por haberme escuchado

**Joao Pedro Barrosa CAUPERS**  
*Vice-President of the Constitutional Court*  
*(Portugal)*

**The major features of the Portuguese Constitutional Review**

**I. The design**

1. Like in many other countries, judicial review is the major tool for constitutional compliance in Portugal.

Our type of judicial review uses a diffused system: besides the Constitutional Court each one of the Portuguese courts (i. e. ordinary courts and administrative and fiscal courts), is, in a way, a “constitutional court”, ruling matters of constitutionality raised in the cases that come before them.

According to Paragraph 204 of our Constitution, if a court believes that any legal rule contravenes the provisions of the Constitution, it must refuse to enforce it. However, the rulings in constitutional issues taken by any other court are not final: the parties may always challenge them before the Constitutional Court, which is the only authority invested with the ultimate jurisdiction to review the constitutionality.

This control is, as seen, an incidental one, using two main judicial remedies: those against decisions refusing to apply a legal rule on the grounds of unconstitutionality and those against decisions applying a legal rule whose constitutionality has been challenged during the proceedings.

There is also a different type of control, an abstract one. This one is implemented regardless of the enforcement of the rule in any case (it is not called on in order to settle a specific case or dispute).

2. According to Paragraph 277 of the CPR, the control of the Court is a normative one, implying that it does not rule a case as such. The

Court's task is that of monitoring whether legal rules – particularly those set out in laws and legislative decrees – comply with the Constitution.

Actually, in my country there is no such thing as the German *Verfassungsbewer* or the Spanish *amparo*. As above mentioned, the Portuguese Constitutional Court controls nothing but the constitutionality of legal rules (or an interpretation of them), not that of the decision *qua tale*, resulting in alleged violations of the Portuguese Constitution.

The Constitutional Court never settles the dispute that is the object of the proceedings; it only decides the question of constitutionality that has been raised in the case (it is a kind of *cassation*). Once the Constitutional Court passes its ruling, the case returns to the court *a quo*, so that the latter can proceed in accordance with the Constitutional Court's ruling on the matter of constitutionality.

3. Another tool that is alien to the Portuguese system of constitutional control is what the French call *renvoi préjudiciel*, or reference for a preliminary ruling, which is, as you all know, popular in Europe, thanks to the Roma Treaty and the EU Court of Justice, and ordinary in many countries.

Since any Portuguese judge is indeed a constitutional judge, he has the power to rule disputes concerning the constitutional compliance of the laws – though this ruling is a provisional one, submitted to constitutional review, as said. He does not have to ask the Constitutional Court for any preliminary ruling: he simply rules the issue, enforcing the law claimed to be unconstitutional by one of the parties in the proceedings; or he agrees with the claim and refuses to enforce the law.

4. Which drives us to another major point, the Constitutional Court does not review decisions taken by other courts or any other body; it reviews nothing but the constitutionality of rules, as they have been enforced (or as the court *a quo* has refused to enforce them) in a case. Unlike what happens in abstract reviews, in case review the decision is valid only for that case (*inter partes*). Having said this, once the Constitutional Court has judged a rule unconstitutional in three different cases, it may declare that unconstitutionality with generally binding force (*erga omnes*).

5. This is not all. In Portugal the search for compliance with the Constitution, has two other tools: preventive abstract review and unconstitutionality by omission.

As its name suggests, preventive abstract review (of rules) can be prior to – i.e. *ex ante* – the publication and entry into force of the normative act comprising it. It makes possible to prevent unconstitutional rules (or rules whose constitutionality is controversial) from entering into force. This control is based upon paragraph 278 of the Constitution, but it is only applicable to the more important rules in the legal system, such as those included in an international treaty or those included in a legislative act from the Assembly of the Republic (Law) or from the Government (Legislative decree).

In prior review cases, besides decisions of a procedural nature (particularly as to receive or not a request), the Constitutional Court issues two types of ruling: it either declares the law (fully or partially) unconstitutional; or does not declare the unconstitutionality of each rule that he had to assess. When the Court declares a rule unconstitutional, the President of the Republic (or the Representative of the Republic in an Autonomous region) is compelled to veto the text and return it to the body that passed it. This body can either reformulate the act (eliminating or correcting the rule that has been held unconstitutional), or confirm its approval. Should this be the case, it must do so by a qualified majority of two thirds of its members [Paragraph 279 of the Constitution].

The President of the Republic (or the Representative of the Republic) has then to enact or sign it. On the one hand, this does not prevent the Constitutional Court from holding that such rules are unconstitutional later on, as part of other means of reviewing constitutionality; on the other hand, if the text is redesigned the amendments are not limited to the removal of the rules that the Constitutional Court has declared unconstitutional.

Every law passed by the Assembly of the Republic and every legislative decree issued by the government must be enacted by the President of the Republic; rules included in international sources are sent to the President for ratification.

6. Review on the grounds of unconstitutionality by omission (which is very rare) is also exclusively carried out by the Constitutional Court. The Court verifies whether there has been a breach of the Constitution, not because some legislative act is against its provisions, but due

to the lack of enactment of legislative measures required in order to ensure fundamental rights granted by the Constitution. There is, therefore, a violation by inertia or failure to act.

Should that be the case, the Constitutional Court is called upon to bring the omission to the attention of the relevant body, so that it enacts the appropriate legislative provisions. Given the great sensitivity surrounding both the problem of “legislative omissions” and the Constitutional Court’s fulfilment of this important duty, these proceedings can only be initiated by the President of the Republic or the Ombudsman, or, in cases in which the rights of an Autonomous Region are at stake, the President of the Legislative Assembly concerned.

## II. The problems

7. The idea that any judge in any court is a constitutional judge is a generous idea, understandable in the framework of a constitutional regime emerging from a constitutional disruption with an authoritarian regime, in many respects contrary to the idea of the rule of law. Constitutional supremacy was meant to be a part of the judicial everyday life, consolidating a culture of compliance with the constitution, “the law of laws.”

But generous ideas also come at a price. This was the casuistic dispersion of constitutional control, too dependent on the idiosyncrasies of each judge. That is why some constitutional doctrine sustains that, more than forty years after the entry into force of the 1976 Constitution; we need to rethink the system, possibly in the sense of a preliminary ruling on constitutionality.

The diffusion of constitutionality control, coupled with the lack of a mechanism for filtering the cases to be ruled by the Constitutional Court (*renvoi du Conseil d’État or de la Cour de Cassation*, in France), or a system of pick out of the cases by the Supreme Court, which is the USA model, or an *amparo* appeal, generated a system of constitutionality control based on a complex and sophisticated idea of “normative control”.

Constitutional judges (and lawyers who trigger the intervention of the Constitutional Court) are forced to “discover” the “legal rule under the case”, since the Court does not try the case itself, lacking the powers to overlap the ruling by the case court. All the Constitutional Court can do is, as I told you before, to decide whether the rule which the case court would have applied in the *iter* that led to the offense of a constitutional rule or principle is in accordance with the Constitution.



This system is rather artificial, the filter having been replaced by a plethora of formal and procedural requirements that turns the procedure into a maze with no anticipating way out. In addition to the obscurity inherent, it also produces the perverse effect of occupying the best of constitutional judges' time with minor issues, leaving little time for the important ones.

### **Further readings**

*Concrete Control of Constitutionality in Portugal: A means towards Effective Protection of Fundamental Rights*, Comparing Constitutional Adjudication, 3rd Edition, 2008, organized by the Faculty of Law (Department of Legal Sciences) of the University of Trento, António Cortês and Teresa Violante, Advisers of the Constitutional Court of Portugal.

*The Guarantee of the Constitution and the Enforcement of Constitutional Court Decisions*, International Conference on the role and importance of Constitutional Court decisions in addressing legislative gaps and legal uncertainty (Experience of Different Countries), Yerevan, October 2016, João Caupers, Vice-President of the Constitutional Court of Portugal.

*Judicial Review in Portugal*, International conference celebrating the 7th Judicial Year of the Constitutional Court of Kosovo, Pristina, October 2016, Gonçalo Almeida Ribeiro, Judge of the Constitutional Court of Portugal.

*Evolution of constitutional control in Europe: lessons learned and challenges*, Independence of a Constitutional Court as the main prerequisite for the efficiency of its mission, International, Conference on the evolution of constitutional control in Europe: lessons learned and challenges, Constitutional Court of the Republic of Moldova, Chisinau, March 2017, Pedro Machete, Judge of the Constitutional Court of Portugal.

**Mathieu DISANT**  
*Agrégé des Facultés de droit,*  
*Professeur à l'Université Lyon Saint-Etienne (France),*  
*Expert auprès de l'Association des Cours Constitutionnelles ayant en partage*  
*l'usage du Français*

**Le contradictoire, principe directeur du procès constitutionnel?**

**Monsieur le Président,**

**Monsieur le Président de la Cour constitutionnelle du Maroc**

**Mesdames et messieurs les Présidents et membres des juridictions constitutionnelles,**

**Mesdames et messieurs les conférenciers et participants,**

Je tiens à remercier les organisateurs qui m'ont invité, durant cette session, pour étudier l'influence des standards internationaux en matière d'efficacité de la justice constitutionnelle, et l'équilibre à trouver dans l'organisation de la procédure constitutionnelle contentieuse.

En effet, que ce soit sous l'influence de l'article 6(§1) de la Convention européenne des droits de l'Homme ou celle de l'article 7 de la Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples, la procédure suivie devant les juridictions constitutionnelles est marquée aujourd'hui par les exigences du procès équitable : impartialité, collégialité, publicité, célérité et, bien entendu, la contradiction.

C'est sur cette dernière - la contradiction - que je voudrais retenir notre attention, car le contradictoire s'est peu à peu imposé comme un principe directeur du procès ayant une portée générale. Un standard, pour reprendre la formule de notre atelier, fondé sur les canons du procès équitable et des droits de la défense, eux-mêmes éléments essentiels à un Etat de droit démocratique.

Je rappelle brièvement que la contradiction implique le droit pour les parties de disposer de tous les arguments portés à la connaissance du juge par

l'autre partie, le cas échéant par un tiers intervenant, comme c'est le cas en France, ou par un tiers auditionné, voire par les moyens soulevés d'office par le juge lui-même. Le respect de ce principe suppose donc la communication aux différentes parties, ainsi qu'aux autorités de tous les documents et pièces adressés au juge et la fixation d'un délai suffisant pour pouvoir y répondre.

Concrètement, la contradiction se traduit par la possibilité de déposer devant le juge des observations qui peuvent être à la fois écrites par l'échange de mémoires, et le cas échéant orales lors de l'audience, même si, nous le savons, cette dernière possibilité, n'est pas systématique devant toutes les juridictions constitutionnelles. Elle est parfois réservée à certaines formations (par exemple en Allemagne elle n'a pas lieu devant les sections et demeure rare devant les chambres). Elle est parfois conditionnée à la demande expresse des parties (exemple en Italie dans le cadre du contrôle incident) ou à la décision des juges (par exemple en Pologne où les parties ainsi que le Président de la Cour peuvent solliciter une audience).

Les travaux menés par l'Association des Cours constitutionnelles ayant en partage l'usage du français (ACCPUF), notamment lorsque l'ACCPUF était présidée par le Président Achargui que je salue, ont permis de dégager, parmi les différents systèmes, une conclusion commune et que j'exprime de façon la plus synthétique possible : On ne peut coller toutes les procédures du contradictoire, sans discernement, à la justice constitutionnelle. Son application au contentieux constitutionnel, particulièrement dans le procès constitutionnel incident s'explique, certes, par l'adéquation entre les notions de contradiction et de procès, mais les règles classiques du contradictoire ne sont pas et ne peuvent être appliquées au contentieux constitutionnel sans adaptations. De fait, la contradiction y est structurée en tenant compte des spécificités de ce contentieux. Quelles sont ces spécificités ? Comment se manifestent-elles ? Je ne peux ici, en quelques minutes, évoquer toutes ces spécificités, je vais en citer quelques-unes, parmi, à mon avis, les plus structurantes.

## **1. L'adaptation du contradictoire**

La première d'entre elles est que le juge constitutionnel assume une responsabilité quant à l'ordre juridique et tranche une saisine publique, en ce sens qu'elle concerne l'ensemble de la communauté nationale. Pour le dire autrement, la justice constitutionnelle est tournée vers un auditoire impersonnel, voire universel, en tant qu'instance suprême de régulation de l'ordre juridique et de vérification de la conformité des actes normatifs. Cela

me conduit à souligner un point important. Le principe du contradictoire ne se limite pas à la protection des justiciables, il est également un instrument d'élaboration du jugement. Le juge constitutionnel n'a pas seulement pour office d'encadrer le contradictoire et de maîtriser la procédure, il est lui-même, même partiellement, tributaire de l'échange contradictoire des parties. Sa réflexion est stimulée par les conclusions et les arguments présentés par les parties. C'est la confrontation et la prise en compte de ces arguments, dans un débat équitable, qui permettent au juge de trancher au mieux le litige qui lui est soumis. En matière constitutionnelle aussi, la justice se réalise par la libre contradiction et par le choc des arguments présentés. C'est une nécessité à la fois matérielle et morale. Alors que le juge constitutionnel a pour mission d'assurer la défense des droits fondamentaux des citoyens, comment accepter qu'il puisse user de règles procédurales moins protectrices que les juges ordinaires ?

Pour autant, le caractère objectif du contrôle de constitutionnalité et les contraintes liées au problème d'encombrement des Cours constitutionnelles doivent être pris en compte, pour définir les modalités d'organisation du débat contradictoire, non pour l'écarter mais pour lui donner un aspect original et approprié. Pour répondre directement aux questions qui ont été posées dans cette session, je plaide ici en faveur d'une adaptation de ces exigences en gardant à l'esprit que l'essentiel est d'honorer les finalités du contradictoire, à savoir la qualité de l'investigation et la profondeur de l'analyse normative. Adaptation ! Il ne peut en être autrement car le procès constitutionnel n'a rien de véritablement commun, et ce pour au moins trois raisons essentielles.

Première raison, dans le procès constitutionnel, sur un plan purement technique, la matière litigieuse, ne connaît qu'une évolution limitée. Le litige constitutionnel est fixé d'une façon définitive par les termes de la requête ou les termes du renvoi. En raison de cette stabilité technique, la valeur pratique du contradictoire se trouve nécessairement réduite en comparaison du contentieux ordinaire, où la transformation du litige s'opère souvent de manière progressive par la rencontre des conclusions opposées des plaideurs. Cette fonction traditionnelle du contradictoire n'existe donc pas dans le procès constitutionnel, où l'action du défendeur se résume à démontrer que la norme contestée ne viole pas la Constitution. Le litige est donc tout entier dans la norme incriminée. Les arguments peuvent, certes, s'adapter aux conclusions développées, mais la teneur du débat contradictoire se réduit toujours à un échange sur un litige qui portera invariablement sur le même objet.

Cette situation est accentuée par la faible attention accordée aux éléments factuels précisément là où le principe du contradictoire constitue traditionnellement une garantie de la discussion sur l'exactitude des éléments de fait. J'insiste : cette situation ne peut évidemment pas être analysée comme une défaillance du procès constitutionnel, elle est seulement le signe d'une indispensable adaptation du principe du contradictoire aux spécificités du contentieux constitutionnel et à la nature particulière de la matière litigieuse.

Deuxième raison, dans le contentieux constitutionnel incident, l'une des particularités est de confronter de simples particuliers à des organes étatiques. Un justiciable peut avoir pour contradicteur le gouvernement et le parlement. Dans ce face-à-face, souvent déséquilibré mais dont le contradictoire suppose l'égalité des armes, les intérêts subjectifs des particuliers se trouvent ainsi opposés aux intérêts objectifs défendus par les plaideurs institutionnels.

Enfin, la troisième raison tient à ce que, dans le débat contradictoire du procès constitutionnel, les intérêts subjectifs des particuliers se superposent à l'intérêt objectif tendant à l'élimination des lois inconstitutionnelles. Ces deux types d'intérêts coexistent et peuvent générer d'ailleurs une certaine concurrence. L'action des particuliers est donc toute entière destinée à satisfaire leur situation personnelle et subjective - ce qui est tout à fait légitime - alors que la nature objective du contentieux constitutionnel, porte le juge vers des considérations beaucoup plus élevées. Or, votre priorité en tant que juges constitutionnels n'est pas d'arbitrer entre deux adversaires, mais de rechercher les motifs de droit qui guideront votre décision. Ces motifs, grâce notamment au pouvoir d'office, vous pouvez aussi les trouver en dehors de l'échange d'arguments développés par les plaideurs.

Alors, le juge constitutionnel, pourrait-il donc se passer du contradictoire? Bien sûr que non, singulièrement en matière des recours incidents. Un tel recours est conditionné par la lésion d'un droit subjectif auquel ne renonce pas le justiciable pour devenir un représentant des intéressés, de la collectivité ou de l'ordre juridique. Et c'est heureux. C'est précisément parce que les parties conservent leurs préoccupations individualistes, qu'un véritable débat contradictoire est possible dans le procès constitutionnel. C'est en défendant ses intérêts personnels que le justiciable permet la défense de l'intérêt général. Car si la finalité du contrôle de constitutionnalité s'étend bien au-delà de l'intérêt immédiat des parties, il me semble que le juge constitutionnel, pas plus qu'aucun autre, ne dit le droit de façon désincarnée ; il le fait sinon à travers un cas concret, par les prismes des prétentions opposées.

## 2. La légitimité procédurale

Une deuxième spécificité tient au renforcement, par le débat contradictoire, du caractère juridictionnel du contrôle de constitutionnalité. Cela renforce sa légitimité, là où le principe du contradictoire apparaît comme le symbole, voire un indicateur, de la qualité juridictionnelle. Certes, cela a été souligné, il a été incité en cela par la jurisprudence internationale, mais je pense que son attitude est d'avantage dictée par un intérêt institutionnel bien compris. En ce sens, la légitimité du juge constitutionnel procède aujourd'hui, prioritairement, d'une légitimité procédurale. Ce que confirme par exemple, l'installation de la QPC en France où personne aujourd'hui ne remet sérieusement en cause que le contrôle de constitutionnalité s'exerce dans le cadre d'un vrai procès. La décision apparaît comme le résultat d'une confrontation processuelle entre deux interprétations opposées de la Constitution. Cela contribue sensiblement à ce que le caractère juridictionnel des institutions, des conseils, des cours constitutionnelles, soit aujourd'hui de moins en moins sérieusement contesté.

Bien entendu, cette observation n'élude en rien la complexité et la nature des fonctions des cours constitutionnelles, ni la spécificité des procédures par lesquelles elles sont réalisées. La particularité de ce type de Cours au regard des instances judiciaires de droit commun peut conduire à ce qu'elle ne relève pas statutairement du système judiciaire, et ne soit pas formellement considérée comme un organe de justice ou une composante de l'autorité judiciaire.

## 3. Les parties

Troisième point, pour qu'un débat contradictoire puisse avoir lieu, il faut naturellement qu'il y ait des parties. Dans la science du procès constitutionnel, la chose est ou était loin d'être évidente même dans le contentieux incident. C'est là un troisième enseignement que l'on peut retirer des travaux comparatifs récents, notamment menés par l'ACCPUF. Les notions de « partie » et de « procès » sont aujourd'hui pleinement reconnus au sein de vos cours et par vos législations nationales, quels que soit la procédure examinée, même pour les institutions inspirées du modèle européen de justice constitutionnelle.

Dans la distribution de ces rôles, celui du demandeur est tout naturellement assumé par le requérant. La fonction de défendeur quant à elle pose, nous le savons, beaucoup plus de difficultés. Et c'est là une autre spécificité que le temps m'empêche d'aborder. Tout au plus, me sera-t-il permis de souligner que les interventions des tiers représentatifs devant la Cour occupent une place centrale. Une place importante, car ces interventions

renchérissement d'autant la réflexion du juge et, pour reprendre le terme de notre session, permet au juge d'appréhender plus efficacement les données d'une situation juridique souvent complexe.

Les plaideurs défendant des intérêts personnels ont leur rôle. Mais le procès constitutionnel a aussi besoin d'analyses présentés par des experts ou des *amici curiae*. Cela permet de privilégier l'intervention des personnes touchées de façon spécifique par la norme litigieuse : le juge constitutionnel sait alors que les arguments apportés auront une valeur propre à éclairer sa réflexion.

A bien y réfléchir, on peut penser que l'intervention des tiers porteurs d'intérêts collectifs, sorte d'éléments segmentaires de l'intérêt général, est en meilleure adéquation avec le caractère objectif du contentieux constitutionnel. Ces « sujets sociaux » - pour reprendre une formule de doctrine italienne – sont de parfaits défenseurs des intérêts diffus de dimension supra-individuelle, mais aussi destinataires principaux de la décision et surtout de la norme attaquée.

Sur ce point, les législations et les pratiques créent de plus en plus les conditions favorables au développement d'un important débat contradictoire. Et partant, une véritable incarnation du contentieux constitutionnel.

Le temps m'est compté, il me faudrait évoquer, une dernière spécificité et pas la moindre.

#### **4. Le caractère inquisitorial**

Devant vos cours, et dans la plupart des cas, la procédure constitutionnelle contentieuse revêt un caractère inquisitorial. C'est un trait dominant. Il rejoint les qualités de juge du droit et non du fait (du moins dans l'exercice du contrôle de constitutionnalité). Il commande assez largement l'organisation du contradictoire. Il correspond, dans la plupart des cas, au rôle actif du juge constitutionnel dans l'exercice de sa compétence exclusive de contrôler la constitutionnalité des actes normatifs et de fixer l'interprétation authentique de la Constitution. Il se concrétise par des exigences d'investigation poussée, ce qu'on pourrait qualifier « inquisitoire élargi ». Il en résulte que le juge constitutionnel dispose souvent de larges pouvoirs en matière d'instruction. Il n'est guère surprenant, compte tenu de ce caractère inquisitorial, que la procédure constitutionnelle puisse être marquée par l'importance des juges-rapporteurs qui incarne l'inquisitoire et anime le contradictoire.

Il ne s'agit pas de négliger les éléments accusatoires des procédures. Il y en a dans beaucoup de systèmes, y compris dans l'espace francophone. Il

reste que le sentiment dominant, dans l'expérience des institutions membres de l'ACCPUF, est que trop d'accusatoire tue le contradictoire, alors que le renforcement de l'inquisitoire est plusieurs fois intervenu au soutien du contradictoire.

Monsieur le Président, Mesdames et Messieurs, tous ces éléments montrent combien l'organisation du contradictoire est adaptée à la spécificité des recours en inconstitutionnalité, ce qui ne prive pas les cours de s'adapter, elles-mêmes, aux exigences du contradictoire.

Le contradictoire a-t-il contribué à une meilleure justice constitutionnelle? Evidemment chacun appréciera. On pourrait aisément souligner, çà et là, le caractère insuffisamment contradictoire de la procédure constitutionnelle contentieuse. Les cours elles-mêmes en font souvent l'autocritique, notamment pour souligner que la communication ou l'échange des pièces n'est pas toujours suffisamment assurée en matière de contrôle de constitutionnalité.

Mais il est surtout permis de relever les améliorations réalisées en la matière et témoignent du caractère progressif, pour certaines cours, de l'acculturation au contradictoire, et pour d'autres, de son renforcement ou de son perfectionnement.

Ainsi, par exemple, en Belgique, a été introduit en 2003, la possibilité pour le défenseur de la norme de répondre aux mémoires en réponse des parties requérantes par un mémoire en réplique, pièce de procédure qui n'existait pas auparavant, de sorte que chaque partie dispose aujourd'hui de deux écrits de procédure.

Autre exemple, en France, la procédure de la QPC a donné au Conseil constitutionnel l'occasion d'élaborer une procédure contradictoire moderne dans le cadre du contrôle de constitutionnalité, même en présence d'un délai de jugement extrêmement bref et d'un délai préfixe de trois mois.

J'ajouterai l'expérience audacieuse de la jeune Cour constitutionnelle de Moldova où le règlement de procédure a été complété par un arrêt de la Cour en 2015. La Cour est désormais en mesure d'adresser des questions sur le fond du dossier aux autorités, ces opinions étant communiquées aux parties qui peuvent présenter leurs commentaires dans le délai fixé par la Cour. Plus encore, un arrêt de la cour rendu en 2016 juge désormais que l'exception d'inconstitutionnalité peut être soulevée devant la Cour par toute partie ou son représentant, ainsi que d'office par l'instance judiciaire. C'est un témoignage significatif de



l'engagement du juge constitutionnel pour garantir le droit au procès équitable en considérant l'accès à son prétoire comme une voie de défense.

Sans doute, le progrès du contradictoire ne suit pas un chemin linéaire. Rien n'est parfait, tout est perfectible. Au rythme qui sied à la consolidation de la justice constitutionnelle dans les systèmes considérés, on entend, d'une façon ou d'une autre, le son de la petite musique du contradictoire.

## Mohammed Amine BENABDELLAH

*Professeur à la faculté des sciences juridiques, économiques et sociales-Agdal  
Université Mohammed V Rabat (Maroc)*

### **Ce que m'a dit Haj LFDOL, ou propos de songeur autour de la procédure de l'exception d'inconstitutionnalité.**

Je voudrais partager avec vous un songe que j'ai fait voici quelques jours à propos de l'exception d'inconstitutionnalité. Je venais de lire la décision de la Cour constitutionnelle déclarant l'inconstitutionnalité de la loi organique<sup>1</sup> qui lui avait été soumise après son approbation par les deux chambres du parlement, une lecture que j'ai faite à la lumière de l'article 133<sup>2</sup> de la Constitution, ainsi que de la loi organique relative à Cour constitutionnelle<sup>3</sup> parue depuis déjà quatre ans. Ce qui ne manqua pas de susciter en moi toute une série d'interrogations.

Tout en continuant ma lecture de passages ici et là aux fins de mieux appréhender leur contenu et m'apprêtant à prendre quelque repos pour un lendemain où les choses deviendraient plus claires, un ensemble d'idées et de problématiques m'envahirent l'esprit pour s'y entremêler au point que, emporté par le vertige d'une douce sensation, je fus séduit par Morphée qui m'entraîna dans un profond sommeil. C'était comme si elle voulait me préparer une rencontre avec un curieux et distingué personnage qui, par sa connaissance du droit, son discours fort courtois et résolument édifiant me suggéra tout un ensemble d'idées qui méritent que l'on s'y arrête.

---

1. C.C., déc. n° 7018/ du 6 mars 2018, loi organique fixant les conditions et les modalités de l'exception d'inconstitutionnalité d'une loi.

2. Article 133 de la Constitution : « La Cour Constitutionnelle est compétente pour connaître d'une exception d'inconstitutionnalité soulevée au cours d'un procès, lorsqu'il est soutenu par l'une des parties que la loi dont dépend l'issue du litige, porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution. Une loi organique fixe les conditions et modalités d'application du présent article ».

3. Loi organique n° 066-13 relative à la Cour constitutionnelle, B.O. n° 6288, p. 3919

C'était un homme d'un certain âge, à l'allure noble et imposante, portant un habit traditionnel d'époque, parlant parfaitement la langue juridique. Il me surprit en me disant :

- Tu ne me connais pas, je m'appelle Haj Lfdoul (celui qui se mêle de ce qui ne le regarde pas), on m'a toujours qualifié d'avocat du diable, j'ai fait partie des jeunes intellectuels du début du siècle dernier qui avaient élaboré le projet de constitution du 11 octobre 1908 et qui, comme tout le monde le sait, pour des raisons propres à l'époque, ne vit jamais le jour. Mon esprit est toujours là et je suis de très près les évolutions juridiques et politiques du pays. Aujourd'hui, je m'intéresse plus particulièrement à l'exception d'inconstitutionnalité et à sa procédure.

Réalisant qu'il revenait de l'au-delà, j'eus la chair de poule. J'étais conscient que je rêvais mais ma curiosité me dissuada d'interrompre mon sommeil pour aller plus loin dans la discussion avec l'envie implacable d'avoir à la révéler un jour dès la première occasion. M'interdisant de le tutoyer comme il l'avait fait à mon égard, je lui répondis avec déférence.

