



جامعة 08 ماي 1945 - قالمة

كلية العلوم الحقوق و العلوم السياسية



تخصص: قانون عام

قسم العلوم القانونية و الإدارية

مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في القانون

الدفع بعدم دستورية القوانين في ظل أحكام القانون العضوي 16-18

إشراف الأستاذ:

د.شاوش حميد

من إعداد الطالب:

- لعمامرة إلياس

أعضاء لجنة المناقشة

الصفة	الجامعة	الدرجة العلمية	الإسم و اللقب
رئيسا	جامعة 08 ماي 1945 - قالمة	أستاذ محاضر أ	خشايمة لزه
مشرفا و مقررا	جامعة 08 ماي 1945 - قالمة	أستاذ محاضر أ	شاوش حميد
مناقشاً	جامعة 08 ماي 1945 - قالمة	أستاذ مساعد أ	خميسي زهير

السنة الجامعية: 2018-2019

الإهداء

قال تعالى:

وَأَخْفِضْ لَهُمَا جَنَاحَ الذُّلِّ مِنَ الرَّحْمَةِ وَقُل رَّبِّ ارْحَمْهُمَا

كَمَا رَبَّيَانِي صَغِيرًا

إلى روح أمي الطاهرة أهدي هذا العمل المتواضع

تغمدها الله بالرحمة والمغفرة.

شكر و عرفان

أقدم بالشكر الجزيل للأستاذ حميد شاوش الذي تشرفت بقبوله الإشراف على إنجاز هذه المذكرة الذي لم يبخل عليّ بتوجيهاته المفيدة و نصائحه القيمة .

و الشكر موصول كذلك إلى أعضاء لجنة المناقشة الأستاذ خشايمية زهر ، رئيساً و الأستاذ خميسي زهير ، عضواً مناقشاً و ذلك لقبولهم مناقشة هذا البحث المتواضع.

دون أن أنسى كل أساتذة القسم و الطاقم الإداري و العمال و زملاء الدفعة و كل ساهم معي من بعيد أو من قريب في إنجاز هذه المذكرة.

قائمة المختصرات

➤ باللغة العربية:

- ق ع : قانون عضوي
- ج ر س : الجريدة الرسمية
- ع : العدد
- د س ن : دون سنة النشر
- ق إ ج : قانون الإجراءات الجزائية
- ق إ م إ : قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

➤ باللغة الفرنسية:

- QPC : la question prioritaire de constitutionnalité

مقدمة

مقدمة:

تكافح الشعوب والأمم وتتاضل من أجل إرساء الديمقراطية ودولة القانون التي يُعتبر فيها الدستور أسمى من الدولة ذاتها، فتلتزم به جميع السلطات والأفراد، فالكل مطالب باحترامه، ولقد أجمع الفقه على الإقرار بمبدأ سمو الدستور وعلو أحكامه على كافة القواعد القانونية في الدولة، فهو يسمو ويعلو على كل ما عداه من قوانين.

و يعود الأثر الكبير لانتصار الثورتين الأمريكية والفرنسية لإبراز هذا المبدأ و إخراجها إلى الوجود، وأن المكانة التي حظي بها الدستور لم تأت من فراغ، فهو الذي يحفظ الحقوق والحريات الأساسية للأفراد من تسلط أو تعسف السلطة، كما أنه يمنع استبداد سلطة على سلطة أخرى في الدولة، من خلال إقرار جل الدساتير مبدأ الفصل بين السلطات، هذا المبدأ الذي يعود الفضل في إرسائه إلى الفقيه مونتسكو في كتابه روح القوانين.

و لحماية الدستور من أي خرق أو انتهاك وعملاً على ضمان سموه كان لا بد من وضع آليات قانونية لتفادي أي تجاوزات بحقه ، لذلك اتفق الفقه الدستوري على أن الضمانة الفاعلة والرئيسية لحمايته تكمن في آلية الرقابة على دستورية القوانين، التي كان مهدها الأول في الولايات المتحدة الأمريكية بمناسبة قضية ماديسون 1803.

تتجسد الرقابة على دستورية القوانين في صورتين أساسيتين مختلفتين من حيث طبيعتها ومن حيث الجهة الموكل لها بالنظر في دستورية القوانين، فتوجد رقابة قضائية و أخرى ذات طابع سياسي.

إن تبني المشرع الجزائري للرقابة السياسية و إسناده لهذه الرقابة إلى هيئة ذات طابع سياسي تسمى المجلس الدستوري وذلك في دساتيره المتعاقبة باستثناء دستور 1976 الذي لم يظهر فيه أثر للمجلس الدستوري، حيث خلت المؤسسات الدستورية من هذا الجهاز إذ لم يكن هناك نص صريح عن الرقابة على دستورية القوانين كون الدولة حينها تبنت الاشتراكية و نظام الحزب الواحد الذي كان بعيداً كل البعد عن مبدأ الفصل بين السلطات، و اكتفى المشرع بإسناد مهمة المحافظة على الحقوق والحريات إلى القضاء.

و قد اقتدى المشرع الجزائري بنظيره الفرنسي الذي كان سباقاً لوضع حجر الأساس لهذا النوع من الرقابة السياسية، أين كان إخطار المجلس الدستوري حكراً على هيئات سياسية محددة بعينها، إلى أن عدّل المؤسس الفرنسي دستور 1958 في سنة 2008 و وسّع عملية إخطار المجلس الدستوري ليشمل الأفراد بطريقة غير مباشرة، وسميت هذه الرقابة في فرنسا ب: "المسألة ذات الأولوية الدستورية".

و هذا المؤسس الدستوري المغربي و التونسي حذو المؤسس الفرنسي في إقراره هذه الآلية من آليات الرقابة على دستورية القوانين من خلال دستور 2011 و2014 على التوالي.

رغم تأخر المؤسس الدستوري الجزائري عن الفرنسي والمغربي والتونسي إلا أنه أحدث قفزة نوعية في مجال حماية الحقوق والحريات وتنقية المنظومة القانونية في تعديل 2016 في المادة 188، حيث أقر صراحةً آلية الدفع بعدم دستورية القوانين، فقد أعطى حقاً للأفراد بمناسبة نزاع معروض أمام القضاء يشك في أن حكماً تشريعياً يمس الحقوق والحريات و يعتبر هذا الحكم التشريعي هو أساس المتابعة، أن يدفع أطراف الدعوى بعدم دستوريته أمام الجهات القضائية التي تحيله هي الأخرى إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة حسب الحالة ، فتحتكر هاتان الجهتان وحدهما حق إخطار أو إحالة الدفع إلى المجلس الدستوري، وبذلك فقد أصبح للأفراد حق إخطار المجلس الدستوري بطريقة غير مباشرة.

وبذلك فقد عزز المؤسس الدستوري الجزائري من دور الأفراد في حماية الحقوق والحريات، وكذلك إشراكهم في ضمان حماية الدستور وتكريساً لمبدأ سموه عن طريق آلية الدفع بعدم دستورية القوانين.

وتأكيداً لهذه الآلية فقد أصدر المشرع الجزائري القانون العضوي 16-18 المحدد لشروط وكيفية تطبيق آلية الدفع بعدم دستورية القوانين، الذي دخل حيز التنفيذ في 07 مارس 2019.

ونظراً لحدثة آلية الدفع بعدم دستورية القوانين في الجزائري وعدم وجود تطبيق فعلي أمام الجهات القضائية حول هذه الآلية خاصة في جانبها الإجرائي، لجأنا للاستعانة بتجارب الأنظمة المقارنة التي كانت سبّاقة إلى هذه الآلية بحكم ما تتمتع به من تجربة في هذا المجال.

الإشكالية:

بالنظر لأهمية الرقابة على دستورية القوانين و دورها الفعال في ضمان سمو الدستور من جهة و حماية حقوق المواطنين من جهة أخرى ، و لدراسة هذه المسألة نطرح الإشكالية التالية:

كيف نظم المشرع الجزائري آلية الدفع بعدم دستورية القوانين طبقاً لأحكام القانون العضوي

18-16 ؟

منهج الدراسة:

ولدراسة هذا الموضوع اتبعنا المنهج الوصفي التحليلي بحكم أننا في مجال وصف وتحليل مواد قانونية بحتة .

إلى جانب المنهج المقارن بغرض التعرف على الإجراءات المطبقة في الأنظمة المقارنة خاصة في فرنسا المغرب وتونس لكونهم سباقين في هذا المجال وللاستفادة من تجربتهم العملية.

كما استعملنا المنهج التاريخي لمعرفة السياق التاريخي للرقابة على دستورية القوانين وتطورها في الجزائر.

أهمية الدراسة:

تكمن أهمية هذه الدراسة في:

- 1- كون آلية الدفع بعدم دستورية القوانين إحدى الآليات المستحدثة التي جاء بها المؤسس الدستوري الجزائري من خلال تمكين الأفراد من تحريك المجلس الدستوري بطريقة غير مباشرة، في إطار الرقابة على دستورية القوانين.
- 2- تكريس مبدأ سمو الدستور والفصل بين السلطات.
- 3- اعتبار هذه الآلية طريقة فعالة لضمان حماية الحقوق والحريات الأساسية للأفراد.
- 4- توسيع دائرة إخطار المجلس الدستوري.
- 5- تعزيز دور المواطن والديمقراطية التشاركية.

أسباب اختيار الموضوع:

يعود اختيارنا لهذا الموضوع لأسباب ذاتية و أخرى موضوعية

الأسباب الذاتية: تتمثل في :

- ✓ الرغبة والعمل من أجل تكريس دولة القانون.
- ✓ ميولي الشخصي للمواضيع ذات الصلة بمجال القانون الدستوري.
- ✓ الاهتمام بمجال الحقوق والحريات.
- ✓ من أجل التعرف على شروط إثارة الدفع بعدم دستورية القوانين و الجانب الإجرائي الخاص بها.

الأسباب الموضوعية:

- ✓ إنجاز المذكرة يدخل في إطار متطلبات الحصول على شهادة الماستر
- ✓ نقص الدراسات المتخصصة كون الموضوع جديداً، حيث لم يصدر القانون العضوي إلا في سبتمبر 2018 ودخل حيز التنفيذ في 7 مارس 2019.
- ✓ المساهمة في إثراء المكتبة الجامعية بموضوع جديد.

الدراسات السابقة:

تعتبر الدراسات السابقة التي تناولت هذا الموضوع محدودة جداً واقتصرت على دراسة النموذج الفرنسي وبعض الدراسات المقارنة إلى جانب بعض المقالات المنشورة في المجالات العلمية أو مداخلات في الملتقيات الوطنية حول الدفع بعدم دستورية القوانين، نذكر من بين هذه الدراسات:

- شاوش حميد، بورجيبية آسيا حول الرقابة على دستورية القوانين عن طريق الدفع ، قراءة لنص المادة 188 من دستور 2016 ، مقال منشور في حوليات جامعة قالمة ، العدد 22.

حيث عالج في المقال الشروط الأساسية لقبول اثاره الدفع بعدم دستورية القوانين.

- منصور محمد أحمد، الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين في فرنسا، دار النهضة العربية، القاهرة 2012.

حيث تناول فيه التجربة الفرنسية في ما يسمى المسألة ذات الأولوية وبعض تطبيقاتها على مستوى الجهات القضائية والمجلس الدستوري.

- ايرابن هدى، الدفع بعدم دستورية القوانين في نموذج المغرب العربي وفرنسا، مقال منشور في مجلة جامعة الجزائر للعلوم القانونية والسياسية ، دون ذكر السنة و العدد.

عرضت في دراستها الجوانب الإجرائية في الأنظمة المقارنة لكل من فرنسا والمغرب وتونس وكذلك الجزائر.

- لوكيل محمد أمين، عن دور القاضي في تفعيل الدفع بعدم دستورية القوانين في الجزائر، مقال منشور في مجلة حوليات جامعة الجزائر 1 العدد 32، الجزء الثاني ، جوان 2018.

أبرز فيه دور القاضي في تحديد شروط إثارة الدفع بعدم دستورية القوانين خاصة شرط الجدية والنص المطبق على النزاع.

- محمد رواجي ، الإجراءات المطبقة أمام المحكمة العليا ومجلس الدولة في مادة الدفع بعدم الدستورية المقدم خلال الندوة الوطنية حول الدفع بعدم دستورية القوانين المنعقدة بالجزائر يومي 10 و 11 ديسمبر 2018 .

عرض فيها أهم الجوانب الإجرائية المطبقة أمام الجهات القضائية العليا.

صعوبات الدراسة:

✓ قلة المراجع التي تخص آلية الدفع بعدم دستورية القوانين في الجزائر خاصة ما تعلق بأحكام القانون العضوي 16-18.

✓ قصر المدة الزمنية ما بين صدور القانون العضوي و تاريخ تسليم المذكرة التي لم تسمح بتوفر المراجع.

✓ عدم وجود تطبيقات في الجزائر بحكم حداثة التجربة ودخول آلية الدفع بعدم دستورية القوانين حيز التنفيذ في 7 مارس 2019 .

خطة الدراسة :

للإجابة على الإشكالية قسّمنا موضوع الدراسة إلى فصلين تناولنا في الفصل الأول شروط قبول الدفع بعدم دستورية القوانين، والذي قسّمناه إلى مبحثين، في المبحث الأول تناولنا الشروط الشكلية أما المبحث الثاني فقد تناولنا الشروط الموضوعية.

في حين خصصنا الفصل الثاني إلى الإجراءات المطبقة على آلية الدفع بعدم دستورية القوانين في
مبحثين، تناول أولهما الإجراءات المطبقة أمام الجهات القضائية، بينما تناول الثاني الإجراءات المطبقة
أمام القضاء الدستوري.

و أنهينا البحث بخاتمة تطرقنا فيها لجملة من النتائج و التوصيات.

