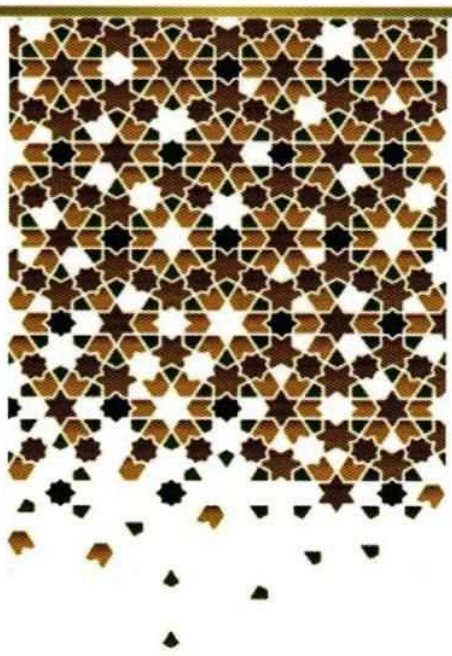
الأستاذ عبد السلام زوير
دكتور في الحقوق
الكاتب العام لنادي قضاة المغرب

الدفع بعدم الدستورية في التشريع المغربي
- دراسة تأصيلية تطبيقية مقارنة -



تقديم الدكتور محمد أمين بنعبد الله
أستاذ القانون العام
عضو المجلس الدستوري سابقا
عضو المجلس الأعلى للسلطة القضائية

الطبعة الأولى 2023

فهرس المحتويات

مـــقـدمـة 13

ظهور وتطور الرقابة على دستورية القوانين بالمغرب 17

المطلب الأول: الملامح الأولى للرقابة على الدستورية بالمغرب.................................. 17

المطلب الثاني: الرقابة على الدستورية بالمغرب بعد الاستقلال (الغرفة الدستورية والمجلس الدستوري).. 19

المطلب الثالث: الرقابة على الدستورية بالمغرب مع دستور2011 (المحكمة الدستورية) 24

القسم الأول: ظهور الدفع بعدم الدستورية بالمغرب وإكراهات التنزيل.................. 37

الباب الأول: اعتماد الدفع بعدم الدستورية في التشريع المغربي........................ 41

الفصل الأول: إقرار الدفع بعدم الدستورية في الدستور المغربي......................... 42

المبحث الأول: مفهوم الدفع بعدم الدستورية وطبيعته... 42

المطلب الأول: المقصود بالدفع بعدم الدستورية وتمييزه 42

الفقرة الأولى: تعريف الدفع بعدم الدستورية... 43

الفقرة الثانية: تمييز الدفع بعدم الدستورية عن غيره من الدفوع 47

المطلب الثاني: طبيعة الدفع بعدم الدستورية... 49

الفقرة الأولى: الدعوى الدستورية دعوى عينية action réelle 49

الفقرة الثانية: الدعوى الدستورية دعوى مستقلة(indépendante) 53

المبحث الثاني: مراحل إصدار القانون التنظيمي المتعلق بالدفع بعدم الدستورية........ 55

المطلب الأول: المشاورات المتعلقة بإعداد مسودة مشوع القانون التنظيمي.............. 56

الفقرة الأولى: الجهات التي تقدمت بملاحظات حول الموضوع............................. 56