- Je suis vraiment ravi de faire votre connaissance très honoré Haj Lfdoul, et serai bien aise d'écouter ce que vous souhaiteriez m'apprendre ; je suis tout ouïe.
- J'ose espérer que tu n'ignores pas que dans le projet de constitution du 11 octobre 1908 nous avons prévu en son article 54 que s'il était constaté qu'une disposition est contraire à l'une des six conditions dont celle de l'atteinte à la liberté, à la constitution ou à l'ordre public, elle devait être rejetée par le Conseil de la Nation! Ce qui veut dire que l'idée du contrôle de constitutionnalité ne nous était pas étrangère. Avec mes compagnons, j'ai donc relevé avec grande satisfaction qu'en vous inspirant des institutions de votre époque, vous l'avez introduite dans la Constitution de 1992 et qu'avec la Constitution de 2011, vous lui avez réservée une place notoire avec l'adoption de l'exception d'inconstitutionnalité portant sur les droits et libertés garantis par la Constitution. Cependant, la procédure à laquelle vous comptez la soumettre est fort compliquée à mon goût. Vous vous êtes trop inspirés des modèles étrangers dont les raisons sont liées à l'histoire de leurs pays alors que vous auriez pu...

A l'entente de ces paroles bien mesurées, je compris que Haj Lfdoul était un connaisseur de la question ; pour les mieux comprendre, je l'interrompis lui demandant de m'expliquer davantage ; ce qu'il accepta en me suggérant de lui justifier au besoin les raisons à l'origine des choix qui le dérangent. Il me dit alors :

- En bref, j'ai deux observations majeures à formuler. Ne me dis surtout pas que mon regard est celui de quelqu'un qui ne serait pas au fait de l'évolution du droit et de l'Etat de droit. Je ne comprendrais peut-être pas avec la facilité qui vous distingue vous autres juristes du 21<sup>ème</sup> siècle, mais tu m'accorderas tout de même un peu de ton temps pour m'écouter.
- Croyez-moi, cher Haj Lfdoul ! J'attache le plus grand intérêt à ce que vous allez me dire. Quelle est votre première observation ?
- A vrai dire, me répondit-il sereinement d'une voix calme qui traduisait la sincérité de son propos, je n'ai pas bien compris pourquoi la Cour constitutionnelle a proclamé inconstitutionnel le fait que l'identification de l'exception d'inconstitutionnalité soit faite au niveau de la Cour de cassation et qu'elle a proclamé haut et fort que dès lors qu'elle est invoquée par l'une des parties à un procès, tout le dossier doit lui être transféré afin qu'elle contrôle elle-même sa recevabilité et le sérieux de l'invocation. Comment expliques-tu cela ?

Croyant avancer un argument de poids, je lui répondis :

- La Cour a considéré, lui dis-je, que c'est la Constitution elle-même qui lui a accordé à titre exclusif la pleine compétence pour connaître de l'exception d'inconstitutionnalité et que si c'était la Cour de cassation qui devait décider de la recevabilité de celle-ci et de son caractère sérieux, cela reviendrait à lui reconnaître le pouvoir d'effectuer un contrôle préliminaire de constitutionnalité de la question.

Etonné par ma réponse que, du reste, je lui ai donnée avec sous les yeux des considérants de la décision de la Cour constitutionnelle<sup>4</sup>, il me répondit en jetant de nouveau un regard sur l'article 133 de la Constitution.

- Mais, cher ami, je crois savoir que si la Cour constitutionnelle est compétente pour connaître de l'exception d'inconstitutionnalité, il est évident qu'elle ne pourrait l'être qu'à partir du moment où celle-ci existe d'abord, c'est-à-dire constatée, bien établie et avérée ; et il va de soi que puisque c'est l'une des parties qui doit la soulever, cela ne peut se faire que devant la juridiction en charge du dossier à laquelle revient la fonction naturelle d'examiner que l'exception soulevée est en rapport avec le litige qui lui est soumis. Car il est bien possible que l'invocation ne porte que sur une question tout à fait étrangère au litige, et peut-être, il ne faut pas l'exclure, qu'elle ne le soit qu'à des fins purement dilatoires.

Détectant l'incrédulité dans mon regard, et pour me convaincre, il ajouta un second argument :

- Par ailleurs, j'estime, qu'à partir du moment où le constituant n'a pas tranché comme dans la Constitution française en décidant qui doit se prononcer sur la recevabilité et le sérieux de l'exception d'inconstitutionnalité, c'est qu'il a entendu laisser ce choix au législateur organique. Or, je pense que celui-ci avait la possibilité de confier cette étude soit à la Cour constitutionnelle, soit à la Cour de cassation ; et dans les deux cas il serait conforme à la Constitution. C'est son choix ! Par conséquent, tu ne me diras pas qu'en privilégiant un choix au dépens de l'autre alors que les deux ne seraient pas contraires à la Constitution, la Cour constitutionnelle n'aurait pas procédé à un contrôle d'opportunité ? Ce qui déborde, à mon sens, ses

---

4. « Considérant que l'examen de toute exception d'inconstitutionnalité attribué à la Cour constitutionnelle relève d'une compétence générale qui englobe l'examen des griefs qui lui sont soumis concernant la forme et le fond et qu'il n'y a pas dans la Constitution ce qui permet le morcellement de cette attribution qui s'intègre dans sa pleine compétence et que rien ne justifie de la confier à une partie autre que celle prévue par la Constitution », ...«L'évaluation du sérieux attribuée à l'instance créée auprès de la Cour de cassation transforme cette instance en contrôleur négatif de la constitutionnalité compte tenu de la difficulté de délimiter les éléments constituant ce sérieux et le rattachement de son évaluation au fond»... « Considérant que le système de filtre, tel qu'il a été démontré, entraîne la décentration du contrôle constitutionnel, la réduction de la compétence de la Cour constitutionnelle de son contrôle a posteriori et sa privation d'exercer sa compétence complète en l'astreignant à examiner le fond des moyens de défense sans contrôle de leur forme ».

attributions, sauf cas d'erreur manifeste d'appréciation. Elémentaire, mon cher ami !

Je fus confondu et interloqué par cette réponse, mais je persistai à avancer des arguments défendant la position de la Cour constitutionnelle.

- Convenez avec moi, l'Haj Lfdoul, que, sauf votre respect, si le constituant avait voulu confier l'étude de la recevabilité et du sérieux de l'exception d'inconstitutionnalité à la Cour de cassation, il l'aurait dit expressément tout comme cela se fit ailleurs.
- Mais justement, rétorqua-t-il d'une voix moins calme au ton quelque peu réprobateur, là, mon cher ami, est toute l'erreur de ton approche. En gardant le silence, le constituant a tout simplement laissé le choix au législateur organique, d'autant plus que celui-ci doit déterminer les conditions de recevabilité de l'exception d'inconstitutionnalité qui doivent être examinées en amont au niveau de la Cour de cassation et non en aval au niveau de la Cour constitutionnelle. Il va de soi que la condition essentielle consiste dans l'existence même de l'exception d'inconstitutionnalité à partir de laquelle la Cour constitutionnelle devient compétente en application de l'article 133 de la Constitution !
- Pourquoi alors ne pas le dire dans la Constitution, lui répliquai-je ?
- Voyons donc, ne sois pas entêté, me répondit-il affectueusement! En me disant que l'étude de la recevabilité et du sérieux de l'exception d'inconstitutionnalité revient exclusivement à la Cour constitutionnelle, tu fais une lecture littérale pour ne pas dire tendancieuse de l'article 133 de la Constitution. Tu sais, et tu vas me permettre cette comparaison, la Cour constitutionnelle doit être comme un laboratoire d'analyse ou de détection de maladie ou de virus ; elle ne doit se pencher que sur cela et sur l'échantillon qu'on lui soumet. C'est une fois que la Cour de cassation serait convaincue que le malade, en l'occurrence, le procès, nécessite un examen, qu'elle doit, à l'image du médecin, demander au laboratoire de procéder à l'analyse de la disposition ou des dispositions en cause. Quand, dans un laboratoire, on fait une analyse d'un prélèvement de sang, on n'a pas besoin d'ausculter le malade; c'est le résultat de cet examen qui aura à guider son médecin.

Puis, devant mon silence quasi religieux, il renchérit :

- Pour en revenir à ce qui nous retient, j'attire ton attention sur le fait que pour se prononcer sur la recevabilité et le sérieux, la Cour constitutionnelle doit forcément étudier le litige dans son ensemble qui peut porter sur des domaines dont elle n'a absolument pas à connaître alors qu'elle ne doit se préoccuper que de l'étude de constitutionnalité. Je ne dis pas qu'il faut la décharger à cause d'un risque d'encombrement, mais je pense tout simplement que étant donné que le constituant a laissé la porte ouverte au choix à effectuer par le législateur organique, il ne revenait pas à la Cour constitutionnelle de procéder à un contrôle d'opportunité, alors que les deux options sont également conformes à la Constitution !

Je lui répliquai que, maintenant que la décision de la Cour constitutionnelle est là, rien ne peut la modifier, sauf le constituant, et qu'en tout état de cause, il va falloir mettre en place une procédure d'étude de recevabilité de l'exception d'inconstitutionnalité qui soit conforme à cette décision ayant désormais autorité de chose jugée.

Il me dit alors avec amabilité et une apparente résignation.

- Ainsi soit-il ; et l'avenir nous dira qui a raison, conclut-il ! Puis, il ajouta: j'aimerais te retenir encore pour t'exposer, si tu le permets, ma deuxième observation qui a trait à l'audience et son caractère public devant la Cour constitutionnelle.
- Avec joie, lui dis-je !

L'éveil me reprenait, je sentais que je me réveillais, c'était le petit matin, mais, conscient que Haj Lfdoul ne reviendrait sans doute plus jamais m'entretenir d'un sujet me tenant à cœur, je m'efforçai de replonger dans mon sommeil pour ne rien perdre de son propos.

- Cette fois-ci, reprit-il, je vais certainement te surprendre en te disant que je ne vois pas pourquoi, il y aurait une audience, de surcroît publique, pour l'exception d'inconstitutionnalité<sup>5</sup> alors que la disposition ou les dispositions portant atteinte aux droits et libertés ne doivent être étudiées que par référence à la Constitution et rien de plus !

---

5. Article 22 du projet de loi organique fixant les conditions et les modalités d'application de l'exception d'inconstitutionnalité d'une loi : « L'audience devant la Cour constitutionnelle est publique, sauf dans les cas où la Cour décide son déroulement à huis clos conformément à son règlement intérieur ».

- Mais, lui répondis-je, à brûle-pourpoint, c'est ainsi que cela se passe partout ailleurs ; c'est le législateur organique qui l'a décidé et le juge constitutionnel ne devrait y voir aucune inconstitutionnalité ; d'ailleurs, vous l'avez dit tout à l'heure Haj Lfdoul, il ne doit pas contrôler l'opportunité, sinon il instaurerait le gouvernement des juges, et je suis parfaitement d'accord avec vous.
- Tout à fait! De ce point de vue, me rassura-t-il, je n'ai rien à reprocher, ni au législateur et encore moins au juge constitutionnel qui devrait respecter son choix. Néanmoins, cela ne m'empêche pas de t'inviter à réfléchir avec moi à la question. Le souhaiterais-tu ou voudrais-tu te réveiller ?

Je me sentis sur des charbons ardents avec l'indomptable envie de savoir le fond de la pensée iconoclaste de Haj Lfdoul. Mon sommeil touchait presque à sa fin, mais je me fis violence pour ne pas céder à l'éveil, je voulais encore écouter Haj Lfdoul qui, avec une attention toute particulière, se lança dans sa démonstration.

- Le contrôle de constitutionnalité qui s'exerce *a priori*, donc avant la promulgation de la loi, se fait sur la base d'une saisine de la Cour constitutionnelle par l'une des six autorités auxquelles le constituant a donné cette possibilité. Lorsqu'elle est saisie, la Cour devient dépositaire d'une mission, celle de se prononcer sur le texte qui lui est soumis par référence à ce que vous appelez en doctrine le bloc de constitutionnalité. Cet examen, que je sache, a lieu par les membres de la Cour entre eux sans la présence de quiconque. Point d'audition de la partie saisissante, point de plaidoirie, bref, la Cour procède à son étude par rapport à la Constitution en se limitant à la lecture des éventuelles observations accompagnant la saisine ou de celles formulées par les services du chef du gouvernement.

L'écoutant avec intérêt, j'étais quelque peu pressé de savoir où Haj Lfdoul voulait en venir en me parlant de choses tout à fait évidentes. De son regard perçant, il devina la ferveur de mon attente et se hâta de me présenter son point de vue en se lançant dans une péroration que je me fis un devoir d'écouter avec le plus grand des respects. Il enchaîna :

- Pourquoi ne pas considérer l'exception d'inconstitutionnalité comme une simple réouverture des délais pour contrôler une loi promulguée avant que la Constitution ne proclame des droits, des libertés et des



principes non mentionnés dans le passé ou une loi portant atteinte à ces droits et libertés mais dont le juge constitutionnel n'aurait pas été saisi. Naturellement, je ne parle pas des lois organiques où ce juge est censé, comme dirait Jean de la Fontaine, ne laisser nulle place où la main ne passe et repasse.

- Que proposeriez-vous alors ? Car, comme vous le savez cher monsieur Haj Lfdoul, on ne détruit que ce que l'on remplace, lui dis-je avec une espèce de candeur malicieuse.
- Tout simplement, qu'il n'y ait pas d'audience publique; et, comme le contrôle ne doit s'effectuer que par référence à la Constitution et non au cas d'espèce à l'origine de l'exception d'inconstitutionnalité, je ne vois pas l'utilité d'une plaidoirie dénonçant l'inconstitutionnalité et d'une autre du gouvernement soutenant systématiquement et mordicus qu'il n'y en a point ! Ainsi le juge constitutionnel ne serait pas influencé par les éventuels effets préjudiciables à la partie dénonçant l'inconstitutionnalité. Tu me diras sans doute qu'il est suffisamment outillé et assez mature pour ne pas se laisser influencer, et je te répondrai pourquoi alors il écouterait toute une série de discours auxquels il se doit de demeurer indifférent tant il est vrai qu'il ne doit pas prendre en considération l'application de la loi au requérant qui en conteste la constitutionnalité, mais seulement la loi en elle-même, par référence, je le répète, à la Constitution et rien de plus ! Il doit dire son mot sans faire acception du cas auquel il va s'appliquer.
- Mais, Haj Lfdoul, lui dis-je avec conviction, ces discours-là auxquels vous faites allusion, ne pourraient-ils pas être les révélateurs de la constitutionnalité ou de l'inconstitutionnalité du texte qui lui est soumis ?
- Voyons donc ! Tu penses que le juge constitutionnel aurait besoin que l'on vienne l'orienter alors qu'il devrait être fin connaisseur de toute question constitutionnelle, la comprendre au vol et à demi-mot ? D'autant plus que son rôle n'est pas de trancher un litige entre des parties, mais de statuer sur un point de droit constitutionnel. Qui plus est, il y a un aspect pratique, l'absence d'audience publique et d'écoute des parties éviterait au plaignant de se déplacer en compagnie de son avocat jusqu'au siège de la Cour constitutionnelle, surtout si le lieu de sa résidence en est très éloignée, sans parler des frais que cela

entraînerait ; j'ose croire que tu n'exclues pas que c'est une lourde épreuve !

- Non, du tout, lui répondis-je, pour éviter de le fâcher ! Mais, vous m'accorderez en contrepartie, cher Haj Lfdoul, qu'un procès équitable nécessite tout de même que l'on écoute les parties.
- De quel procès et de quelles parties me parles-tu, fulmina-t-il ? Si procès il y a, c'est celui de la loi par rapport aux droits et libertés garantis par la Constitution, quant aux parties qui semblent te hanter, leur rôle se terminerait dès lors que la Cour constitutionnelle serait saisie de la disposition ou de la loi comparable, comme je l'ai dit tout à l'heure, au prélèvement de sang que le médecin envoie au laboratoire pour examen. Jamais le laboratoire ne demande la fiche médicale du patient, il ne rencontre celui-ci que pour la prise de sang dont il doit faire l'analyse et ce sont les résultats de cette analyse qui déterminent la suite à donner au traitement !

Il ajouta, comme pour clore la discussion :

- En fait de procès équitable, pourquoi n'est-il pas prévu que le juge constitutionnel écoute les parties avant l'examen d'une loi avant sa promulgation, j'entends, un représentant du chef du gouvernement, si celui-ci est le saisissant et un représentant du parlement qui a voté la loi ? Ou encore, dans le contentieux électoral, pourquoi n'écoute-t-il pas les parties en litige, bien que chacune d'entre elle défende ses propres intérêts ? Tu vois que l'on peut parfaitement dépasser cette histoire de procès équitable car si la Cour veut être équitable, elle peut tout à fait l'être au vu des seules pièces qui lui sont fournies. En invoquant l'exception d'inconstitutionnalité, le requérant n'aura-t-il pas révélé ce qu'il reproche à la loi ou aux dispositions qu'il prétend inconstitutionnelles, n'est-ce pas suffisant ?

En opinant de la tête mais avec un doute apparent, je persistais à le contredire en ajoutant :

- Cher monsieur Haj Lfdoul, vous n'êtes pas sans savoir que le caractère public de l'audience est adopté par de nombreux pays et les modèles ne manquent pas !
- C'est vrai ! Cela peut être un choix du constituant comme en Allemagne où le Tribunal constitutionnel fédéral fait partie intégrante du pouvoir

judiciaire <sup>6</sup> dont le fonctionnement suppose naturellement l'audience publique ; ou prévu par la loi organique, comme en France<sup>7</sup>, ce qui est un choix du législateur que ne saurait remettre en cause le juge constitutionnel, sinon il tomberait dans le contrôle de l'opportunité. Dans la Constitution marocaine, il n'en est rien; ce qui implique que le législateur organique pourrait faire preuve d'imagination en optant pour un système autre que le copié/collé, un système simplifié qui prenne en compte les besoins de la société et surtout le fait que les tribunaux sont suffisamment encombrés pour que l'on songe à faire de même pour la Cour constitutionnelle qui est certes une juridiction, mais d'un autre type. N'étant pas une composante du pouvoir judiciaire, elle peut avoir son propre système de fonctionnement !

- J'ai bien saisi votre point de vue, Cher Haj Lfdoul, lui dis-je ; néanmoins, je crains qu'il ne soit pas bien accueilli par tous car, il faut bien le dire, il remet en cause un principe universellement admis qui est celui de l'audience publique de tout procès et je retiens que sur ce plan vous avez votre propre opinion que je respecte.

Il ne me répondit pas; sans doute l'a-t-il fait, mais je n'ai rien entendu sauf le son musical du réveil qui mit fin à mon songe en me tirant pour de bon de mon sommeil.

---

6. Article 92 de la loi fondamentale de la République fédérale d'Allemagne : « Le pouvoir judiciaire est confié au juges; il est exercé par le Tribunal constitutionnel fédéral, par les tribunaux fédéraux prévus par la présente Loi fondamentale et par les tribunaux des Länder.

7. Article 23-10 de la loi organique du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution 3 « Le Conseil constitutionnel statue dans un délai de trois mois à compter de sa saisine. Les parties sont mises à même de présenter contradictoirement leurs observations. L'audience est publique, sauf dans les cas exceptionnels définis par le règlement intérieur du Conseil constitutionnel ».



**Cinquième séance**  
**Effets des décisions rendues**  
**et sécurité juridique**



**Mamadou KONE**  
*Président du Conseil constitutionnel*  
*(Côte d'Ivoire)*

Le contrôle de constitutionnalité a été institué par la Constitution ivoirienne de l'an 2000, et a été confirmé par l'art.135 de la Constitution actuelle adoptée en 2016.

Il est ouvert à tout plaideur devant toute juridiction, mais uniquement aux plaideurs, c'est-à-dire à des personnes en procès devant une juridiction, et même devant une instance disciplinaire.

Dès que le plaideur fait connaître à la juridiction de droit commun sa volonté de contester la constitutionnalité de la loi que son adversaire invoque, cette juridiction suspend le procès et impartit au requérant un délai de 15 jours pour saisir le conseil constitutionnel, lequel dispose aussi d'un délai de 15 jours pour se prononcer.

Lorsque le Conseil constitutionnel s'est prononcé, il faut distinguer selon qu'il a déclaré la requête recevable ou irrecevable, ou encore, recevable mais mal fondée, ou, enfin, recevable et bien fondée.

Lorsque la requête est déclarée irrecevable, la parenthèse du recours en inconstitutionnalité est refermée, et la juridiction de droit commun reprend son office. Il en est de même lorsque le Conseil déclare la requête recevable mais mal fondée.

Mais si le Conseil déclare la requête recevable et bien fondée, cette décision va avoir des effets sur la loi contestée, sur la juridiction de droit commun et sur les individus.

**A. Effets sur la loi contestée :**

La loi déclarée inconstitutionnelle par le Conseil constitutionnel est abrogée, indique la Constitution. Mais la Constitution ne précise ni l'auteur, ni les mécanismes de cette abrogation. C'est ainsi que le Conseil constitutionnel

a abrogé une loi alors que l'on pouvait penser que seul l'auteur d'une loi, c'est-à-dire le Parlement, pouvait l'abroger.

### **B. Effets de la décision du Conseil sur la juridiction de droit commun :**

La juridiction de droit commun reprend son instance qui avait été suspendue du fait du recours, mais elle est obligée de débouter le demandeur pour défaut de fondement légal de son action.

### **C. Effets de la décision sur les personnes :**

Selon l'art. 138 de la Constitution, les décisions du Conseil constitutionnel s'imposent à tous.

La décision du Conseil constitutionnel s'impose donc d'abord, aux parties au procès, mais les parties au procès ne sont pas les seules à devoir subir les conséquences de la décision du Conseil.

En effet, la loi étant une disposition générale et impersonnelle, son abrogation va affecter toute la société, tous ivoiriens, «victimes collatérales» d'un conflit entre deux personnes. Le constituant ivoirien ne se prononce pas sur le sort de ces personnes qui se sont comportées en bons citoyens en respectant la loi et qui, du jour au lendemain, peuvent voir remises en cause des situations qu'ils croyaient définitivement acquises.

L'idéal serait la prise en compte des principes généraux de droit tels que le principe de la non rétroactivité des lois ou le principe des droits acquis.

Mais certains pourront objecter l'instauration d'une société à plusieurs vitesses, sinon à plusieurs types de personnes, quand d'autres, à l'opposé pourront tout aussi valablement rétorquer que la bonne foi d'un citoyen honnête, qui a toujours respecté les lois de son pays, ne doit pas être subitement surprise par les événements ou les turpitudes de l'état.



**Mohammed EL HAFI**  
*Président de la Cour suprême*  
*(Lybie)*

**Résumé :**

La communication présente les principales caractéristiques des mécanismes du contrôle de constitutionnalité *a posteriori*. L'analyse porte sur les voies d'accès au contentieux constitutionnel par voie incidente, les renvois par les juridictions d'ordre judiciaire et les recours directs.

La communication traite également, d'une manière générale, une série des vices d'inconstitutionnalité interne et externe (vices d'incompétence, de forme, de procédure, de contenu et des motifs), ainsi que de l'impact de l'élargissement des voies d'accès à la justice constitutionnelle.

**Le texte intégral de la communication aux pages 134-153  
de la partie en langue arabe**

**Joao Pinto SEMEDO**  
*Président de la Cour constitutionnelle*  
*(République de Cabo Verde)*

Son Excellence le Président de la Cour constitutionnelle du Royaume du Maroc m'a invité à prendre part à cet important colloque où, en plus du privilège de visiter la belle et historique ville de Marrakech, les spécialistes en droit constitutionnel et les membres des cours constitutionnelles originaires de différents systèmes juridiques auront l'occasion de partager leurs expériences sur l'accès à la justice constitutionnelle et les enjeux que le contrôle de constitutionnalité *a posteriori* posent compte tenu des spécificités qui découlent du mode dont chaque Constitution régleme cette question.

Pour ceux qui viennent, comme moi, d'une Cour constitutionnelle installée il n'y pas longtemps, les attentes sont grandes.

Je saisis cette occasion pour féliciter notre hôte pour cette heureuse initiative et le remercier pour l'honorable invitation et l'hospitalité exceptionnelle.

### **1. Accès à la justice constitutionnelle**

Au Cabo Verde l'accès à la justice constitutionnelle passe essentiellement par les canaux suivants :

- le contrôle de constitutionnalité sous ses différentes modalités ;
- le recours d'amparo en tant qu'instrument privilégié de protection des droits fondamentaux ;
- le contentieux électoral.

La justice constitutionnelle est exercée à la fois par la Cour constitutionnelle, installée en 2015 et par les tribunaux ordinaires.

Le système capverdien de contrôle de constitutionnalité, qui est aussi un système de contrôle de légalité, intègre le contrôle de constitutionnalité *a priori* et le contrôle de constitutionnalité *a posteriori*, ce dernier se subdivisant en contrôle abstrait et contrôle concret des normes.

## **2. Le contrôle de constitutionnalité *a posteriori***

Le contrôle de constitutionnalité *a posteriori* consiste dans le contrôle de la conformité des normes et des résolutions à contenu matériel normatif ou individuel et concret avec la Constitution et avec d'autres sources normatives qui leur servent de paramètre de validité, quel que soit le temps écoulé par rapport à la date de sa publication.

La Cour constitutionnelle peut seulement déclarer l'inconstitutionnalité ou l'illégalité des normes dont l'appréciation lui a été demandée, mais peut également le faire pour violation de normes ou de principes constitutionnels autres que ceux invoqués dans la demande, indépendamment de la nature matérielle, organique ou formelle du vice qui entacherait l'acte soumis au contrôle.

### **2.1. Le contrôle de constitutionnalité *a posteriori* est dit abstrait**

Lorsque le contrôle de la conformité de la norme exercé par la Cour constitutionnelle ne dépend pas de son application dans un cas concret.

Ont la légitimité active pour demander le contrôle de constitutionnalité *a posteriori* :

- le Président de la République ;
- le Président de l'Assemblée nationale ;
- Au moins 15 députés à l'Assemblée nationale ;
- le Premier ministre ;
- le Procureur Général de la République ;
- le Médiateur.

### **2.2. Le contrôle concret**

Aux termes de la Constitution, «les tribunaux ne peuvent appliquer des normes contraires à la Constitution ou aux principes contenus dans la Constitution».

Cela signifie que dans les affaires soumises au jugement, le juge, avant d'appliquer une norme quelconque, doit vérifier la conformité de cette norme à la Constitution.

Le juge connaît et décide de la question de la constitutionnalité par voie d'exception, mais, quel que soit le sens de sa décision, celle-ci peut faire l'objet de recours devant la Cour Constitutionnelle.

Peuvent être attaquées devant la Cour constitutionnelle les décisions des tribunaux qui :

- a) refusent, avec fondement dans l'inconstitutionnalité, l'application de toute norme ou résolution à contenu matériel normatif ou individuel et concret ;
- b) appliquent des normes ou résolutions à contenu matériel normatif ou individuel et concret dont l'inconstitutionnalité ait été soulevée dans le procès ;
- c) appliquent des normes ou des résolutions à contenu matériel normatif ou individuel et concret qui aient été jugées inconstitutionnelles par la Cour constitutionnelle elle-même.

Peuvent saisir la Cour constitutionnelle, le Ministère public et les personnes qui, d'après la loi régissant la procédure de contrôle de constitutionnalité, aient la légitimité pour faire la saisine.

La saisine est seulement possible après l'épuisement des voies de recours prévues par la loi du procès dans lequel la décision a été rendue et se limite à la question de l'inconstitutionnalité ou de l'illégalité, selon le cas.

Le contrôle concret exercé par la Cour constitutionnelle vise les normes ou les sens normatifs qui ont servi de fondement à la décision dans une affaire soumise à l'appréciation des tribunaux de droit commun.

Par conséquent, l'objet du contrôle exercé par la Cour constitutionnelle ce sont des normes ou les sens attribués à ces normes dans un cas précis, à l'exclusion du bien-fondé de l'appréciation au fond de la décision rendue par le tribunal *a quo*.

La déclaration d'inconstitutionnalité de norme appliquée dans le cas de l'espèce, a la force obligatoire générale et a l'effet *erga omnes*, aux termes de l'article 284 de la Constitution.

Bien que la déclaration d'inconstitutionnalité dans le cadre d'une affaire donnée ait un effet *erga omnes*, cette solution contient les vertus du modèle européen de contrôle concret qui, par voie de renvoi préjudiciel, permet à l'organe spécialisé de prendre une décision contraignante pour toutes les entités et empêche ainsi que les tribunaux de droit commun soient placés dans des situations où ils pourraient prendre des décisions divergentes fondées sur les mêmes normes, avec tous les effets perniciose de l'insécurité juridique qui pourrait en découler.