الفصل الأول ◀

**شروط قبول الدفع بعدم دستورية
القوانين**

لقد تم توسيع آليات إخطار المجلس الدستوري من أجل ممارسة دوره في الرقابة على دستورية القوانين بعدما كانت حكرًا على جهات معينة في الدولة، وذلك بتحريك المجلس الدستوري بطريقة غير مباشرة عن طريق الأفراد بمناسبة دعوى مرفوعة أمام القضاء يطعن في حكم تشريعي يُعتقد أنه يشكل خرقًا للدستور بانتهاكه للحقوق والحريات، وأصبح للأفراد دور هام في المشاركة في حماية الدستور وضمنان الحقوق والحريات التي يكفلها الدستور عن طريق آلية الدفع بعدم دستورية القوانين، وهذا ما جاء به التعديل الدستوري لسنة 2016 من خلال المادة 188.¹

ولقد اقتدى المشرع الجزائري من خلال القانون العضوي 16-18² المحدد لشروط وكيفيات تطبيق آلية الدفع بعدم الدستورية³ بنظيره الفرنسي في القانون العضوي 1523-2009 الصادر في 10 ديسمبر 2009 والمتعلق بتطبيق المادة 01-61 المتضمنة التعديل الدستوري 724-2008 من خلال وضع نفس الشروط سواء كانت شكلية أو موضوعية في قبول الدفع بعدم دستورية القوانين.⁴

لذلك قمنا في هذا الفصل بدراسة شروط قبول الدفع بعدم الدستورية من خلال بحثين؛ عالجا في المبحث الأول الشروط الشكلية أما المبحث الثاني فقد خصصناه لإبراز الشروط الموضوعية.

المبحث الأول

الشروط الشكلية

بعد استقراء مواد القانون العضوي 16-18 فإن المشرع وضع شروطا شكلية لا بد من توفرها لقبول إثارة الدفع بعدم دستورية الحكم التشريعي، تتمثل هذه الشروط أساساً في وجود دعوى معروضة على القضاء للبت فيها وفي حالة تطبيق حكم تشريعي يدعي أحد الأطراف أن هذا الحكم ينتهك الحقوق والحريات التي يكفلها الدستور يحق لأطراف الدعوى دون غيرهم في الدفع بعدم دستورية الحكم التشريعي بمذكرة منفصلة ومكتوبة ومسببة، وبهذا فقد اشترط المشرع وجود مذكرة منفصلة عن دعوى الموضوع،

1 - ق. رقم 01-16 مؤرخ في 6 مارس 2016 يتضمن التعديل الدستوري ج، ر، ع 14 الصادرة في 7 مارس 2016.

2 - ق. ع-16-18، مؤرخ في 2 ديسمبر 2018، يحدد شروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية، ج، ر، ع 54، الصادرة في 5 سبتمبر 2018.

3- حميد شاوش، آسيا بورجبية، "الرقابة علي دستورية القوانين عن طريق الدفع"، قراءة في المادة 188 من دستور 2016"، جوليات جامعة قالمة للعلوم الاجتماعية والانسانية، ع22، ديسمبر 2017، ص35.

4 - la loi organique N 2009 -1523 du 4 décembre 2009 relatif à l'application de l'article 61-1 de la constitution journal officiel de la republication française N 287 de l'an 2009.

وكذلك بين الأشخاص المخولين قانونًا لتطبيق هذا النوع من الرقابة، وحدد أيضا الجهة القضائية صاحبة الاختصاص التي يُثار أمامها الدفع بعدم الدستورية وهي الجهات القضائية الخاضعة للنظام القضائي العادي والإداري، كما أنه ورد استثناء يتمثل في المحكمة الابتدائية الجنائية وسكت المشرع عن إبراز أي دور لمحكمة التنازع في آلية الرقابة عن طريق الدفع؛ وقد قسمنا هذا المبحث إلى ثلاث مطالب كما يلي:

- المطلب الأول: وجود دعوى أمام القضاء ومذكرة دفع منفصلة.
- المطلب الثاني: الأشخاص المخولين لإثارة الدفع بعدم الدستورية.
- المطلب الثالث: الدفع أمام الجهات القضائية.

المطلب الأول

انفصال مذكرة الدفع عن دعوى الموضوع

اشترط المشرع وجود دعوى معروضة أمام القضاء للبت فيها وفي حالة الاعتراض على حكم تشريعي يمس الحقوق والحريات فإنه يثار هذا الدفع عن طريق مذكرة منفصلة عن دعوى الموضوع.

الفرع الأول

دعوى الموضوع

يتمثل مضمون الرقابة عن طريق الدفع بعدم الدستورية في أن ينتظر الشخص حتى يراد تطبيق القانون عليه في قضية معينة ثم يقوم بالطعن فيه بعدم الدستورية، فالشخص الذي يقدر أن قانونًا معينًا قد شابه عيب مخالفة الدستور ينتهك الحقوق والحريات فإنه لا يبادر إلى الطعن فيه، وإنما يترتب إلى أن يراد تطبيقه عليه في دعوى معينة معروضة على القضاء يكون طرفًا فيها عندئذ يستطيع أن يدفع بعدم دستورية الحكم التشريعي عند تطبيقه في الدعوى المنظورة أمام القضاء.¹

أي أنه في حالة تعرض محكمة الموضوع أثناء النظر في إحدى الدعاوى المطروحة أمامها لنقطة قانونية تتعلق بالدستور لكونها ضرورية للفصل في الدعوى الموضوعية، فيدفع أحد الأطراف بعدم

1- محمد لمين لعجال اعجال، "حدود الرقابة الدستورية، مقارنة في النظم المقارنة"، مجلة الاجتهاد القضائي، مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع، ع4، دس ن، جامعة محمد خيضر، بسكرة، ص138.

دستورية القانون الذي سيطبق على الدعوى وعلى موضوع النزاع ولذلك تعتبر دعوى الموضوع حجر الأساس لإثارة الطعن في الحكم التشريعي، فبدونها لا وجود لأي اعتراض وبالتالي لا وجود للدفع.¹

فإعمال مبدأ الرقابة عن طريق الأفراد لا يكون إلا بمناسبة وجود دعوى نزاع معروض على الجهات القضائية بمقتضى دعوى أصلية، وهذا ما يجعل هذه الرقابة مقيدة بوجود دعوى أمام المحاكم سواء العادية أو الإدارية، ولذلك لا يحق للأفراد رفع دعوى مباشرة إلى الجهة المختصة مباشرة للنظر في دستورية قانون معين بدون دعوى في الموضوع.²

كما أنه من خلال مناقشة القانون العضوي المحدد لشروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية الذي ورد فيه أنه لا مجال للدفع إلا بمناسبة نزاع أو قضية مطروحة أمام القضاء.

الفرع الثاني

مذكرة الدفع منفصلة

من المفروض أن يثار الدفع بعدم الدستورية أثناء النظر في قضية معروضة أمام القضاء، فالأصل هو وجود نزاع مسبق يراد فيه تطبيق قانون معين يمس الحقوق والحريات، فيدفع أحد أطراف الدعوى بعدم دستورية الحكم التشريعي عن طريق مذكرة منفصلة عن الدعوى الأصلية (دعوى الموضوع)، وقد حدد المشرع الشروط الواجب توافرها في مذكرة الدفع التي يدفع بها أمام قاضي الموضوع في كل المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها تحت طائلة عدم قبول الدفع بعدم دستورية الحكم التشريعي، وتتمثل في انفصال المذكرة عن دعوى الموضوع وأن تكون مكتوبة ومسببة.³

أولاً: الكتابة : إن الأصل في اجراءات التقاضي هو الكتابة كما أنه لقبول الدعوى يجب أن تكون مكتوبة⁴، فالكتابة هي إحدى المهارات اللغوية وهي عبارة عن عملية عقلية يقوم بها الكاتب بتوليد

1- جلول شيتور، "الرقابة القضائية علي دستورية القوانين"، مجلة الاجتهاد القضائي، مخر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع، ع 4، جامعة محمد خيضر، بسكرة، د س ن، ص 77.

2- ليلي بن بعلية، "دعوى الدفع بعدم الدستورية في ظل تعديل الدستوري 2016 استثناسًا بالتجربة الفرنسية"، مجلة الشريعة والاقتصاد، ع12، ديسمبر 2017، ص 58.

3- أنظر المادة 6، ق ع-16-18، مرجع سابق.

4- أنظر المادة 9-14، ق رقم 08-09، المؤرخ في 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية، ج، ع، 21، المؤرخ في 23 أبريل 2008.

الأفكار و صياغتها وتنظيمها ثم وضعها بالصورة النهائية، ونستخلص من التعريف بأن الكتابة هي إفراغ محتوى الأفكار في الورق، فمن خلال الكتابة يتضح موضوع الطلب وأطراف الخصومة وكذلك الوثائق التي تأسست عليها الطلبات.¹

ولهذا فلا يعقل أن تمارس الرقابة علي دستورية القوانين بطريقة شفاهية فالكتابة تضفي الجدية على الأمر فتجعله أكثر رسميةً واثباتاً .

ثانيا: انفصال مذكرة الدفع عن دعوى الموضوع

اشترط المشرع أن تكون مذكرة الدفع منفصلةً عن دعوى موضوع النزاع تحت طائلة عدم القبول، بعبارة أخرى يجب أن تكون هناك مذكرة دعوى ثانية² ، فلا يجوز تقديم الدفع بعدم الدستورية مع الطلب الأصلي أو مع دفع من الدفوع يختلف معه في الطبيعة والمضمون، والجدير بالذكر أنه عند مراقبة المطابقة مع الدستور للقانون العضوي فقد استبدلت كلمة مستقلة بكلمة منفصلة باعتبار أن كلمة مستقلة والاستقلالية صفتان متلازمتين للهيئات والسلطات، وقد اعتُبر استعمال كلمة مستقلة لدلالة عن الانفصال سهواً يلزم تداركه.³

ثالثا: التسبيب

يقصد بالتسبيب تعليل وتبيان عدم دستورية الحكم التشريعي المطعون فيه، ويجب أن يكون التعليل مقنعا ومستقيضا وبين أوجه خرق الدستور في مجال الحقوق الحريات التي يضمنها الدستور، كما يجب أن تتضمن المذكرة تحديد القانون المطعون فيه.⁴

1- أبو عبدالله السعيد ، المندورة ، تحقيق مقدمة ابن خلدون ، ط 3، مؤسسة الكتب الثقافية ، بيروت ، ص87.

2- شريف يوسف خاطر، المسألة الدستورية الأولية، دراسة مقارنة ، ط1، دار الفكر والقانون، المنصورة، مصر، 2015 ص132.

3 - أنظر الرأي، رقم 03-ر،ق،ع-م،د-18، مؤرخ في 2 غشت 2018، يتعلق بمراقبة شروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية،لدستور،ج،ر،ع،54،المؤرخ في5 سبتمبر 2018

4- محمد أتركين، دعوى الدفع بعدم الدستورية في التجربة الفرنسية سلسلة الدراسات الدستورية، مطبعة النجاح الجديدة، الجزائر، 2013، ص56.

المطلب الثاني

الأشخاص المخولين إثارة الدفع بعدم الدستورية

خول مبدأ تطبيق الرقابة على دستورية القوانين عن طريق الدفع للأفراد سلطة مراقبة مدى دستورية القوانين في مجال الحقوق والحريات أثناء نزاع معروض على القضاء، إلا أنه حدد الأشخاص الذين يؤول لهم الحق وحدهم دون غيرهم في تطبيق هذا النوع من الرقابة، وقد جاء لفظ أطراف الدعوى فضفاضةً ومبهمًا، وسوف ندرس هذا المطلب من خلال الفرعين التاليين

الفرع الأول

أطراف الدعوى

أطراف الدعوى هم المدعي والمدعى عليه، حيث يعتبر المدعي هو الطرف الإيجابي في الدعوى وهو من تتسب له الدعوى، أما المدعى عليه فهو من توجه الدعوى في مواجهته بحيث أنه قد يكون أحد الأطراف سواء كان مدعى أو مدعى عليه في الاجراءات ممثلًا بواسطة شخص آخر كما هو الحال بالنسبة للقاصر، في هذه الحالة يقوم الولي أو الوصي بمباشرة الإجراءات بدلاً منه وبالنسبة للشخص المعنوي كما هو الحال لشركة أو المؤسسة فيتم تمثيلها من قبل رئيس إدارتها أو مديرها.¹

فالمدعى أو المدعى عليه هو الأصل الذي ينسب إليه الحق أو يكون طرفًا سلبيًا فيه أي القاصر أو الشخص المعنوي وليس الولي أو المدير.

نستخلص من أطراف الدعوى وجود مدعى ومدعى عليه قد يكون شخص طبيعي أو معنوي أو كلاهما، وقد يكون أصليًا أو مُدخلًا في الخصام.²

ونذكر في هذا المجال بمركز النيابة العامة في الدعوى وهي تعتبر طرفًا أصليًا¹ في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق قانون الأسرة، كما أن النيابة العامة تباشر الدعوى العمومية باسم المجتمع وتطالب بتطبيق القانون.²

1- عبد الوهاب بوضرسة ، الشروط العامة والخاصة لقبول الدعوى بين النظري و التطبيقي ، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر ،2006، ص14.
2- أنظر، م198-199 ، ق 09-08، مرجع سابق.

إن المشرع حين وضع شرط ممارسة آلية الدفع من طرف الأطراف ترك المجال مفتوحاً فقد استعمل اللفظ عامًا ومبهمًا بعض الشيء، فهل كان يقصد بالأطراف الأصليين أو المنضمين، أو يقصد به الأفراد والأشخاص المعنوية بصفتهم أطرافاً في الدعوى، وهل يحق للنيابة العامة أن تثير هذا الدفع وهي طرف أصلي كما سبق الذكر في قضايا شؤون الأسرة.³

وفي حالة كان أحد الأطراف أجنبيًا هل يمارس الرقابة علي دستورية القوانين عن طريق آلية الدفع؟ للإشارة فإن القاضي لا يمكنه أن يثير هذا الدفع لأنه لا يعتبر طرفاً في الدعوى.

الفرع الثاني

الشروط الواجب توفرها في الأطراف

إن من شروط قبول الدعوى بوجه عام توفر الأهلية والصفة والمصلحة، و لا يجوز لأي شخص التقاضي مالم تتوفر هذه الشروط التي تعتبر من النظام العام يثيرها القاضي تلقائياً .
وتختلف هذه الشروط من دعاوى العادية عن الدعوى الدستورية.