أ. مذكرة المجلس الوطني لحقوق الانسان.. 56

ب. مذكرة اللجنة الدولية للحقوقيين 59
الفقرة الثانية: دور الحكومة في إعداد المشروع 62
المطلب الثاني: مراحل المصادقة على مشروع القانون التنظيمي 64
الفقرة الأولى: مشروع القانون التنظيمي بمجلس النواب 65
الفقرة الثانية: وصول المشروع لمجلس المستشارين 68
الفقرة الثالثة: القراءة الثانية للمشروع بمجلس النواب 70
المطلب الثالث: موقف المحكمة الدستورية من مشروع القانون التنظيمي 71
الفقرة الأولى: الجوانب الشكلية في قرار المحكمة الدستورية 71
الفقرة الثانية: الجوانب الموضوعية في قرار المحكمة الدستورية 75
أولا: بالنسبة لموضوع نظام التصفية 75
ثانيا: حول إحداث آلية للتصفية داخل المحكمة الدستورية 89
ثالثا: حول الإغفال التشريعي 80
رابعا: تحديد مجال الدفع بعدم الدستورية وتبني نظرية تغير الظروف 82
خامسا: وجوب إدراج مقتضيات تسمح باستفادة مثير الدفع من دفعه 82
سادسا: إقرار حق النيابة العامة في إثارة الدفع 84
سابعا: منع المحكمة من إثارة الدفع تلقائيا 85
المطلب الرابع: مشروع القانون التنظيمي على ضوء قرار المحكمة الدستورية 87
الفقرة الأولى: إجراءات إقرار مشروع القانون التنظيمي الجديد 87
الفقرة الثانية: مضمون مشروع القانون التنظيمي الجديد 92
الفصل الثاني: خصائص الدفع بعدم الدستورية 95
المبحث الأول: مميزات الدفع بعدم الدستورية 95
المطلب الأول: أهمية الدفع بعدم الدستورية 95

الفقرة الأولى: تجاوز عيوب الرقابة السابقة على الدستورية.......... 96
الفقرة الثانية: تحقيق الأمن القانوني والقضائي 98
الفقرة الثالثة: دمقرطة الولوج للعدالة الدستورية 100
المطلب الثاني: علاقة الدفع بعدم الدستورية بالنظام العام 102
الفقرة الأولى: مفهوم النظام العام 102
أولا: فكرة النظام العام لدى فقهاء القانون 103
ثانيا: فكرة النظام العام في القانون المغربي.......... 105
الفقرة الثانية: مدى ارتباط الدفع بعدم الدستورية بالنظام العام 108
أولا: آثار اعتبار الدفع بعدم الدستورية من النظام العام.......... 108
ثانيا: موقف المشرع المغربي من الدفع بعدم الدستورية.......... 111
المبحث الثاني: صور البت في الدفع بعدم الدستورية 116
المطلب الأول: نظام تصفية الدفوع 117
الفقرة الأولى: مفهوم نظام التصفية ومزاياه.......... 118
الفقرة الثانية: عيوب نظام التصفية.......... 120
المطلب الثاني: نظام الإحالة المباشرة على القضاء الدستوري.......... 121
الفقرة الأولى: إيجابيات نظام الإحالة المباشرة.......... 122
الفقرة الثانية: عيوب نظام الإحالة المباشرة.......... 124
المطلب الثالث: نظام التصفية ورقابة القضاء الدستوري 125
الفقرة الأولى: الرقابة على دستورية القرارات القضائية.......... 125
الفقرة الثانية: تطبيقات للرقابة على دستورية الأحكام القضائية 127
أولا: الرقابة من طرف المحاكم العليا.......... 127
ثانيا: الرقابة من طرف القضاء الدستوري.......... 131

المطلب الرابع: موقف المشرع المغربي من نظامي التصفية والإحالة 134
الفقرة الأولى: مراحل اختيار المشرع المغربي لنظام التصفية 134
الفقرة الثانية: تقييم نظام التصفية المختار بالمغرب 137
الباب الثاني: المبادئ العامة للدفع بعدم الدستورية 141
الفصل الأول: حدود الدفع بعدم الدستورية 143
المبحث الأول: ما يخضع للرقابة الدستورية في إطار الدفع 143
المطلب الأول: التشريعات الخاضعة للرقابة 143
الفقرة الأولى: التشريعات الأصلية والفرعية 144
الفقرة الثانية: امتداد الرقابة للتشريعات السابقة على الدستور 155
الفقرة الثالثة: امتداد الرقابة الدستورية لتشمل الظهائر والمراسيم الملكية 158
المطلب الثاني: أوجه الرقابة على مخالفة القانون للدستور 166
الفقرة الأولى: المخالفة الشكلية للدستور 167
أولا: مخالفة قواعد الاختصاص 167
ثانيا: مخالفة قواعد الشكل والإجراءات 170
الفقرة الثانية: المخالفة الموضوعية للدستور 173
المبحث الثاني: الحقوق والحريات أساس الدفع بعدم الدستورية 175
المطلب الأول: مفهوم الحقوق والحريات المحمية دستوريا 175
الفقرة الأولى: ظهور وتطور مفهوم الحقوق والحريات 176
الفقرة الثانية: تشكل مفهوم الحقوق والحريات في الدستور والفقه الدستوري 181
المطلب الثاني: دور القضاء الدستوري في إنشاء القواعد القانونية ذات المضامين الحقوقية 188
الفقرة الأولى: التأسيس للمبادئ ذات القيمة الدستورية 188
الفقرة الثانية: فكرة الأهداف ذات القيمة الدستورية 193