### 3. Les effets de la déclaration d'inconstitutionnalité

**3.1.** La déclaration d'inconstitutionnalité ou d'illégalité (originaire) a une force contraignante générale et prend effet à compter de l'entrée en vigueur de la norme jugée inconstitutionnelle (effets *ex tunc*).

C'est comme si la norme inconstitutionnelle n'avait jamais existé et n'avait jamais produit d'effets.

**3.2.** La déclaration d'inconstitutionnalité originarie d'une norme détermine le rétablissement de la norme qu'elle a abrogée, et il n'est pas nécessaire que la Cour déclare expressément ni ne spécifie quelles normes ont été rétablies. Cependant, rien n'empêche la Cour constitutionnelle d'indiquer la norme qu'elle considère rétablie, notamment dans les cas où la norme à rétablir est absolument claire.

**3.3.** S'agissant d'inconstitutionnalité ou d'illégalité, en cas d'infraction à une norme constitutionnelle ou légale postérieure, la déclaration prend effet à compter de l'entrée en vigueur de la norme constitutionnelle. C'est-à-dire que l'inconstitutionnalité produit des effets *ex nunc* et ne détermine le rétablissement d'aucune norme.

**3.4.** La déclaration d'inconstitutionnalité de la norme figurant dans toute convention internationale prend effet à compter de la date de publication de l'arrêt.

**3.5.** Des effets de la déclaration d'inconstitutionnalité ou d'illégalité avec force obligatoire générale sont exclus les choses jugées.

La chose jugée repose sur le principe matériel qui découle de la sécurité juridique qui est une valeur constitutionnelle de l'État de droit, aux termes de l'article 2 de la Constitution.

La sécurité juridique empêche, en principe, qu'une décision judiciaire qui a acquis la force de chose jugée soit modifiée, puisqu'elle bénéficiera des garanties de stabilité.

**3.6.** Toutefois, cela n'empêche pas la Cour constitutionnelle de décider autrement lorsqu'il s'agit d'une disposition en matière pénale et qu'elle soit moins favorable à l'accusé.

**3.7.** Les effets de la déclaration d'inconstitutionnalité *ex tunc* et *ex nunc* peuvent être limités par la Cour constitutionnelle lorsque des raisons de sécurité juridique, d'équité ou d'intérêt public d'une importance exceptionnelle, dûment justifiées, l'exigent.

Depuis plus de vingt-quatre ans, seulement l'arrêt n° 13/06 du 9 novembre, a déclaré l'inconstitutionnalité de certaines normes relatives à la taxe sur la valeur ajoutée et a limité les effets de la déclaration d'inconstitutionnalité pour protéger les situations antérieures.

#### 4. Conclusions :

- a) Le système capverdien de contrôle de constitutionnalité est un système mixte, diffus et concret à la base et concentré au sommet.
- b) Le contrôle concentré de la constitutionnalité des normes relève de la compétence de la Cour constitutionnelle et le contrôle concret et diffus est confiée aux tribunaux de droit commun dont les décisions peuvent faire l'objet de recours devant la Cour Constitutionnelle.
- c) L'objet de contrôle de constitutionnalité *a posteriori*, dans ses deux modalités, sont des normes ou des sens normatifs avec lesquels les normes ont été appliquées. Ainsi, ce type de contrôle de constitutionnalité est un mécanisme privilégié de garantie de la Constitution et de protection des droits fondamentaux.
- d) Les arrêts de la Cour constitutionnelle qui ont déclaré l'inconstitutionnalité ou l'illégalité des normes, quel que soit le mode de contrôle *a posteriori*, ont force obligatoire générale et, en règle générale, produisent des effets *ex tunc* et rétablissent les normes qu'ils ont abrogées.
- e) Lorsque des motifs de sécurité juridique, d'équité ou d'intérêt public d'une importance exceptionnelle, dûment justifiés l'exigent, la Cour constitutionnelle peut limiter les effets de la déclaration d'inconstitutionnalité avec efficacité rétroactive.
- f) Sont protégées des effets de la déclaration d'inconstitutionnalité ou d'illégalité avec force obligatoire générale, les choses jugées, à moins que la Cour Constitutionnelle n'en décide autrement lorsqu'il s'agit de norme en matière pénales à contenu moins favorable à l'accusé.
- g) La limitation des effets de déclaration d'inconstitutionnalité vise, par la pondération, atténuer ou réduire au minimum les sacrifices disproportionnés d'autres intérêts protégés par la Constitution, à savoir la sécurité juridique, l'application de la loi pénale plus favorable à l'accusé et la protection de la confiance.

Merci beaucoup

## **Aimé MUYOBOKE KARIMUNDA**

*President of the Court of Appeal  
(Rwanda)*

**Thank you moderator,**

**Honorable President of the Constitutional Court of Morocco,**

**Honorable President of the Moroccan Royal Academy,**

**Ladies and gentlemen's all protocols observed,**

I am also starting by being thankful to the natural hospitality of the Moroccan people since we come here in the high level of organization for this unique intellectual gathering. Our Chief justice Professor Samuel GEKE, could not make the way up to Marrakech and he delegated me to present a summary of the experience of Rwanda in the *a posteriori* constitutional review.

As you might know, the Rwandan legal system was until recently fully aligned to the Franco-Belgian legal tradition, with an effective Constitutional Court that was one of the chambers of the Supreme Court. The main function for this court was to validate the constitutionality of bills of laws before they could be promulgated by the Head of State. This procedure is commonly known as control *a priori*. We do not offer the question its merit; it is one of the features of a perfect civil law system. The Constitutional Court has therefore the mandate to clean the bill of law, in the way that would fit with constitutional provisions.

One of the many advantages of the *a priori* constitutional review is that it addresses the issues of unconstitutionality before the law is published, in the same time but also perpetuate the civil law myth or fiction that laws are perfect. If it is the only alternative available the outcome of judges who are embarrassed with a legal provision whose constitutionality is doubtful would only be to suspend the case and waiting for a legislative interpretation, something that is in France, has led to what is called « référé législatif ».

Accordingly, judges will remain the mouth that pronounces the word of the law, as the famous philosopher Montesquieu would put it.

The *a priori* constitutional review had therefore emphasized an absolute separation of powers. The three branches of government are independent and there is no room for complementarity, when decisions of each branch of the government are deemed to be perfect, to the extent that the existing gaps cannot be addressed, and in the next steps democracy becomes the victim. If laws are always perfect and the judgments flawless because of the rule of *res judicata*, to the extent that there is no possibility of review of cases, where there is a serious misconduct of the justice, democracy is the victim. If the citizen is prevented to the right to raise what he or she sees to be violations of his or her constitutional rights, because the process was initiated or was supposed to be initiated by someone else when the bill was in parliament, or when he or she is not given adequate legal aid that would be enable him or her to access to constitutional justice, the democracy is again the victim. In addition to this, there are pure technical difficulties that made *a priori* constitutional review uncomfortable, although in most legal systems, constitutional judges are not political appointees, they remain judges, they also want to be known as such, because that is one of their guarantees for independence and impartiality, principles that are at the heart of any judicial system. Judges are known to be principled and sometimes labeled as being conservative, politics is dynamic and the politicians are often pragmatic, finding alternative solutions to new phenomenon. This has led sometimes to misunderstanding, judges vehemently defending all the constitutional principles against the compelling or urgent government projects. Judges would even be perceived as not supporting the effort of other branches of the State, or even opposing them. Furthermore, in top of this misunderstanding, there is the issue of case backlog which is the most common problem in most courts. The urgent nature of a cases is that require an *a priori* constitutional review, requires court where cases are immediately handled, something that is always difficult to achieve in most courts, judges are usually slow, and this not consistent with the deadlines of pressing matters.

It is against this background, that Rwanda has adopted in 2003 the *a posteriori* constitutional review. The principle is compatible with the new approach of the separation of powers. According to article 61 of our Constitution, the three branches of government are separate and independent from each other, but are all complementary. The Supreme Court rulings are



now binding on all; it is a revolution against the principle of relativity of judgment. The Supreme Court justices may even fill gaps or clarify vague legislation. Since 2015, they have also been empowered to adjudicate on authentic interpretation, something which is not usual in civil law countries, and they can even handle public consultations where there are more expected to be more creative of law. Judgments are communicated to the Ministry of justice and to the parliament so that they know the move and adapt their legislation. Parties are encouraged to bring the constitutional cases to the court; a service of pro-bono advocates is organized for all indigent litigants who apply before the Supreme Court and the Court of appeal. The process has helped vulnerable groups to raise their voices.

It tried to sum up three cases which would be useful for this gathering. The first one it is related to the enforcement of the right to equality in criminal matters. A woman, who was co-accused of adultery raised the matter, because the penal code was imposing a heavier penalty than to her man co-accused, and brought the matter of constitutionality of the Penal code provision. Of course, the Supreme Court declared the provision of the penal code unconstitutional, but the question was after declaring the provision of the penal code unconstitutional what would be happen for the man and the woman who committed adultery that same night. So the court using the method of surveillance and ring dinging, method that we borrow from the United-States of America, and we borrow this method in order to create a new provision that would be enforced that the same night when the judgment was adopted. So we have done also this in the protection of the woman against economic gender based violence, where woman who are in partnership with a man without a valid marriage could have 50 % of share of properties that they earn together with the man because the issue was, the man was saying that it was unconstitutional to share the properties that they earn together when they are partners, as if they were married. The Supreme Court said to share this equally because the fact of being married does not give you the right to share; it is the fact that you earn this property together. It is not only the fact that you were married, so it is a revolutionary approach. We understand in Rwanda, that there is no perfect legal system. As the honorable Algerian president of the Constitutional Court put it yesterday, every approach has its limits. Rwanda decided to adopt a system that presents less shortcomings and accommodated it to its vision. After comparing advantages and the shortcomings of both systems, Rwanda found that *a posteriori* constitutional review presented more

advantages than shortcomings, it give citizens access to constitutional justice, empower courts to affirm their role in interpreting law and permit then to guarantee peace, security and development as the two remaining branches of government.

My final sentence, in Rwanda, we always think that everything should be interpreted in the interest of citizen within the limits of the constitutional guarantees.

Thank you very much.

**Mohammed KHAIRI TAHA**  
*Vice-Président de la Cour constitutionnelle suprême*  
*(Égypte)*

**Résumé :**

La communication met en exergue le rôle créateur du juge constitutionnel égyptien en matière de protection des libertés et des droits fondamentaux. Ce rôle a un impact déterminant sur la gestion des effets des décisions rendues.

La communication présente à titre d'exemple, les moyens d'inconstitutionnalité soulevés d'office, l'auto-saisine de la Cour constitutionnelle suprême, ainsi que la modulation des effets d'abrogation et d'annulation des dispositions connexes aux celles attaquées dans le cadre de l'exception d'inconstitutionnalité.

**Le texte intégral de la communication aux pages 156 - 159  
de la partie en langue arabe**

**Najib BA MOHAMMED**

*Professeur à l'Université Sidi Mohammed Ben Abdellah (Fès)  
Vice-Président de l'Association Marocaine de Droit Constitutionnel  
Ancien Membre de la Commission Consultative de Révision de la Constitution  
(Royaume du Maroc)*

**Du contentieux des libertés, au procès constitutionnel de la loi :  
fondements et systèmes comparés.**

**Monsieur Saïd Ihrai, Président de la Cour constitutionnelle;  
Monsieur Abdeljalil Lahjomri, Secrétaire Perpétuel de l'Académie du  
Royaume du Maroc.  
Excellences, Chers collègues, Mesdames et Messieurs.**

Je voudrais au préalable exprimer un sentiment, faire quelques observations d'ordre méthodologique, avant de présenter l'objet de ma communication.

Le sentiment, c'est l'honneur et le bonheur de prendre part à cette conférence internationale sur « l'accès à la justice constitutionnelle », auréolée du Haut patronage de Sa Majesté le Roi Mohammed VI, que Dieu l'assiste.

Je souhaiterais sur le plan méthodologique souligner les vertus du comparatisme, notamment la connaissance de soi à travers les autres et l'enrichissement mutuel auquel les regards croisés peuvent prétendre. Toutefois, le comparatisme a des limites liées aux règles de la sociologie juridique qui varient selon les cultures et traditions juridiques.

Mes propos dans cette communication porteront sur les fondements du contrôle de constitutionnalité *a posteriori*, suivis d'un regard sur les systèmes comparés, et enfin une appréciation analytique de l'exception d'inconstitutionnalité.

Depuis que la jurisprudence Marbury / Madison en 1803 aux Etats-Unis a érigé la Cour Suprême «défenseur des droits et libertés», la protection de ceux-ci est plus que naguère associée à l'établissement de la justice constitutionnelle. Il a pourtant fallu, une transition de plus d'un siècle pour que, après son introduction en Europe en 1920, à la faveur de l'Ecole de Vienne animée par Hans Kelsen, la justice constitutionnelle s'attèle à la fonction de garantie des droits et libertés.

L'absence d'un contrôle juridictionnel de constitutionnalité des lois fait échapper les instances politiques au principe de la suprématie de la norme constitutionnelle. Si on peut parler aujourd'hui d'un «nouveau constitutionnalisme» c'est bien parce qu'une telle situation n'est pas jugée conforme à la conception de l'Etat de droit, ni même une saine conception de la Démocratie.

La justice constitutionnelle est donc une exigence contemporaine dont rend compte l'inventaire des constitutions récentes qui la prévoient alors même qu'il s'agit d'une invention américaine du début du XIXe siècle.

En effet, depuis près de deux siècles aux Etats-Unis d'Amérique (1803), les années 1920 en Europe (Tchécoslovaquie et Autriche en 1920, l'Espagne en 1931), puis surtout au lendemain de la deuxième guerre mondiale, ont été créés et ont prospéré sur les décombres des dictatures vaincues, et l'émergence des Nouveaux Etats dans la foulée de Bandoeng (1955) différents juges et juridictions constitutionnels.

Si ces juges ont symbolisé, le retour à la Démocratie et l'Etat de droit, un peu partout, ils ont également illustré, la montée en force d'un certain « pouvoir juridictionnel », car il s'agit incontestablement de juridictions notamment face au pouvoir législatif qui, jusque-là l'avait toujours maintenu à distance.

Les juges constitutionnels dont les décisions s'imposent aussi à tous les « juges ordinaires » - administratifs ou judiciaires- ne sont plus en effet « serviteurs » mais bien plutôt « censeurs » de la loi et se posent en interprètes concurrents du parlement dans l'expression de la volonté générale, dans la mesure où, selon l'heureuse expression utilisée par le conseil constitutionnel français le 8.8.1985 « la loi n'exprime la volonté générale que dans le respect de la constitution ».

A partir des années 1980-1990, le nouveau constitutionnalisme « internationalisé », sans reléguer les contentieux démocratique et normatif, accorde une place éminemment importante au « contentieux-phare » des droits et libertés. Aussi la protection des droits dits fondamentaux, tiendra dans l'effet

et l'influence de la jurisprudence établie par les juridictions constitutionnelles sur la jurisprudence des juridictions ordinaires ainsi que sur l'attitude des autorités administratives. S'ajouteraient à cela les aspects pédagogiques des grands arrêts rendus par les juridictions constitutionnelles.

Désormais dans la plupart des Etats, la loi peut être soumise à un juge. Or lorsqu'il existe un contrôle juridictionnel de constitutionnalité des lois, ce sont toutes les dispositions contenues dans les constitutions sur les droits de l'homme et des libertés publiques qui cessent d'être de simples affirmations de principe non opposables au législateur pour devenir pleinement des règles de droit constitutionnel positif .

Le droit constitutionnel n'est plus le droit des institutions politiques, c'est aussi celui des libertés publiques. On citera à ce propos, Charles Eisenmann qui écrivait en 1928 *«la Justice constitutionnelle seule, fait des règles constitutionnelles des normes juridiquement obligatoires, de véritables règles de droit en y attachant une sanction...»*.

Naturellement, et tant qu'il s'agit de justice, *a fortiori* constitutionnelle, la réflexion interpelle préalablement le statut de l'organe, quel juge? quelle juridiction ?

Plus de deux siècles de « justice constitutionnelle » à travers le monde la fonction primant l'organe - les constituants ont, pour des considérations, socioculturelles et politiques, opté variablement pour des cours, tribunaux ou conseils constitutionnels.

Par rapport à nos propos, la question procédurière est bien celle de savoir si la protection des droits et libertés peut être assurée directement par le juge constitutionnel ou bien si elle n'a d'effectivité qu'indirecte. Pareil questionnement éclaire notre problématique construite dans une démarche évolutive comparée autour de deux concepts majeurs :

- « Le contentieux des droits et libertés » comme phase essentielle de la justice constitutionnelle à l'occasion d'un procès spécial à objet spécifique.
- « Le procès constitutionnel de la loi », concept qui consacre le droit processuel constitutionnel réunissant un juge qui officie, des justiciables ayant intérêt à agir, un jugement doté, au respect des règles de procédure, de l'autorité relative ou absolue de la chose jugée.

*A priori* l'analyse conceptuelle, induit une démarche évolutionniste binaire, aboutissant à deux séquences « judiciaires » distinctes.

Eu égard, cependant à l'objectif du contrôle de constitutionnalité de la loi, en l'occurrence l'aménagement d'un système juridictionnel de garantie et de protection des droits fondamentaux, le problème posé est essentiellement celui des modalités de ce contrôle.

L'accès à la justice constitutionnelle, préfigure ainsi le choix des mécanismes de « saisine » de la juridiction par les justiciables.

Nos développements s'articuleront autour de l'observation comparée des systèmes juridictionnels de protection des droits et libertés qui concourent à l'expression du contrôle dans le cadre d'un contentieux constitutionnel objectif (I) ou d'un procès constitutionnel, affirmation de l'individualisation du droit (II).

## **I. Contentieux constitutionnel objectif et contrôle *a priori* :**

Le développement du contentieux des libertés est corrélatif à la constitutionnalisation continue des droits fondamentaux et des systèmes de garanties juridictionnelles prévues à cet effet. Ainsi les droits et libertés sont qualifiés de « fondamentaux » une fois reconnus et protégés par la constitution et le droit conventionnel. Du coup, la notion même de constitution, par l'interventionnisme accru de la juridiction constitutionnelle, est devenue une véritable « charte jurisprudentielle des droits et libertés ». *In fine* « la caractéristique primordiale d'un droit fondamental est d'être un droit constitutionnel justiciable ».

Le contentieux induit est réputé « objectif » et se vérifie au regard des garanties assurées par les juridictions constitutionnelles auxquelles s'ajoutent celles assurées par le juge ordinaire.

Tout dépend du reste du modèle de justice constitutionnelle considéré : le contrôle diffus à l'américaine et le contrôle concentré à l'européenne. Mais, à voir plus clair, on distinguera légitimement le « contrôle abstrait » qui se réfère à l'essence même du contrôle de constitutionnalité : la justiciabilité de la loi en l'occurrence, et le « contrôle concret » plutôt centré sur la protection judiciaire des droits et libertés.

### **A- Contrôle abstrait et « justiciabilité de la loi ».**

Il y a un contrôle abstrait des normes, dans la mesure où les litiges soumis aux juridictions constitutionnelles ne présentent pas une confrontation classique entre deux parties et ne supposent pas la résolution d'un litige particulier antérieur.

On rejoint ainsi la théorie Kelsenienne de la justice constitutionnelle et de l'Etat de droit, le rapprochement statutaire de la logique de la «constitution» et celle de «la juridiction». Le contrôle de constitutionnalité selon le modèle Kelsenien, implique en effet une confrontation entre deux normes générales, l'une constitutionnelle, l'autre législative, le juge statuant sur la loi en elle-même et non sur son application dans un litige particulier. Ces hypothèses illustrent toutefois la possibilité de coexistence d'un contrôle concret des normes avec le contrôle abstrait.

Ainsi, des procédures de recours directs pour violation des droits fondamentaux dirigés contre des actes législatifs (Allemagne, Autriche, Belgique) soit contre des actes administratifs, ou juridictionnels (Allemagne, Espagne). C'est en définitive la France et son système de contrôle exclusivement abstrait, qui se rapporte le plus du schéma Kelsénien initial. En effet, ce n'est qu'après la décision fondatrice du 16 Juillet 1971 que, mu en protecteur des libertés et droits fondamentaux, le Conseil constitutionnel propulsa le contentieux des libertés et droits fondamentaux au-devant de la scène.

Mais dans la mesure où cette protection est assurée essentiellement par le contrôle *a priori* sur saisine parlementaire, le contentieux constitutionnel conserve son caractère abstrait qui le différencie des systèmes américain et autres Européens centrés sur la protection des droits au moyen d'un contrôle concret.

## **B - Contrôle concret :**

C'est un cas de figure complexe où le contrôle protecteur des libertés et droits fondamentaux s'effectue sur le plan juridictionnel par voie d'action.

Ce type de contentieux constitutionnel alterne divers modèles déterminés par la double variable, requérant- juridiction, qu' illustrent le cas américain, certaines expériences européennes et la conception originale française.

### **1. Le modèle américain :**

L'art 3 de la Constitution américaine prévoit que « le pouvoir judiciaire s'étendra à tous les cas concrets en droit et en équité qui pourront se produire sous l'empire de la présente constitution, des lois des Etat-Unis ou des traités conclus... ».



Même si le droit constitutionnel américain ne donne pas de définition nette du «contrôle du litige», cette exigence conditionne la recevabilité de la requête.

Le principe général veut que la cour ne se prononce que sur des litiges avérés concrets et non éventuels ou abstraits. Pour valablement saisir la cour, le requérant doit justifier d'un intérêt pour agir (standing) de la « maturité » suffisante de l'affaire (ripeness) et du caractère toujours actuel du litige (mootness).

La doctrine dominante considère en effet que à défaut d'exercice d'un tel contrôle concret, le juge apparaîtrait comme pouvant supplanter le législateur. Ce qui serait attentatoire à la séparation des pouvoirs.

De telles exigences interdisent à la Cour Suprême de rendre des avis consultatifs (advisory opinion) à d'autres branches du pouvoir. Tout comme elle est incompétente pour connaître de toute « question politique » c'est-à-dire d'un litige qui par nature ne se prête pas à un mode de résolution judiciaire (arrêt Baker /Grs, 1962).

## **2. Les expériences européennes :**

Dans grand nombre de constitutions européennes, il est créé des procédures spécialement aménagées pour permettre aux individus de saisir directement le juge constitutionnel des recours pour violation de leurs droits fondamentaux. Il en est ainsi en RFA (recours constitutionnel individuel contre les actes législatifs, administratifs et juridictionnels), en Espagne (recours *d'amparo*) contre les actes administratifs et juridictionnels, en Autriche, en Belgique (recours direct contre les lois), en Suisse (recours contre les actes législatifs cantonaux et les actes non législatifs fédéraux devant le Tribunal fédéral), en Hongrie (recours contre tout acte ou manquement).

Parfois il appartient à l'équivalent de l'ombudsman «défenseur du peuple » en Espagne, « Provedor de justice » au Portugal, de saisir le Tribunal constitutionnel pour violation des droits fondamentaux.

## **3. La conception française :**

Depuis la décision du 16 Juillet 1971 et jusqu'à la réforme constitutionnelle de 20 Juillet 2008, la protection des droits fondamentaux est essentiellement assurée en France par un contrôle abstrait *a priori* des lois organiques et des lois ordinaires sur saisine parlementaire. Pour ces dernières, l'apport de cette procédure est incontestable.

D'une part en y recourant, les parlementaires ont développé un argumentaire plausible en matière de protection des libertés pour penser à la censure des lois adoptées par la majorité.

D'autre part et surtout la saisine parlementaire a contribué à revivifier la Déclaration de 1789 et le préambule de la constitution de 1946 pour doter la constitution française d'une véritable charte des droits et libertés. Par ailleurs on observera que le conseil constitutionnel, saisi en vertu de l'article 54, veille régulièrement à ce que les normes internationales susceptibles d'entrer dans l'ordre juridique interne respectent les droits fondamentaux tels qu'ils sont garantis par la loi.

#### **4. Le cas des Etats africains :**

Dans les années 1960, l'accession à l'indépendance de nouveaux Etats en Afrique, contribue à la diffusion des modèles français et américain de justice constitutionnelle. C'est ainsi que les Nouveaux Etats d'Afrique francophone, imitant leur ancienne métropole confient à des chambres constitutionnelles de leur Cour Suprême des fonctions comparables à celle du conseil constitutionnel français. Quant aux constituants des Etats de l'ex-empire britannique ; lorsqu'ils prévoient un contrôle de constitutionnalité, ils se réfèrent au modèle américain le plus proche de leur tradition juridique. Aussi, et à l'instar du Sénégal, la Côte d'Ivoire, le Bénin, la Tunisie, l'Algérie et le Maroc, la juridiction constitutionnelle initialement instituée sur le modèle français de 1958 comme organe régulateur de l'activité normative des pouvoirs, s'activa essentiellement en matière de contentieux électoral.

Au Maroc, quand bien même, les révisions constitutionnelles de 1992 et 1996 s'ouvrirent au néo-constitutionnalisme préfigurant ainsi la « démocratie des droits », le Conseil constitutionnel alors institué n'était pas encore un organe protecteur des droits fondamentaux. Cette perspective se réalisera avec la constitution de 2011, instituant d'une Cour constitutionnelle et créatrice de nouvelles opportunités de protection des droits fondamentaux dans le cadre notamment d'un contrôle concret *a posteriori* par voie d'exception.

## **II- Procès constitutionnel et contrôle *a posteriori* : «L'individualisation du droit».**

Le procès constitutionnel représente cette séquence ou « office du juge » aux fins de protéger les libertés et droits garantis par la constitution. En dépit de certaines spécificités, ce type de procès se conforme au modèle

général : le recours ou saisine de l'instance juridictionnelle qui sacrifiera à l'établissement d'un «règlement de procédure» comme manifestation de son autonomie statutaire, le caractère essentiellement écrit de la procédure, le caractère contradictoire de celle-ci et enfin le jugement et son effet «*erga omnes*» ou «*inter-partes*». Il s'agit donc d'un procès constitutionnel qui se caractérise par un contrôle concret *a posteriori* par voie d'exception selon le modèle initial américain ou bien par saisine de la juridiction constitutionnelle sur renvoi des Tribunaux à l'occasion de la Question Prioritaire de Constitutionnalité (Q.P.C).

En élargissant l'accès à la juridiction constitutionnelle aux individus par la procédure de l'exception d'inconstitutionnalité soulevée au cours d'un procès devant une juridiction ordinaire, les divers constituants reconnaissent un autre droit au justiciable, celui de faire le procès à une loi dont il aura réussi à démontrer la non-conformité à la constitution et de ce fait porte atteinte à ses droits.

La mise en place de la question prioritaire de constitutionnalité (Q. P. C.) est ainsi une mesure supplémentaire pour la sauvegarde des droits fondamentaux. Aussi, le justiciable gagnerait un nouveau droit contentieux et procédurier et la juridiction constitutionnelle, un autre espace de compétence pour contrôler l'application d'une loi dont la constitutionnalité est mise en cause au cours d'un procès devant le juge ordinaire.

C'est dans ce sens qu'en ultime recours, la justice constitutionnelle s'érige en «contre-pouvoir» à la faveur, des droits fondamentaux placés au centre d'intérêt de tout Etat de droit démocratique.

L'exception d'inconstitutionnalité suppose l'incrimination d'une loi au cours d'un procès devant le juge ordinaire. La question du filtrage des recours devant la juridiction constitutionnelle se pose logiquement eu égard au temps matériel qui s'évalue aussi par le nombre de juridictions interpellées à l'occasion. Le temps est initialement engagé suite à l'interprétation de la question prioritaire de constitutionnalité par le juge de fond et sa décision de renvoi motivée auprès de la Cour de Cassation appelé à statuer en dernier ressort sur la saisine de la juridiction constitutionnelle qui dispose du dernier mot en la matière.

Ce mécanisme de filtrage est en général prévu pour éviter la surcharge de la juridiction constitutionnelle. Il encourt cependant le risque de suspendre le jugement, surtout si le procès est enclenché en première instance. De plus,

«l'intrusion» de la Cour de Cassation dans le procès constitutionnel d'exception peut faire craindre comme en France, une réduction sensible des questions finalement examinées par la juridiction constitutionnelle ou comme en Allemagne, générer des tensions entre la Cour constitutionnelle Fédérale de Karlsruhe et la Cour de Justice Fédérale de Berlin. Ces appréhensions, sont aussi légitimes que le risque d'engorgement de la juridiction constitutionnelle est réel, en dépit des filtrages.