أولاً: الأهلية

يقصد بالأهلية لغة: "الكفاءة والجدارة كما يقال كامل الأهلية أي كامل الصلاحية، وكامل القدرة ويقال الصفة أو المكنة " وقد اختلف بعض الفقه إلى اعتبار الأهلية شرطاً من شروط قبول الدعوى إلا أن هناك اتجاه آخر يعتبر الأهلية شرطاً لصحة الخصومة وليس لقبول الدعوى، فإن لم يكن للمدعى أهلية التقاضي فإن المحكمة تقضي ببطلان الخصومة وليس بعدم قبول الدعوى، ويحتج أصحاب هذا الرأي بأن الدعوى تظل مقبولة حتى ولو فقد المدعي أهليته أثناء سير الدعوى وإنما تنتقطع الخصومة⁴ إلى أن

1- أنظر، م3مكرر، من الأمر 02-05 المؤرخ في 27 فيفري 2005، يعدل و يتم القانون، رقم 84-11 المؤرخ في 9 جوان 1984، والمتضمن قانون الأسرة، ج، ر، ع 15، مؤرخة في 27 فيفري 2005، ص 18.

2- أنظر، م 29، من الأمر رقم 66-155، المؤرخ في 8 يونيو 1966، الذي يتضمن قانون الاجراءات الجزائية، المعدل و المتمم.

3- جلول هزيل، الصفة والمصلحة في المنازعة الدستورية، دراسة مقارنة، مذكرة تخرج ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة ابي بكر بلقايد، تلمسان، 2013-2014، ص 34.

4 - يسري محمد العصار، شرط المصلحة في الدعوى الالغاء وفي الدعوى الدستورية، دار النهضة العربية، القاهرة 1994، ص 85.

يُستأنف السير فيها من يقوم مقامه، كما أن المدعي الذي حكم ببطلان ادعائه لعدم توفر الأهلية لديه يستطيع رفع نفس الدعوى بعد اكتمال أهليته أو من يمثله قانونًا.¹

كما أن أحكام مجلس الدولة الفرنسي مؤيدًا بالفقه اعتبر أهلية التقاضي شرطًا لصحة إجراءات الخصومة وليست لقبول الدعوى ، ويذهب رأي من الفقه إلى أن عدم توفر الأهلية يؤدي إلى عدم توفر الصفة في الدعوى الدستورية كما هو الحال في حالة الولي والوصي، إلا أن هذا الرأي يخلط بين الصفة في الدعوى وشروط صحة مباشرة الإجراءات أمام القضاء، فالأهلية ليست من شروط قبول الدعوى وإنما من شروط مباشرة الإجراءات أمام القضاء، فالولي أو الوصي ليست له صفة في الدعوى وإنما هي دعوى القاصر وهو الذي تثبت له الصفة حتى لو أقيمت الدعوى بواسطة ممثله القانوني، فهم لا يطالبون بحق لهم وإنما لمن يمثلون، ولهذا فأصحاب هذا الرأي اعتبروا أن الأهلية شرط مباشرة الخصومة وليست من شروط قبول الدعوى.²

ثانيا: الصفة

هي قدرة الشخص على المثل في الدعوى كمدعي أو مدعي عليه أو بمعنى آخر القدرة على رفع الخصومة إلى القضاء أو المثل أمامه لتلقيها ، وتعرف أيضا أنها "سلطة شخص معين في ممارسة بمقتضاها الولوج إلى القضاء عن طريق رفع دعوى ويجوز للشخص أن يطلب من القضاء البت في النزاع".³

وتعرف كذلك أنها "العلاقة التي تربط أطراف الدعوى بموضوعها " وهذا فيما يخص الصفة في الدعوى عموما، إلا أن الصفة في الدعوى العادية تختلف عن الدعوى الدستورية فقد اختلف الفقهاء حول اعتبار الصفة كشرط قائم بذاته من شروط الدعوى أم أنها مجرد وصف من أوصاف المصلحة، فهناك اتجاه يرى أن الصفة في الدعوى ليست إلا وصفاً من أوصاف المصلحة والتي تعد من وجهة نظرهم الشرط الوحيد لقبول الدعوى ويجب أن تكون المصلحة قانونية وتكون شخصية ومباشرة، بمعنى أن يكون رافع الدعوى هو صاحب الحق أو المركز القانوني أو من ينوب عنه كالوصي أو الولي ، أما الاتجاه

1 - أركان حسن عبدالله، المصلحة في الدعوى الدستورية ، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية ببيروت، 2012، ص28.

2- أركان حسن عبد الله ، المرجع نفسه.

3- ابراهيم محمد علي، المصلحة في الدعوى الدستورية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000 ، ص194.

الآخر فقد رأى عدم كفاية المصلحة لقبول الدعوى ولا بد من توفر الصفة، فالأولى هي الفائدة التي تعود على الشخص من مباشرة الدعوى أما الأخرى فهي سلطة مباشرتها.¹

فالصفة في الدعوى الدستورية ليست بهذا المعنى العام بل قيدها المشرع بمدلول محدود حيث أن حدد المشرع الأشخاص الذين يملكون القدرة على تحريك آليات الرقابة عن طريق الدفع وهم أطراف الدعوى ولم يحدد أطرافاً أصلية أو انضمامية أو أشخاص معنوية وطنية فقط أو حتى الأجانب.

ثالثاً: المصلحة

يستلزم رفع الخصومة إلى القضاء أن تتوفر شروط معينة لقبول الدعوى، وتعتبر المصلحة شرطاً أساسياً وعماماً في كل دعاوى بما في ذلك الدعاوى الدستورية، ولخصوصية الدعوى الدستورية باعتبارها تحقق المشروعية الدستورية أضفت على هذه الشروط بعض التميز التي يتفق مع خصوصية هذه الدعوى وعليه يستلزم على القضاء الدستوري التحقق من توفر المصلحة قبل قبول إثارة الدفع بعد الدستورية، فإن لم تستوفى الدعوى شرط المصلحة فإنها تعتبر غير مقبولة، ويقصد بالمصلحة الفائدة العملية التي تعود على المدعي إذ تحكم له بطلباته الواردة في الدعوى فإن لم تكن له فائدة يقرها القانون فلا يقبل دعواه، فالغرض منه حماية الحق أو اقتضاءه أو الاستقاء له.²

لا يشترط المجلس الدستوري في النظام الفرنسي ونظيره الجزائري توفر المصلحة الشخصية في الطعون التي يختص بها المجلس الدستوري سواء كانت هذه الرقابة اجبارية أو اختيارية، حيث أن الهيئات الرسمية هي المخولة قانوناً لتحريك عملية الرقابة وذلك لحماية الصالح العام، غير أنه في حالة الرقابة عن طريق الدفع تعد المصلحة الشخصية شرطاً لإثارة الدفع وهذا لتوفرها علي شرطين :

حيث يثبت المدعي أنه أصيب بضرر واقعي مباشر يمكن إدراكه وليس مجرد ضرر وهمي، ثم وجود علاقة سببية بين الضرر والنص القانوني المطعون فيه بالدفع بعدم الدستورية، فدعوى الدفع هي دعوى عينية تقوم على مقابلة النصوص القانونية على أحكام الدستور، ومن الخصائص الواجب توفرها في شرط المصلحة تكون المصلحة قائمة وارتباطها بالمصلحة في الدعوى الموضوعية.³

1- اركان حسن عبدالله، مرجع سابق، ص 39.

2- صلاح الدين فوزي، الدعوى الدستورية، دار النهضة العربية، مصر، 1993، ص 10.

3- جلول هزيل، مرجع سابق ص 128

إذن لا يكفي مخالفة النص المطعون فيه للدستور وإنما لا بد أن يلحق ضرر بأحد أطراف الدعوى، فرغم اشتراط المصلحة الشخصية لرافع الدعوى تبقى المصلحة العامة التي تتعلق بها حق الجماعة حتى وإن زالت المصلحة الشخصية وهذا ما تبناه القضاء الدستوري الفرنسي حيث لم يسيغ إفلات أعمال تشريعية غير دستورية عن الرقابة بسبب انتفاء المصلحة الشخصية للأطراف أثناء سير الدعوى لأن المصلحة العامة هي الهدف والغاية المرجو الوصول إليها، ولقد أخذ المشرع الجزائري بموقف المشرع الفرنسي في مسألة زوال المصلحة، حيث اعتبر أن انقضاء دعوى الموضوع التي تمت بمناسبة إثارة الدفع لا يؤثر على الفصل في دعوى الدفع.¹

المطلب الثالث

الدفع أمام الجهات القضائية

تطبيقاً لأحكام المادة 188 من التعديل الدستوري 2016 وكذلك المادة 2 من ق.ع.16-18 فإن الجهات القضائية الخاضعة لنظام القضاء العادي والإداري هي صاحبة الاختصاص في أن يثار أمامها الدفع، إلا أنه ورد استثناء في المادة 3 ق.ع.16-18 حول عدم امكانية إثارته أمام المحكمة الجنائية الابتدائية، وللمشرع أسبابه التي يحتج بها لعدم إدراج هذا النوع من المحاكم، كما أنه لم يذكر دور محكمة التنازع في آلية الرقابة عن طريق الدفع.

الفرع الأول

الجهات القضائية المعنية بالدفع

خوّل المشرع الجزائري للجهات الخاضعة للتنظيم القضائي العادي و الإداري أن يدفع أمامها بعدم دستورية القوانين .

أولاً: القضاء العادي

تتخصر الجهات القضائية العادية في محاكم الدرجة الأولى العادية منها والمتخصصة والمجالس القضائية والمحكمة العليا كهيئة مقومة لأعمال المجالس القضائية و المحاكم.

1- اركان حسن عبدالله ، مرجع سابق ، ص128.

1- المحاكم العادية:

تم إنشاء الجهة القضائية التي تحتل قاعدة الهرم القضاء العادي سنة 1965 وتم تحديد مقراتها بموجب الأمر 65-278.¹

ولتقريب القضاء إلى المواطن يمكن إنشاء فروع في دائرة الاختصاص على مستوى البلديات وذلك بقرار من وزير العدل ، وقد عرفها قانون الإجراءات المدنية الإدارية بأن المحكمة هي الجهة القضائية ذات الاختصاص العام تتشكل من أقسام ويمكن أيضا أن تتشكل من أقطاب متخصصة وتفصل في جميع القضايا لاسيما المدنية والتجارية إلخ ، وبذلك فقد احتفظ المشرع للمحاكم بالولاية العامة بموجبها تكون مخولة بالنظر في جميع المنازعات باستثناء الادارية منها.²

مع انفراد بعض المحاكم والمسماة أقطاب متخصصة دون سواهم في النظر في بعض المنازعات، والجدير بالذكر في هذا المجال أن هذه الأقطاب ليست محاكم استثنائية بل هي محاكم درجة أولى يمكن أن يثار أمامها الدفع بعدم الدستورية، كما هو الحال بالنسبة للمحاكم العسكرية فهي محاكم متخصصة وخاضعة لرقابة المحكمة العليا وبالتالي فهي ايضا معنية بإثارة الدفع أمامها.³

2- المجالس القضائية:

يعتبر المجلس القضائي جهة استئناف ودرجة ثانية في الأحكام الصادرة عن المحاكم في الدرجة الأولى وفي جميع المواد ولو كان وصفها خطأ.⁴

ويقسم المجلس القضائي بموجب المادة 6 م ن ق.ع 11-05 الي عشرة غرف الغرفة المدنية، الغرفة الاستعجالية، الغرفة الاجتماعية، غرفة شؤون الأسرة، الغرفة البحرية، الغرفة التجارية، الغرفة العقارية الغرفة الجزائية ، غرفة الاتهام ، غرفة الأحداث.⁵

1- الأمر رقم 65-278، المؤرخ 16 نوفمبر 1965، المتضمن التنظيم القضائي.

2- أنظر المادة 32، الأمر 09-08، مرجع سابق.

3- أنظر المادة 2، من ق، رقم 18-14 مؤرخ في 29 يوليو 2018، يعدل ويتم الأمر رقم 71-28، المؤرخ في 22 ابريل 1971، المتضمن القضاء العسكري ج رس ع 47 المؤرخة في أول غشت 2018.

4- أنظر المادة 32، 09-08، مرجع سابق.

5- أنظر م 10، ق، ع 11-05، مؤرخ في 17 يوليو 2015، المتعلق بالتنظيم القضائي.

خول المشرع إمكانية الدفع بعدم دستورية حكم تشريعي أمام المجلس القضائي كجهة استئناف ولو لأول مرة، كما أنه إذا أثير الدفع أثناء التحقيق الجزائي فإن غرفة الاتهام هي التي تنتظر في هذا الدفع، وأجاز المشرع لمحكمة الاستئناف الجنائية أن تنتظر في الدفع بعدم الدستورية قبل فتح باب المناقشات كجهة استئناف بمذكرة مكتوبة ترفق بالتصريح بالاستئناف في الأحكام الصادرة عن المحكمة الجنائية الابتدائية.¹

3- المحكمة العليا:

تحتل المحكمة العليا قمة الهرم القضائي العادي وهي الهيئة المقومة له ووفقا للقانون العضوي 11-12 فهي تعد محكمة قانون وذلك لأنها تكتفي بمراقبة الأحكام القضائية الصادرة من الجهات القضائية الدنيا من ناحية القانون دون الوقائع، مما يؤدي إلى القول أن المحكمة العليا فيما عدا الحالات التي ينص عليها القانون على اعتبارها محكمة موضوع وقانون.²

في نفس الوقت تفصل في الأحكام لا القضايا وحتى و إذا قبلت الطعن المقدم ونقض الحكم المطعون فيه أو جزء منه فأنها لا تنتظر في موضوع النزاع بل تحيل الدعوى إلى الجهة القضائية التي أصدرت الحكم المنقوض أو إلى جهة قضائية من نوع ودرجة الحكم المنقوض والتي تطبق قرار الإحالة فيما يتعلق بالمسائل القانونية التي قطعت فيها المحكمة العليا.³

وتتشكل المحكمة العليا من غرف عادية وغرف موسعة، تتضمن كل غرفة على عدد من الأقسام ويتم تحديد اختصاصات الغرف والأقسام عن طريق النظام الداخلي للمحكمة العليا أما الغرف الموسعة فالأصل أن كل غرفة تنتظر في القضية المحالة إليها.