الفصل الثاني: شروط الدفع بعدم الدستورية 197

المبحث الأول: الشروط الشكلية لإثارة الدفع 197

المطلب الأول: شرط إثارة الدفع خلال الدعوى الرائجة أمام محكمة 197

الفقرة الأولى: مفهوم المحكمة 198

الفقرة الثانية: وجود دعوى 204

1- بالنسبة لقاضي التحقيق والغرفة الجنحية 207

2- بالنسبة لقاضي التوثيق وقاضي شؤون القاصرين وقاضي الأسرة المكلف بالزواج: 209

3- بالنسبة للنيابة العامة........................ 211

4- بالنسبة لرئيس المحكمة وقاضي التنفيذ........................ 215

المطلب الثاني: وجوب تعلق الأمر بأطراف الدعوى 216

الفقرة الأولى: الأطراف الأصلية في الدعوى........................ 217

أولا: المدعي والمدعى عليه 217

ثانيا: النيابة العامة........................ 220

الفقرة الثانية: تعدد الأطراف في الدعوى واختلاف مراكزهم 222

أولا: المتدخل في الدعوى 223

ثانيا: إدخال الغير في الدعوى 225

ثالثا: المتعرض الخارج عن الخصومة 226

المطلب الثالث: الشروط الشكلية في مذكرة الدفع 230

الفقرة الأولى: المذكرة المستقلة........................ 231

الفقرة الثانية: الإستعانة بمحام 235

الفقرة الثالثة: أجل تقديم مذكرة الدفع 243

الفقرة الرابعة: أداء الرسوم القضائية........................248
المبحث الثاني: الشروط الموضوعية للدفع بعدم الدستورية........................255
المطلب الأول: وجوب تعلق الدفع بقانون سيطبق في النزاع 255
الفقرة الأولى: المقصود بقانون سيطبق في النزاع........................255
الفقرة الثانية: حدود القانون الذي يتم الدفع بعدم دستوريته 258
المطلب الثاني: شرط تعلق الدفع بالحقوق والحريات المكفولة دستوريا........................263
الفقرة الأولى: المقصود بتعلق الدفع بحقوق وحريات يضمنها الدستور........................263
الفقرة الثانية: أهم الحقوق والحريات المضمونة دستوريا 268
المطلب الثالث: عدم سبقية التصريح بدستورية القانون محل الدفع 280
الفقرة الأولى: المقصود بعدم سبقية التصريح بالدستورية 281
الفقرة الثانية: حالات تغير الأسس المعتمد عليها سابقا 283
خاتمة القسم الأول: 289
القسم الثاني: البت في الدفع بعدم الدستورية وتطبيقاته ومقتضيات المحاكمة العادلة........................293
الباب الأول: البت في الدفع بعدم الدستورية وسؤال النجاعة القضائية........................297
الفصل الأول: الدفع بعدم الدستورية أمام المحاكم والمؤسسات المشابهة........................299
المبحث الأول: الدفع بعدم الدستورية أمام المحاكم 299
المطلب الأول: الشروط التي تتأكد منها المحاكم 300
الفقرة الأولى: الصفة........................300
الفقرة الثانية: المصلحة........................303
الفقرة الثالثة: الأهلية........................305
المطلب الثاني: حدود اختصاص المحاكم في الدفع........................307
الفقرة الأولى: إثارة الدفع أمام مختلف المحاكم التنظيم القضائي........................307