### **A- Le procès de l'exception d'inconstitutionnalité : le modèle américain**

Aux Etats-Unis, tout justiciable à l'occasion d'un procès ordinaire civil ou administratif peut soulever pour sa défense une exception d'inconstitutionnalité. Dans ce sens, le requérant demande ainsi au juge de la priver d'effet en l'espèce. Une telle procédure s'exerce ainsi sans délais à partir de l'entrée en vigueur de la loi selon les règles procéduraires ordinaires puisque le contentieux constitutionnel américain ne connaît pas de régime spécifique. La décision du tribunal statuant sur une exception d'inconstitutionnalité est dotée de l'autorité relative de la chose jugée. Mais par le biais de l'appel, la Cour Suprême peut être amenée à se prononcer, sa décision elle – même relative présentera néanmoins un effet équivalent à l'annulation en raison de la règle du précédent. Si l'arrêt de la Cour Suprême ne peut annuler formellement une loi, il peut en paralyser l'application sur l'ensemble des Etats fédérés américains dans la mesure où les juridictions inférieures devront s'y conformer.

### **B - La voie d'exception à l'europpéenne**

Le renvoi par le juge ordinaire d'une QPC est prévu dans la quasi-totalité des cas d'application du modèle européen ; le monopole de vérification de la constitutionnalité des lois, attribué à la juridiction constitutionnelle, conduit logiquement, en effet à faire trancher les questions de constitutionnalité de la loi soulevées devant les juridictions ordinaires par celle-ci. Lorsqu'il y a lieu à renvoi, le juge ordinaire qui l'opère sursoit à statuer et le cours du procès quelconque ne reprend que lorsqu'a été reçue la réponse de la cour constitutionnelle. Si celle – ci conclut à l'inconstitutionnalité de la loi mise en cause, sa décision s'impose non seulement dans le litige à propos duquel le renvoi a eu lieu, mais aussi dans les litiges semblables non encore jugés rendus par les juridictions supérieures. Il s'agit donc d'une sorte de quatrième degré de juridiction.

L'Allemagne, l'Italie sortant du nazisme et du fascisme n'ont pas lésiné sur les solutions pour se protéger de la dictature ou tout simplement de l'arbitraire, ont accédé à cette procédure de l'exception d'inconstitutionnalité instituée respectivement par la loi fondamentale pour la RFA du 23 mai 1949 (Recours direct par toute personne contre tout acte public) la constitution italienne du 27 décembre 1947 notamment la loi du 11 mars 1953 (Question préjudicielle par le juge ou saisine par le justiciable).

Ces deux nouvelles démocraties seront suivies par le Portugal, l'Espagne et la Belgique. Au Portugal, la constitution du 2 Avril 1976 organise un contrôle de constitutionnalité diffus par tout juge et le Tribunal constitutionnel en dernier recours. La constitution espagnole du 27 décembre 1978 prévoit en renvoyant à une loi organique, le recours d'amparo (à la mexicaine) pour la protection des droits et libertés.

En Belgique, modifiant le texte constitutionnel de 1989, la constitution coordonnée le 17 Février 1994, organise un recours direct en annulation par personne intéressée et question préjudicielle par le juge.

En France après plusieurs tentatives, en 1990 sous le gouvernement Rocard, en 1993 par le Comité Vedel, il a fallu attendre le Comité Balladur du 18 Juillet 2007 pour que la QPC soit introduite à la faveur de la révision constitutionnelle du 20 Juillet 2008 et la loi organique de 2009.

On retiendra pour rappel du modèle français que la QPC est circonscrite « aux droits et libertés garantis par la constitution ». Ce qui exclut toutes dispositions de la constitution étrangères à ces droits et libertés et notamment toute question relative à la procédure selon laquelle la loi a été adoptée.

Le Juge ne pouvant soulever d'office l'inconstitutionnalité de la loi, la question est posée à la seule initiative d'une partie à un procès, en 1<sup>ère</sup> instance, en appel ou en cassation.

Devant le juge «*a quo*» ou saisi, trois conditions sont requises :

1. La disposition contestée doit être applicable au litige ou à la procédure ou constituer le fondement des poursuites;
2. Elle ne doit pas avoir été déjà déclarée conforme à la constitution dans les motifs et le dispositif d'une de ses décisions, sauf changement de circonstance;
3. Elle ne doit pas être dépourvue de caractère sérieux.

Un mécanisme de filtrage est prévu comme ailleurs dans les pays européens pour éviter la surcharge de la juridiction constitutionnelle. Dans cette hypothèse, le juge sursoit à statuer, sauf si la personne est privée de liberté, et transmet « sans délai » la question à la juridiction suprême de son ordre, le Conseil d'Etat ou la Cour de Cassation qui disposent de 3 mois pour prendre une décision.

### **C- Le système marocain**

En élargissant la saisine de la Cour Constitutionnelle aux individus par la procédure de l'exception d'inconstitutionnalité soulevée au cours d'un procès devant une juridiction ordinaire, la constitution marocaine de 2011 et le législateur organique, adhèrent au néo-constitutionnalisme contemporain .

Alors que l'article 133 de la constitution est muet sur l'implication des chambres de la Cour de Cassation dans le mécanisme de filtrage, le législateur organique a opté formellement pour la saisine directe de la dite Cour par les justiciables ayant intérêt à agir. La loi organique a prévu, pour éviter la surcharge de la Cour constitutionnelle et accélérer la procédure de traitement du recours, la possibilité pour le juge constitutionnel de rejeter les questions manifestement infondées, tout en précisant les conditions d'exercice de cette compétence.

En vertu de l'article 133 de la constitution, la QPC est circonscrite aux «droits et libertés garantis par la constitution ». Ce qui exclut toutes dispositions de la constitution étrangère à ces droits et libertés et notamment toute question relative à la procédure selon laquelle la loi a été adoptée.

Le juge ne pouvant soulever d'office l'inconstitutionnalité de la loi, la question posée à la seule initiative d'une partie à un procès en première instance, en appel ou en cassation.

Tout comme en France, devant le juge saisi, la loi organique relative à l'exception d'inconstitutionnalité, requiert trois conditions.

1. La disposition contestée doit être applicable au litige ou à la procédure ou constituer le fondement des poursuites.
2. Elle ne doit pas avoir été déjà déclarée conforme à la constitution dans les motifs et dispositions d'une de ses décisions, sauf changement de circonstances.
3. Elle ne doit pas être dépourvue de caractère sérieux.

En définitive, l'introduction de la QPC dans le système marocain entraînera diverses conséquences sur le fonctionnement de la Cour constitutionnelle.

Celle-ci sera certainement conduite à organiser le déroulement de la procédure de l'examen de la QPC en empruntant les règles procédurales classiques devant une juridiction de droit commun. Un règlement intérieur devrait être spécialement dédié à l'examen des QPC au respect du principe du contradictoire et des droits de la défense compte tenu aussi de l'impartialité de la juridiction et la publicité de l'audience. C'est à un examen concret de la constitutionnalité de la loi que la Cour constitutionnelle est ainsi invitée. Une telle possibilité s'avère indispensable du fait que, toutes les lois même les plus anciennes peuvent faire l'objet d'une QPC.

Enfin, la décision d'abrogation de la loi aura une influence directe, non seulement sur l'issue du procès en cours, mais aussi sur toutes les procédures analogues en cours puisque, en vertu de l'article 134 de la constitution, l'effet des décisions de la Cour constitutionnelle s'imposent à tous.

### **Conclusion :**

L'intérêt du contrôle processuel *a posteriori* par voie d'exception introduisant une QPC est incontestable pour la promotion des droits fondamentaux. Il faut néanmoins en mesurer les inconvénients et les conséquences aussi relatives qu'elles fussent.

Sur le registre de l'intérêt de l'exception d'inconstitutionnalité de la loi, on retiendra quatre apports :

1. Faire disparaître les lois qui ne sont plus conformes aux actuelles exigences et qui auraient échappées au contrôle de constitutionnalité *a priori* notamment par défaut de saisine parlementaire.
2. Raffermer la hiérarchie des normes juridiques.
3. Améliorer l'unité d'interprétation de la constitution comme norme suprême étant entendu qu'après renvoi des ordres juridictionnels saisis par le plaignant, c'est à la Cour constitutionnelle de statuer en dernier ressort.
4. Enfin, et ce n'est pas un détail, la saisine individuelle élargira le champ processuel de la défense par les citoyens des droits fondamentaux.

Au chapitre des incidences négatives, certains éléments peuvent être avancés mais sans doute à relativiser. En effet, la saisine individuelle de la Cour

constitutionnelle instituerait un second mode de contrôle de constitutionnalité à caractéristiques opposées au premier.

D'une part, cette réforme n'est apparemment pas sans risque pour la stabilité juridique dès lors que des lois appliquées pendant longtemps et ayant produit des effets juridiques, pourraient être remises en cause. On objectera que, l'instabilité juridique est réelle et propre à tout système puisque les lois changent fréquemment, de plus n'est-il pas préférable de voir disparaître des lois jugées inconstitutionnelles que de les conserver au motif de la stabilité juridique?

Second inconvénient, la réforme en question fragiliserait en la banalisant, la loi deviendrait encore davantage une norme comme les autres à même d'être écartée par le juge, d'autre part les représentants de la nation perdraient leur monopole de remise en cause de la loi que la majorité parlementaire a adoptée.

Enfin, parce que l'introduction d'une question préjudicielle oblige la juridiction devant qui le litige est pendant à surseoir à statuer, l'évocation systématique des motifs d'inconstitutionnalité lors des litiges ordinaires pourrait avoir pour effet de rallonger considérablement les délais de jugement déjà très importants, sans compter le risque d'encombrement de la juridiction administrative et de la cour suprême, voire les risques de contrariété de jurisprudence entre celle-ci sur l'opportunité de déférer devant le conseil constitutionnel .

En effet, il est impossible qu'une dizaine de juges constitutionnels, puissent faire le même travail que des milliers de juges ordinaires.

Lorsqu'on ouvre le recours direct aux individus pour assurer la protection de leurs droits fondamentaux, on est nécessairement conduit à instaurer tôt ou tard, un filtrage sévère des plaintes, et donc en définitive à autoriser le juge constitutionnel à choisir les quelques cas à propos desquels il vient rendre une décision de principe.

En définitive la saisine citoyenne de la Cour constitutionnelle consolidera la protection des droits fondamentaux. Celle-ci créera une dynamique au regard de l'influence de la jurisprudence établie par la Cour constitutionnelle sur la jurisprudence des juridictions ordinaires ainsi que sur l'attitude des autorités publiques.



## **Bibliographie indicative**

- Constitution et Justice, Onzième Session de l'Académie internationale de droit constitutionnel, Tunis 1995.
- La justice constitutionnelle, Table ronde, Tunis 13- 16 Octobre 1993. Centre d'Etudes de Recherches et de Publications (CERP) 1995.
- Louis Favoreu et Alii, Droit constitutionnel Dalloz, Paris, 1999.
- Dominique Rousseau. La Justice constitutionnelle en Europe, clefs Montchrestien, Paris 1997.
- Marc Verdussen. La justice constitutionnelle en Europe de l'Est. Bruylant LGDJ .Paris 1997.
- Dominique Rousseau, Droit du contentieux constitutionnel, Montchrestien, Paris, 2010.
- Pierre Avril et Jean Gicquel, le Conseil constitutionnel, Montchrestien, Paris, 6<sup>ème</sup> édition, Clefs 2011.
- Guy Carcassonne et Olivier Duhamel, La Question Prioritaire de Constitutionnalité, Dalloz, Paris 2011.
- La Constitution de 2011, Eclairages croisés sur le nouveau constitutionnalisme marocain. Publications de l'Association Marocaine de Droit constitutionnel, Rabat 2014.
- Omar Bendourou, Rkia El Mossadeq, Mohamed Madani (sous la direction), La nouvelle Constitution marocaine à l'épreuve de la pratique, La croisée du chemin, Casablanca 2014.
- Centre d'Etudes internationales (sous la direction). La Constitution marocaine de 2011, Analyses et commentaires LGDJ, Paris 2012.
- Najib Ba Mohammed, L'Etat de droit au prisme de la justice dans la constitution marocaine de 2011, in Najib Ba Mohammed, contributions politiques et constitutionnelles marocaines et comparées REMALD. Coll. Manuels et Travaux Universitaires, 107, 2015
- Asmae Ghachem et Henri Pallard (Sous la direction). Une Cour Constitutionnelle Internationale au service du Droit Démocratique et du Droit Constitutionnel. Actes du colloque, 16 et 17 Juin 2015, Rabat Konrad Adenauer Stiftung, Beyrouth, Liban 2017.



## **Sixième séance**

# **La contribution du contentieux électoral à la protection des droits politiques**



**El Hassane BOUQUENTAR**  
*Membre de la Cour constitutionnelle*  
*(Royaume du Maroc)*

**Résumé:**

La communication présente un aperçu, à la fois exhaustif et synthétique de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, depuis son installation le 4 avril 2017, en matière de l'élection des membres du Parlement.

A ce titre, la communication met en exergue le rôle de la Cour constitutionnelle en tant que garante de la sincérité du scrutin et de l'exercice des droits politiques électoraux, de l'égalité entre les candidats, et de la liberté du scrutin.

La communication présente également quelques défis prioritaires identifiés à travers l'analyse de la jurisprudence de la Cour en matière du contentieux électoral (capacité électorale, utilisation des réseaux sociaux dans le contexte électoral et la mise en application de l'article 118 de la loi 57.11)

**Le texte intégral de la communication aux pages 169 - 180  
de la partie en langue arabe**

## Walter Samuel NKANU ONNOSGHEN

*Chief Justice of the Supreme Court  
(Nigeria)*

### Introduction

Increasingly, the credibility of elections and stability of the election environment hinge on the effective remedy of disputes throughout the electoral cycle. Mechanisms for Election Dispute Resolution (EDR) must withstand sophisticated political manipulation<sup>1</sup> or attempts to use the courts to legitimize staying in power (the so-called “third-termism” trend in Africa)<sup>2</sup>, and must address impunity for violence, intimidation and harassment associated with election campaigns. Contests for political power can devolve into battles that play out both in and outside of the courtroom, with the assumption or inevitability that winners will not be held accountable for their actions<sup>3</sup>. A refusal by opposition par undermine the authority of the government, weaken trust in democracy and democratic institutions, and in extreme cases ties or losing candidates to accept electoral outcomes can trigger violence<sup>4</sup>. Any

1. William Sweeney, Chad Vickery and Katherine Ellena, “Yes, The Presidential Election Could be Manipulated,” The Washington Post, 2 September 2016, [https://www.washingtonpost.com/opinions/global-opinions/yes-the-us-presidential-election-could-be-manipulated/2016/09/02/b125885e-6afe-11e6-ba32-5a4bf5aad4fa\\_story.html?utm\\_term=.ac59b6a27b803](https://www.washingtonpost.com/opinions/global-opinions/yes-the-us-presidential-election-could-be-manipulated/2016/09/02/b125885e-6afe-11e6-ba32-5a4bf5aad4fa_story.html?utm_term=.ac59b6a27b803) Financial Times, “Africa Third Terms: Who Stays, Who Goes”, <https://www.ft.com/content/f3c03602-771e-11e5-933defcdc3c11c89>
2. Financial Times, «Africa Third Terms: Who Stays, Who Goes», <https://www.ft.com/content/f3c03602-771e-11e5-933defcdc3c11c89>
3. Tim Craig, Ghani named winner of Afghan election, will share power with rival in new government, The Washington Post (Sep. 21, 2014), [https://www.washingtonpost.com/world/ghani-abdullah-agree-to-share-power-in-afghanistan-as-election-stalemate-ends/2014/09/21/df58749a-416e-11e4-9a15-137aa0153527\\_story.html?utm\\_term=.0fac3de76240](https://www.washingtonpost.com/world/ghani-abdullah-agree-to-share-power-in-afghanistan-as-election-stalemate-ends/2014/09/21/df58749a-416e-11e4-9a15-137aa0153527_story.html?utm_term=.0fac3de76240)
4. Prominent researchers note: “electoral losers play a crucial role in the functioning and development of democratic political institutions and that their perceptions of the system’s legitimacy has potentially critical effects on that system’s proper functioning and maintenance.” See Anderson and Mendes; Llewellyn, Morgan H., Thad E. Hall and R. Michael Alvarez, Electoral Context and Voter Confidence: How The Context of an Election Shapes Voter Confidence in the Process, (Caltech/MIT Voting Technology ed., Project Working Paper No. 79, 2009).

legitimate government must be the outcome of a free and fair election; anything less verges on authoritarianism. In other words, a credible election is a key element in a democracy. This paper will focus on electoral disputes, political rights and how these disputes contribute to the protection of political rights and political stability in Africa, to global peace and economic development with specific emphasis on Nigeria.

### **1.1 Background to electoral disputes**

The country that we call Nigeria today is a creation of British imperialism. Nigeria became a British colony courtesy of the Berlin Conference of 1885. The formal date of colonization was January 1, 1900. Colonial rule continued until 1960, when independence was granted.<sup>5</sup>

Elections were introduced as components of institutional transfer, first as reform measures in reaction to demands made by nationalist, and later as part of the process of preparing the indigenous political elites to takeover political leadership from the colonial masters<sup>6</sup>.

Colonialism reforms were instruments through which elections were introduced and expanded during the colonial period<sup>7</sup>. For instance in Nigeria, the elections of 1922 under the 1922 Hugh Clifford constitution up to the 1954 and 1959 elections, which were meant to prepare Nigeria for independence, were less controversial; however, serious problems arose out of the 1964/65 elections, which led to the intervention of the military on 15 January 1966, and more serious problems started brewing in the Nigerian electoral landscape from the conduct of the 1979 election up to the discredited 2007 general elections. For example, the 2007 general elections fell short of the standards achieved in the 2003 elections. Giving credence to this fact, the late President Musa Umaru Yar'Adua admitted that his presidency was the product of an unfair process.

Nigeria has experienced high levels of electoral violence. Hundreds of lives have been lost in each national election since the inauguration of the Fourth Republic in 1999. Nigeria's 2011 general elections were judged to be more credible than all its predecessors, yet they resulted in the worst incident of electoral violence in the country's history. The most severe violence was

---

5. Reflections on the Nigerian Electoral System: An essay in Honour of Honourable justice Muhammadu Lawal Uwais GCON, C} N (rtd) (volll at p.4)

6. Ibid

7. Ibid

recorded in 2011 when more than 1000 people reportedly died. Extensive post-election violence made the casualties soar which is consistent with the observation that although pre-election violence is more common, post-election violence is generally of greater magnitude. The announcement of the result of the election triggered widespread protests in areas where the opposition was strong and in some places this led to violence<sup>8</sup>. The 2015 Nigerian elections are an example of highly contested elections which ended largely peacefully. In spite of predictions of extensive electoral violence, the elections went on smoothly, with fewer disputes and election-related deaths than previous polls. Although about 49 deaths were reported during the elections, the figure falls far below the 800, 226, and 57 deaths recorded in the 2011, 2007, and 2003 elections, respectively<sup>9</sup>.

The growth of a strong, nationally based opposition in 2015 was accompanied by inflammatory political rhetoric, a factor that had contributed to the violence of 2011<sup>10</sup>. To avoid a deterioration of the situation, some civil society groups promptly invited the International Criminal Court (ICC) to focus special attention on political developments in Nigeria. The invitation prompted the ICC Prosecutor, Fatou Bensouda, to visit Nigeria and to subsequently release a statement in which she reiterated her Office's resolve to prosecute individuals responsible for the commission of ICC crimes<sup>11</sup>.

International development agencies supported Election Management Bodies to adopt innovative electoral administration practices to minimize the risk of electoral disputes while they encouraged Civil Society Organizations to integrate conflict prevention into various areas of their electoral engagement, such as voter education, election observation, and election security. Prior to the 2015 Nigerian general elections, there were concerns that the fierce political contest would lead to electoral violence in the country. However, the elections were conducted peacefully, with fewer disputes and election-related deaths than previous elections.

---

8. <https://www.cambridge.org/core>. University of Liverpool Library, on 12 Jul 2018 at 10:47:32

9. <http://doi.org/10.1080/135103472016.1191067>

10. Orji, "Making Democracy Safe.» See also Ndujihe and Idonor, "Post-Election Violence»; and Harwood and Campbell, "Opinion."

11. See Statement by the Prosecutor of the International Criminal Court, Fatou Bensouda, ahead of elections in Nigeria: "I reiterate my call to refrain from violence," 16 March 2015, [http://www.ice-cpi.int/en\\_menus/icc/press%20and%20media/press%20releases/Pages/otp\\_stat\\_150316.aspx](http://www.ice-cpi.int/en_menus/icc/press%20and%20media/press%20releases/Pages/otp_stat_150316.aspx)



The fall in the level of electoral violence in Nigeria and the lessons that Nigeria's experience was the result of preventive action taken by the country's electoral commission, civil society groups, and development partners<sup>12</sup>. The specific preventive actions taken include innovations in election administration aimed at enhancing electoral transparency and credibility, election security measures such as early warning and peacemessaging, and preventive diplomacy urging the main candidates and the political elite to embrace peace. The key lesson that can be drawn from Nigeria's experience is that a well thought out conflict prevention strategy should be an integral part of electoral governance, especially in countries with a high risk of electoral violence.

The Kenya's 2013 elections showed strong prospects for violence but ended quite peacefully<sup>13</sup>. These peaceful Election experiences serve as template for electoral conflict mitigation in Africa.

In 2001, we had the first Electoral Act that was put together by the National Assembly in the democracy that we are enjoying now. By 2002, because of the problems with that (2001 Electoral Act) Act, they had to enact another Act, which was the Electoral Act we used to conduct the 2003 elections. Then in 2006, we had another Electoral Act - (not an amendment) - another one completely. The 2006 Act was used to conduct the 2007 elections. Subsequent to this was the setting up of the Uwais Panel to review the entire electoral system. Ideas for several bills were thrown up. At the end of which only one scaled through, the 2010 Electoral Act<sup>14</sup>.

## 1.2 Electoral disputes

In recent times, the issue of free and fair elections has remained on the front burner of democratic reforms especially in most countries undergoing democratic transition and consolidation<sup>15</sup>. An Electoral dispute is any complaint, challenge, claim or contest relating to any stage of the electoral process.

Elections in Africa have always been laced with controversy, acrimony and violence. At the tail end of the electoral process is the determination of disputes arising from the election. In his welcome address at the opening

---

12. Ibid

13. Ibid

14. A.J. Owonikoko, " 2011 Elections: The role of the Judiciary» 2(1) Nigerian Law Times (2011): 14

15. 15Osahon O. Guobadia The relevance of the Judiciary in a democratic Nigeria: The African Journal of International and Comparative Law (2012) at p. 3

ceremony of the 2011 All Nigerian Judge's Conference, the former Chief Justice of Nigeria, The Honourable Justice Dahiru Musdapher (of blessed memory), had this to say: "However it is important for Nigerians to appreciate the complexity of the challenges we face today. It is instructive to consider that amongst the judiciaries in the Commonwealth in particular, and those practicing democracy in general, perhaps none is as burdened, encumbered, harassed, intimidated and over stretched with political cases and disputes as much as the Nigerian Judiciary<sup>16</sup>

The judiciary which is vested with the constitutional power to decide disputes, will have to intervene in such electoral disputes and resolve them according to law. Therefore the judiciary steps in to arbitrate in electoral controversies in order to help instil confidence and stability in the polity. It therefore affects the very essence of politics as a struggle for power between rival political parties. In the process of their adjudication in electoral matters the courts or the judiciary have come under a barrage of allegations. These include bias, erroneous interpretations of the provisions of the Constitution and corruption. The courts have admonished INEC to be impartial. In the case of *Uzodinma v. Izunaso*<sup>17</sup> Rhodes-Vivour JSC had this to say on page 65 paragraphs B-C of the judgment: "INEC" on the other hand is merely a nominal party with little or no stake in the matter. After all, INEC cannot be seen to sympathise more than the bereaved."

The Nigerian judiciary being the creation of the Federal Republic of Nigeria derives its powers from the constitution going by section 6<sup>18</sup> thereof, which vests judicial powers in the court. An independent judiciary is universally acknowledged as one of the most definitive features of a functional democracy - a sine qua non for the development of any electoral process and settling electoral disputes. It is accepted that no electoral system is flawless; hence

---

16. The All Nigeria Judge's Conference held at the National Judicial Institute, Mohammad Belio Centre Abuja on the 23 November (2011).

17. (2011) 17 NWLR (pt.1275) 30

18. The Constitution of the Federal Republic of Nigeria 1999 (as amended) provides for the separation of powers with distinct powers allotted to each arm of government. Section 6(1) states: «The judicial powers of the Federation shall be vested in the court to which this section relates, being courts established for the Federation. By virtue of section 6 (6), the judicial powers of the Federation are wholly vested in the courts and

- (a) shall extend, notwithstanding anything to the contrary in this constitution, to all inherent powers and sanctions of a court of law,
- (b) to all matters between persons, or between government or authority and to any persons in Nigeria and to all actions and proceedings relating thereto, for the determination of any question as to the civil rights and obligation of that person.

the court provides a forum whereby grievances relating to electoral results are ventilated.

The Fourth Republic has been stable for over eighteen years now. The credit for this stability can be attributed to the resilience of Nigerians and the noble role of the judiciary in resolving some of the disputes that have arisen from the electoral process<sup>19</sup>.

### **1.3 The role of judiciary in resolving electoral disputes**

Judicial systems for electoral disputes resolution uphold many judicial principles established by the rule of law, such as the existence of independent and impartial judges or tribunals, legally empowered and in charge of reviewing legal appeals. Such principles are recognized by international rules aimed at protecting human rights, such as those contained in Articles 2, section 3, paragraph (a) and 14 of the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR), Section 1 of the International Covenant on Civil and Political Rights, or those contained in Article 8, section 1 of the American Convention on Human Rights. Article 14 of the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR), calls upon legal frameworks of States Parties to guarantee the independence and impartiality of tribunals.

Legally predetermined procedures for the appointment and tenure of judges are required to promote the independence, impartiality and competence of judicial bodies in order to ensure equal treatment under the law. The whole system is based on an overriding principle: the judicial agents in charge of sorting out electoral controversies must be independent, impartial and technically proficient in order to ensure constitutional resolutions.

In Mexico, elections aimed at electing governors (Tabasco in 2001 and Colima in 2003) were declared null and void, and historical fines were imposed upon national political parties (2003). The Electoral Court of Mexico is currently a specialized court responsible for solving electoral disputes, and protecting political and electoral rights of citizens. Its Superior Chamber is the electoral equivalent of the Supreme Court and its decisions on electoral matters are final<sup>20</sup>. The Argentinean Supreme Court of Justice nullified the primary elections of the Justicialista Party (2003). A ruling from the Electoral Tribunal of Paraguay adjusted the percentage and location of electronic

19. Reflections on the Nigerian Electoral System: An essay in Honour of Honourable Justice Muhammadu Lawal Uwais GCON, CJN(rtd)(vol1)

20. <http://www.kofiannanfoundation.org/app/uploads/2016/11/EIIPolicy-Brief-3-AccessrtoJustice-and-Electoral-Integrity.pdf>

voting machines to be used in general elections (2003). The electoral courts of Guatemala reviewed the presidential aspiration of Efrain Rios Montt (2003), just as the electoral courts of Venezuela did in respect to the presidential referendum aimed at removing the President from office (2003-2004).

The United States Supreme Court also played a decisive role at the 2000 presidential contest. Similarly, the Spanish courts in charge of sorting out electoral disputes, delivered important rulings such as declaring both illegal and unconstitutional those political parties apparently related to terrorist groups (2003). The role played by the Central Electoral Agency between March 11<sup>th</sup> and Election Day (2004) is also worth mentioning. The Supreme Court of Justice of the Russian Federation made a very important distinction between broadcasting general information and electoral advertisement (2003-2004).