بما أن المشرع أجاز إثارة الدفع بعدم الدستورية و لو لأول مرة في الطعن بالنقض أي أمام المحكمة العليا نطرح التساؤل حول الغرفة التي تنتظر في الدفع على أساس أن الغرف تنتظر في القضايا التي تتعلق بهم سواء تجارية أو مدنية أو غير ذلك.

1- أنظر المادة 3 ق ع 16-18 ، مرجع سابق.

2- م 3 ، ق ع 11-12 مؤرخ في 26 يوليو 2011، يحدد تنظيم المحكمة العليا وعملها واختصاصاتها، ج ر س ع 42 الصادرة في 31 يوليو 2011.

3- المادة 171، من الدستور ، مرجع سابق.

أما بالنسبة للدفع فهو يختلف على الطعون الأخرى التي تختص بها هاته الغرف ولربما لأهمية الدفع بعدم الدستورية يثار أمام الغرف مجتمعة أو أنه يستحدث غرفة في المحكمة العليا يثار أمامها الدفع بعدم الدستورية.

ثانياً: القضاء الإداري

تتخصص جهات القضاء الإداري في المحاكم الإدارية ومجلس الدولة.

1- المحاكم الإدارية:

هي من هيئات القضاء الإداري وهي صاحبة الاختصاص العام في النظر والفصل في المنازعات الإدارية وتختص بالفصل في أول درجة بحكم قابل للاستئناف في جميع القضايا التي تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري طرفاً فيها.¹

فقد أخذ المشرع بالمعيار العضوي في تحديد الاختصاص القضاء الإداري والتركيز على الجهة أو الطرف دون الأخذ بموضوع النزاع.²

فالمحاكم الإدارية هي الجهات القضائية التي خول لها القانون أن يثار أمامها الدفع بعدم الدستورية من أطراف الدعوى فإذا أثير الدفع من طرف الأفراد هنا الأمر مقبولاً فماذا لو أثير الدفع من طرف الوالي بصفته ممثلاً للدولة وطرفاً في الدعوى ؟

ففي فرنسا يمكن تقديم QPC حتى من اطراف اشخاص القانون العام كالبلديات، حسب قرار المجلس الدستوري الفرنسي رقم CC12-2010 الصادر في 2 جويلية 2010 المتعلق ببلدية دونبارك.³

2- مجلس الدولة.

يمثل مجلس الدولة قمة هرم التنظيم القضائي الإداري والجهة المقومة لأعمال الجهات القضائية الإدارية، ولقد تم إنشاء مجلس الدولة وفقاً لأحكام المادة 152 من دستور 1996 بموجب ق.ع 98-01

1- أنظر ق، 98-02، المؤرخ في 30 ماي 1998، المتعلق بإنشاء المحاكم الإدارية ج رس ع 37 المؤرخة في 31 جوان 1998.

2- عمار عوابدي، النظرية العامة للمنازعة الإدارية في النظام القضائي الجزائري، ج1، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 2005، ص 98.

3 - محمد أمين أوكيل، "عن دور القاضي في تفعيل آلية الدفع بعدم الدستورية في الجزائر دراسة مقارنة بالنموذج الفرنسي"، حوليات جامعة الجزائر 1، العدد 32، الجزء الثاني، جوان 2018، ص 104.

و لمجلس الدولة اختصاص قضائي واختصاص استشاري، ويتمثل الاختصاص القضائي لمجلس الدولة في أنه يعتبر درجة أولى وأخيرة بالفصل في دعاوى الإلغاء وتقدير المشروعية في القرارات الصادرة عن السلطات المركزية.¹

كما يختص بالفصل في استئناف الأحكام والأوامر الصادرة عن المحاكم الإدارية، وكذلك جهة طعن بالنقض في القرارات الصادرة عن آخر درجات الجهات القضائية الإدارية، وتتمحور وظيفته الاستشارية بواسطة الآراء التي يبديها حول مشاريع القوانين والأوامر والمراسيم.²

وعليه، فإنه يمكن أن يثار الدفع أمام مجلس الدولة كدرجة أولى أو جهة استئناف أو جهة طعن بالنقض.

الفرع الثاني

الجهات القضائية التي لا يدفع أمامها بعدم الدستورية

استثنى المشرع الجزائري المحكمة الجنائية من أن يثار أمامها الدفع بعدم دستورية الحكم التشريعي، ولم يبرز أي دور لمحكمة التنازع، وله أسبابه في تبني هذه الاستثناءات.

أولاً: المحكمة الجنائية الابتدائية.

إن تعقيد إجراءات تشكيل محكمة الجنايات الابتدائية وخصوصية الإجراءات المطبقة أمامها، لا سيما ضرورة احترام مبدأ استمرارية المناقشات التي تنفرد بها هذه الجهة القضائية، هذا ما جعل المشرع يستثنيها من الجهات التي يمكن أن يدفع أمامها بعدم دستورية الحكم التشريعي، إلا أنه يمكن أن يثار أمام محكمة الاستئناف الجنائية قبل فتح باب المناقشات بمذكرة مكتوبة وترفق بتصريح الاستئناف.³

كما أن المشرع أعطى ضماناً يتمثل في إثارة الدفع أثناء التحقيق الجزائي، فمن المعروف في قانون الإجراءات الجزائية أن أي وصف جنائي يمر بتحقيق وينظر في هذا الدفع أمام غرفة الاتهام.⁴

1- أنظر المادة 901 ، 08- 09، مرجع سابق.

2- أنظر المادة 902 ، 903، المرجع اعلاه.

3 - الجريدة الرسمية للمناقشات، الجلسة العلنية لمناقشة القانون العضوي يحدد شروط وكيفية تطبيق الدفع بعدم الدستورية، المنعقدة يوم الاثنين 18 يونيو 2018، الفترة التشريعية الثامنة، دورة البرلمان العادية 2017-2018، السنة الثانية، رقم 77، المؤرخة في 3 يوليو.

4 - الأمر 66-155، المؤرخ في 8 يونيو 1966 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية، المعدل والمتمم.

ثانيا: محكمة التنازع.

سكت المشرع ولم يبين أي دور لمحكمة التنازع في هذا النوع من الرقابة على دستورية القوانين، ويعود ذلك لخصوصية محكمة التنازع، فهي هيئة دستورية قضائية مهمتها الفصل في إشكالات التنازع بين الهرمين القضائيين العادي والاداري، فهي ليست قضاء ابتدائيا أو استثنائيا أو نقضا بل قضاء التحديد والتحكيم والفصل في حالات التنازع¹.

فمن المنطقي سكوت المشرع لأن من شروط قبول الدفع وجود دعوى في الموضوع يدفع على إثرها بمذكرة منفصلة أمام قاضي الموضوع في كل مراحل الدعوى وهذا ليس من اختصاصات محكمة التنازع.

المبحث الثاني

الشروط الموضوعية

بعد دراسة الشروط الشكلية لقبول إثارة الدفع بعدم الدستورية، نتناول القيود أو الشروط الموضوعية التي وضعها المشرع لقبول الدفع بعدم دستورية القوانين كآلية من آليات الرقابة التي استحدثها المشرع في التعديل الدستوري 2016.

وللمشرع أسبابه في وضع هذه الشروط، وهذا ما يدعوننا للبحث عن تلك الأسباب في هذا المبحث الذي قسمناه إلى ثلاث مطالب، بحيث عالجنا في المطلب الأول الحكم التشريعي باعتباره أساس المتابعة والمساس بالحقوق والحريات، ودرسنا في المطلب الثاني ضرورة حيافة الحكم التشريعي على قرينة دستورية باستثناء تغير الظروف وتطرفنا في المطلب الأخير إلى اتسام الدفع بالجدية.

المطلب الأول

أساس المتابعة حكم تشريعي ينتهك الحقوق والحريات

من بين الشروط والقيود الموضوعية التي وضعها المشرع في إثارة الدفع بعدم الدستورية أن يكون هذا الدفع منصبا على الحكم التشريعي الذي سيطبق على النزاع، وهو سبب المتابعة وأن يكون الحكم ماسا ومنتهكا للحقوق والحريات.

1 - محند امقران بوبشير ، النظام القضائي الجزائري، ط 4، ديوان المطبوعات الجامعية ،الجزائر، 2005، ص445.

وسندرس في هذا المطلب بشيء من التفصيل المقصود بالحكم التشريعي وكذلك تطبيق هذا الحكم التشريعي على النزاع وفي الأخير نعرض الى مجال الحقوق والحريات.

الفرع الأول

مفهوم الحكم التشريعي

استعمل المشرع في المادة 188 من الدستور و كذلك ق.ع -16-18 لفظ الحكم التشريعي في المادة 8 ولم يضبط مفهومه بدقة، لذا سنتطرق إلى تعريف الحكم التشريعي والنصوص ذات الطبيعة غير التشريعية.

أولاً: تعريف الحكم التشريعي: إن البحث في مصطلح الحكم التشريعي يستدعي التدقيق في معنى كلمة قانون ويشمل كل قاعدة بصرف النظر عن مصدرها، فإن المعنى العام المقصود بكلمة قانون هو "مجموعة القواعد الملزمة التي تنظم سلوك الأفراد في المجتمع"، غير أن اصطلاح كلمة القانون قد لا ينصرف إلى هذا المعنى العام بل يقصد به معني خاص وضيق، كأن يراد به مجموعة القواعد العامة الملزمة التي تضعها السلطة التشريعية لتنظيم أمرٍ ما.¹

فما تضعه السلطة التشريعية من قواعد يسمى اصطلاحاً تشريعاً، فالسلطة التشريعية هي تلك هي تلك الهيئة التي لها الحق في إصدار القوانين العامة الملزمة التي تحكم تصرفات الناس داخل كيان الدولة فهي تعتبر إرادة الشعب وتمارس السيادة باسمه.²

وتعتبر السلطة التشريعية هي السلطة الأصلية التي تقوم بالعملية التشريعية، ولهذا وجب على البرلمان أن يحتفظ بكل سلطاته أثناء إعداد القانون والتصويت عليه، وهذا ما أكدته المادة 112 من الدستور حيث نصت على "يمارس السلطة التشريعية برلمان يتكون من غرفتين وهما المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة وله السيادة في إعداد القانون والتصويت عليه".³

وتعتبر المبادرة بالتشريع من أهم المراحل التي تتفرد بيها السلطة التشريعية، فيشرع البرلمان في مجال القوانين العادية، وكذلك المجالات المخصصة له في القوانين العضوية.

1- حسن مصطفى البحري، القانون الدستوري النظرية العامة، ط1، دون ذكر دار النشر، دمشق، 2009، ص12.

2- محفوظ لعشب، التجربة الدستورية في الجزائر، المطبعة الحديثة للفنون المطبعية، الجزائر، 2000، ص28.

3- زهرة كيلاي، "دور المشرع العادي في تفعيل الحقوق والحريات الدستورية"، معهد العلوم القانونية والادارية بالمركز الجامعي غليزان، ع 5، ديسمبر 2015، ص 209.

1- القوانين العادية يقصد بها مجموعة المواد والمواضيع التي يشرع فيها البرلمان وينظمها بموجب نصوص قانونية وقد حدد المشرع المجالات التي يشرع فيها بنص المادة 140.¹

2- القوانين العضوية يقصد بها مجموعة القوانين التي تسنها وتصدرها السلطة التشريعية باعتبارها السلطة المختصة والمخولة دستورياً وتتضمن هذه القوانين مجالات ومسائل محددة مسبقاً تبعاً للدستور ووفقاً لإجراءات خاصة معقدة على ما هو في التشريعات العادية.²

وتعتبر القوانين العضوية من القواعد المكتملة للدستور وتحتل المرتبة الثالثة بعد الدستور الذي يحتل قمة الهرم وتليه المعاهدات الدولية.³

وتتمتاز القوانين العضوية بخصوصية مواضيعها وإجراءات وضعها وتعديلها وتتمثل هذه الإجراءات في: خضوع هذه القوانين لرقابة المطابقة بإخطار رئيس الجمهورية وحددت مجالات تشريع القوانين العضوية حصراً في المادة 141.⁴

وما يهمننا في هذا الموضوع هو القانون العادي لأن المشرع يقصد في لفظه الحكم التشريعي القانون العادي، لأن القانون العضوي والاستثنائي يخضع لعملية رقابة المطابقة بإخطار لرئيس الجمهورية، فالحكم التشريعي الذي خصه المشرع بإمكانية إثارة الدفع بعدم دستوريته هو القانون العادي الذي يعده البرلمان ويصوت عليه.⁵

رغم ذلك فإن هناك شروط أخرى يجب توفرها في الحكم التشريعي ليصبح محلاً للرقابة على دستورية القوانين عن طريق الدفع.

ثانياً: النصوص ذات الطبيعة غير التشريعية

رغم أن التشريع اختصاص أصيل للسلطة التشريعية إلا أن أغلب الدساتير تنص على أن اقتراح مشاريع القوانين يكون من السلطة التنفيذية والتشريعية في آن واحد، كما يخول الدستور لرئيس الجمهورية

1- أنظر المادة 140، التعديل الدستوري 2016، مرجع سابق.

2- أنظر المادة 141، التعديل الدستوري 2016، مرجع سابق.

3- حسن مصطفى البحري، مرجع سابق، ص 26.

4- أنظر المادة 141، التعديل الدستوري 2016، مرجع سابق.

5- أنظر المادة 112، مرجع اعلاه.