أولا: إثارة الدفع والرقابة عليه..307
ثانيا: الآثار المترتبة عن الدفع 312
1- فيما يتعلق بإجراءات التحقيق في المجالين المدني والجنائي 315
2- فيما يخص اتخاذ التدابير الوقتية أو التحفظية الضروري......................316
3-اتخاذ الإجراءات القانونية المناسبة متى تعلق الأمر بتدبير سالب للحرية 316
4-عندما ينص القانون على أجل محدد للبت في الدعوى أو البت على سبيل الإستعجال..317
5- إذا كان الإجراء(وقف البت في الدعوى) يؤدي إلى إلحاق ضرر بحقوق أحد الأطراف يتعذر إصلاحه 318
الفقرة الثانية: المحكمة العسكرية والدفع بعدم الدستورية 322
أولا: تأسيس وطبيعة المحكمة العسكرية..322
ثانيا: الدفع بعدم الدستورية أمام المحكمة العسكرية...................................325
المبحث الثاني: دور مؤسسات الحكامة والمجالس التأديبية في الدفع بعدم الدستورية 327
المطلب الأول: الدفع بعدم الدستورية أمام مؤسسات الحكامة.........................327
الفقرة الأولى: إثارة الدفع لدى المحاكم المالية..328
الفقرة الثانية: مجلس المنافسة وإثارة الدفع بعدم الدستورية 333
الفقرة الثالثة: المجلس الأعلى للإتصال السمعي البصري ومؤسسة الوسيط 337
أولا: المجلس الأعلى للإتصال السمعي البصري 337
ثانيا: مؤسسة الوسيط...341
المطلب الثاني: المجالس التأديبية والدفع بعدم الدستورية 345
الفقرة الأولى: المجالس التأديبية الخاصة بالقضاة والموظفين 346
أولا: المجلس الأعلى للسلطة القضائية..347

الفقرة الأولى: حول مدى دستورية قانون الالتزامات والعقود 482
الفقرة الثانية: بالنسبة لقوانين الإجراءات المدنية 488
أولا: مدى دستورية توزيع الإختصاص بين المحاكم الإدارية والمحاكم العادية في إطار ظهير التحفيظ العقاري 488
ثانيا: حول بعض الإجراءات المخالفة لحقوق الدفاع والمساواة في ظهير التحفيظ 491
ثالثا: عدم جواز الطعن في بعض الأحكام الصادرة لفائدة الأوقاف العامة 495
المطلب الثاني: صور للدفع بعدم الدستورية في القانون العقاري 499
الفقرة الأولى: قرارات المحافظ غير القابلة للطعن 500
أولا: قرار المحافظ برفض التعرض الاستثنائي 501
ثانيا: قرار المحافظ بتحفيظ العقار 502
الفقرة الثانية: مبررات الدفع بعدم دستورية المقتضيات المحصنة لقرارات المحافظ 504
الفصل الثاني: تطبيقات للدفع بعدم الدستورية في المادة الجنائية 517
المبحث الأول: حول قواعد التجريم وشروط المتابعة 517
المطلب الأول: حول العقوبات المقررة لبعض الجرائم وشرط الشكاية للمتابعة 518
الفقرة الأولى: بالنسبة لعقوبة الإعدام 518
الفقرة الثانية: بالنسبة للتنازل عن الشكاية والإعفاء المرتبط بالخيانة الزوجية 524
أولا: بخصوص التنازل عن الشكاية 524
ثانيا: بخصوص العذر في القتل الناتج عن الخيانة الزوجية 527
المطلب الثاني: حول تجريم بعض الأفعال 528
الفقرة الأولى: بالنسبة لجرائم الفساد والخيانة الزوجية والشذوذ 529
الفقرة الثانية: بالنسبة لجريمة زعزعة عقيدة مسلم وجريمة الإفطار العلني في رمضان 532