The Nigerian judiciary came into lime light as a major force to reckon with for the protection and stabilization of democracy in the first major hotly contested election petition in Nigeria, the celebrated case of *Awolowo v. Shagari*<sup>21</sup>. The main issue in contention in that case was the interpretation of section 34 (2) of Electoral Act 1977 to the effect that before a person can be declared as having won an election he must have 'not less than one-quarter of all the votes cast at the election in each of at least two-thirds of all the states within the federation'<sup>22</sup>.

The judiciary emphasized adherence to electoral law and adheres less to technicalities and rigid observance of uniformity which in themselves inhibit the dispensation of justice in election petitions, and gives a proper interpretation to the Constitution and electoral laws.

Recently the judiciary recorded a major triumph when the Supreme Court gave a momentous judgment, in which it affirmed that the gubernatorial candidate voted for by the electorates in Rivers State during the general elections, was Rotimi Amaechi, and not Sir Celestine Omehia. It further directed that Amaechi be sworn in immediately<sup>23</sup>.

The Supreme Court in *Ararume v. INEC* <sup>24</sup>declared as illegal and invalid, the substitution and replacement of Senator Ifeanyi Ararumewith

---

21. (1979) 12 NSCC 87

22. S. 34 (2) Electoral Act (1977)

23. (2008) 5 NWLR (pt.1080) 227.

24. (2007) 9 NWLR (pt.1038)127.

Chief Charles Ugwu as the governorship candidate of the People's Democratic Party in Imo State.

Thus, the judiciary has played a protective role in Nigeria's democracy through the declaration of landmark judgments that tended to put right the many wrongs and undemocratic actions of politicians. Its actions have gone a long way to reassure the citizens of the prospects for and sustainability of democracy in the country.

The judicial resolution of electoral disputes has become a fundamental feature of any electoral democracy, not only for those countries undergoing democratic transition and consolidation, but also for those countries whose democracies can be seen as both advanced and mature.

#### **1.4 What are political rights?**

Political rights are a class of rights that protect individuals' freedom from infringement by governments, social organizations, and private individuals. They ensure one's ability to participate in the civil and political life of the society and state without discrimination or repression.

Political rights include natural justice (procedural fairness) in law, such as the rights of the accused, including the right to a fair trial; due process; the right to seek redress or a legal remedy; and rights of participation in civil society and politics such as freedom of association, the right to assemble, the right to petition, the right of self-defense, and the right to vote.

Civil and political rights form the original and main part of international human rights. They comprise the first portion of the 1948 Universal Declaration of Human Rights (with economic, social, and cultural rights comprising the second portion). In many countries, they are constitutional rights and are included in a Bill of Rights or similar document. They are also defined in international human rights instruments, such as the 1948 Universal Declaration of Human Rights and the 1967 International Covenant on Civil and Political Rights.

The International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) is a multilateral treaty adopted by the United Nations General Assembly with resolution 2200 A (XXI) on 16 December 1966, and in force from 23 March 1976 in accordance with Article 49 of the covenant. The covenant commits its parties to respect the civil and political rights of individuals, including the right to life, freedom of religion, freedom of speech, freedom of assembly,

electoral rights and rights to due process and a fair trial, the right to privacy, freedom of religion, freedom of expression political participation, including the right to vote (Article 25); Non-discrimination, minority rights and equality before the law (Articles 26 and 27).

The courts further affirmed in a United Nations Human Rights Committee (UNHRC) opinion in the case of *Olo’Bahamonde v. Equatorial Guinea*<sup>25</sup>. In this case, the plaintiff’s claims of discrimination on the basis of political opinion at the hands of a judiciary that was not independent or impartial were upheld, with the UNHCR finding that ”...the notion of equality before the courts and tribunals encompasses the very access to the courts” and systematic frustration of this access constituted a violation of Article 14 of the ICCPR<sup>26</sup>.

The degree of political freedom enjoyed by the inhabitants of particular countries has two conditions. The first condition is the extent to which an official written constitution extends political rights to individuals. The second condition is the extent to which individuals are secure in their ability to exercise political rights in practice. Elections are concerned with the provisions a nation has made for its citizens to participate in governing. In a free society, those provisions will include the right to:

- Choose the Head of Government and other representatives in elections.
- Vote without fear, coercion, or domination by others.
- Participate in free, fair, and regular elections with secret ballots.
- Rely on unbiased counting of the vote.
- Choose from more than one candidate or party.
- Join or form a political party.
- Run for political office.
- Enjoy political rights, even if you are in the minority<sup>27</sup>

These rights guarantee the positive liberty to contribute to the process of governing the affairs of society in which one lives. Political rights presume that the government processes should be structured so as to provide opportunities for political participation of all eligible citizens. According to the modern concept of political rights, every citizen should have the right and

---

25.No. 468/1991,U.N. Doc. CCPR/C/49/D/468/1991 (1993)

26. Communication No. 468/1991, A. N. OloBahamonde v. Equatorial Guinea (Views adopted on 20 October 1993), UN doc. GAOR, A/49/40 (vol. II), p. 187, para. 9.4.

27. [http://www.freedomcollection.org/interviews/birtukan\\_midekssa/?vidid=721](http://www.freedomcollection.org/interviews/birtukan_midekssa/?vidid=721)

opportunity, without unreasonable restrictions, to take part in the conduct of public affairs, directly or through chosen representatives.

While political rights are very much emphasized in the United States, the percentage of Americans who choose to actively participate in the political process is one of the lowest among industrialized nations. This fact alone speaks volumes about the political environment in which American citizens are expected to exercise their political freedoms. For example, in the 2000 presidential campaign, less than 50 percent of the eligible voters cast their ballots. Scholars differ on why this decline in voting has occurred from the high point of the late 19<sup>th</sup> century, when voting rates regularly ran at 85 percent or better of qualified voters. Some historians attribute the decline to the corresponding decline in the importance of political parties in the daily lives of the people. Others think that the growth of well-moneyed interest groups has led people to lose interest in elections fought primarily through television and newspaper advertisements. When non-voters are queried as to why they did not vote, the answers range widely. There are those who did not think that their single vote would make a difference, and those who did not believe that the issues affected them, as well as those who just did not care - a sad commentary in light of the long historical movement toward universal suffrage in the United States.

But many people were reminded by the closeness of the 2000 presidential election that the individual's vote does count. A shift of fractions of a percentage point in half-a-dozen states could easily have swung the election the other way. Perhaps as a result, Americans in the future will not take this important right, a right that lies at the very heart of the notion of "consent of the governed," quite as much for granted.

### **1.5. How electoral disputes contribute to the protection of political rights**

Without the protection of the law all rights associated with elections are of little or no value, it has been proclaimed a basic principle at the regional level by the Organization of American States, the African Union and the Council of Europe and at the international level by the United Nations.

In words of the late Kofi Annan, the former Secretary General of The United Nations, it is: "*a principle of governance in which all persons, institutions and entities, public and private, including the State itself are accountable to laws that are publicly promulgated, equally enforced and*

*independently adjudicated, and which are consistent with international human rights norms and standards. It requires, as well, measures to ensure adherence to the principles of supremacy of law, equality before the law, accountability to the law, fairness in the application of the law, separation of powers, participation in decision-making, legal certainty, avoidance of arbitrariness and procedural and legal transparency*<sup>28</sup>. ”

An electoral dispute is a valuable tool for improving the quality of elections and protection of political rights. Conflicts when resolved help to build public confidence in the honesty of electoral processes. Disputes can help promote and protect the civil and political rights of participants in elections. It can lead to the correction of errors or weak practices, even while an election process is still under way. It can deter manipulation and fraud, or expose such problems if they do occur. Disputes contributes immensely to the protection of political rights because it can issue positive reports, it builds trust in the democratic process and enhances the legitimacy of the governments that emerge from elections. An electoral dispute encourages civic involvement in the political process. Following elections, reports and recommendations by observer groups can lead to changes and improvements in national law and practice.

Observation takes on heightened importance in post-conflict countries, in which groups that have been contesting on the battlefield may harbour strong suspicions of the political system and the election process. In such cases, conflict resolutions makes an important contribution to peace-building, since creating confidence in elections can help promote national reconciliation and sound democratic practices<sup>29</sup>.

These bodies, in whatever institutional form, is more suitable to the specific political, social and economic context of each democracy, should also be provided with capabilities, resources and powers to provide remedies in a timely manner that allow them to repair or compensate any damage to political rights .

## **Conclusion**

Notwithstanding the harsh political context in Nigeria which makes it difficult to protect and promote the rule of law even in the current democratic

---

28. <http://www.kofiannanfoundation.org/app/uploads/2016/11/EII-Pollicy-Brief-3-Access-to-Justice-and-Electoral-Integrity.pdf>

29. <http://www.un.org/womenwatch/osagi/wps/publication/Chapter7.htm>



dispensation, the judiciary has played a much more pronounced and critical role in settling diverse forms of conflicts and becoming a bulwark for constitutional democracy and the guarantee of fundamental rights. It is a widely acknowledged fact that the active role of legal and judicial institutions in respect of the 2007 general elections saved the country from a major political crisis. The judiciary has a duty to uphold the tenets of democracy in any society, including Nigeria, and must perform this duty immaculately, come rain or shine. It is only then that it can increase its relevance as a potent force in the entrenchment of democratic principles in Nigeria and be worthy of its hire. Dan Quayle, former Vice President of the USA, said in Abuja at the second conference of the Attorney General of Nigeria: *“Democracies must be governed by laws, not men. And no man be rich or powerful, can be above the law. If disputes are not resolved timeously and judiciously there can never be peace for democracy to survive”*.

## **Recommendations**

In the context of the foregoing, the following recommendations are proffered:

- (1) Designing and implementing appropriate constitutional and statutory framework for democratic and representative government, human rights and electoral processes;
- (2) Participation by the main political parties and key sectors of society in designing or reforming the electoral legal framework.
- (3) The development of political culture and civic education (e.g. democratic principles and values, respect for the rule of law, human rights).

**Issam SOULAIMANE**  
*Président du Conseil constitutionnel*  
*(Liban)*

**Résumé :**

La communication présente l'expérience du Conseil constitutionnel libanais en matière du contentieux électoral. Elle donne un aperçu, sous un angle analytique, des caractéristiques de ce contentieux, de sa nature objective, de l'intérêt et de la qualité pour agir, de l'impossibilité du désistement ainsi que des normes applicables.

**Le texte intégral de la communication aux pages 182 - 194  
de la partie langue arabe**

**Nicolaus BACHLER**  
*Member of the Constitutional Court*  
(Austria)

**The lawfulness of elections in the recent case law of the Austrian Constitutional Court**

In a stable democracy compliance with the electoral provisions ensures the citizens' trust in the lawfulness of elections and thus in one of the fundamental bases of the state.

In its ruling of 1<sup>st</sup> July 2016 the Austrian Constitutional Court has decided, that the run-off election of the Federal President of 22 May 2016 is annulled and must be repeated in its entirety in all of Austria. The fourteen judges of the Constitutional Court were intensively engaged in these proceedings working both internally and publicly. Within the framework of the Code of Civil Procedure, which applies *mutatis mutandis* to the proceedings before the Constitutional Court, witnesses were examined in public hearings, which exclusively served the purpose of establishing if the claims made in the challenge of the election corresponded to the facts, since the electoral records presented a different picture.

In many passages of this ruling the Constitutional Court is referring to its former case law. In that respect a former ruling of the Court rendered on 9 November 1927 is decisive. There a very strict standard was applied by the Constitutional Court. I will revert later to this ruling of 1927.

In the beginning of its considerations the Constitutional Court is examining the provisions of postal voting. According to Article 26 paragraph 6 of the Constitution persons entitled to vote who are likely to be unable to cast their vote before the electoral authority on the election day may exercise their right to vote by postal voting upon substantiated application, in which case the voter has to prove his identity *prima facie* and declare by his signature in lieu of an oath to have cast the vote personally and in secret – i.e. unobserved by third parties and thus in a manner not recognizable to the public.

As results from this wording, the constitutional legislator did not provide for postal voting as a form of voting that is equivalent to casting votes before an electoral authority but rather as an exception subject to certain restrictions (such as, for instance, the necessity to apply for an absentee ballot). The challenging party of the run-off election of the Federal President of 22 May 2016 alleged that individual provisions of Article 26 paragraph 6 of the Constitution contravene the fundamental principle of democracy, essentially arguing that these regulations according to which the identity of the applicant "(is) to be proven *prima facie*" and the person entitled to vote "(shall) declare by signature in lieu of an oath that the vote has been cast personally and in secret" are incompatible with the principles of personal, equal and secret suffrage.

The Constitutional Court has no reservations as to the compatibility of the system of postal voting provided for by constitutional law with the fundamental principles laid down in the Constitution. According to the ruling of 1<sup>st</sup> July 2016 the concerns regarding the constitutional provisions governing the casting of votes by postal ballot are thus unfounded.

The Constitutional Court had also to evaluate the alleged unconstitutionality of individual provisions of the Law Governing the Election of the Federal President from 1971. The option to cast a vote by postal ballot is founded in the consideration that no group of voters should be excluded from casting their votes due to their absence on the election day.

This goes - according to the changes in society - hand in hand with greater participation of persons entitled to vote in the democratic formation of will. With a view to the potential conflicts between postal voting and the general electoral principles the authorization contained in Article 26 paragraph 6 of the Constitution is in the understanding of the Constitutional Court a necessary constitutional prerequisite for the introduction of postal voting by ordinary law. Within this constitutionally provided framework, the ordinary legislator may determine further details of the election procedure. The legislator is given some leeway in this respect as it has to create a system that, in its entirety, sufficiently takes in principles laid down in the constitution in their respective manifestations. At the same time, the legislator must not render impossible, through complex and impracticable (security) provisions, the implementation of the fundamental decision taken by the constitutional legislator to permit remote voting in the form of postal voting.

All in all, no evidence has come to light for the Constitutional Court that the system of postal voting as regulated by ordinary law restricts the constitutionally guaranteed principles of secret and personal voting to a greater extent than inevitably resulting from the constitutional concept of postal voting provided for in Article 26 paragraph 6 of the Constitution.

The Constitution itself enables a greater participation in the democratic formation of will by granting the, non- personal casting of votes in the form of postal voting.

Electoral rules, serve the overall purpose of documenting the voting procedure beyond doubt and eliminating ensuing ambiguities wherever possible as well as guaranteeing a traceable allocation of the votes to the individual parties standing for election

There are two significant pillars in the recent case law of the Constitutional Court concerning the lawfulness of elections.

First the possibility of postal voting is not unconstitutional and can therefore remain in effect. This is granting voters a higher level of self-responsibility, while they are exercising their right to vote. At the same time the changes in society concerning a higher mobility are taken into account.

Secondly electoral rules governing an election must be strictly applied.

Concerning this second aspect the Constitutional Court stated in its judgment of 1<sup>st</sup> July 2016 infringements of the law occurred in numerous districts in the implementation of the system of postal voting.

According to the established case law of the Constitutional Court, an electoral challenge is not to be allowed, just because the alleged unlawfulness of the election procedure is proven; it must also have been of influence on the election result.

In this connection, the Constitutional Court has repeatedly held that this (second) criterion was already met if the unlawfulness could have been of influence on the election result, This criterion is to be deemed met as soon as any provision of the electoral rules which intends to preclude the possibility of manipulation and abuse in election procedures was violated, without any evidence of a specific incident of manipulation being required.

As early as in its ruling of 9 November 1927, the Constitutional Court proceeded on the assumption that it was not required to furnish proof that the infringements taken as proven by the Court had actually influenced the election

result in such a way that it could be determined exactly how many votes too many or too few had been allocated to a party; if such an interpretation were applied, repeals would be possible in extremely few cases only. Therefore, the Constitutional Court argues. *"That it must suffice that the proven unlawfulness could have been of influence on the election result. Ultimately, it is, however, at the discretion of the Constitutional Court to asses If this is the case. The very strict standard applied by the Constitutional Court was chosen in the interest of lawful elections, which, in a democratic republic, where all relevant government bodies are appointed by election, constitute one of the foundations of the state"*.

In numerous other cases, including most recent ones, file Constitutional Court has annulled elections on grounds of infringements without it being of relevance whether any abuse was proven, or even if any abuse was probable;

In its ruling of 1<sup>st</sup> July 2016 the Constitutional Court does not find any reason to depart from this case law. It is based on the basic idea that only in very few cases it will be possible for an individual to prove a specific incident of abuse in the form of a violation of legal provisions governing election procedures in an individual case. The purpose of the statutory provisions governing the election procedure is to rule out the possibility of abuse from the outset. The electoral authorities play a central role in this context: their collegiate organization, including Assistant Electoral Officers, who are entitled to vote and who are nominated by the political parties concerned by the elections, facilitates mutual control which is to ensure that the electoral principles are observed and no illegal influence on election result takes place.

Section 14a of the Law Governing the Election of the Federal President from 1971 governs how the electoral authority is to proceed when counting the votes cast by postal ballot and, thus, directly ensures the observance of the electoral principles and the prevention of manipulation and abuse. Therefore, the ascertained violations of this provision are infringements that could have been of influence on the election result. No proof of whether manipulations did actually occur is required.

In its ruling of 1<sup>st</sup> July 2016 the Constitutional Court explicitly states, that none of the witnesses interviewed at the public oral hearing perceived any signs of actual manipulation.

According to the case law of the Constitutional Court and the underlying considerations, the probability of manipulation or abuse, based on general

experience of life, must not be used as the critical criterion; furthermore, the explanation that the result of the counting of the votes cast by postal ballot in those districts in which infringements were identified statistically did not differ from that in other electoral districts, ultimately implies that large-scale manipulation was unlikely.

At the run-off election of the Federal President of 22 May 2016 in several districts the rules governing the implementation of the postal voting system were not complied with. The infringements concern a total of 77,926 postal votes.

The difference in the numbers of votes cast for the two candidates amounted to 30,863 votes. As the number of votes concerned by the infringements by far exceeded 50% of that difference (15,432 votes), the infringements may have had an influence on the election result.

Ultimately the fundamental idea of the case law of the Austrian Constitutional Court based on the consideration, that - as the Court explicitly states - democratic elections limit the political power of the highest office-holders of the state, who - as experience and occurrences in the history have shown - could be tempted, using the tools of power available to them, to manipulate the election results. This consideration leads us to Article 1 of the Austrian Constitution. According to this general provision the law in Austria emanates from the people.

**Giancarlo CORAGGIO**  
*Membre de la Cour constitutionnelle*  
*(Italie)*

**Le contrôle de constitutionnalité des lois électorales pour les élections  
législatives en Italie. Aspects processuels**  
**(arrêts n° 1 de 2014 et n° 35 de 2017)**

1. Je parlerai de deux arrêts récents de la Cour constitutionnelle qui sont d'un intérêt certain en matière de « contribution à la protection des droits politiques », thème auquel est dédiée la présente session.

Il s'agit des arrêts n°1 de 2014 et n°35 de 2017 qui ont déclaré l'inconstitutionnalité de parties significatives des lois électorales pour l'élection de la Chambre des députés et du Sénat de la République. Par rapport au modèle classique du contrôle de constitutionnalité des lois par voie incidente à l'œuvre dans le système italien, ces décisions se distinguent par des spécificités notables, d'ordre processuel, qui vont, notamment, dans le sens d'un renforcement des garanties fondamentales dans le domaine électoral.

2. Tout d'abord, il faut préciser qu'en Italie, les voies d'accès au contrôle de constitutionnalité pour les lois électorales réglant les élections du Parlement national sont assez étroites puisque, contrairement au modèle français ou allemand, le modèle italien ne prévoit pas de contrôle de constitutionnalité des lois préventif et abstrait. En outre, les possibilités de soulever des questions par voie incidente en matière électorale sont quasiment inexistantes. En effet, avant les élections, les juridictions ordinaires n'ont aucune compétence pour juger des controverses en matière de procédure électorale, et, une fois les élections effectuées, le contrôle de la régularité des élections est confié, en vertu de l'art. 66 de la Constitution, aux Assemblées parlementaires. Les recours soulevés par des candidats, par des listes ou par des partis, avant ou après les élections, peinent donc à trouver une juridiction compétente devant laquelle la controverse puisse se développer et qui puisse soulever des questions de constitutionnalité.



3. À l'occasion des arrêts précités, la juridiction ordinaire a été saisie par des citoyens électeurs, qui ont agi précisément et uniquement en cette qualité. En l'espèce, dans l'arrêt n°1 de 2014, le juge avait été saisi par le biais d'une ainsi nommée procédure de « constatation » visant à déterminer "l'intégrité", c'est-à-dire la conformité aux principes constitutionnels, des conditions d'exercice du droit constitutionnel de vote. Selon les requérants, ce droit fondamental aurait été violé par certaines dispositions de la législation électorale alors en vigueur.

3.1. La Cour a d'abord vérifié l'existence de l'intérêt à agir des électeurs requérants et a considéré « plausibles » (selon l'expression typique de notre jurisprudence) les arguments que le juge *a quo* avait avancé à cet égard.

3.2. La Cour a ensuite considéré l'exception soulevée par l'avocat de l'État dépourvue de fondement. Ce dernier soutenait que la question soulevée était irrecevable car il n'existait pas de demande de déclaration d'inconstitutionnalité de la loi électorale séparée et distincte d'une requête plus générale. Dépourvue, donc, du caractère préjudiciel, la question soulevée ne pouvait que se traduire par une irrecevabilité. En définitive, selon l'avocat de l'État, le litige devant la juridiction ordinaire n'aurait été qu'un litige fictif.

La Cour constitutionnelle, toutefois, a jugé que la question était recevable.

Selon la Cour, l'éventuelle déclaration d'inconstitutionnalité n'aurait pas entièrement répondu à la demande de protection du droit fondamental qu'est le droit de vote dans la mesure où celle-ci n'aurait été effective qu'à la suite et en raison de la décision par laquelle le juge ordinaire aurait précisé la portée du droit du requérant, sur la base de l'arrêt du juge constitutionnel, et ce, après avoir vérifié les autres conditions prévues par la loi pour la reconnaissance même de ce droit.

Toujours selon la Cour, la recevabilité de la question était le corollaire inévitable du principe qui impose de garantir la protection de l'inviolabilité du droit de vote auquel il aurait été porté atteinte, indépendamment des actes de mise en œuvre de la loi, puisque l'incertitude à l'égard de la portée du droit est, en soi, une atteinte juridiquement significative.

Quant à la circonstance que l'inconstitutionnalité dénoncée représente le seul moyen de recours devant le juge *a quo*, la jurisprudence constitutionnelle

avait déjà établi que cela n'empêchait pas de reconnaître l'existence du caractère préjudiciel de la question de constitutionnalité, dans tous les cas où, dans le litige *a quo*, une requête séparée et distincte de la ou des question(s) de constitutionnalité subsiste, et sur laquelle le juge ordinaire était appelé à se prononcer, cela même afin d'éviter l'absence de toute protection et de tout contrôle sur certains actes législatifs. Or, un tel danger était présent dans le cas d'espèce à cause de la difficulté à saisir la juridiction dont il a déjà fait mention précédemment.

Ce dernier argument mérite une attention particulière, car il a eu une importance significative dans l'arrêt de la Cour constitutionnelle.

En effet, la Cour a estimé devoir mettre en exergue l'exigence que n'échappent pas au contrôle de constitutionnalité, des lois qui définissent les règles de la composition d'organes constitutionnels. S'il en allait autrement, on finirait par créer une «Zone franche» dans le système de justice constitutionnelle, précisément dans un domaine en lien étroit avec le régime démocratique, aboutissant, ainsi, à une lésion intolérable pour l'ordre constitutionnel et pour un droit fondamental protégé par la Constitution.

4. Après l'arrêt n° 1 de 2014, des événements complexes ont continué à alimenter les agitations politico-institutionnelles.

Il suffit de rappeler qu'une nouvelle loi électorale fut adoptée au moment même où avait été engagé le processus de révision constitutionnelle. Cette loi avait fait l'objet de recours, présentés par des électeurs, en suivant la même démarche procédurale que celle précédemment présentée.

5. Dans cette nouvelle affaire, la recevabilité des questions de constitutionnalité se présentait comme un problème qui avait déjà été tranché par la Cour constitutionnelle.

6. Cependant, une différence non négligeable subsistait entre le cas objet de l'arrêt n° 1 de 2014 et celui qui a donné lieu à l'arrêt n° 35 de 2017 : tout d'abord, contrairement à la précédente loi électorale, celle qui avait engendré les nouvelles questions de constitutionnalité n'avait pas encore été appliquée.

Or, de telles différences n'ont pas été considérées à même d'empêcher une décision positive sur la recevabilité des questions de constitutionnalité.

La Cour constitutionnelle a considéré que les raisons alléguées par les juges *a quibus*, n'étaient pas invraisemblables.

La Cour a remarqué que le fait qui justifiait l'intérêt à agir était à identifier dans la réglementation législative qui régit le droit de vote et l'incertitude ayant trait à la portée de ce droit, avec, pour corollaire, une potentielle méconnaissance des principes constitutionnels, même si elle n'est destinée à se manifester que dans l'avenir.

7. Comme l'ont remarqué plusieurs commentateurs critiques à l'encontre des décisions de la Cour, cette jurisprudence pose de sérieux problème du point de vue de la procédure. En particulier, l'action en constatation serait un substitut du recours direct des particuliers contre la loi. En outre, le caractère préjudiciel ferait défaut dans le cas de questions soulevées dans ce cadre. Enfin, le contrôle de constitutionnalité serait opéré de manière abstraite, en contradiction avec la logique même du contrôle par voie incidente.

Il faut cependant rappeler que, dans les décisions précédentes, le choix opéré à l'égard des questions soulevées à l'encontre de la loi électorale pour les élections législatives était nettement lié à la nécessité de n'admettre aucune zone franche dans le contrôle de constitutionnalité. Ce danger n'existant pas pour tous les autres droits fondamentaux, le bien-fondé des craintes avancées par la doctrine à l'égard de la généralisation d'un recours direct masque devrait être exclu.

Le fait que la Cour puisse être saisie dans le cadre de litiges ordinaires pour des controverses qui dérivent de la procédure électorale, pour lesquels un juge existe, l'a induite à adopter une attitude plus stricte à l'égard de la recevabilité (comme à propos de la loi pour l'élection des membres italiens du Parlement européen).

8. Un ne peut pas se cacher que cet arrêt, encore plus que le précédent, est d'une nature toute particulière par rapport au cadre général de la jurisprudence constitutionnelle italienne. Il faut cependant considérer qu'une décision intervenant *a posteriori*, une fois la loi électorale appliquée, aurait pu avoir un impact encore plus traumatique. En effet, est-il légitime un Parlement qui a été élu sur la base d'une loi qui a été déclarée inconstitutionnelle par la suite ? C'est là un des problèmes majeurs auxquels l'arrêt n°1 de 2014 a dû faire face, en raison de la déclaration d'inconstitutionnalité partielle de la loi électorale qui avait été appliquée pour élire le Parlement en fonction au moment du rendu de l'arrêt. La Cour a précisé que l'arrêt n'aurait produit ses effets qu'à l'occasion d'une nouvelle consultation électorale et, en se fondant sur le principe de continuité nécessaire des organes constitutionnels, qu'il n'aurait emporté aucune conséquence, ni sur le Parlement élu en tant que tel, ni sur

les actes adoptés par ce dernier. Mais la référence à ce principe, même si elle constitue un fondement efficace du point de vue de la logique juridique, n'exclut pas des implications politiques délicates et insidieuses.

La responsabilité prise par la Cour n'est donc pas négligeable, mais il s'agit d'une responsabilité qui est propre à la nature même des organes tels que les juridictions constitutionnelles, fréquemment appelées à mettre en balance des principes et des valeurs qui sont en contradiction et qui exercent donc une mission qui va bien au-delà de la fonction juridictionnelle normale. En tant qu'ancien Conseiller d'État j'en suis parfaitement conscient.

**Omarou NAREY**  
*Vice-président de la Cour Constitutionnelle*  
*(Niger)*

**Merci Monsieur le Président de séance,**

Avant tout propos, permettez-moi de m'acquitter d'un devoir de gratitude envers le Président de la Cour Constitutionnelle du Maroc, et à travers lui toute la Cour constitutionnelle, l'Académie Royale pour avoir bien voulu envoyer une invitation à Madame le Président de la Cour constitutionnelle du Niger, mais qui, empêchée, m'a demandé de la représenter en compagnie d'un de mes collègues conseillers, ici présent.