أن يشرع بأوامر في حالة شغور المجلس الشعبي الوطني أو بين دورتي البرلمان على أن يعرض عليه في أول دورة للبرلمان لتصويت عليه.¹

فبالنظر إلى التشريع بمفهومه الواسع نجد أن هناك نصوص ليست من طبيعة تشريعية قد تكون أمراً أو مرسوماً صادراً عن رئيس الجمهورية في إطار ممارسته صلاحياته و قد يكون مرسوماً تنفيذياً صادراً عن الوزير الأول في إطار ممارسة صلاحياته المحددة في الدستور.²

وتعتبر الأوامر الرئاسية قرارات إدارية قابلة للطعن قبل المصادقة عليها من البرلمان، إلا أن المجلس الدستوري الفرنسي صنفها ضمن الأحكام التشريعية التي يمكن مراقبة دستوريته عن طريق الدفع، أما فيما يخص التنظيم فإن آلية الدفع بعدم الدستورية تشمل القانون بمفهومه الموضوعي سواء كان تشريعاً أو تنظيمياً مستقلاً ، و إن التنظيم التنفيذي يعود الفصل في شرعيته إلى مجلس الدولة ولا ينبغي أن يكون محلاً للرقابة الدستورية، وإنما تقتصر على التنظيم المستقل الذي يصدر عن رئيس الجمهورية في شكل قواعد عامة ومجردة ولا ترقى إلى مرتبة القانون شكلاً، إنما يكتسب هذه الصفة من جانبها الموضوعي.³

وتعرف التنظيمات بصورة عامة على أنها "مجموعة القواعد القانونية التي تصدرها السلطة التنفيذية"، فإلى جانب السلطة المختصة في وضع التشريع فإن للسلطة التنفيذية دور لا يستهان به في إيجاد و وضع قواعد قانونية عامة و مجردة وهذا الدور عادة ما يكون للسلطة التشريعية.⁴

من خلال استقراء المادة 186 من الدستور فإن كل المراسيم التي يصدرها رئيس الجمهورية والمراسيم التنفيذية التي يوقعها الوزير الأول تخضع لرقابة الدستورية نظراً لعمومية نص المادة سواء بالنسبة للتنظيمات المستقلة أو التنظيمات التنفيذية التي هي بمثابة أحكام مكملة للقوانين، غير أن الاحتمال الأرجح يشير إلى إمكانية اقتصارها على التنظيمات التي يصدرها رئيس الجمهورية كونها منشئة

1- أنظر المادة 142، نفس المرجع.

2- أنظر المواد 99 ، 142 ، 143، التعديل الدستوري 2016، مرجع سابق.

3- حميد شاوش، آسيا بورجبية، مرجع سابق، ص45.

4- جلول هزيل ، مرجع سابق، ص95.

لقواعد قانونية، أما بالنسبة للمراسيم الصادرة عن الوزير الأول فغالبا ما تستمد مصدرها من صميم القانون موضوع التطبيق فهذا الأخير هو الذي ينبغي أن يكون محلا للرقابة بدلاً من المرسوم التنفيذي.¹

الفرع الثاني

ارتباط الحكم التشريعي بجوهر النزاع

أضفى المشرع على الحكم التشريعي شرطاً ليكون محلاً للدفع بعدم الدستورية، وهو أن يكون النص التشريعي محل الدفع مطبقاً على النزاع المعروض أمام الجهات القضائية، وقد نصت المادة 188 على أن يكون الحكم التشريعي محل الدفع حاسماً في سير الخصومة، وهو ما عبر عليه المشرع بصيغة يتوقف عليه مال النزاع وذلك للأهمية الكبيرة في فض النزاع القائم، ويتمثل مضمونها في أن أطراف الدعوى لا يقوم بالطعن في القانون بإثارة الدفع بعدم دستوريته حتى يراد تطبيقه على الدعوى المنظورة أمام القضاء.²

ولوجوب تطبيق النص محل النزاع يجب على الطاعن تحديد النص التشريعي الذي يراد الدفع بعدم دستوريته بأقصى صورة ممكنة من التحديد، وإذا اتضح للقاضي أن القانون المطعون فيه بعدم الدستورية لا يتصل بالنزاع المعروض قرر رفض الدفع.³

فمن خصائص الدعوى الدستورية أنها دعوى عينية يكون موضوعها النظر في النصوص القانونية التي تكون محل خصومة وليس الوقائع أو العناصر المادية للموضوع مثل الدعاوى الأخرى.⁴

والمثير للانتباه في الأمر أن المؤسس الفرنسي لم ينص على هذا القيد في المادة 1-61 المتعلقة بمسألة الأولوية الدستورية، حيث تكفل المشرع بتضمينها صراحة في القانون العضوي رقم 1523-2009 المتعلق بشروط تطبيق المسألة الأولوية (QPC) حيث جاء في نص المادة 23-2 أن الدفع يجب أن يمس جوهر وأساس النزاع وهذا الشرط يرتبط بالسلطة التقديرية للقاضي.⁵

1 - جلول هزيل، المرجع نفسه.

2 - محمد أمين لعجال، مرجع سابق، ص138.

3 - محمد رحموني، سعاد رحلي، "حق الأفراد في الدفع بعدم الدستورية في ظل القانون العضوي المحدد لكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية"، دفاتر السياسة والقانون، جانفي 2019، ص77.

4- هدى ايرابن، "الدفع بعدم الدستورية القوانين في نماذج الدول المغرب العربي وفرنسا"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسة، د س ن، ص15.

5- محمد أمين أوكيل، مرجع سابق، ص115.

حيث اعتبر أن هذا الشرط ليس كالشروط الأخرى المحددة لسلطة القضاء في الدفوع كضرورة ارتباط الدفع بوجود نزاع قائم أمام القضاء وتعلقه بالحقوق والحريات وإثارته من أحد المتقاضين، فهذه الشروط تعتبر بمثابة ضوابط عامة لإثارة الدفع أمام القضاء أما ما تعلق بجوهر النزاع أو الخصومة فهو شرط متعلق بقبول الدفع والذي يرجع تقديرها لسلطة القاضي ، حيث أن المجلس الدستوري الفرنسي اتخذ موقفاً مبدئياً في القرار الأول لمساءلة أولوية الدستورية، فقد رأى أنه ليس من اختصاصه التحقق ما إذا كان النص التشريعي مطبقاً على النزاع أم لا، حيث يجب التحقق من هذا الشرط عن طريق القضاء المعروض عليهم الأمر.¹

الفرع الثالث

انتهاك الحكم التشريعي للحقوق و الحريات

لكي يكون الحكم التشريعي محلاً للدفع بعدم الدستورية يجب أن يكون قد انتهك أو شكّل مصدراً للمساس بالحقوق والحريات؛ وموضوع الحقوق والحريات ذو أهمية حيث أن معظم التشريعات الدولية اعتنت بهذا الموضوع وذلك لتعلقه بحياة الأفراد، ولذلك فقد صدر في القرن العشرين العديد من المواثيق والاعلانات الدولية لحماية الحقوق والحريات.

أولاً: مفهوم الحقوق والحريات.

اختلف الفقهاء في تحديد وتصنيف الحريات بالنظر إلى تعددها وتنوعها وكذلك إلى عدم وجود تعريف جامع ومانع للحقوق والحريات الأساسية.

كما أن لفظ الحقوق يقترن دائماً بالحريات، ولقد أثير جدل فقهي وقضائي حول ما يعتبر من الحريات الأساسية وما يخرج من نطاقها، فهناك من رأى أن الحقوق والحريات المعلنة عنها في المواثيق الدولية هي وحدها التي تعد من قبيل الحريات الأساسية، ولها قيمة أعلى من الحريات المعلن عنها في الدساتير الوطنية ، أما الاتجاه الثاني فلا يقيم هذه الموازنة ما بين المواثيق الدولية والدساتير المحلية،

1- منصور محمد احمد، الرقابة اللاحقة علي دستورية القوانين في فرنسا، دار النهضة، القاهرة، 2012، ص155.

وحجته أن جميع الحريات سواء كانت مقررة في المواثيق والاعلانات الدولية أو ضمن التشريعات الداخلية لها نفس القيمة القانونية بالنظر إلى الدور الذي تلعبه في استقرار المجتمعات.¹

ويقصد بداية بالحق "القدرة والخيار الذي يمتلكه الفرد في الاستفادة أو التمتع بنشاط محدد والقدرة على المطالبة به قانوناً، وهذا الاعتراف ليس قدرته وقوته في ما يقوم به من واجبات بمعنى ليست هذه القدرة مكافئة نظير قيام بالواجبات" ، وإذا تعمقنا في لفظ الحرية نجد أنها التخلص من القيد الذي يحول دون التمكن من ممارسة الحق كما يقصد بيها القدرة على التصرف من عدمه.²

ولقد سبق القول أن الحقوق والحريات هي تلك الحقوق المحمية دستورياً ودولياً والتي ترتبط بدولة القانون، واشكالات الحقوق المرتبطة بالحريات الأساسية تتواجد على المستوى الدستوري ولها بعدين إنها أداة حماية مدعمة لصالح الأفراد ومن جهة أخرى أداة إكراه في مواجهة الدولة.

و تندرج ضمن حقوق الجيل الأول الكلاسيكية والتي تختلف عن باقي الحقوق في ضرورة تدخل الدولة لتكريسها مثل: الحق في الحياة، الملكية، المساواة.

وأما الجيل الثاني فتندرج ضمنه الحقوق التشاركية التي تقتضي تدخل الدولة لتحريكها وتفعيل الحقوق الاجتماعية والاقتصادية والثقافية ومثال على ذلك تكريس الحق في التعلم والعلاج عن طريق بناء المستشفيات.³

أما فيما يخص الجيل الثالث فهو جيل الحقوق التضامنية المرتبطة بالحق في البيئة والسلم وتعتبر أكثر من أمانى مستقبلية في السعي إلى الرفاه الاجتماعي والانساني.⁴

كما أن هناك جانب من الفقه اعتبر الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور عبارة عن أمور أخلاقية غير قابلة للتصرف، مضمونة لجميع البشر بفضل إنسانيتهم وحدها، وجانب آخر اعتبرها أنها

1- كمال بقدار، "القضاء الاستعجالي في مادة الحريات الأساسية"، مجلة صوت القانون، ع 2، أكتوبر 2014، ص142.

2- كمال بقدار، المرجع نفسه.

3 - محمد بودة ، "جدلية العلاقة بين السلطة الدستورية في حماية الحقوق و الحريات"، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة وهران 2 ، د س ن ، ص59.

4- محمد بودة ، المرجع نفسه.

مجموعة الحقوق اللصيقة بالشخصية الانسانية التي تنص عليها المواثيق والتي يتمتع بها الانسان ولا يجوز تجريده منها بسبب معتقده أو أصله أو أي شكل من أشكال التفرقة.¹

ثانيا: تقسيمات الحقوق والحريات.

رغم اختلاف الفقهاء في تحديد وتصنيف الحريات نظراً إلى تعددها واختلافها من ناحية ومن ناحية أخرى عدم وجود تعريف جامع لها، إلا أنه رغم هذا الاختلاف فإن التقسيم الخماسي للحقوق والحريات أصبح هو الراجح وذلك لاحتوائه على جل الحقوق.²

1 - الحقوق المتعلقة بالشخص الانساني: واحتوت هذه المجموعة من الحقوق والحريات على: كرامة الشخص الإنسانية، الحرية الفردية، حرية تكوين الجمعيات، حرية المعتقد، حرية التعبير والاتصال، حق الملكية .

2- حقوق العامل: الحق النقابي، حق الإضراب، حق المشاركة في المفاوضات في الاتفاقيات الجماعية.

3- حق المشاركة في الحياة السياسية: حق الانتخاب وحق الترشح.³

4- حقوق الدائنية: تنقسم إلى قسمين معترف بها مثل:

الحق في الحماية الصحية و الاجتماعية، الحق في حياة عائلية عادية، الحق التضامن الوطني والنقل وكذلك التكوين و الثقافة.⁴

5- الضمانات: الحق في التقاضي، الحق في الاستقرار والأمن القانوني.⁵

كما أنه يمكن تصنيف حقوق الإنسان وفقاً لمعيار الزمن إلى مجموعة حقوق يتمتع بها الفرد في زمن السلم وهذا ما ذكرناه آنفاً، وحقوق وحريات في زمن الحرب وهذا ما ينظمه القانون الدولي الإنساني.¹

الإنساني.¹

1- حميد شاوش، آسيا بورجبية، مرجع سابق، ص48.

2- محمد بودالي، "القضاء الاداري والحريات العامة"، مجلة العلوم القانونية والادارية، جامعة بلعباس، ع 4، 2008، ص215.

3- فريدة مزياي، " دور القضاء الاداري في حماية الحقوق والحريات العامة في الجزائر"، مجلة الاجتهاد القضائي، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد الثالث، د س ن، ص13.

4- كمال بقدار، مرجع سابق، ص143.

5- كمال بقدار، المرجع نفسه.

ثالثاً: مصدر الحقوق و الحريات

يرجع سبب اختلاف الفقه حول الحقوق والحريات إلى المدلول الفضفاض لهذين اللفظين وكذلك لعدم وجود تعريف جامع مانع لها، وقد اتفق الفقه حول الحقوق والحريات الواجب حمايتها وهي المنصوص عليها في الدساتير والمواثيق الدولية .

وعليه، فإن الحقوق والحريات التي تكون محلاً للدفع في حالة انتهاكها هي التي نص عليها الدستور أو العهود والمواثيق الدولية ويظهر بعض التناقض في هذا المجال، فإذا كان الفقهاء قد اختلفوا في تحديد تعريف جامع للحقوق والحريات، فكيف يمكن حصر هذه الحقوق والحريات في تلك المنصوص عليها في التشريعات الدولية أو المحلية.