المطلب الثالث: تجريم بعض الأفعال وتحديد عقوبات لها بمقتضى نصوص لا ترقى لدرجة قانون.. 534
الفقرة الأولى: الإتجار في المشروبات الكحولية أو الممزوجة بالكحول 534
الفقرة الثانية: الإختلاف بين عدة قوانين عند تنظيم نفس الجريمة.......................... 536
المبحث الثاني: قانون المسطرة الجنائية وضمانات المحاكمة العادلة 542
المطلب الأول: ضمانات المحاكمة العادلة خلال مرحلة البحث وجمع الأدلة........... 544
الفقرة الأولى: حقوق المشتبه فيه خلال البحث التمهيدي.................................... 545
أولا: حقوق المشتبه فيه بالنسبة للوضع تحت الحراسة النظرية 545
ثانيا: الضمانات المقررة في محاضر الإستماع والتفتيش 549
الفقرة الثانية: ضمانات المتهم خلال مرحلة التحقيق الإعدادي 551
أولا: الفصل بين وظيفة التحقيق وسلطة الإتهام 551
ثانيا: حقوق المتهم خلال سير إجراءات التحقيق 553
المطلب الثاني: ضمانات المحاكمة العادلة عند البت في الدعوى العمومية 555
الفقرة الأولى: جهاز القضاء وحقوق المتهم.. 555
أولا: دور استقلال القضاء في المحاكمة العادلة 555
ثانيا: حقوق المتهم خلال المحاكمة.. 559
الفقرة الثانية: طرق الطعن في الأحكام وآثارها: 563
أولا: طرق الطعن وضمان حق التقاضي على درجات.. 564
ثانيا: آثار الأحكام 565
خاتمة القسم الثاني.. 571
خاتمــة 579
لائحة المراجع 593
فهرس المحتويات... 645

• **الأستاذ عبد السلام زوير من مواليد 1974/09/28 بمدينة أرفود، حاصل على:**

- شهادة الدكتوراه في الحقوق،
- شهادة الماستر في المنازعات القانونية،
- شهادة الإجازة في الحقوق،
- شهادة الكفاءة لمزاولة مهنة المحاماة خلال سنة 1998،

• **من إصدارات المؤلف :**

- كتاب "الاختصاص النوعي للمحاكم التجارية وإشكالياته العملية" الطبعة الأولى نونبر 2004 – مطبعة دار السلام الرباط.
- كتاب "شرح مدونة الأسرة مع التعليق عليها بأحكام القضاء: الزواج -الطلاق- التطليق" منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية - سلسلة الدراسات والأبحاث- العدد7، نونبر2008، مطبعة إليت- سلا.
- كتاب "الدليل العملي لفقه الإرث وتوزيع التركات " - بالاشتراك مع آخرين مطبعة أنفوبرانت-فاس 2010.
- كتاب "الرقابة القضائية على انتخابات الجماعات الترابية" منشورات المجلة المغربية للأنظمة القانونية والسياسية، عدد خاص رقم7، الطبعة الأولى ابريل 2018، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء.
- كتاب "مسطرة الامر بالأداء على ضوء مستجدات القانون 13.1 بتاريخ 2014/3/6 وقوانين الكراء" الطبعة الأولى-2019 مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، توزيع مكتبة الرشاد سطات.

من الأسئلة التي يحاول المؤلف الإجابة عنها:

- أي دور للقاضي الدستوري في حماية الحقوق والحريات المضمونة دستوريا، خاصة من خلال الدفع بعدم الدستورية؟
- حدود تدخل القضاء (مختلف المحاكم) في موضوع الدفع بعدم دستورية القوانين؟ وكيف يتعين عليه التعامل مع كل دفع يثار أمامه؟
- الحقوق والحريات التي يمكن أن تكون أساسا للدفع بعدم الدستورية؟ وما هي أطراف الدعوى فيه؟ وما هي شروط قبول هذا الدفع وإجراءات إثارته، والإشكالات التي يمكن أن تترتب عليه؟
- ماهي المحددات والعناصر التي يعتمد عليها القاضي عند بته في الدفع بعدم الدستورية؟ خاصة عند غموض أو سكوت النصوص التشريعية؟ وما هي الإجراءات الواجب اعتمادها أمامه؟
- ما هي آثار الأحكام والقرارات الصادرة في موضوع الدفع بعدم الدستورية؟ ومدى قابليتها للطعن؟ وكيف يمكن رسم الحدود بين مجال تدخل كل من القضاء الدستوري والقضاء العادي، وبين مجالات كل من السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية في الموضوع؟

مطبعة الأمنية الرباط - 2023

9 789920 411523

220 درهما