**Monsieur le Président de la Cour Constitutionnelle du Maroc,  
Monsieur le Secrétaire Perpétuel de l'Académie,**

Le propos que je veux tenir ici n'engage que ma personne, étant entendu que, c'est une communication que j'ai préparé personnellement et je ne veux pas engager la Cour. Il ne s'agit pas de l'expérience unique du Niger, mais j'ai choisi un thème que j'ai envoyé aux organisateurs.

Il s'agit pour moi de parler de la protection des droits des acteurs politiques par le juge constitutionnel, dans le cas des élections nationales,

Pendant les deux jours de notre colloque, il a été dit et rappelé que le juge constitutionnel est protecteur des droits fondamentaux et des libertés publiques. Il s'agit ici, pour moi, très rapidement de rappeler que la protection que je vais évoquer n'est rien d'autre que la défense des droits et libertés exprimés par une norme du rang élevé, notamment la Constitution et les traités internationaux.

Et pour ce faire, je me suis posé deux questions : la première je me suis demandé comment et par quel moyen, le juge constitutionnel s'acquittait-il de sa mission de protection en droit en matière électorale ? La seconde question est celle de savoir si le juge constitutionnel n'est pas limité par les

moyens dont il dispose, pour connaître certaines questions liées aux processus électoral, notamment les contestations électorales.

Et pour y répondre, je me suis proposé de faire ma réflexion en deux temps, à travers la première partie, j'essaye de présenter l'image d'un juge constitutionnel naturellement protecteur des droits et libertés, et dans un second mouvement, je présente l'image d'un juge constitutionnel non maître de ces normes de références, donc les limites auxquelles le juge constitutionnel est confronté dans le cadre de cette protection.

D'abord, l'idée d'un juge constitutionnel protecteur des droits et libertés, le juge constitutionnel le fait en deux moments, d'abord en période pré-électorale et ensuite en période électorale.

Pendant la période pré-électorale, à ce niveau, le juge constitutionnel intervient pour statuer sur les questions pré-électorales et le droit d'être candidat éligible à l'élection présidentielle ou aux élections législatives, puisque en parlant des élections nationales, je ne vise que les élections présidentielles et les élections législatives.

Et à ce niveau, en ce qui concerne les questions pré-électorales, j'évoquerai la question du pouvoir de recours pour excès de pouvoir sans recours administratif préalable reconnu aux certaines juridictions. Je fais allusion à la Cour constitutionnelle du Niger, je fais allusion à la Cour constitutionnelle du Bénin, à la Cour constitutionnelle du Gabon qui peuvent connaître les actes préparatoires en vue des élections présidentielles ou des élections législatives, lorsque les partis politiques veulent bien déférer devant la juridiction, le cas présent.

Je peux donner juste quelques exemples, en 2009, lorsque le Président de la République du Niger a voulu, par le biais d'un décret, convoquer le corps électoral, en vue de tenir un référendum pour proroger son mandat, la Cour constitutionnelle a connu de ce décret et elle a considéré que ce décret consiste tout simplement à contourner la procédure de révision de la Constitution, et par conséquent, il est contraire à la Constitution.

De même, lorsque le Conseil constitutionnel français s'était déclaré non-compétent dans un premier temps, pour connaître des questions pré-électorales, il a fini par admettre qu'il était compétent en la matière, et aussi, il est allé au-delà, parce qu'il a évoqué le respect du principe, notamment celui d'égalité dans le domaine électoral à travers le découpage des circonscriptions électorales. Le Conseil constitutionnel français a mis en lumière, les disparités

des représentants, peu compatibles avec les dispositions combinées de l'article 6 de la déclaration de 1789 et les articles 3 et 4 de la Constitution française de 4 octobre 1958.

De même, la Cour Suprême des Etats Unis d'Amérique a eu à statuer sur les questions du découpage des circonscriptions électorales, tout cela peut se trouver dans le cadre des questions pré-électorales que les juridictions constitutionnelles soient appelées à connaître.

De son côté, le Conseil constitutionnel libanais a déclaré que l'élection ne peut être démocratique, que si sa réglementation est conforme au principe d'égalité de tous les citoyens. Cette uniformité se réalise lorsque chaque suffrage possède la même force électorale dans chaque circonscription. Là aussi, c'est une consécration de l'égalité dans le cas du découpage électoral.

De même, la Cour constitutionnelle mauricienne s'est penchée sur la question de la fixation d'un taux élevé de la caution requise pour les candidats en vue de se présenter pour les élections présidentielles.

En ce qui concerne l'éligibilité des candidats, il s'agit pour le juge constitutionnel de vérifier si tous les candidats dont les dossiers lui sont soumis, remplissent les conditions prescrites par la loi électorale pour faire valablement acte de candidature.

La Cour constitutionnelle du Bénin, qui a été confrontée à une situation d'égalité entre les candidats dont les dates de naissance varient, a dégagé une jurisprudence comme bien même cela n'est pas précisé dans la Constitution, pour entendre dire, qu'elle autorise toute personne ayant atteint quarante ans au moins, et soixante-dix ans au plus à une date quelleconque, et au cours des élections même postérieurement à la clôture des candidatures, à se porter candidate. Il s'agit donc ici, de l'affirmation du principe de la liberté de candidature. D'autres juridictions constitutionnelles ont également pris fait et cause pour le principe de la liberté de candidature, c'est-à-dire l'éligibilité ou l'aptitude à se porter candidat.

On peut citer, vous pouvez le trouver dans le site de la Cour constitutionnelle du Niger, un arrêt qui a été rendu, alors que l'un des candidats potentiels avait été épinglé par la police, mais aussi deux autres candidats ont été épinglés par la police, ils ont été qualifiés de candidats ayant une moralité douteuse, mais malgré tout cela, la Cour quand même a usé de l'appréciation qui lui est donné pour constater que rien n'a été mentionné sur leur casier judiciaire et par conséquent, elle a validé la candidature de ces candidats.

En temps électoral, c'est-à-dire le temps des réclamations consécutives aux opérations de vote, le juge constitutionnel peut à cet effet, avoir deux attitudes :

La première concerne un candidat qui est élu à l'élection présidentielle, qui peut être confirmé, lorsque les irrégularités constatées ayant donné lieu à des annulations partielles et à des renoncements ne sont pas de nature à modifier les résultats de l'ensemble des élections.

A ce niveau, on peut donner l'exemple illustratif de la jurisprudence du Conseil constitutionnel ivoirien qui a validé l'élection d'un des candidats parce que la demande d'annulation présentée par ledit candidat dans son ensemble, c'est-à-dire le scrutin dans son ensemble, et bien, cela, n'a pas produit l'effet escompté, parce que tout simplement, les arguments ou les griefs soulevés par ledit candidat, ces irrégularités ne sont pas de nature à remettre en cause le scrutin proprement dit.

Mais aussi on peut se référer à ce qui s'est passé aux Etats Unis, lorsque la Cour Suprême des Etats Unis s'est fondé sur l'égalité de chacun de vote, pour déclarer on ce qui concerne l'élection de Monsieur Algore et Monsieur George Bush, que la prise en compte réel du principe d'égalité dépend parfois de la manière, mais aussi du moment où celle-ci est envisagée.

Le deuxième temps de mon propos, le juge constitutionnel est souvent présenté comme étant un juge non maître de ces propres sources de référence en ce sens que dans un premier temps, le juge se comporte de manière très réservée, mais aussi se comporte comme étant un juge ambivalent, voir mesuré dans l'application des textes, j'ai donné quelques exemples de jurisprudence qui viennent conforter cette position ou cette image que j'ai dégagée du juge constitutionnel.

Mais dans un second temps, c'est un juge qui est confronté très souvent à l'absence ou l'insuffisance des preuves des irrégularités qui sont véritablement avancées par les différents candidats. Il suffit seulement de prendre aujourd'hui l'exemple des élections qui se sont déroulés tout récemment pour se rendre compte que les candidats contestent l'ensemble du scrutin alors qu'ils ne sont pas en mesure véritablement de fournir les irrégularités qu'ils avancent dans leurs requêtes.



## **Contributions additionnelles**



**Khalid SALIM**  
*Vice-Président de la Cour constitutionnelle*  
*(Koweït)*

**Résumé :**

La contribution présente, à travers une sélection de la jurisprudence, un aperçu sur le contrôle de la constitutionnalité des lois au Koweït. La contribution introduit également plusieurs principes établis par la jurisprudence constitutionnelle, dans le cadre des saisines émanant des pouvoirs constitutionnels, de la question préjudicielle ou dans le cadre des recours directs initiés par les justiciables.

**Le texte intégral de la contribution aux pages 205 - 211  
de la partie langue arabe**

## Contribution de la Cour constitutionnelle

(Bénin)

### Le contrôle de constitutionnalité *a posteriori* en tant que mécanisme de protection des droits fondamentaux

#### Introduction

Le principe de la hiérarchie des normes, caractéristique fondamentale de l'Etat de droit, postule une représentation pyramidale du système juridique où chaque norme tire sa validité de la norme qui lui est immédiatement supérieure et au sommet de laquelle est hissée la Constitution. Chaque norme serait donc comme une sorte de « production...du droit vis-à-vis du degré supérieur<sup>1</sup> ». De fait, l'idée de régularité exprimée au sens du principe de la hiérarchie des normes suppose la conformité de la loi, norme inférieure, à la Constitution, norme immédiatement supérieure. L'on considère en effet à juste titre que « la volonté du peuple souverain, directement et solennellement exprimée par lui a travers la Constitution, est supérieure à la volonté de ses représentants, ordinairement exprimée dans la loi ».

La notion de la hiérarchie des normes juridiques ne peut prendre tout son sens que si son respect est contrôlé par une juridiction. Ainsi, en vue de l'épuration du droit positif de toute souillure d'inconstitutionnalité, le Bénin, à l'instar de plusieurs autres Etats, a conçu deux mécanismes de contrôle de constitutionnalité, à savoir, le contrôle *a priori* et le contrôle *a posteriori*, tous deux relevant de la compétence de la Cour constitutionnelle.

Le contrôle *a priori* permet de soumettre au contrôle du juge constitutionnel les lois votées par le Parlement avant leur promulgation, c'est-à-dire avant leur entrée en vigueur. Le contrôle *a posteriori* quant à lui permet l'examen de la constitutionnalité d'une disposition légale déjà entrée en vigueur.

---

1. H. KELSEN, « La garantie juridictionnelle de la Constitution », RDP, 1928, p. 200.

Ces deux types de contrôle sont réglementés aux articles 121 et 122 de la Constitution qui disposent respectivement : « La Cour constitutionnelle, à la demande du Président de la République ou de tout membre de l'Assemblée nationale, se prononce sur la constitutionnalité des lois avant leur promulgation»; «Tout citoyen peut saisir la Cour constitutionnelle sur la constitutionnalité des lois, soit directement, soit par la procédure de l'exception d'inconstitutionnalité invoquée dans une affaire qui le concerne devant une juridiction... ».

Il est constant que la Constitution est le socle du modèle politique sur lequel chaque Etat souverain a porté son choix. En tant que telle, dans un système démocratique où sont promus les droits et libertés individuels, il est incontestable que la Constitution serait le réservoir des droits fondamentaux de la personne humaine reconnus et garantis. Dans ce contexte, le contrôle de constitutionnalité des lois sert à la préservation des droits fondamentaux ainsi garantis dans la Constitution. La Cour constitutionnelle du Bénin l'a affirmé dans l'une de ses décisions en indiquant que par la procédure d'exception d'inconstitutionnalité, le constituant a entendu, non seulement, « protéger les droits de la défense», mais aussi, « consolider l'Etat de droit instauré par la Constitution<sup>2</sup>». C'est donc dans cette perspective que, comme on peut le constater, le contrôle *a posteriori* consacré à travers l'article 122 de la Constitution a été soumis à un régime totalement ouvert (I). Cependant, malgré cette large ouverture, l'efficacité du contrôle *a posteriori* vacille selon la pratique qui est mise en œuvre concernant le contrôle *a priori* (II).

## I. Un régime largement ouvert de saisine

Dans le but de faire du contrôle *a posteriori* un instrument efficace de protection des droits fondamentaux, la saisine de la Cour constitutionnelle a été ouverte à tout citoyen, soit par la voie de l'action directe (A), soit par la voie de l'exception d'inconstitutionnalité (B).

### A. La saisine par la voie de l'action directe

Aux termes de l'article 3 alinéa 3 *in fine* de la Constitution : « ...Tout citoyen a le droit de se pourvoir devant la Cour constitutionnelle contre les lois, textes et actes présumés inconstitutionnels ». La saisine de la Cour s'effectue par une simple requête adressée au secrétariat à la Cour comportant les noms, prénoms, adresse précise et signature ou empreinte digitale du requérant<sup>3</sup>.

2. Décision DCC 96-009 du 23 janvier 1996.

3. Article 31 alinéa 2 du règlement intérieur de la Cour.

La saisine peut émaner d'une personne physique ou d'une personne morale, notamment les associations<sup>4</sup>. Il n'est demandé au requérant de faire la preuve de sa majorité ni d'attester d'un quelconque intérêt personnel à agir comme cela est exigé devant les juridictions de l'ordre judiciaire. Cependant, lorsque c'est une association qui introduit une requête près la haute juridiction, elle doit justifier de sa capacité à ester en justice en produisant la preuve de son enregistrement au ministère de l'intérieur. A défaut, sa requête est déclarée irrecevable.

Par ailleurs, la saisine de la Cour est gratuite. En vertu de l'article 39 de la Constitution, elle est également ouverte aux étrangers.

La Cour, une fois saisie, procède au contrôle de constitutionnalité des normes qui lui sont soumises en se référant à un éventail d'instruments juridiques. C'est d'abord la Constitution elle-même qui représente la norme de référence par rapport à laquelle le contrôle est effectué. Mais en plus de cela, le juge constitutionnel béninois se fonde sur d'autres normes auxquelles la Constitution renvoie et qui forment avec elle le bloc de constitutionnalité.

Au sein de ces normes de renvoi, on distingue deux catégories, à savoir, les lois organiques votées par le législateur pour compléter la Constitution et certains instruments juridiques internationaux incorporés à la Constitution par le constituant.

C'est ainsi que dans le préambule de la Constitution béninoise, le peuple a réaffirmé son « attachement aux principes de la démocratie et des droits de l'homme tels qu'ils ont été définis par la charte des nations unies de 1945 et la déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, par la charte africaine des droits de l'homme et des peuples adoptée en 1981, par l'organisation de l'unité africaine, ratifiée par le Bénin le 20 janvier 1986 et dont les dispositions font partie intégrante de la Constitution et du droit béninois et ont une valeur supérieure à la loi interne ». Ces textes internationaux se caractérisent par leur extrême richesse en matière de protection des droits de l'homme.

Il peut arriver que ni la Constitution ni les textes auxquels elle renvoie ne permettent de procéder à un contrôle utile de la loi ; dans ce cas, le juge constitutionnel fait œuvre prétorienne, arguant de ce que la Constitution ne se réduit pas à son contenu matériel mais véhicule également une idée dont il faut tenir compte. Même si une partie de la doctrine se demande si le juge constitutionnel n'en fait pas trop il faut reconnaître que c'est une pratique salvatrice pour la garantie des droits de l'homme.

---

4. Article 31 alinéa 1 du règlement intérieur de la Cour.

Dans ce sens, elle a considéré, alors que la Constitution ne l'a expressément prévu, que font partie du bloc de constitutionnalité, les dispositions du règlement intérieur de l'Assemblée nationale qui constituent une mise en œuvre des dispositions constitutionnelles. De même, le juge constitutionnel a intégré dans ses normes de référence le protocole A/SP1/12/01 sur la démocratie et la bonne gouvernance de la communauté économique des Etats de l'Afrique de l'Ouest. Pour y parvenir, il remonte d'abord à l'article 147 de la Constitution qui pose le principe suivant lequel « les traités ou accords régulièrement ratifiés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie ». Il déduit ensuite que « l'article 5 du protocole A/SP1/12/01 sur la démocratie et la bonne gouvernance additionnel au protocole relatif au mécanisme de prévention, de gestion, de règlement des conflits, de maintien de la paix et de la sécurité de la CEDEAO auquel le Bénin est astreint de par la ratification par décret n° 2003-264 du 31 juillet 2003 sur loi d'autorisation n° 2003-11 du 09 juillet 2003 » doit être respecté par la loi votée par le législateur. En 2011, il se réfère à nouveau au même protocole pour déclarer une loi votée par le parlement conforme à la Constitution.

Par ailleurs, le juge peut recourir à certains principes ou impératifs constitutionnels non expressément prévus par la Constitution mais qu'il hisse au rang de principe à valeur constitutionnelle.

Parmi ces normes dégagées qui ont acquis, grâce à la volonté du juge constitutionnel, « valeur constitutionnelle » on retrouve, d'une part, le principe du consensus national, d'autre part, le principe de transparence.

Sur le fondement des mêmes règles, le juge constitutionnel procèdera également au contrôle de constitutionnalité des lois dont l'inconstitutionnalité est découverte à l'occasion d'un procès. Dans ce cas, la Cour constitutionnelle est saisie par la voie de l'exception d'inconstitutionnalité.

### **B. L'ouverture de la saisine par la voie de l'exception d'inconstitutionnalité**

La saisine de la Cour constitutionnelle par la voie de l'exception d'inconstitutionnalité se déroule en deux phases. Une phase devant le juge ordinaire et l'autre devant le juge constitutionnel.

Devant le juge ordinaire, l'exception d'inconstitutionnalité peut être évoquée par tout citoyen dans une affaire qui le concerne. On note ici la nécessité pour le requérant de justifier d'un intérêt à agir contrairement à la

procédure prévue pour l'action directe. L'exception peut être soulevée à tout moment et devant n'importe quelle juridiction quel que soit son degré ou sa compétence matérielle.

Une fois que le justiciable a invoqué l'inconstitutionnalité d'une loi que le juge judiciaire s'apprête à lui appliquer, ce dernier doit surseoir à statuer, et saisir le juge constitutionnel, dans les huit jours qui suivent l'invocation de l'inconstitutionnalité<sup>5</sup>. Il n'a pas le droit de procéder à l'appréciation ni de la pertinence ni de l'opportunité<sup>6</sup> de l'exception soulevée. Son rôle se réduit à transmettre l'exception soulevée à la Cour constitutionnelle. Une décision de justice méconnaissant cette règle encourt l'annulation devant la Cour constitutionnelle, comme ce fut le cas dans la décision DCC 96-009 du 23 janvier 1996.

Cela étant, les parties au procès ne peuvent pas non plus saisir directement la Cour constitutionnelle d'une exception d'inconstitutionnalité. C'est une procédure de juge à juge<sup>7</sup>. Seul le juge judiciaire devant lequel l'exception d'inconstitutionnalité est soulevée peut saisir la Cour constitutionnelle.

Saisie, la Cour constitutionnelle dispose d'un délai de trente jours pour rendre sa décision. Si elle constate l'inconstitutionnalité de la norme qui lui a été soumise, celle-ci « cesse de produire ses effets à compter du prononcé de la décision<sup>8</sup> ».

En définitive, nul n'« est en droit de considérer que la stabilité de la loi promulguée est assurée<sup>9</sup>» tant que celle-ci n'a pas reçu l'onction de conformité à la Constitution. En effet, toutes les fois que la Cour déclare qu'une disposition est contraire à la Constitution, elle est nulle et non avenue et ne peut être appliquée<sup>10</sup>. De plus, « les décisions de la Cour constitutionnelle ne sont susceptibles d'aucun recours.

---

5. Art. 24, al. 3, de la loi organique sur la Cour constitutionnelle.

6. Sur ce point, les pouvoirs des tribunaux béninois diffèrent nettement de ceux des tribunaux français.

En effet, contrairement au Bénin, en France, la QPC « est jugée sur sa recevabilité par les juridictions ordinaires puis au fond par le conseil constitutionnel s'il en est saisi» cf. O.

DORD, « La QPC et le Parlement : une bienveillance réciproque », revue NCCC, p.24.

7. DCC 97-042 des 6 déc. 1996 et 12 août 1997, DCC 01-030 du 17 mai 2001 et DCC 07-151 du 22 nov. 2007.

8. Article 42 du règlement intérieur de la Cour.

9. L. FAVOREU, Cité par D. de BECHILLON, « Élargir la saisine du Conseil constitutionnel », Pouvoirs, n°105, 2003, p. 107.

10. Article 3 alinéa 3 et 124 alinéa 1 de la Constitution.



Elles s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités civiles, militaires et juridictionnelles<sup>11</sup>».

Tout est donc mis en œuvre en vue d'un contrôle *a posteriori* efficace des lois. Cependant, dans la pratique cette efficacité vacille

## **II. Une efficacité vacillante selon la pratique du contrôle *a priori***

Les décisions de la Cour constitutionnelle sont revêtues de l'autorité de la chose jugée. Aux termes de l'article 124 alinéas 2 et 3 de la Constitution, «Les décisions de la Cour constitutionnelle ne sont susceptibles d'aucun recours. Elles s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités civiles, militaires et juridictionnelles ». Sur le fondement de cette disposition, lorsqu'une loi a été soumise conformément à l'article 121 alinéa 1 suscitée de la Constitution au contrôle de constitutionnalité *a priori*, la décision de conformité rendue par la Cour constitutionnelle devient un obstacle à tout contrôle *a posteriori*. Dans ces cas, la Cour déclare, à juste titre, l'irrecevabilité de la requête soumettant à son contrôle une disposition d'une loi qu'elle a déjà contrôlée avant sa promulgation. Il s'ensuit que le contrôle *a priori* ferme la voie à tout contrôle *a posteriori* et le prive ainsi de son efficacité (A). Cette efficacité ne peut être préservée que dans le contexte d'un contrôle *a priori* facultatif (B).

### **A. L'efficacité affaiblie par le contrôle systématique des lois avant leur promulgation**

Durant plusieurs années, toutes les lois votées par l'Assemblée nationale ont été systématiquement soumises par le Président de la République au contrôle de constitutionnalité de la Cour avant leur promulgation sur le fondement des articles 117 et 121 de la Constitution.

Dans ce contexte, le contrôle *a posteriori* n'était plus possible que pour l'examen des lois adoptées au Bénin avant l'entrée en vigueur de la Constitution du 11 décembre 1990 qui a institué le contrôle *a priori*. Ce faisant, l'exception d'inconstitutionnalité dans la pratique, au lieu de servir à la protection des droits fondamentaux, est devenue, pour certains, «un instrument privilégié de ralentissement des procédures»<sup>12</sup>. Elle est en effet utilisée par les justiciables comme un moyen de dilatoire dans un système dénué de tout filtrage dissuasif.

---

11. Article 124 alinéas 2 et 3 de la Constitution.

12. I. SALAMI, «Le traitement discriminatoire des délits de mariage devant les cours constitutionnelles béninoise et congolaise », in, « [www.la-constitution-en-afrique.org](http://www.la-constitution-en-afrique.org) », p. 12.

La pratique du contrôle *a priori* systématique des lois qui s'est spontanément installée a été considérée dans un premier temps par la Cour constitutionnelle comme obligatoire pour toutes les lois, y compris les lois ordinaires. Dans sa décision DCC 17-039 du 23 février 2017, la Cour constitutionnelle, partant du postulat que l'article 117 alinéa 1 de la Constitution dispose que : « La Cour Constitutionnelle - *Statue obligatoirement sur* :

- ◆ la constitutionnalité des lois organiques et des lois en général avant leur promulgation... » en déduit que « les lois en général doivent être soumises au contrôle de leur conformité à la Constitution avant leur promulgation; que cette formalité n'est donc pas facultative et doit être accomplie, soit par le Président de la République, soit par un membre de l'assemblée nationale ».

Cette décision n'a pas reçu l'approbation de tous dans l'opinion publique. Les idées avancées en contestation sont entre autres, les suivantes. La première idée a consisté à dire que le contrôle *a priori* qui est effectué dans l'abstraction totale, en l'absence de toute contestation, peut faire courir le risque de voir la Cour constitutionnelle donner à certaines dispositions légales des brevets de constitutionnalité alors qu'elles n'auraient pas été suffisamment examinées.

L'exemple emblématique est le contrôle effectué sur la loi n°2004-07 portant composition, organisation, fonctionnement et attributions de la Cour suprême. Dans sa décision DCC 07-107 du 09 octobre 2007, la Cour a déclaré conforme en toutes ses dispositions cette loi. Or, aux termes de l'article 9 de cette loi, il ressort que les auditeurs qui sont des membres de la Cour suprême en vertu de l'article 4 de la même loi sont nommés par ordonnance du président de la Cour suprême alors même que l'article 56 de la Constitution mentionne à son alinéa 3 que le Président de la République nomme en Conseil des ministres les membres de la Cour suprême. Lorsque cette disposition, après promulgation de la loi a été soumise au contrôle du juge constitutionnel, ce dernier n'a pas eu d'autres choix que de dire que la demande des requérants était irrecevable en raison de l'autorité de la chose jugée attachée aux décisions de la Cour.

La seconde idée est que, si tant est que le constituant a voulu d'un contrôle *a priori* obligatoire pour toutes les lois, il n'aurait pas prévu, en marge du contrôle *a priori*, le contrôle *a posteriori*.

En tenant compte de tout cela, la Cour constitutionnelle a fait évoluer sa jurisprudence en ne maintenant obligatoire le contrôle *a priori* que, conformément aux articles 117 alinéa 1 et 123 de la Constitution, pour les lois organiques et les règlements intérieurs de l'Assemblée nationale, de la Haute Autorité de l'Audiovisuel et de la Communication et du Conseil économique et social et en la rendant facultatif pour les lois ordinaires. Ce faisant, elle a contribué à préserver l'efficacité du contrôle *a posteriori*.

### **B. L'efficacité préservée avec le contrôle *a priori* facultatif**

La motivation de la Cour constitutionnelle pour aboutir à la reconnaissance du caractère facultatif du contrôle *a priori* pour les lois ordinaires est la suivante.

Dans ses décisions DCC 18-130 à 134 du 21 juin 2018, la Cour a dit et jugé que: «si en son article 117 alinéa 1, la Constitution dispose que : «La Cour constitutionnelle :

- ***statue obligatoirement sur*** : la constitutionnalité des lois organiques et des lois en général avant leur promulgation... », ce texte n'institue pas une obligation de saisine générale, absolue et systématique de la Cour constitutionnelle de toutes les lois à la charge du Président de la République; Qu'il doit être interprété avec, d'une part, l'article 122 de la Constitution qui instaure un contrôle *a posteriori* des lois en général et confère aux citoyens le pouvoir de les déférer devant la haute juridiction, soit par la voie de l'action directe, soit par la voie de l'exception d'inconstitutionnalité, et, d'autre part, l'article 20 de la loi n° 91-009 du 04 mars 1991 portant loi organique sur la Cour constitutionnelle modifiée par la loi du 31 mai 2001 qui ne confère au Président de la République et aux membres de l'Assemblée nationale qu'une faculté dans la saisine de la Cour des lois en général conformément à l'article 121 de la Constitution ;

Que la saisine n'est générale, absolue et systématique qu'en ce qui concerne les lois organiques avant leur promulgation, les règlements intérieurs de l'Assemblée nationale, de la Haute Autorité de l'Audiovisuel et de la Communication et du Conseil économique et social avant leur mise en application ».