1- الدستور :

إن الدستور بوصفه القانون الأسمى وله السيادة، وتلتزم به جميع سلطات الدولة والأفراد، فالسلطة التشريعية تلتزم بالدستور فيما تصدره من تشريعات، والسلطة التنفيذية في تنظيماتها وجميع أفراد المجتمع مخاطبون باحترامه ، و يسمى الدستور في دولة القانون على الدولة ذاتها، فتلتزم بضمان الحقوق والحريات للأفراد في مواجهة سلطتها، ولا يقتصر دور الدستور على تنظيم سلطات الدولة أو تحديد أطار أعمالها، فالدستور هو الأداة الفعالة لحماية الحقوق والحريات في مواجهة الجميع بما فيها السلطة التشريعية.²

ولقد حرصت جل الدساتير على أن تتضمن في جانب منها حقوق وحريات لاسيما تلك المتعلقة بالحقوق المدنية والسياسية والاقتصادية والثقافية، غير أنه ليس مجرد تقرير الحقوق والحريات يجعل لها قيمة حقيقية، فبدون تقرير ضمانات حقيقية لممارسة هذه الحقوق والحريات تعتبر حبرا على ورق، فلذلك نصت معظم الدساتير على هذه الضمانات.

1- حميد شاوش، آسيا بورجية، مرجع سابق، ص17.

2- احمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق و الحريات ، ط 2 ، دار الشروق، مصر، 2000، ص22.

فلقد تضمنت ديباجة دستور الجزائر إشارة واضحة بخصوص سمو الدستور و ضماناته الكفيلة بحماية الحقوق والحريات وأكد على ضمان احترامها، وخصص الفصل الرابع من الدستور للحقوق والحريات من المادة 32 إلى غاية المادة 73.¹

و أولى الضمانات الدستورية لحماية الحقوق والحريات هي:

1- الضمانات السياسية: تختصر في تكريس دولة القانون، واحترام مبادئ الديمقراطية، وإنشاء الأحزاب، وتكريس مبدأ الفصل بين السلطات.²

2- الضمانات الاجتماعية: لا تقل هذه الضمانات أهمية عن الضمانات السياسية حيث تتكامل معها، فهي تضم مبدأ المساواة الذي نصت عليه جميع التشريعات وإعلان الحقوق العالمية والمواثيق الدولية، ويقصد به مساواة المواطنين أمام القانون وفي الحقوق والواجبات العامة دون تمييز بسبب الجنس الأصل أو اللغة أو العقيدة.³

3- الضمانات القانونية: إن الضمانات القانونية هي الحقل الذي تدور في ثناياه الحقوق والحريات، ولعل من أهم هذه الضمانات مبدأ الشرعية والرقابة القضائية؛ ويقصد بمبدأ الشرعية هو تكريس دولة القانون حيث تخضع الدولة بهيئاتها وأفرادها لأحكام القانون وألا تخرج عن حدوده، ويعد هذا المبدأ كسياج منيع يحيط بالبناء القانوني ضد أي اعتداء من جانب السلطة على الحقوق والحريات.⁴

الرقابة القضائية: لا بد من وجود رقابة قادرة على التصدي لخروج السلطة عن القواعد القانونية، ولتحقيق الحرية يتطلب ضرورة قيام توازن بين علاقة الفرد بالسلطة سواء بالسلطة التشريعية أو التنفيذية وذلك لضمان حدوث احترام كافة القواعد القانونية في الدولة من قبل جميع السلطات.⁵

1- أنظر الديباجة و الفصل الرابع من الدستور الجزائري.

2- فريدة مزياي، مرجع سابق، ص15.

3- عليان بوزيان، "القيمة الدستورية لمبدأ العدالة الاجتماعية والحماية القضائية"، دراسة تطبيقية مقارنة على الدساتير العربية الحديثة"، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والانسانية، قسم العلوم القانونية والاقتصادية، العدد10، جوان 2003، د ب ن، ص108.

4- مسعود ختير، "دور مبدأ الشرعية في حماية الحقوق و الحريات"، مجلة الاستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، العدد الحادي عشر، سبتمبر2018، د ب ن، ص165.

5- هاجر العربي، "الدستور ومكانة الحقوق والحريات"، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والانسانية، ع16، جوان 2016، د ب ن، ص194.

وللرقابة صورتين رقابة على تصرفات الإدارة، ورقابة على دستورية القوانين، كما استحدثت المشرع في تعديله الأخير نوعاً آخر من الرقابة وهو مجال دراستنا وهي آلية الدفع بعدم دستورية القوانين.¹

للإشارة فإننا لم نفصل في صور الرقابة لأننا خصصنا لها فرعاً مستقلاً في المطالب اللاحق

2- الإعلانات والمواثيق الدولية:

صدرت في القرن العشرين مواثيق وإعلانات دولية عديدة تنص على الحقوق والحريات وتتضمن آليات حمايتها، ومن أبرزها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر في 10 ديسمبر 1948، وكذلك العهد الدولي بشأن الحقوق المدنية والسياسية، وقد صدر على المستوى الإقليمي الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان والميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب.²

وما يمكن ملاحظته أن هذه المواثيق أكدت على احترام الحقوق والحريات للأفراد ووجوب صيانتها ووضع الضمانات الكفيلة بردع من تسول له نفسه الاعتداء عليها، وكان من المنطقي إحالة الحقوق والحريات إلى القانون الداخلي مجسداً سواء في نصوص دستورية أو تشريعية.

وقد أكد الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في فقرته الثانية في المادة 29 على أنه لا يخضع أي فرد في ممارسة حقوقه وحرياتها لا للقيود التي يقرها القانون مستهدفاً منه حصراً ضماناً لاعتراض الواجب بحقوق وحريات الآخرين، ونصت كذلك المادة الرابعة من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية على: " تقرر الدول الأطراف في هذا العهد بأنه ليس للدولة أن تخضع التمتع بالحقوق التي تضمنها طبقاً لهذا العهد إلا للحدود المقررة في القانون".³

وقد وضعت الإعلانات والمواثيق الدولية قيوداً وشروطاً لتحديد الحقوق والحريات التي تعنى بالحماية وهي تلك المنصوص عليها في التشريعات الداخلية، وهذا ما يجعل الأفراد مقيدين في إثارة الدفع بعدم الدستورية في مجال الحقوق والحريات بالرجوع الي الحقوق والحريات المكفولة قانوناً والمنصوص عليها فقط.

1- هاجر العربي، المرجع نفسه.

2- محمد عبد الله محمد الركن، "التنظيم الدستوري للحقوق والحريات العامة"، مجلة الشريعة والقانون، حولية محكمة، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد الثامن، نوفمبر 1994. ص 381.

3- محمد عبد الله محمد الركن، المرجع نفسه.

المطلب الثاني

عدم حيابة الحكم التشريعي على قرينة دستورية باستثناء تغير الظروف

وضع المشرع الجزائري شرط عدم خضوع الحكم التشريعي للرقابة على دستوريته لكي يمكن أن يكون محلا للدفع بعدم الدستورية.

و يُعد هذا الأمر منطقياً على أساس أنه خلال استقرائنا للمادة 191 من الدستور التي أكدت على أن آراء وقرارات المجلس الدستوري ملزمة لجميع السلطات، وهو ما أكده كذلك النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري وعليه فإن إصدار المجلس الدستوري رأيه في تشريع ما فلا يجوز الطعن فيه عن طريق آلية الدفع بعدم دستوريته لأنه بذلك يحوز على القرينة الدستورية.¹

و استثنى المشرع بعبارة "في حالة تغير الظروف" وهو استثناء عن الأحكام التي سبق أن فصل المجلس الدستوري فيها، وقد فسرها المشرع الفرنسي على أنها الظروف القانونية المتمثلة في التغير الذي يطرأ على القاعدة الدستورية التي سبق وأن قضى بدستوريتها، والظروف الواقعية التي من شأنها أن تؤثر في النص المدفوع بعدم الدستورية بالشكل الذي يجعله متعارضاً مع الدستور.²

ونستخلص ألا يكون الحكم التشريعي خضع لرقابة أولية وجوبية أو اختيارية قبل صدوره أو بناءً على دفع مقدم من طرف الأفراد وهي مجال دراستنا.

ومن جانب آخر فقد قضى المجلس الدستوري الفرنسي بأن مسألة الأولوية الدستورية لا يمكن أن تكون جديدة إلا إذا لم يفحص المجلس الدستوري النص التشريعي محل الدفع من قبل ولم يصدر بشأنه قرار بالمطابقة، و يُعتبر هذا المفهوم للمسألة الجديدة واضحاً جداً ومحدداً لاعتماده على التقدير والفحص ذو الطابع التقني من قبل قضاة الموضوع، إلا أنه في حالة تغير الظروف يمكن أن يثار عدم دستورية نص تشريعي سبق وأن نظر فيه المجلس الدستوري، ويظهر هذا في الدفع الذي تقدمت به مارين لوبان

1- أنظر المادة 71، من النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري، ج رس ع29، الصادرة في 11ماي 2016

2- محمد رحموني، سعاد رحلي، "حق الأفراد في الدفع بعدم الدستورية في ظل القانون العضوي المحدد لكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية"، دفاتر السياسة والقانون، السنة الحادية عشر، المجلد 1، ع1، جانفي 2019، الجزائر، ص77.

والمتعلق بنصوص أقر المجلس الدستوري مطابقتها للدستور، لكن تغير الظروف المحيطة بها التي مست الحياة السياسية والتنظيم المؤسساتي للدولة جعلها من جديد محل دفع بعدم الدستورية.¹

ومن هذا المنطلق تم اعتبار المسألة ذات طابع جديد ونظر فيها المجلس الدستوري، ويقودنا الحديث عن الرقابة على الحكم التشريعي إلى الحديث عن الرقابة على دستورية القوانين وتحديد مصطلح الرقابة وكذلك صور الرقابة وأهم مراحل تطورها في الجزائر وكذلك ذكر أهم المبادئ التي تركزها هاته الرقابة .

الفرع الأول

تحديد مصطلح الرقابة على دستورية القوانين

أولاً: مفهوم الرقابة على دستورية القوانين.

يُقصد بمصطلح الرقابة على دستورية القوانين التحقق من مخالفة القوانين للدستور تمهيداً لعدم إصدارها إذا لم تصدر وإلغائها أو الامتناع عن تطبيقها إن صدرت، فمبدأ سمو الدستور يعني احترام قواعده، وإلا أصبحت مجرد نصائح، وتطابق العمل التشريعي مع أحكام الدستور يعني ضمانا للحقوق والحريات المنصوص عليها.²

فهي وسيلة يكفلها المؤسس الدستوري كضمان لتكون القوانين الصادرة عن السلطة التشريعية والتنفيذية غير مخالفة للدستور، وقد جاء في نص المادة 162 من دستور 89 المعدل والمتمم بالمرسوم 97 بمعنى تطابق العمل التشريعي والتنفيذي مع الدستور وأكدته المادة 191 من التعديل الدستوري 2016 إذا ارتأى المجلس الدستوري عدم دستورية نصا تشريعياً أو تنظيمياً يفقد النص أثره.³

وبحكم أن الرقابة على دستورية القوانين هي ضمان احترام الدستور من قبل السلطات العمومية فهي تتم بأسلوبين من الناحية القانونية، إما عن طريق الرقابة القضائية أو عن طريق الرقابة السياسية.

ثانياً: صور الرقابة على دستورية القوانين

1- محمد بن اعراب، منال شناف ، مرجع سابق، ص16.

2- شهرزاد بوسطيلة ، "مبدأ الرقابة على دستورية القوانين وتطبيقاته في التشريع الجزائري"، مخبر أثر الاجتهاد

القضائي على حركة التشريع، د س ن ، د ب ن ، ص345

3 - أنظر المادة 191 من التعديل الدستوري 2016 ، مرجع سابق.

تتجسد الرقابة على دستورية القوانين في صورتين أساسيتين مختلفتين من حيث الطبيعة والجهة الموكلة لها، بذلك توجد رقابة ذات طبيعة قضائية وأخرى ذات طبيعة سياسية.

إن لحماية الدستور من أي خرق أو انتهاك ولضمان مبدأ سمو الدستور، كان لابد من وضع آلية قانونية لتقوم بهذا العمل وحماية الدستور من أي اعتداء أو انتهاك تقوم به سلطات أخرى عليه ولا سيما السلطة التشريعية.

لذلك يتفق الفقه الدستوري على أن الضمانة الفاعلة والرئيسية لحماية مبدأ سمو الدستور وبالتالي حماية الحقوق والحريات هي تنظيم الرقابة على دستورية القوانين، وعلى الرغم من اختلاف وسائل الرقابة على دستورية القوانين باختلاف الأنظمة الدستورية في الدول المختلفة إلا أنها تؤول بمجملها إلى أسلوبين هما الرقابة السياسية والرقابة القضائية.¹

1- الرقابة القضائية

تتولى في هذا التنظيم سلطة الرقابة على دستورية القوانين هيئة قضائية بفحص القوانين ليتحقق من مطابقة أحكامه مع الدستور، وهذا يشمل الجهة القضائية التي جعل الدستور من اختصاصها الرقابة على دستورية القوانين عندما تكون الرقابة مركزية أي قضاء متخصصاً، ويشمل كذلك المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها عند نظرها بدستورية القوانين عندما تكون الرقابة لا مركزية أي عندما لا يكون هناك قضاء دستوري متخصص.²

ونظراً لما يتسم به القضاء عامةً من الحياد الموضوعي والاستقلالية في أداء مهامه وتوفر المؤهلات القانونية لدى القضاة والتي تسمح لهم بالاضطلاع بمهمة فحص القوانين للتحقق من مدى مطابقتها مع الدستور، فإن الرقابة القضائية على دستورية القوانين هي أفضل وسيلة لحماية أحكام الدستور، وذلك لما يضمنه القضاء من حرية التقاضي وحق الدفاع مما يجعل هذه الرقابة رقابة حقيقية وفعالة.³

1- شهرزاد بوسطيلة، مرجع سابق، ص 345.

2- سليم نعيم خضر الخفاجي، "الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الدساتير العراقية"، مجلة أهل البيت عليهم السلام، جامعة البصرة، ع 8، ص 319.

3- عبد الغاني بسيوني عبدالله، النظم السياسية والقانون الدستوري، الدار الجامعية للطباعة والنشر، مصر، 1997، ص 559.

وتعتبر الولايات المتحدة الأمريكية مهد الرقابة القضائية على دستورية القوانين، وكانت أسبق الدول في ذلك رغم أن دستورها لم ينص صراحة على مبدأ الرقابة القضائية على دستورية القوانين، وتقرر هذا المبدأ أو الحق عن طريق القضاء من جانب وتأييد الفقه من جانب آخر، ويربط فقهاء القانون بين الرقابة القضائية على دستورية القوانين وبين أول حكم للمحكمة الاتحادية الأمريكية حيث أقرت فيه هذا المبدأ وهو حكمها الشهير في قضية ماربوري ضد ماديسون عام 1803.¹

وتتعدد أساليب الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الدول المختلفة، إلا أنه يمكن تقسيمها تبعاً للآثار المترتبة على هذه الرقابة القضائية على دستورية القوانين بطريقة الدعوى المباشرة أو الأصلية والنوع الآخر هو الرقابة عن طريق الدفع بعدم دستورية القوانين.

أ- الرقابة القضائية عن طريق الدعوى الأصلية.

يقصد بها حق القضاء في الحكم بإلغاء القانون المخالف للدستور إذا ما طعن به أمامه، ويترتب على هذا الحكم ببطلان القانون واعتباره كأن لم يكن، ويرفع الطعن بدستورية القوانين أمام محكمة معينة حددها الدستور ويكون حكم هذه المحكمة ملزماً للكافة، وتوصف هذه الطريقة من طرق الرقابة بأنها وسيلة هجومية يبادر بها الفرد ليتخلص بصورة نهائية من القانون غير الدستوري قبل تطبيقه.²

ولا يشترط في هذه الطريقة من طرق الرقابة وجود نزاع معين مرفوع أمام القضاء أو انتظار تطبيق القانون المشكوك فيه لكي يطعن فيه، لذلك توصف هذه الطريقة بالدعوى الأصلية أو المباشرة.

وتعتبر الرقابة القضائية بطريقة الدعوى الأصلية من حيث الأصل رقابة لاحقة ولكنها قد تكون سابقة كما أخذ بها دستور إيرلندا لعام 1938، وتختلف الدساتير التي أخذت بهذا النوع من حيث الجهة القضائية التي يُعهد إليها بهذه المهمة، فمنها من أوكلها إلى أعلى هيئة في هرم النظام القضائي للدولة مثل دستور سويسرا لعام 1874 ودستور كولومبيا لعام 1886 ودستور فنزويلا 1941 والصومال 1960 والسودان 1974، ومن الدساتير من أوكل المهمة إلى المحكمة الدستورية مثل الدستور النمساوي والإسباني والإيطالي والمصري والعراقي.³

1- عبدالقادر بوراس، لخضر تاج، "الدفع بعدم الدستورية في الجزائر بين المكاسب والآفاق مقارنة بالتجربة الفرنسية"، مجلة أبحاث قانونية و سياسية، ع 6، د ب ن، جوان 2018، ص 48.

2 - محمد كامل ليله، القانون الدستوري، دار الفكر العربي، القاهرة، 1981، ص 144.

3 - أنظر عبد الغاني بسيوني، مرجع سابق، ص 534.

ب- الرقابة عن طريق الدفع بعدم الدستورية.

هذه الطريقة من طرق الرقابة على دستورية القوانين وهو امتناع المحكمة عن تطبيق القانون المخالف للدستور إذا تبين لها عدم دستورية بناء على دفع يقدمه صاحب المصلحة أو من تلقاء نفسها، في دعوى مرفوعة أمامها وذلك بتغليب حكم القانون الأعلى على القانون الأدنى في سلم التدرج التشريعي للنظام القانوني في البلاد أما إذا تبين لها صحة القانون وموافقته مع الدستور فإنها تطبقه على الدعوى المعروضة أمامها، ولا يهم نوع القضية المرفوعة أمام القضاء سواء كانت مدنية أو تجارية أو جنائية أو إدارية أو قضايا أحوال الشخصية، لأن اختصاص المحكمة في هذه الحالة يعتبر متفرعاً من الدعوى الأصلية المنظور فيها، فهو طريق غير مباشر للطعن في دستورية قانون.¹

وتثبت هذه الرقابة لجميع المحاكم في النظام القضائي على اختلاف أنواعها ودرجاتها، وأحسن مثال علي هذا النوع هو النظام الدستوري الأمريكي، كما أنه أخذ بهذه الطريقة العديد من الدساتير الدولية مثل الدستور الروماني والبرتغالي والياباني أما الدول التي استقر قضائها على اعتماد هذا النوع من الرقابة على دستورية القوانين دون أن ينص دستورها على ذلك ألمانيا، اليونان، النرويج وكندا وأستراليا.²

هذا النوع من الرقابة الذي يتقارب في تسميته موضوع دراستنا، والذي يختلف عنه من حيث الشروط والإجراءات والجهات التي تنظر في دستورية القانون من عدمه، فكل طريقة منهما تنتمي إلى أسلوب مغاير من أساليب الرقابة على دستورية القوانين.

2- الرقابة السياسية:

يقصد بالرقابة السياسية على دستورية القوانين أن يُسند الفصل في دستورية الأحكام التشريعية إلى جهة سياسية تقوم بفحص والتحقق من دستورية القوانين قبل صدورها.

1- عبدالمنعم بن احمد، خرشي عبد الصمد رضوان، "أهمية الرقابة القضائية على دستورية القوانين كأداة في يد السلطة القضائية في مواجهة السلطة التشريعية"، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور بالجلفة، ع4، د س ن ، ص6.

2 - سليم نعيم خضر الخفاجي، مرجع سابق، ص323.

تقوم بالرقابة السياسية على دستورية القوانين هيئة سياسية أو تقوم بها الهيئة التشريعية في حد ذاتها.¹

أ- الرقابة عن طريق المجلس الدستوري: يعود الفضل في هذا النوع من الرقابة إلى فرنسا وترجع نشأته إلى عهد الثورة الفرنسية، حيث شهدت الرقابة السياسية عدة تغيرات إلى أن استقرت على الوضع الحالي بصدور دستور الجمهورية الخامسة لسنة 1958 الذي أسند مهمة الرقابة إلى المجلس الدستوري وهو هيئة سياسية دستورية منفصلة عن باقي السلطات الأخرى في الدولة، له صلاحية مراقبة دستورية القوانين والسياسة على إقرار مبدأ سمو الدستور تطبيقاً لمبدأ الفصل بين السلطات، والوقوف دون تعدي سلطة على اختصاص سلطة أخرى وقبل ذلك حفظ الحقوق والحريات للأفراد في مواجهة السلطة العامة، لذا تعرف بالسلطة الوقائية، وتتشكل هذه الهيئة عموماً من أعضاء معينين وأعضاء منتخبين أو منهما معاً.²

ب - الرقابة عن طريق البرلمان: تعتبر هذه الطريقة من مميزات الأنظمة الاشتراكية إذ يُعهد إلى السلطة التشريعية بالنظر إلى مدى مطابقتها للتشريعات لأحكام الدستور بذلك، فهو يُعهد إلى الجهة مُصدرة التشريع لتراقب مطابقتها مع أحكام الدستور، هذا النوع من الرقابة فيه ضمان للاستقرار التشريعي في البلاد إذ أنه يمنع التضارب بين الآراء وتقادي سوء التفاهم بين التشريعات، رغم ذلك فهي رقابة ذاتية مما يجعل الأمل في فعاليتها ضعيفاً كون الرقابة هنا تنصب على التشريعات التي يصدرها البرلمان في حد ذاته، وهو بذلك يجمع بين صفتي الخصم والحكم في نفس الوقت؛ ومن بين الدساتير التي اعتمدت على السلطة التشريعية كأداة رقابة على دستورية القوانين دستور الاتحاد السوفياتي 1977 والدستور البلغاري 1974 وكذلك اليوغسلافي³.

ثالثاً: تطور الرقابة على دستورية القوانين في الجزائر.

تُعتبر الجزائر من الدول التي تأخذ بالرقابة السياسية عن طريق المجلس الدستوري في الرقابة على دستورية القوانين، هذه الهيئة التي عرفت أول مرة في فرنسا أنشأت من أجل النظر في مطابقتها التشريعات التي تصدرها الهيئة المختصة مع أحكام الدستور وتطبيقاً لمبدأ الفصل بين السلطات والوقوف دون تعدي سلطة على أخرى .

1- شهرزاد بوسطيلة ، مرجع سابق، ص351.

2- شهرزاد بوسطيلة ، مرجع سابق، ص351.

3 - شهرزاد بوسطيلة ، نفس المرجع.

وقد عرفت هذه الأخيرة تطوراً منذ الاستقلال إلى يومنا هذا، وقد مرت بمراحل عدة، إذ يعود أول ظهور للمجلس الدستوري بعد الاستقلال في دستور 1963 إذ نص في المادة 63 على إنشاء المجلس الدستوري وأسند إليه في المادة 64 مهمة الفصل في دستورية القوانين والأوامر التشريعية بطلب من الرئيس أو من رئيس المجلس الشعبي الوطني، لكنه بقي حبراً على ورق نظراً للظروف التاريخية والسياسة في ذلك الوقت.¹

ولم يظهر أي أثر للمجلس الدستوري في دستور 1976، فقد خلت المؤسسات الدستورية من هذا الجهاز، إذا لم يكن هناك نص صريح في الرقابة على دستورية القوانين كون الدولة آنذاك تبنت النظام الاشتراكي ونظام الحزب الواحد الذي كان مبتعداً كل البعد عن مبدأ الفصل بين السلطات، واكتفى المشرع بإسناد مهمة المحافظة على الحريات والحقوق إلى القضاء.²

بعد الإصلاحات التي عرفها النظام في الجزائر وتعديل الدستور 1989 وإقرار التعددية الحزبية وتبني مبدأ الفصل بين السلطات، تم إنشاء المجلس الدستوري، متمتعاً بصلاحيات عدة في مقدمتها الرقابة على دستورية القوانين والمعاهدات والتنظيمات، ورقابة صحة الاستشارات السياسية بموجب قرار بناءً على إخطار من رئيس الجمهورية.³

تدارك المشرع في دستور 1996 نقائص دستور 89 وأقر بفكرة القوانين العضوية ونظم العلاقة بين البرلمان والحكومة وسير غرفتي البرلمان وقوانين الأحزاب وخصهم بالرقابة السابقة على إصدارهم.

وقد جاء التعديل الدستوري لسنة 2016 بتعديلات هامة تتعلق بتوسع عملية الإخطار لتتعدى إلى الوزير الأول وكذلك 50 نائباً و ثلاثين عضواً من مجلس الأمة، وتبنى أيضاً فكرة الرقابة على دستورية القوانين عن طريق الدفع وهي مجال دراستنا.

الفرع الثاني

أهم المبادئ التي تركزها الرقابة على دستورية القوانين

- 1 - السعيد بوشعير، المجلس الدستوري في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2012، ص7.
- 2 - شهرزاد بوسطيلة، مرجع سابق، ص353.
- 3- أنظر المادة 153، 158، 159، من المرسوم الرئاسي رقم 89-18، مؤرخ في 28 فبراير 1989، يتعلق بنشر التعديل الدستوري الموافق عليه في الاستفتاء، 23 فبراير 1989، الجريدة الرسمية ع235، الصادرة في 29 فبراير 1989.

إن الرقابة على دستورية القوانين هي التحقق من مخالفة القوانين للدستور، وقد تعمل هذه الآلية من أجل تكريس مبادئ نذكر أهمها وهو مبدأ سمو الدستور وكذلك مبدأ الفصل بين السلطات

أولاً: سمو الدستور: أجمع الفقه على الإقرار بمبدأ سمو الدستور وعلو أحكامه على كافة القواعد القانونية في الدولة فهو يسمو ويعلو ويسود على كل ما عداه من قوانين الدولة سواء كان مدوناً أو غير مدون.¹

ويقصد بسمو الدستور اعتبار الدستور القانون الأعلى في الدولة لا يعلوه قانون آخر، هذا السمو أصبح مبدأ عاماً سواء نصت عليه الدساتير أم لم تنص، وبناءً عليه فإن الدستور يتمتع بعلوية على الحكام وعلى قوانين الحكام، ويتوجب على السلطات العامة الالتزام بقواعد الدستور وأحكامه، فتسري القاعدة الدستورية على الحكام والمحكومين على حد سواء باحتلاله قمة الهرم القانوني في الدولة.²

تعود فكرة سمو الدستور في أصلها النظري إلى كتابات مفكري العقد الاجتماعي في القرنين السابع عشر والثامن عشر، وظهرت على صعيد الواقع بعد انتصارات كل من الثورة الأمريكية والفرنسية، ويرتكز هذا المبدأ على التمييز بين القواعد الدستورية والقوانين العادية من خلال معيارين أولهما موضوعي حيث يختلف موضوع القوانين الدستورية عن القوانين العادية، فالدستور ينصب على تنظيم الحكم في الدولة، أما القوانين الأخرى فإن اهتمامها ما دون ذلك، والمعيار الآخر شكلي يقتضي أن تصدر القوانين الدستورية بطريقة مختلفة عن تلك التي تصدر بينها القوانين العادية.³

ويفيد مبدأ سمو الدستور خضوع القوانين العادية وفقاً لقاعدة تدرج بين القواعد القانونية في الدولة والتي بمقتضاها يعلو الدستور على جميع القواعد القانونية الأخرى، مما ينبغي أن تلتزم سلطات الدولة بالتحديد بأحكامه وإلا عدت تصرفاتها غير مشروعة، ويلاحظ أن مبدأ سمو الدستور لا يسود إلا في الأنظمة الديمقراطية، وهو شبه معدوم في الأنظمة الديكتاتورية، لأن هذه الأنظمة لا تعترف أصلاً

1- أحمد كامل الليلة، النظم السياسية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1961، ص111.

2- سنبل عبد الجبار أحمد، "مبدأ سمو الدستور و كفاءة احترامه دراسة مقارنة"، مجلة كلية القانون، للعلوم القانونية والسياسة، د س ن، د ب ن، ص291.

3- هاني علي الطهراوي، النظم السياسية و القانون الدستوري، ط1، دار الثقافة، الأردن، 2008، ص 352.