Il est constant que le contrôle *a posteriori* ne peut être utile que si la loi soumise au contrôle n'a pas subi le contrôle *a priori*. Ainsi, si la loi est telle qu'on peut légitimement estimer que le contrôle *a priori*, contrôle abstrait,

pourrait laisser échapper des dispositions inconstitutionnelles, le président de la République ou les membres de l'Assemblée nationale ont la faculté de ne pas la soumettre au contrôle *a priori*. Depuis la décision de la Cour, le président de la République, faisant usage de sa faculté a soumis au contrôle de la Cour la loi n° 2018-23 portant charte des partis politiques en République du Bénin votée par l'Assemblée nationale le 26 juillet 2018. Par la décision DCC 18-183 du 28 août 2018, la Cour l'a déclarée conforme à la Constitution en toutes ses dispositions

## Conclusion

L'article 122 de la Constitution en disposant que « Tout citoyen peut saisir la cour constitutionnelle sur la constitutionnalité des lois, soit directement, soit par la procédure de l'exception d'inconstitutionnalité invoquée dans une affaire qui le concerne devant une juridiction », donne au requérant une liberté totale pour saisir la Cour constitutionnelle sur la constitutionnalité des lois, soit directement, soit par la voie de l'exception d'inconstitutionnalité. Mais il ne peut cumuler à la fois l'action directe et l'exception d'inconstitutionnalité. Cette obligation d'option est confirmée par la Cour qui, dans sa décision DCC 05-117 du 20 septembre 2005, juge que « les requérants ont le choix entre l'action directe et l'exception d'inconstitutionnalité ; qu'en l'espèce, ayant usé concurremment des deux voies, il échet de dire et juger que l'exception d'inconstitutionnalité soulevée par les requérants est irrecevable», ou dans la décision DCC 06-076 du 27 juillet 2006 où elle décide qu' « en recourant concurremment à l'action directe le 09 août 2004 et à l'exception d'inconstitutionnalité le 09 novembre 2005, les requérants ont méconnu les dispositions de l'article 122 de la Constitution». Ceci étant, le contrôle *a posteriori*, qu'il soit mis en œuvre par la procédure directe de saisine ou par celle de l'exception d'inconstitutionnalité, vise à sanctionner une loi qui est entrée en vigueur sans être passée par un contrôle préalable de conformité à la Constitution. La décision du juge constitutionnel peut être, soit une déclaration de conformité à la Constitution, le cas échéant, la loi querellée demeure dans le droit positif béninois, soit une décision de non-conformité, et dans ce cas, la loi est retranchée du droit positif béninois parce que nulle et de nul effet.

### L'article 3 alinéa 3 : Une technique redoutable de contrôle

Le corpus juridique béninois contient quatre techniques sophistiquées de justice constitutionnelle.

### **L'article 3 de la Constitution. une disposition « balai »**

L'article 3 de la Constitution dispose : «La souveraineté nationale appartient au peuple. Aucune fraction du peuple, aucune communauté, aucune corporation, aucun parti ou association politique, aucune organisation syndicale ni aucun individu ne peut s'en attribuer l'exercice.

La souveraineté s'exerce conformément à la présente Constitution qui est la Loi Suprême de l'Etat. Toute loi, tout texte réglementaire et tout acte administratif contraires à ces dispositions sont nuls et nonavenus. En conséquence, tout citoyen a le droit de se pourvoir devant la Cour constitutionnelle contre les lois, textes et actes présumés inconstitutionnels ».

Il faut remarquer que l'article 3 se situe dans le titre 1<sup>er</sup> de la Constitution relatif à l'Etat et à la souveraineté. Le fait de prévoir une disposition de protection des droits dans ce premier titre montre l'importance capitale que le constituant accorde à la protection de la personne humaine. C'est à croire que l'Etat béninois n'aurait pas pu exister, encore moins être souverain, si la personne humaine n'était pas protégée.

L'alinéa 3 de cet article est la disposition la plus libérale et la plus générale possible en matière de protection des droits. A travers ce troisième alinéa, le constituant béninois de 1990 assure une protection maximale contre l'arbitraire constitutionnel, législatif ou administratif.

Contrairement à ce que laisse penser la formule utilisée par l'alinéa 3, la saisine de la Cour constitutionnelle n'est pas réservée qu'aux citoyens béninois. Son prétoire est ouvert à tout individu, toute personne physique ou morale. Il s'agit là d'une saisine directe, d'une action directe pour laquelle le saisissant n'a même pas besoin d'apporter la preuve d'un intérêt à agir. Il n'a même pas besoin d'avoir à justifier qu'il est lui-même victime. C'est en cela qu'il s'agit d'une action dans l'intérêt du droit, le seul intérêt étant celui de protéger l'ordre constitutionnel.

Le saisissant agit finalement comme un procureur de la Constitution.

L'article 3 alinéa 3 crée dans le procès constitutionnel au Bénin une action directe et à l'encontre des normes présumées contraires à la Constitution. Il s'agit en fait d'un procès fait à un acte : un procès objectif. Par cette disposition, le constituant affiche sa volonté de nettoyer le corpus juridique béninois de toute « impureté constitutionnelle».

En tant que juge de la légalité, la première norme à laquelle fait référence le juge administratif est la loi comprise dans son sens premier. En effet, c'est la loi qui permet au juge de cibler le cas d'ouverture qui se présente à lui.

En dehors de la loi, la Constitution est la première norme de référence supra législative. En effet, aux termes de l'alinéa 2 de l'article 3 de la Constitution du 11 décembre 1990, les actes administratifs contraires à la Constitution sont nuls et non avenue. Ils sont dès lors susceptibles d'annulation pour excès de pouvoir. Aussi, tout requérant peut-il obtenir la déclaration d'inexistence juridique d'un acte s'il apporte la preuve au juge administratif que le juge constitutionnel a jugé un tel acte contraire à la Constitution<sup>13</sup>.

Les normes internationales, c'est-à-dire les conventions, les traités et les accords internationaux sont également comptés au nombre des normes de référence du juge administratif (cf. les articles 144 à 149 de la Constitution du 11 décembre 1990). Dans ce cas, le juge, après avoir contrôlé l'applicabilité du traité dans l'ordre interne, vérifie si les stipulations évoquées par le recours sont directement opposables en droit interne. Le juge opère ainsi la confrontation directe entre Pacte dont il est saisi et le traité, nonobstant l'existence de lois antérieures ou postérieures au traité, et qui seraient même incompatibles avec le traité.

### **Un contrôle concurrent de la légalité**

Le mécanisme institutionnel conçu par le constituant pour le contrôle constitutionnalité des actes administratifs offre des pistes d'amélioration. La compétence du juge constitutionnel en cette matière n'est pas délimitée alors qu'il exerce cette compétence concurrentement avec le juge administratif.

#### **I : Une compétence aux frontières incertaines**

Le constituant béninois n'a pas fixé les limites de la compétence du juge constitutionnel par des critères précis (A). Cette imprécision engendre des risques voire des contrariétés de décisions (B) en ce que le juge administratif intervient traditionnellement dans le contrôle de légalité.

##### **A : Des critères de compétence imprécis**

Sur la période allant de 1993 à 2013, le juge constitutionnel béninois s'est prononcé quatre cent trente-quatre (434) fois sur des décisions administratives supposées faisant grief. Mais quatre-vingt-neuf (89) des décisions qu'il a

---

13. KPENONHOUN (C)/thèse, p. 136 et suivants.

rendues, soit environ 21%, sont des décisions dans lesquelles il s'est déclaré incompétent<sup>14</sup>.

Ce pourcentage important des décisions d'incompétence pourrait traduire une méconnaissance des règles permettant de solliciter l'arbitrage du juge constitutionnel béninois. Ainsi, on pourrait espérer que ces statistiques baisseraient au fil des années, traduisant une meilleure appropriation de ces règles, s'il ne s'agit effectivement que d'une méconnaissance de ces règles. Mais l'examen des chiffres annuels permet de se rendre compte que pour la seule année de 2013, la Cour constitutionnelle a rendu dix (10) décisions dans lesquelles elle s'est déclarée incompétente sur un total de vingt-deux (22) décisions portant sur des décisions administratives.

Bien que ces statistiques témoignent du succès de la garantie constitutionnelle offerte par la justice constitutionnelle au Bénin, il n'en demeure pas moins que le pourcentage de décisions indiquant l'incompétence du juge constitutionnel béninois est bien plus qu'un indice de la méconnaissance des règles de sa saisine ; il révèle plutôt les conséquences de l'imprécision de ses critères de compétence.

Dans ces décisions, le juge constitutionnel pour se déclarer incompétent adopte un raisonnement en trois étapes<sup>15</sup>. D'abord, il constate que la requête

14. Les statistiques proviennent du dépouillement des recueils des décisions de la Cour constitutionnelle. Le pourcentage de 21% tient compte des décisions dans lesquelles le juge constitutionnel s'est déclaré incompétent sur tous les moyens du requérant; lorsque s'ajoutent les décisions dans lesquelles le juge s'est déclaré partiellement incompétent, ce taux passe à 25%.
15. Décision DCC 96-008 du 19 janvier 1996, Recueil des décisions et avis, année 1996, p. 43 aussi les décisions DCC 96-019 du 25 avril 1996, Recueil des décisions et avis, année 1996, p. 97 ; DCC 96-022 du 25 avril 1996, Recueil des décisions et avis, année 1996, p. 111 ; DCC 96-029 du 26 juin 1996, Recueil des décisions et avis, année 1996, p. 143 ; DCC 96-042 du 25 juillet 1996, Recueil des décisions et avis, année 1996, p. 193 ; DCC 96-079 du 12 novembre 1996, Recueil des décisions et avis, année 1996, p. 333 ; DCC 96-080 du 12 novembre 1996, Recueil des décisions et avis, année 1996, p.335 ; DCC 10-081 du 13 juillet 2010, Recueil des décisions et avis, Vol. 1, année 2010, p. 459 ; DCC 11-023 du 19 mai 2011, Recueil des décisions et avis, année 2011, p. 140 ; DCC 12-041 du 23 février 2012, Recueil des décisions et avis, Vol. 1, année 2012, p. 280 ; DCC 12-089 du 20 avril 2012, Recueil des décisions et avis, Vol. 1, année 2012, p. 280 ; DCC 12-089 du 20 avril 2012, Recueil des décisions et avis, Vol. 1, année 2012, p. 512 ; DCC 12-181 du 08 novembre 2012, Recueil des décisions et avis, Vol. 2, année 2012, p.993 ; DCC 13-035 du 21 mars 2013, Recueil des décisions et avis, Vol. 1, année 2013, p. 248 ; DCC 13-037 du 28 mars 2013, Recueil des décisions et avis, Vol. 1, année 2013, p. 257 ; DCC 13-042 du 11 avril 2013, Recueil des décisions et avis, Vol. 1, année 2013, p. 281 ; DCC 13-052 du 16 mai 2013, Recueil des décisions et avis, Vol. 1, année 2013, p. 335 ; DCC 13-054 du 23 mai 2013, Recueil des décisions et avis, Vol. 1, année 2013, p. 346 ; DCC 13-105 du 03 septembre 2013, Recueil des décisions et avis, Vol. 2, année 2013, p. 691.

tend à faire apprécier par la Cour la régularité d'un acte ; ensuite il relève que cette appréciation relève du contrôle de légalité et enfin il conclut que la Cour, juge de la constitutionnalité ne saurait en connaître en l'absence de toute violation des droits de l'Homme<sup>16</sup>.

Il faut procéder à l'analyse de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle pour découvrir les critères de compétence qu'elle s'applique elle-même pour contrôler la légalité des actes administratifs. A ce titre, Gilles Badet observe que « la Cour constitutionnelle béninoise est compétente pour connaître de n'importe quel acte réglementaire, qu'il soit censé violer les droit fondamentaux ou qu'il lui soit reproché la contrariété avec n'importe quelle autre norme du bloc de constitutionnalité<sup>17</sup> » et ainsi, « fait des efforts pour ne sanctionner les actes administratifs que lorsqu'est vraiment en cause « une inconstitutionnalité »<sup>18</sup>.

Dans ce cadre, il faut relever la compétence originale du juge constitutionnel béninois à l'égard des mesures exceptionnelles prises par l'exécutif au titre de l'article 98 de la Constitution. En principe les mesures imposées par les circonstances exceptionnelles peuvent justifier, d'une part, entre autres, des manquements aux règles de procédure et de forme et d'autre part, qu'il soit porté atteinte aux libertés<sup>19</sup>. Mais le constituant béninois a entendu préserver, même en circonstances exceptionnelles, les droits des citoyens garantis par la Constitution contre les ordonnances prises par le pouvoir exécutif. Le juge constitutionnel béninois exerce non seulement le contrôle juridictionnel admis contre ces mesures exceptionnelles, c'est-à-dire la justification des mesures prises au regard des circonstances exceptionnelles, celui autorisé par le constituant et portant sur le respect des droits des citoyens mais il se penche également sur le respect de la procédure de prise desdites ordonnances<sup>20</sup>.

Cette autolimitation de la Cour constitutionnelle du Bénin favorisée par l'imprécision de ses critères de compétence, ne la met évidemment pas à l'abri de décisions qui relèvent fondamentalement du contrôle de la légalité,

---

16. DCC 10-038 du 23 mars 2010, Recueil des décisions et avis, Vol. 1, année 2010, p. 219.

17. 11Badget (G.), op. cit., pp. 90-91

18. Id., p. 93

19. CHAPUS (R), op. Cit, p. 1088

20. Décision DCC 27-94 au 24 août 1994. Recueil des décisions; et avis, année 1994, p. 111. v. aussi la décision DCC 96-O23 du 26 avril 1996, Recueil des décisions et avis, année 1996, p. 115.



la norme de référence n'étant pas la Constitution ainsi que l'illustrent les décisions qui suivent.

La première décision DCC 96-073 du 12 novembre 1996 est relative à la demande en inconstitutionnalité formulée par messieurs Edouard Kotto et Edouard G. da Costa contre d'une part, les décrets n° 96-134 à 96-147 du 24 avril 1996 portant tous suspension des décrets pris le 02 avril 1996 et d'autre part, l'arrêté n° 017/MTPT/DC/SA du 22 avril 1996 portant abrogation des arrêtés 008, 009, 010 et 016/MTPT/DC/CCAB/CP des 29 mars, 1<sup>er</sup> et 9 avril 1996<sup>21</sup>.

Dans son analyse, la Cour a d'abord fait constater que les décrets querellés ne sont pas inconstitutionnels car ils ont été pris en vertu de l'article 54 de la Constitution relatif au pouvoir réglementaire du président de la République. Ensuite, elle a fait observer, pour en justifier la constitutionnalité, que « l'arrête n° 017MTPT/DC/SA du 22 avril 1996 attaqué, a été pris sur le fondement du décret n° 92-18 du 03 février 1992 portant attributions, organisation et fonctionnement du Ministère des Travaux publics et des Transports [...] (et) a été signé par le ministre des travaux publics et des transports dans le cadre du fonctionnement d'une administration placée sous sa tutelle »<sup>22</sup>.

A l'évidence, l'analyse de la haute juridiction relative aux décrets querellés trouve son ancrage dans le texte constitutionnel du 11 décembre 1990. Quant à l'analyse sur l'arrêté n°017/MTPT/DC/SA du 22 avril 1996, on peut observer qu'il n'a été jugé constitutionnel qu'en référence au décret n° 92-18 du 03 février 1992 qui ne fait pas partie du bloc de constitutionnalité. La Cour aurait été bien avisée en se déclarant incompétente, le contrôle opéré étant un contrôle de la légalité relevant du juge administratif.

La même attitude a été observée dans une autre espèce, en l'occurrence à l'occasion de la décision DCC 12-177 du 25 octobre 2012<sup>23</sup>. Monsieur Marcellin Gonçalves avait soumis à la censure du juge constitutionnel les articles 8 et 9 de l'arrêté 170 / MCAT / DC / SG / DA / DIVI / SA fixant les conditions de contrôle et la sanction relatives au recouvrement des taxes et redevances au titre du Fonds national de développement et de promotion touristiques. Pour déclarer l'arrêté en cause conforme à la Constitution, le juge constitutionnel béninois a estimé qu'il a été pris en application du décret

21. Décision DCC 96-073, Recueil des décisions; et avis, année 1996, p. 311

22. Id., 6<sup>ème</sup> cons., p. 315

23. Décision DCC 12-177, du 25 octobre 2012, Recueil des décisions; et avis, Vol. 2, année 2012, p. 975

n°96-345 du 23 août 1996 portant réglementation des établissements de tourisme en République du Bénin qui prévoit les sanctions en cas de violation de la loi n° 90-005 du 15 mai 1990 fixant les conditions d'exercice des activités de commerce au Bénin<sup>24</sup>. On peut remarquer que les normes auxquelles le juge constitutionnel s'est référé ne font pas partie du bloc de constitutionnalité et qu'il aurait également pu se déclarer incompétent.

Une autre affaire mérite attention; celle relative à la décision DCC 96-086 du 13 novembre 1996 à l'occasion de laquelle la Cour constitutionnelle s'est prononcée sur la régularité de la décision n°449/MDN/DC/DAGB/SAG/SRC du 11 juillet 1995 portant résultat du conseil de discipline relatif au requérant, monsieur Martin Tchoukoué<sup>25</sup>. Sans citer aucune norme de référence, le juge constitutionnel a estimé qu'« il ressort des mesures d'instruction ordonnées par la Cour, que la procédure devant le Conseil de discipline a été régulièrement suivie à toutes les étapes »<sup>26</sup> avant de conclure que « la décision n°449 / MDN / DC / DAGB / SAG / SRC du 11 juillet 1995 n'est pas contraire à la Constitution »<sup>27</sup>.

Ces trois décisions illustrent bien le fait que le juge constitutionnel béninois en arrive à franchir les limites du périmètre qu'il s'est lui-même fixé en termes de critères de compétence pour agir véritablement comme juge de la légalité se servant de normes de référence légales et non plus constitutionnelles et parfois même ne fondant sa décision sur aucune norme. Dans ces conditions, on peut craindre et même enregistrer des contrariétés entre les décisions rendues par la Cour constitutionnelle et celles de la Chambre administrative de la Cour Suprême.

### ***B : Le risque de contrariété de décisions***

Aux termes de l'article 131 de la Constitution, « La Cour suprême est la plus haute juridiction de l'Etat en matière administrative, judiciaire et des comptes de l'Etat [...] ».

Les décisions de la Cour suprême ne sont susceptibles d'aucun recours. Elles s'imposent au pouvoir exécutif, au pouvoir législatif, ainsi qu'à toutes les juridictions ». A la Cour suprême, la Chambre administrative fait office de juge

---

24. Id., 3<sup>ème</sup> cons., pp. 976-977

25. Décision DCC 96-086, du 13 novembre 1996, Recueil des décisions; et avis, année 1996, p.357.

26. Id., 3<sup>ème</sup> cons., p. 358

27. Id ; art ; 1er du dispositif, p. 358

de cassation ; mais aujourd'hui, elle est l'unique juridiction administrative en attendant l'installation des chambres administratives au niveau des juridictions inférieures ; à ce titre, elle est compétente en premier et en dernier ressort. En conséquence, en tant que juge de la légalité, elle connaît des recours pour excès de pouvoir contre les actes administratifs présumés irréguliers légalement.

Dans ces conditions, les citoyens, pour priver un acte administratif de ses effets, peuvent soumettre cet acte à la censure à la fois du juge administratif et du juge constitutionnel. Et il n'existe aucun mécanisme pour empêcher l'action d'un requérant qui a déjà succombé devant l'un des deux juges de s'adresser à l'autre. Une illustration de cette situation réside dans la décision DCC 96/079 du 12 novembre 1996 relative à la décision de radiation n°138/MISP/CCFSP/SCAA du 17 septembre 1980 prise contre monsieur Sèna Athanase Sènou<sup>28</sup>. Dans son recours, exposé par la Cour constitutionnelle dans la décision, le requérant précise que « sa cause n'ayant pas prospéré devant la Cour suprême, il demande à la Cour de rendre une « justice viable et durable »<sup>29</sup>

L'attitude du juge administratif paraît pour le moins paradoxale. En même temps qu'il considère que la décision rendue par la Cour constitutionnelle « fait partie du droit positif et de la légalité »<sup>30</sup>, considérant ainsi que « la Constitution interprétée par la Cour s'impose à elle et est donc une source du contentieux administratif »<sup>31</sup>, elle marque à la fois son périmètre dans une autre espèce. En effet, dans l'arrêt n° 24/CA du 24 octobre 1997, il indique que « dans le système constitutionnel béninois, la Cour constitutionnelle et la Cour suprême sont les deux plus hautes juridictions de l'Etat, la première en matière constitutionnelle, la seconde en matière administrative, judiciaire et des comptes ; le contrôle de constitutionnalité et le contrôle sur la violation des droits de l'homme ne recouvrent ni les mêmes caractéristiques, ni les mêmes objets, ni les mêmes procédures que le contrôle de légalité exercé par la Cour suprême ; la question essentielle posée au juge administratif est de savoir si l'acte administratif querellé ne viole pas le bloc légal ; à cette question, seule la juridiction administrative est compétente pour répondre et ne peut à ce sujet être liée par aucune décision ayant acquis autorité de la chose jugée au constitutionnel (...) »<sup>32</sup>

28. Décision DCC 96-079 du 12 novembre 1996, Recueil des décisions; et avis, année 1996, p. 333

29. Id, 1er cons., p. 334

30. Arrêt 70/CA du 16 novembre 2000, Recueil des arrêts, tome 2, année 2000, 4<sup>ème</sup> cons., p. 320.

31. SALAMI (I.D.), « La constitutionnalité des actes administratifs au Bénin », op. cit., p. 10.

32. Arrêt n° 24/CA au 24 Octobre 1997, Recueil des arrêts, année 1997, p. 175.

Avec ce schéma institutionnel, il peut arriver que les deux juridictions se retrouvent dans un rôle complémentaire. En témoigne le dossier des quatre cent trente-huit (438) agents licenciés de la fonction publique dans lequel la Cour constitutionnelle a étendu par sa décision les effets de la décision rendue par la chambre administrative de la Cour suprême.

Par n° 33/CA du 20 novembre 1998, la Chambre administrative de la Cour suprême, saisie d'un recours pour excès de pouvoir par cent onze (111) de ces agents, avait procédé à l'annulation de la décision de dégagement desdits agents<sup>33</sup>. A la suite de la réintégration des cent onze (111) agents bénéficiaires de cette décision par l'Etat béninois procédant ainsi à son exécution, cent quarante-huit (148) autres agents, alors forclos devant la Chambre administrative, se sont tournés vers la Cour constitutionnelle. Ils lui ont demandé « sur le fondement du principe de l'égalité de tous les citoyens devant la loi que leur réhabilitation dans la fonction publique soit assurée au même titre que celle des 111 agents »<sup>34</sup>. Dans sa décision, le juge constitutionnel a estimé sur le fondement des articles 26 de la Constitution et 3 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples qu'« il y a traitement discriminatoire à l'égard des Agents non réintégrés sur les 438 Agents Permanents de l'Etat «dégagés» de la fonction publique en 1993 »<sup>35</sup>.

Ce cas de figure est heureux, loin de celui d'une autre espèce qui met en relief deux décisions contradictoires rendues par les deux juridictions et relatives aux écoles privées de formation en santé<sup>36</sup>.

Les responsables des écoles IN. FO. GE. S. ET LOYOLA ont saisi la Chambre administrative de la Cour suprême pour contester les mesures de fermeture de leurs écoles prises par le ministère de la santé. Dans ses arrêts n°68/CA du 07 octobre 1999 et 55/CA du 28 septembre 2000, cette juridiction a jugé que les décisions implicites et explicites relatives à l'IN. FO. GE. S. et à l'Ecole LOYOLA sont annulées avec toutes les conséquences de droit<sup>37</sup>.

Saisie également pour apprécier la constitutionnalité des mêmes mesures censurées par le juge administratif, la Cour constitutionnelle, dans sa décision DCC 01-016 du 19 décembre 2001, a estimé que «les mesures administratives

---

33. Arrêt n 33/CA du 20 novembre 1998, Recueil des décisions et avis, année 1998, p. 177.

34. Décision DCC 03-071 du 16 avril 2003, Recueil des décisions et avis, année 2003) 5<sup>ème</sup> cons.. p. 288

35. Id., art. 1er du dispositif, p. 290

36. BADET (G), op. cit, pp. 97-98.

37. V. Arrêt n° 68/CA du 07 octobre 1999, Recueil des arrêts, année 1999, p. 487 ; arrêt n° 55/CA du 28 septembre 2000, Recueil des arrêts, tome 2, année 2000, p. 430.

prises par le ministère de l'éducation nationale et de la recherche scientifique et le ministère de la santé ne violent pas la Constitution »<sup>38</sup>.

Ce second cas de figure révèle l'impasse dans laquelle le montage institutionnel met le citoyen qui se retrouve avec deux décisions se contrariant et revêtant toutes à la fois l'autorité de la chose jugée. Peut-il s'en sortir en recourant au juge constitutionnel, gardien de la Constitution qui doit veiller à la cohérence de l'ordre juridique ?

La réponse vient d'une décision de cette haute juridiction qui, malheureusement, avoue son impuissance à démêler l'écheveau. Il s'agit d'une deuxième décision toujours relative au dossier des écoles privées de formation d'agents de santé: la décision DCC 03-035 au 12 mars 2003<sup>39</sup>.

Selon le requérant, monsieur Dohou Séraphin, les ministères chargés de l'enseignement supérieur et de la santé ayant considéré que la décision DCC 01-016 du 19 décembre 2001 remettait en cause les arrêts 68/CA du 07 octobre 1999 et n° 55/CA du 20 septembre 2000, ont exclu une fois encore les élèves des écoles de l'IN.FO. GE. S. et de LOYOLA des examens officiels de 2002 comme ils l'ont fait en 1999, 2000, 2001. Il a donc demandé au juge constitutionnel de déclarer inconstitutionnel le refus de ces ministères d'exécuter ainsi les arrêts de la Cour suprême pour violation de l'article 131 de la Constitution, c'est-à-dire de l'autorité de la chose jugée attachée à ces décisions.

Le juge constitutionnel, n'a pas suivi sa jurisprudence précédente<sup>40</sup>. Le faire le mettrait dans une posture intenable car il se dédirait par ricochet; ce qu'elle a su éviter en déclarant la requête irrecevable estimant qu'y accéder «reviendrait à remettre en cause l'autorité de chose jugée attachée à la décision juridictions chacune sur ses positions un peu comme en écho à la position du juge administratif évoquée plus haut « il résulte de l'analyse de ces décisions que les deux hautes juridictions, l'une juge de la constitutionnalité, l'autre de la légalité, ont rendu en la même matière deux décisions manifestement contradictoires ; qu'il y a donc contrariété de décisions; qu'en l'état actuel de

38. Décision DCC 01-016 du 19 décembre 2001, Recueil des décisions et avis, année 2001, art. 2 du dispositif, p. 433

39. Décision DCC 03-035 du 12 mars 2003, Recueil des décisions et avis, année 2003, p. 151

40. Il est intéressant de faire observer que le juge constitutionnel béninois dans plusieurs espèces a jugé que les autorités administratives en passant outre les décisions de la Chambre et de la Cour suprême ont violé l'article 131 alinéa 3 et 4 de la Constitution. V. au recueil des décisions et avis de l'année 2001 les décisions DCC 01-050 du 21 juin 2001, p. 209; DCC 01-074 du 13 août 2001, p. 297; DCC 01-III du 19 décembre 2001, p. 453

notre droit positif il n'existe aucun mécanisme de règlement de ce genre de conflit»<sup>41</sup>. Pour le justiciable, la situation n'est pas loin d'un déni de justice.

### **La question de l'efficacité : une faiblesse fonctionnelle**

Au plan fonctionnel, l'office du juge constitutionnel est également susceptible de remaniement. En effet, l'efficacité comme l'effectivité de son action restent à consolider.

Le concept d'efficacité est consubstantiel à la bonne administration de la justice qui, elle, se laisse appréhender selon deux approches. La première qui en présente un sens compréhensif, « regroupe l'ensemble des critères que toute justice doit remplir pour être considérée comme bien administrée »<sup>42</sup> Quant à la seconde, plus restrictive, elle prend en compte le délai de jugement; elle présente l'efficacité comme « le moyen de rendre dans des délais raisonnables une justice de qualité, c'est-à-dire, en définitive, une justice acceptée par des justiciables qui auront le sentiment d'avoir été entendus, même s'ils n'ont pas obtenu gain de cause »<sup>43</sup>.

Au Bénin, l'efficacité de la justice constitutionnelle au sens de la seconde approche, reste problématique en raison du non filtrage des recours (A) entraînant la lenteur dans l'examen des requêtes (B).

#### ***A : Le non filtrage des recours***

Le constituant béninois a adopté le modèle concentré de justice constitutionnelle pour garantir la primauté de la Constitution et des droits fondamentaux<sup>44</sup>. Il a également fait le choix d'un modèle à la fois préventif et correctif car la Cour constitutionnelle assure un contrôle *a priori* et *a posteriori* des normes juridiques.

Il est avéré que les juridictions constitutionnelles du modèle correctif ouvertes au recours direct « sont confrontées à des phénomènes d'engorgement qui peuvent aller jusqu'au court-circuit total comme cela s'est produit en Autriche.

---

41. Ibid

42. SALAMI (I D.), « Le recours pour excès de pouvoir : contribution à l'efficacité du procès administratif au Benin (1990-2010); op. cit.: pp. 102-103

43. CADIET (L) Op. cit., p. 40

44. Le modèle concentré de justice constitutionnelle consacre l'institution d'une juridiction spécialisée chargée de veiller à la suprématie de la constitution sur toute autre norme juridique ; il a été adopté dans la plupart des pays européens et africains notamment francophones. Il s'oppose au modèle diffus dans lequel le contrôle de constitutionnalité est assuré par les juges ordinaires, comme aux Etats-Unis.

En Espagne, avant de saisir le juge constitutionnel, le requérant est astreint à l'obligation d'épuiser au préalable toutes les voies de recours judiciaires existantes<sup>45</sup>. En outre, devant le juge constitutionnel, un filtrage est réalisé par des commissions d'examen préalable des recours qui sont autorisées à rejeter ceux jugés irrecevables ou manifestement infondés<sup>46</sup>.

A l'analyse, les mécanismes de filtrage ne sont pas destinés à apprécier les conditions de recevabilité ou à examiner le fond de la question de constitutionnalité soumise au juge constitutionnel. En effet, d'une part, l'examen porte sur la question de droit évoquée ; d'autre part, ces mécanismes constituent une étape préliminaire à la décision au fond. Ils vont donc au-delà du contrôle de recevabilité de la requête mais restent en deçà de la décision sur le fond<sup>47</sup>.

Ce faisant, les mécanismes de filtrage réduisent le risque d'engorgement des juridictions constitutionnelles. Cet avantage quantitatif renforce également la contribution qualitative des juridictions constitutionnelles qui peuvent ainsi sélectionner parmi la masse des requêtes, celles qui lui permettront d'assurer la meilleure défense de la Constitution<sup>48</sup>.

On peut faire le grief aux techniques de filtrage de remettre en cause la volonté initiale du constituant de faciliter l'accès des citoyens à la juridiction constitutionnelle puisque l'accès au juge devient aléatoire et non plus déterminé par l'application de règles tangibles, mais résulte d'une appréciation fondée sur l'importance objective de la requête<sup>49</sup>. Cependant, ces techniques ont l'avantage de rendre la justice constitutionnelle plus efficace en évitant la lenteur dans l'examen des requêtes.

### ***B : La lenteur dans l'examen des requêtes***

Le nombre important de recours individuels induit par l'absence d'un mécanisme de filtrage entraîne un allongement du délai d'examen des requêtes même de celles qui paraissent difficiles et importantes pour la consolidation de l'Etat de droit constitutionnel.

45. Id.: p. 27

46. KPODAR (A.), op. cit., p. 143; note de bas de page n° 198.

47. SANTOLINI (T), « Les parties dans le procès constitutionnel en droit comparé », C. C. C., n°24, juillet 2008, [www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/pdf/conseil-constitutionnel-51749.pdf](http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/pdf/conseil-constitutionnel-51749.pdf) consulté le 19 août 2015.

48. Ibid

49. Ibid

Or, l'efficacité de la Cour constitutionnelle commande qu'elle examine les requêtes dont elle est saisie et rende les décisions dans un délai raisonnable, c'est-à-dire « un quantum de temps »<sup>50</sup> jugé « modéré, mesuré, qui se tient dans une juste moyenne »<sup>51</sup>

Cette obligation, en réalité, qui se rattache à l'exigence d'un procès équitable, résulte de l'article 7.1.d) de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples. Cette disposition énonce, en effet, le droit pour toute personne d'être jugée dans un délai raisonnable par une juridiction impartiale. De façon pratique, cette disposition offre au justiciable la possibilité de faire valoir ses droits dans un laps de temps qui ne soit pas dans la démesure.

Cette charte, faut-il le rappeler, est une des normes de référence dont se sert la Cour constitutionnelle pour exercer son contrôle de conformité à la Constitution. On ne peut donc pas être surpris de relever dans sa jurisprudence des décisions qui permettent de relever certains critères qu'elle a définis pour apprécier le respect du délai raisonnable par les juridictions.

Ainsi, pour le juge constitutionnel béninois, «la négligence des parties dans l'accomplissement des actes de procédure, la composition irrégulière des chambres, l'empêchement des juges, les grèves, les sessions de la cour d'assises les mutations de magistrats<sup>52</sup> [...], ne sauraient exonérer les juridictions de leur mission constitutionnelle»<sup>53</sup> de rendre la justice dans un délai raisonnable. Il juge en conséquence que l'appréciation du délai raisonnable est fonction, entre autres, « de la complexité et de la multiplicité des procédures<sup>54</sup> en cause et est faite « au regard des différentes étapes parcourues par le dossier »<sup>55</sup>.

Ces critères, appliqués aux espèces soumises à sa censure, lui ont permis de déclarer qu'une procédure de flagrant délit qui a duré quatorze mois dix jours et un procès en première instance d'un tribunal qui n'a pas abouti à une décision depuis près de quatorze ans ont accusé un délai anormalement long<sup>56</sup>.

---

50. MEDE (N), op.cit., p. 164

51. CORNU (G.) (Dir), op. cit. p. 757

52. Décision DCC 00-007 du 02 février 2000, Recueil des décisions et avis, année 2000, 7<sup>ème</sup> cons., p. 35.

53. Id. 8<sup>ème</sup> cons., p. 35

54. Décision DCC 03-119 du 28 août 2003, Recueil des décisions et avis, année 2003, 4<sup>ème</sup> cons., p. 481

55. Décision DCC 03-167 du 11 novembre 2003, Recueil des décisions et avis, année 2003, dernier cons., p. 679.

56. v. Décision DCC 97-006 du 18 février 1997, Recueil des décisions et avis, année 1997, dernier cons., p. 29 ; Décision DCC 97-011 du 06 mars 1997, Recueil des décisions et avis, année 1997, dernier cons., p. 50.



Il a également jugé qu'il en est de même lorsqu'une procédure de citation directe a été vidée après trois ans ou encore lorsque, dans une procédure pénale, il s'est écoulé cinq ans entre la date de l'interrogatoire au fond d'un inculpé et la date de la mise en liberté provisoire du dernier inculpé sans qu'aucun acte d'instruction conséquent n'ait été accompli<sup>57</sup>.

Au-delà de cette obligation générale qui s'impose également à la Cour constitutionnelle de rendre ses décisions dans un délai raisonnable, il faut ajouter les bornes temporelles que le constituant a imposées de façon spécifique au juge constitutionnel béninois.

Ainsi, il faut rappeler que dans l'hypothèse d'une action directe, la décision de la Cour constitutionnelle doit intervenir dans un délai de quinze (15) jours réduit à huit (08) jours en cas d'urgence; ce délai est impérativement fixé à huit (08) jours lorsqu'il s'agit de violation des droits de l'homme. Dans l'hypothèse d'une exception d'inconstitutionnalité, le juge constitutionnel béninois doit rendre sa décision dans un délai de trente (30) jours.

L'analyse de sa pratique révèle que le juge constitutionnel béninois lui-même ne se soumet toujours pas à cette double obligation de respect de délai, ni à celle dont elle impose la rigueur aux juridictions, ni à celle que lui impose le texte constitutionnel du 11 décembre 1990.

On peut en effet relever des décisions dans lesquelles le juge constitutionnel béninois a fait preuve de célérité. Deux décisions permettent d'illustrer ce comportement. La première, la décision DCC 14-94 du 23 mai 1994 a été rendue cinq (05) à sept (07) jours après la saisine de la Cour constitutionnelle par messieurs Frédéric Houndéton et Paul Atita Kato et consorts respectivement les 16 et 18 mai 1994 pour contester la constitutionnalité du décret n° 94-136 du 11 mai 1994 portant nomination de monsieur Yves Donatien Yèhouessi en qualité de Président de la Cour suprême<sup>58</sup>. La seconde, la décision DCC 95-017 du 15 mars 1995 a été rendue cinq (05) à six (06) jours après la saisine opérée par messieurs Akowé Michel Hounmènou et Michée Dovoédo respectivement les 09 et 10 mars 1995 pour solliciter le sursis à exécution du décret n° 95-18 du 25 janvier 1995 portant mise à disposition des requérants du ministre de la justice pour servir à la chancellerie<sup>59</sup>.

57. V. Décision DCC 03-059 du 19 mars 2003, Recueil des décisions et avis, année 2003, p.237; Décision DCC 04-004 du 06 janvier 2004, Recueil des décisions et avis, année 2004, dernier cons., p. 29.

58. Décision DCC 14-94 du 23 mai 1994, Recueil des décisions et avis, année 1994; p. 47.

59. Décision DCC 95-017 au 15 mars 1995, Recueil des décisions; 21 avis, année 1995: p. 99

Mais plusieurs autres décisions révèlent le dépassement de délai observé par le juge constitutionnel dans l'examen des requêtes et le prononcé de la décision. Elles permettent de noter un allongement progressif de ces délais, allant de quelques mois à des années. Cinq décisions permettront d'illustrer ces retards.

La Cour constitutionnelle a rendu la décision DCC 95-033 du 1<sup>er</sup> septembre 1995 de non-conformité à la Constitution plus de quatre (04) mois après sa saisine du 18 avril 1995 par l'Union nationale des scolaires et étudiants du Bénin pour contester l'annulation de son enregistrement par le ministre de l'intérieur suivant lettre n° 1969/MISAT/DAI/SAAP du 28 décembre 1994<sup>60</sup>. De même, saisie le 26 septembre 1994 par le Comité des sages de Zogbohouè et consorts qui contestaient la nomination d'un chef quartier par intérim suivant arrêté préfectoral n° Z/079/DEP- ATL/SAP du 16 février 1994, la Cour constitutionnelle s'est prononcée après plus d'un (01) an neuf (09) mois par la décision DCC 96-028 du 26 juin 1996 qui a relevé le défaut de capacité des requérants à ester en justice<sup>61</sup>. On peut faire observer que ce recours aurait pu être vidé s'il existait au niveau de cette juridiction un mécanisme de filtrage. Dans une autre espèce, le juge constitutionnel a rendu sa décision de conformité plus de cinq (05) ans après sa saisine le 09 août 2004 par monsieur Samuel Teko Hounnou qui contestait l'arrêté n° 8209/MFPTRA/DPE/CAR-APFP du 15 octobre 1998 le radiant de la fonction publique<sup>62</sup>.

Les deux dernières décisions seront l'occasion de mettre en évidence l'inefficacité de l'office du juge constitutionnel. Ces deux décisions rendues le 18 février 2003 sont relatives au droit de grève.

Dans la première espèce, le juge constitutionnel a été saisi le 3 mai 1994 par le secrétaire général de l'Union nationale des syndicats des travailleurs du Bénin pour contester la constitutionnalité de la lettre 11° 093/MFPRA/DC/CTFP/SA du 18 mars 1994 par laquelle le ministre de la fonction publique a demandé aux ministres de rappeler aux agents en grève qu'ils seront considérés comme démissionnaires. Malgré l'urgence évidente de cette demande qui porte sur le respect d'un droit garanti par l'article 31 de la Constitution, la décision de non-conformité n'est intervenue que le 18 février 2003, soit huit

---

60. Décision DCC 95-033 du 1<sup>er</sup> septembre 1995, Recueil des décisions et avis, année 1995, p. 167

61. Décision DCC96-028 du 26 juin 1996, Recueil des décisions et avis, année 1995 p. 139

62. Décision DCC 10-054 du 27 avril 2010, Recueil des décisions et avis, Vol. 1, année 2010, p. 346

(08) ans neuf (09) mois après la saisine<sup>63</sup>. On peut s'interroger sur l'intérêt pour ce syndicat d'obtenir une telle décision après ce long délai où les effets de la correspondance du ministre de la fonction publique ont été consommés à son préjudice.

Dans la seconde espèce, le juge constitutionnel a rendu sa décision de conformité le 18 février 2003, soit neuf (09) ans six (06) mois, après avoir été saisi par le secrétaire général du syndicat national unifié des travailleurs des travaux publics qui estimait que les mesures prises par le gouvernement à la suite d'une motion de grève courant avril-mai 1993 constituaient une entrave à l'exercice du droit de grève.

S'agissant des décisions de non-conformité à la Constitution, au-delà du questionnement relatif à l'intérêt de cette décision pour le requérant après l'écoulement de ce long temps qui a permis aux mesures administratives de produire pleinement et entièrement leurs effets, il convient de s'interroger sur la possibilité pour lui de se voir rétablir dans ses droits.

---

63. Décision DCC 03-004 du 18 février 2003, Recueil des décisions et avis) année 2003, p. 25. Sur le droit de grève) l'article 31 de la Constitution dispose que « l'Etat reconnaît et garantit le droit de grève. Tout travailleur peut défendre, dans les conditions prévues par la loi, ses droits et ses intérêts soit individuellement. Soit collectivement ou par l'action syndicale. Le droit de grève s'exerce dans les conditions définies: par la loi ».

## DECISION DCC 18-130

DU 21 Juin 2018

### La Cour constitutionnelle,

Saisie d'une requête en date à Cotonou du 13 juin 2018 enregistrée à son secrétariat le 14 juin 2018 sous le numéro 1075/177/REC-18, par laquelle Monsieur le Président de la République, sur le fondement des articles 117 et 121 de la Constitution, défère à la haute juridiction pour contrôle de conformité à la Constitution, la loi n° 2018-13 modifiant et complétant la loi n° 2001-37 du 27 août 2002 portant organisation judiciaire en République du Bénin modifiée et création de la Cour de répression des infractions économiques et du terrorisme ;

**Vu** la Constitution du 11 décembre 1990 ;

**Vu** la loi n° 91-009 du 04 mars 1991 portant loi organique sur la Cour constitutionnelle modifiée par la loi du 31 mai 2001 ;

**Vu** le règlement intérieur de la Cour constitutionnelle ;

Ensemble les pièces du dossier ;

Oùï Monsieur Razaki AMOUDA ISSIFOU en son rapport ;

Après avoir délibéré,

**Considérant** que Monsieur Joseph DJOGBENOU s'est déporté à l'occasion de l'examen du présent recours ;

**Considérant** que si en son article 117 alinéa 1, la Constitution dispose que « La Cour constitutionnelle :

♦ Statue obligatoirement sur :

- La constitutionnalité des lois organiques et des lois en général avant leur promulgation ... », ce texte n'institue pas une obligation de

saisine générale, absolue et systématique de la Cour constitutionnelle de toutes les lois à la charge du Président de la République ; qu'il doit être interprété avec, d'une part, l'article 122 de la Constitution qui instaure un contrôle a posteriori des lois en général et confère aux citoyens le pouvoir de les déférer devant la haute juridiction, soit par la voie de l'action directe, soit par la voie de l'exception d'inconstitutionnalité, et, d'autre part, l'article 20 de la loi n° 91-009 du 04 mars 1991 portant loi organique sur la Cour constitutionnelle modifiée par la loi du 31 mai 2001 qui ne confère au Président de la République et aux membres de l'Assemblée nationale qu'une faculté dans la saisine de la Cour des lois en général conformément à l'article 121 de la Constitution ;

Que la saisine n'est générale, absolue et systématique qu'en ce qui concerne les lois organiques avant leur promulgation, les règlements intérieurs de l'Assemblée nationale, de la Haute Autorité de l'Audiovisuel et de la Communication et du Conseil économique et social avant leur mise en application ; que la loi déférée n'entre pas dans cette énumération ; que dès lors, en soumettant la présente loi qui ne ressortit pas au contrôle a priori obligatoire, le Président de la République a exercé la faculté que lui confèrent les textes visés , que sa requête est donc recevable ;

Considérant que l'examen de la loi déférée relève que toutes ses dispositions sont conformes à la Constitution ;

## DECIDE

**Article 1<sup>er</sup>.** La requête de Monsieur le Président de la République est recevable.

**Article 2.** Toutes les dispositions de la loi n° 2018-13 modifiant et complétant la loi n° 2001-37 du 27 août 2002 portant organisation judiciaire en République du Bénin modifiée et création de la Cour de répression des infractions économiques et du terrorisme sont conformes à la Constitution.

**Article 3.** La présente décision sera notifiée à Monsieur le Président de la République, à Monsieur le Président de l'Assemblée nationale et publiée au Journal officiel.

Ont siégé à Cotonou, le vingt-et-un juin deux mille dix-huit,

Messieurs	Razaki	AMOUDA ISSIFOU	Vice-président
	Rigobert A.	AZON	Membre
	Cécile M. J.	de DRAVO ZINZINDOHOUE	Membre
	André	KATARY	Membre
	Fassasi	MOUSTAFA	Membre
	Sylvain M.	NOUWATION	Membre
Le Rapporteur			Le Président
	<b>Razaki AMOUDA ISSIFOU</b>		<b>Razaki AMOUDA ISSIFOU</b>

**Omar ABDELKHALEK MOHAMMED**

*Conseiller  
Cour suprême  
(Lybie)*

**Résumé :**

La contribution traite de la méthode d'élaboration et de rédaction des textes constitutionnels. Elle rappelle notamment les éléments sociologiques et culturels à considérer dans le processus de rédaction, ainsi que les paramètres logiques, légistiques et linguistiques à respecter dans la conception de l'architecture constitutionnelle d'ensemble.

**Le texte intégral de la contribution aux pages 213 - 216  
de la partie langue arabe**

## **Mohammed Milad Douisse**

*Conseiller  
Cour suprême  
(Lybie)*

### **Résumé :**

La contribution présente la jurisprudence de la Cour suprême lybienne en matière de gestion des effets des décisions rendues par la chambre constitutionnelle de ladite Cour. La contribution traite également des applications du principe de l'autorité de la chose jugée, ainsi que la portée temporelle de l'annulation des effets d'une disposition déclarée non-conforme à la Constitution.

**Le texte intégral de la contribution aux pages 217- 232  
de la partie langue arabe**



## **Séance de clôture**



## **Rapport de synthèse**

**Nadir ELMOUMNI**

*Membre de la Cour constitutionnelle  
(Royaume du Maroc)*

**Monsieur le Président de la Cour constitutionnelle du Royaume du Maroc,  
Monsieur le Secrétaire perpétuel de l'Académie du Royaume du Maroc,  
Messieurs les Présidents et membres des juridictions constitutionnelles,  
Chers collègues,  
Mesdames et Messieurs,**

Restituer, sous forme de rapport de synthèse, la quintessence de 47 interventions réparties sur 7 séances, faire ressortir l'essentiel des débats, au terme de deux journées denses et laborieuses, est tout, sauf un exercice facile.

Durant deux journées, les participants ont livré, sous différents angles, des réflexions profondes, partagé des éléments évaluatifs forts instructifs sur leurs expériences nationales. Ils ont porté un regard prospectif sur les perspectives d'évolution des mécanismes du contrôle de constitutionnalité *a posteriori* à la lumière des nouveaux défis.

Cette richesse des travaux mérite le recours à une démarche méthodique visant à brosser un tableau qui se veut général mais qui ne prétend nullement à l'exhaustivité.

A cet égard, une conclusion principale ressort de ce colloque. Cette conclusion est à la fois un constat et une préconisation : l'élargissement des voies d'accès à la justice constitutionnelle implique des normes de référence à réinterpréter et à concilier, des professionnels de la justice à mobiliser, des procédures à alléger et à simplifier, des protagonistes du contentieux constitutionnel à redéfinir, des garanties procédurales à renforcer, des effets des décisions à aménager, et des droits et libertés à renforcer et à élargir.

Pour répondre à ces défis, les participants ont mis unanimement en exergue les vertus de l'échange, de dialogue et de réflexion collective à tous les niveaux: entre les juridictions de l'ordre judiciaire et les juridictions constitutionnelles, entre celles-ci, le monde académique et les professionnels de la justice, entre les juridictions constitutionnelles des différents pays, les unions régionales de ces juridictions, et les mécanismes régionaux de protection des droits de l'Homme.

Ce dialogue multi-niveaux est fondé sur un socle de valeurs partagées, au-delà de la diversité des mécanismes du contrôle de constitutionnalité *a posteriori*. Une série de principes communs a pu être identifiée en filigrane des travaux: la suprématie de la Constitution, l'ancrage de ces mécanismes dans les dispositifs nationaux de protection des libertés et droits fondamentaux, la quête continue de l'efficacité et de l'efficience des voies de recours, la préservation de la nature à la fois incidente et complémentaire des modes de contrôle *a posteriori*. Ces principes traduisent un souci commun, celui d'assurer une protection effective des droits des justiciables. Cette protection, qui se veut effective, dépend de l'équilibre à préserver entre l'élargissement des voies d'accès et la régulation des flux du contentieux pour assurer une bonne administration de la justice.

Partant de cette vision unanimement partagée, les participants ont discuté des enjeux du contrôle de constitutionnalité *a posteriori*. Cette discussion s'est déroulée sous le signe de la diversité qui découle de la particularité des expériences nationales : la diversité des postures des juridictions constitutionnelles (activisme ou retenue judiciaire), la diversité des stratégies de constitutionnalisation des mécanismes du contrôle *a posteriori*, la diversité des pratiques conventionnelles des Etats, la diversité de la nature juridique des actes contrôlés dans le cadre de recours *a posteriori*, ainsi que la diversité des défis pratiques liés à la mise en œuvre du contrôle *a posteriori*, que ce soit dans le cadre du contentieux de constitutionnalité ou dans le cadre d'autres types de contentieux impliquant la protection constitutionnelles des droits fondamentaux (comme le contentieux électoral).

**Concernant la saisine et les normes de référence**, un constat global ressort de la présentation des expériences nationales et des contributions d'ordre doctrinal, ce constat est la tendance vers l'élargissement de la norme des normes de référence. Cet élargissement prend plusieurs formes : l'introduction de la notion de bloc de constitutionnalité (essentiellement par voie jurisprudentielle), la définition, également par voie jurisprudentielle, des prin-

cipes, des valeurs et des objectifs constitutionnels. Une autre forme que prend cette tendance est la standardisation des techniques d'examen de la légitimité-constitutionnalité des lois fixant les conditions d'exercice des certaines libertés. Cette standardisation est l'œuvre conjointe des Cours constitutionnelles, des juridictions de l'ordre judiciaire et des Cours régionales des droits de l'Homme.

Cette nouvelle situation n'est pas sans poser des défis inédits qui méritent des réponses normatives et jurisprudentielles adéquates. Deux défis ont été particulièrement débattus : la constitutionnalisation des branches du droit et la gestion de l'articulation entre le contrôle de la constitutionnalité et le contrôle de conventionalité.

Ces défis sont en passe d'être relevés par le biais de plusieurs démarches, selon chaque expérience nationale : parmi ces démarches, la définition, par des dispositions constitutionnelles ou par la jurisprudence de la place des traités dans l'ordre juridique interne, l'aménagement d'un espace «d'identité constitutionnelle», le recours des cours constitutionnelles dans les pays de l'U.E à la question préjudicielle adressée à la Cour de justice de l'Union européenne.

Certaines techniques d'interprétation, utilisées par les Cours constitutionnelles s'inscrivent également dans cette démarche qui se veut d'articulation, de conciliation, d'harmonisation de complémentarité et de dépassement de la logique exégétique. Peuvent être citées à ce titre les techniques d'interprétation systémique et axiologique, ainsi que le recours à la technique des réserves d'interprétation, le recours à des notions structurants comme la proportionnalité, la mise en balance, l'obligation de protéger ou l'effet indirect horizontal.

S'inscrit aussi dans ce cadre tout l'effort mené par plusieurs Cours constitutionnelles en vue de rendre les méthodes de raisonnement et les modes de rédaction des décisions en phase avec les attentes des justiciables qui accèdent aux mécanismes de contrôle *a posteriori*.

**S'agissant des mécanismes d'appui et la dématérialisation des procédures**, les participants ont souligné les opportunités offertes par les outils numériques au profit des justiciables et au service de la transparence du contentieux constitutionnel. Tirer plein profit de ces opportunités requiert le renforcement des capacités de l'administration judiciaire des cours constitutionnelles notamment dans la gestion électronique des procédures et des systèmes d'information. De même, les participants ont insisté sur la

nécessité de développer des mécanismes d'appui accessibles particulièrement aux groupes vulnérables (aide juridique, cliniques juridiques). Ils ont attiré, en outre, l'attention, aux nouveaux défis liés à la dématérialisation des procédures notamment la protection des données personnelles et de la vie privée.

**Concernant les procédures et la question d'accès à la justice constitutionnelle**, il ressort au-delà de la diversité des expériences nationales, que l'ingénierie générale de ces voies de recours *a posteriori* obéit à une logique commune qui pourrait être résumée comme suit: la préservation du caractère incident du contrôle de constitutionnalité *a posteriori*, la complémentarité de ce contrôle avec les voies de recours ouvertes auprès des juridictions ordinaires et dans certains cas auprès des autorités quasi judiciaires, la mise en place d'un système de contrôle de recevabilité basé sur des critères à la fois objectifs et discrétionnaires avec une organisation interne appropriée, un souci grandissant de développer la motivation des décisions d'irrecevabilité, une application aménagée du principe du contradictoire, une définition spécifique et à géométrie variable de la notion de partie et d'intérêt pour agir.

Les éléments de cette logique commune, qui est à la base de la légitimité procédurale des juridictions constitutionnelles, traduisent trois préoccupations majeures: Assurer les fonctions fondamentales des Cours constitutionnelles dans l'ordonnancement judiciaire interne notamment la fonction de protection de la normativité constitutionnelle, la régulation des flux des recours de constitutionnalité *a posteriori* à travers des dispositifs du filtrage, tout en simplifiant l'accès des justiciables à ces mécanismes.

**Les procédures ont été abordées également sous l'angle des exigences nationales et régionales en matière d'efficacité et d'efficience de la justice.** Il ressort de la présentation des expériences nationales que les référentiels constitutionnels en matière du droit au procès équitable, s'enrichissent progressivement de l'apport d'un référentiel régional (conventionnel, déclaratif et jurisprudentiel) qui accorde une importance particulière à l'accès des groupes les plus vulnérables à la justice constitutionnelle, tout en présentant des éléments d'orientation en matière d'aménagements procéduraux adaptés à la spécificité du contentieux constitutionnel *a posteriori*, dont la nature est à la fois concrète et objective.

S'agissant des effets des décisions rendues en rapport avec la question de la sécurité juridique, il convient de souligner, qu'au-delà des choix adoptés en ce qui concerne la portée des effets matériels (*inter partes* ou *erga omnes*) et temporels (*ex nunc* ou *ex tunc*) des décisions rendues, la présentation

des expériences nationales a permis de constater la diversité des modes d'écartement de la loi non conforme à la constitution de l'ordre juridique interne (abrogation, annulation, extension de l'annulation par connexité), Ces modes obéissent, néanmoins, à des principes constitutionnels impératifs comme la non-rétroactivité et les exceptions qui en découlent, ainsi qu'à d'autres principes de forte valeur normative comme la stabilité des situations juridiques, la protection des droits acquis et l'autorité de la chose jugée. Des expériences nationales ont développé une ligne assez constante en ce qui concerne le droit des justiciables de bénéficier, quant à leur situation juridique, des effets positives des décisions rendues par les juridictions constitutionnelles.

Les participants ont étudié, sous un angle comparatif, la question de **la contribution du Contentieux électoral à la protection des droits**. Cette protection s'exerce principalement par voie incidente à l'occasion de l'examen de ce contentieux. Il ressort de la présentation des expériences nationales, que la dimension objective du contentieux électoral est liée essentiellement à la protection de la régularité et de la sincérité du scrutin. Cette dimension transcende la dimension subjective inhérente à ce type de contentieux.

A cet égard, il convient de souligner que les techniques utilisées par le juge constitutionnel, en sa qualité de juge électoral, visent des objectifs communs: d'une part garantir le droit au procès équitable, et d'autre part garantir une série de libertés, droits et principes fondamentaux notamment les droits de l'électorat et les conditions d'éligibilité, la liberté d'expression, l'égalité des chances et le droit de l'électeur d'accéder à l'information dans le contexte électoral particulièrement à la lumière de l'utilisation, de plus en plus massive des réseaux sociaux.

Il a été constaté enfin que certains aspects de la politique jurisprudentielle des cours constitutionnelles, notamment la gestion des moyens de preuve, l'admission du désistement, la portée de la sanction électorale ou l'adoption de la doctrine de l'influence déterminante sur les résultats, demeurent fortement conditionnés par les particularités des cadres juridiques régissant les élections dans chaque expérience nationale.

Tels sont, monsieur le Président, mesdames et messieurs, les éléments préliminaires de synthèse que j'ai voulu partager avec vous, Merci pour votre attention.