بالدستور أو بغيره من القوانين، ومن هنا يمكن القول أن مبدأ سمو الدستور مقرر بطبيعته أي أنه لا يحتاج الي نص دستوري ليقرره فهو معتبر ولولم يرد نص بشأنه.¹

سبقت الإشارة أن سمو الدستور يتضمن جانبين موضوعي وشكلي، فالأول تسند في سموه وعلوه إلى موضوع القواعد الدستورية ومضمونها والتي تدور بصفة رئيسية حول نظام الحكم في الدولة والسلطات العامة فيها حيث تشكيلها وتحديد الاختصاص وعلاقتها بعضها ببعض من ناحية وبالأفراد من ناحية أخرى²، والسمو الموضوعي لا ينحصر في دساتير معينة بل هو عام في جميع الدساتير مكتوبة أو عرفية، جامدة أو مرنة، أما سمو الشكلي فيرتبط بالشكل والإجراءات التي توضع بها القواعد الدستورية، وبالتالي لا يتحقق هذا سمو إلا اذا كان مكتوباً وجامداً، ومن ثمة فهو يختلف من دولة إلى أخرى باختلاف النظام الدستوري فيها وباختلاف الأساليب والاجراءات التي توضع بينها الدساتير وتعديل، لذلك فالسمو الشكلي إذن يسمح بضمان احترام الدستور وتنظيم الرقابة على دستوريته.³

وقد نص المشرع الجزائري في ديباجة الدستور بأن الدستور فوق الجميع وهو القانون الأساسي الذي يضمن الحقوق والحريات كما أنه يكفل الفصل بين السلطات.⁴

ثانيا: مبدأ الفصل بين السلطات

إن أساس تبني مبدأ الفصل بين السلطات هو ضرورة إقامة نوع من التوازن داخل مؤسسات الدولة في علاقتها مع بعضها وفي علاقتها بالأفراد للحفاظ على الحقوق والحريات، وذلك بعدم تركيز السلطات في يد شخص واحد أو هيئة واحدة ، فتقسيم السلطات وتوزيعها وعدم تركيزها يؤدي إلى منع الاستبداد ، و قد عرف هذا المبدأ الفقيه أيزمان "بأنه المبدأ الذي يقتضي إسناد خصائص السيادة التي تختلف بعضها عن بعض إلى الأفراد أو الهيئات المختلفة، ومستقلة عن بعضها البعض كذلك، ولما كانت الأمة هي مصدر السلطة فهي التي تسند هذه الخصائص المختلفة والمستقلة إلى الهيئات المختلفة والمستقلة".⁵

1- سنبل عبد الجبار أحمد، مرجع سابق، ص294.

2- ماجد الحلو المتولي، القانون الدستوري، مؤسسة شباب الجامعة، دمشق، 1976، ص12.

3 - ثروت بدوي، النظام الدستوري العربي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1964، ص19.

4 - أنظر ديباجة الدستور الجزائري.

5- علوان عبد الكريم، النظم السياسية والقانون الدستوري، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 1999، ص217.

كما يعد مبدأ الفصل بين السلطات أحد أهم الركائز الأساسية التي تستند إليها فكرة الدولة القانونية وأحد أهم ضمانات الحرية في الدول الديمقراطية، فهو يوازن بين ضرورة السلطة و ضمانات الحقوق والحرريات ، وقد اختلف الفقهاء بشأن الفهم الصحيح لمبدأ الفصل بين السلطات، فالبعض فهمه على أنه فصل مطلق بين السلطات لوضع حد نهائي للاستبداد والتعسف، بمعنى أن مبدأ الفصل بين السلطات يقوم على توزيع وظائف الدولة الثلاثة التشريعية والتنفيذية والقضائية على هيئات ثلاث تتولى كل منها وظيفتها المحددة بشكل مستقل عن السلطتين الأخرين استناداً إلى حقيقة مفادها أن تجميع السلطة في جهة واحدة يحد من الحرية ويقضي عليها لأن السلطة المطلقة مفسدة مطلقة.¹

فهو لا يعني مجرد تقسيم الوظائف أو توزيع أعضاء الحكومة، ولكن القصد منه أن تكون كل سلطة من سلطات الدولة مستقلة عن الأخرى، وبمعنى أدق ألا يجتمع التشريع والتنفيذ في يد سلطة واحدة.

وقد فهمه البعض وهم الأغلبية على أنه فصل مرن بين السلطات فصلاً مع التعاون والرقابة المتبادلة بين السلطات، وبأنه توزيع وظائف الدولة التشريعية والتنفيذية والقضائية على مؤسسات مستقلة عن بعضها البعض ومتوازنة.²

لذلك فإن معظم الأنظمة السياسية إن لم نقل كل الأنظمة تقوم في تنظيمها على مبدأ الفصل بين السلطات أي الفصل في وظائف الدولة، ويعود الفضل للفقير مونتسكيو في ابراز هذا المبدأ الأساسي في تنظيم العلاقة بين سلطات الدولة، ولقد سعت جميع الدول الي تطبيق هذا المبدأ في دساتيرها، حيث طبقتة إنجلترا في دستورها العرفي وفرنسا بعد الثورة 1789، ودستور الولايات المتحدة الأمريكية 1787.

ويعتبر مبدأ الفصل بين السلطات ضماناً و ركيزة أساسية لضمان الحقوق والحرريات للأفراد إضافة إلى أنه يعمل على إبعاد السلطة الاستبدادية.

وقد وضع الفقهاء مجموعة من المبررات التي عجلت بالمناداة بتطبيق هذا المبدأ، يمكن أن نجمل أهم هذه المبررات في منع الاستبداد والطغيان لأن جمع السلطة في يد واحدة يؤدي إلى الطغيان والفساد، وتتجلى هذه المبادئ في مبدأ تقسيم العمل والتخصص وكذلك حماية الحقوق والحرريات العامة ومبدأ

1- علوان عبد الكريم ، المرجع نفسه.

2 - كرازي الحاج، الفصل بين السلطات في النظام الجزائري، اطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2014-2015.

شرعية الدولة وذلك لكفالة احترام القانون وتطبيقه تطبيقاً سليماً وعادلاً، وشرعية الدولة تعني خضوع الجميع حاكماً ومحكوماً وسلطات للقانون بخلاف الاستثناء بالسلطة الذي يؤدي إلى عدم استقرار القوانين والاستهتار بها.¹

المطلب الثالث

اتسام الدفع بالجديّة

اشترط المشرع لقبول الدفع بعدم الدستورية أن يتسم بالجديّة، وسنتطرق من خلال هذا المطلب إلى تحديد معيار الجديّة وكذلك دور القاضي في تحديد الجديّة وفي الأخير نذكر أهمية تحديد الطابع الجديّ للدفع.

الفرع الأول

تحديد معيار الجديّة

رغم اشتراط المشرع لطابع جديّة الدفع إلا أنه لم يحدد معايير مضبوطة ولم يحسم في هذه الجزئية التي قد تفتح باب التأويل، وكان من الأخرى على المشرع أن يحدد ضوابط ومعايير الجديّة ليسد الذرائع على كل تأويل من جهة، ومن جهة أخرى غلق باب التعسف الذي قد يقع فيه قضاة الموضوع أو قضاة الدرجات العليا استثناءً أو نقض.

ولتوحيد التعامل مع هذا الشرط ولسد منافذ الانحراف في استعماله يجب أن نأخذ بأحد الآراء الفقهية التي تكفل بوضعها فقه القانون الدستوري في تحديد جديّة الدفع ويقصد به أمرين:

1- أن يكون الفصل في المسألة الدستورية لازماً للفصل في الدعوى الموضوعية.

2- ضرورة قيام شك حول دستورية النصوص المدفوع بعدم دستورتها.

كما اعتبر بعض الفقهاء أنه يستفاد من معنى الجديّة أنها تنتهي إلى استبعاد الدفوع الكيدية كأن يتعلق الدفع بنص لا ينطبق على الواقعة محل النزاع حتى وإن ورد في ذات القانون، وكذلك الدفوع التي لا تكون مؤثرة في الفصل في الدعوى.¹

1- عبدالحليم مرزوقي، صالح بنشوري، "التعديل الدستوري الجديد ومبدأ الفصل بين السلطات"، مجلة العلوم القانونية و السياسية، ع14، أكتوبر 2016، ص52.

الفرع الثاني

دور القاضي في تحديد الجدية

سبقت الإشارة أن المشرع لم يحدد معياراً للجدية أو تعريفاً معيناً، و لكن يمكن استنتاج خصوصية هذا القيد من خلال وجود علاقة بين الدفع المثار و أساس النزاع بأن يكون الدفع ضرورياً و لازماً لإنهاء الخصومة، و يبدو من محددات الطابع الجدي للدفع أنه خلاصة القيود و العامل الذي تجتمع عنده كل الشروط، و لذلك يعتبر تقدير جدية الدفع جوهر التصفية القضائية، و يملك القاضي السلطة التقديرية في النظر في الدفع المثارة أمامه و تقرير جديتها متى تأكد لديه اجتماع الشروط المذكورة، مما يولد لديه شكوكاً بأن الحكم التشريعي المطعون فيه يحتمل شبهة عدم الدستورية.²

ويتضح أن طبيعة تقدير جدية الدفع تدفع القاضي إلى ممارسة اختصاص يلامس حدود القضاء الدستوري، حيث يكون قاضي الدفع قناعتته من مدى تأسيس ملف الدفع من خلال فحص جميع القيود المتعلقة بموضوع الدفع لا سيما أهميته لحسم أصل النزاع و احتمال مخالفته للدستور مما يجعل حدود الاختصاص القضائي تقترب من حدود اختصاص المجلس الدستوري، حيث يقرر القاضي قبول الدفع من عدمه، بينما لا يقرر المجلس الدستوري دستورية الدفع من عدمه، حيث أن المجلس الدستوري الفرنسي اتخذ موقفاً مبدئياً في القرار الأول لمسألة أولوية الدستورية، فقد رأى أنه ليس من اختصاصه التحقق ما إذا كان النص التشريعي مطبقاً على النزاع أم لا، حيث يجب التحقق من هذا الشرط عن طريق القضاة المعروض عليهم الأمر.³

1- عبد القادر بوراس، لخضر تاج، مرجع سابق، ص59

2- محمد أمين أوكيل، "عن دور القضاء في تفعيل آلية الدفع بعدم الدستورية في الجزائر دراسة مقارنة"، حوليات جامعة الجزائر، ع32، ج2، جوان 2018، ص117.

3- منصور محمد أحمد، مرجع سابق، ص155.

كما جعل المشرع قضاة الجهات القضائية هم من يقوم بعملية تصفية الدفوع قبل إحالتها إلى المجلس الدستوري وتكون التصفية إما مزدوجة أو وحيدة، فإذا تم تقديم الدفع أمام المحاكم الدنيا فهي تخضع لازدواجية التصفية وإذا قدم الدفع أمام محاكم النقض (المحكمة العليا ومجلس الدولة) فهي تخضع لعملية التصفية الوحيدة.¹

الفرع الثالث

أهمية تحديد جدية الدفع

يكتسي تحديد جدية الدفع أهمية كبيرة في ضبط وعقلنة الدفوع وتفادي الكيدية منها من قبل المواطنين، مما يمكّن المجلس الدستوري من الانصراف إلى جوهر عمله المتمثل في مراقبة دستورية القوانين و كذلك عدم ائقاله بالدفوع التي لا تتسم بالجدية و إبعاد الدفوع التي يثيرها الأطراف من أجل تعطيل إجراءات التقاضي أو إبطالها أو الإضرار بالمتقاضي أو الخصم.

ومن جانب آخر عدم إئقال الجهات القضائية في عملية التصفية والإحالة، وبحكم طبيعة المجلس الدستوري ومحدودية أعضائه يدعوننا إلى القول بأن عنصر الجدية من أهم الشروط التي وضعها المشرع وذلك من أجل عدم ائقال المجلس الدستوري بهذه الدفوع وبذلك استبعاد كل المسائل النزوية التي تهدف في الغالب إلى المماطلة والتسويق.²

وتجدر الإشارة أنه وخلال سنة من تطبيق هذا النظام في فرنسا أصدر كل من مجلس الدولة والمحكمة العليا 527 قرار في مادة مسألة الأولوية الدستورية، قرروا على إثرها إحالة 124 مسألة إلى المجلس الدستوري وعدم إحالة 403 مسألة، وتعد نسبة الاحالة منخفضة مقارنة بعدم الإحالة، حيث أنه في كل أربع مسائل تطرح على جهات النقض تحال مسألة واحدة فقط.³

1- سعاد طيبي عميروش، "توسيع سلطة إخطار المجلس الدستوري في الرقابة على دستورية القوانين، تحديات و رهانات"، حوليات جامعة الجزائر 1، العدد 33، الجزء الأول، مارس 2019، ص 365.

2- منصور محمد أحمد، مرجع سابق، ص 156.

3 - محمد اعراب، منال شناف، مرجع سابق، ص 17.

ملخص الفصل الأول:

أدرج المؤسس الدستوري الجزائري آلية الدفع بعدم الدستورية القوانين في المادة 188 من التعديل الدستوري 2016، وتطبيقاً لهذه المادة أصدر القانون العضوي 16-18 المحدد لشروط وكيفيات تطبيق آلية الدفع بعدم الدستورية، ويكون بذلك قد ضبط الشروط والقيود الشكلية والموضوعية لقبول إثارة الدفع بعدم الدستورية القوانين.

من الجانب الشكلي، اشترط المشرع أن يُثار الدفع بعدم الدستورية بمناسبة نزاع قائم أمام القضاء بموجب مذكرة منفصلة عن الدعوى الأصلية، كما حدد الأشخاص المخولين قانوناً لإثارة هذا الدفع والمتمثلين أساساً في طرف الدعوى.

بالإضافة إلى الجهة التي يُثار أمامها الدفع بعدم الدستورية التي حددها بكل الجهات القضائية التابعة للقضاء العادي والاداري باستثناء المحكمة الابتدائية الجنائية، وسكت عن إبراز أي دور لمحكمة التنازع في مجال الرقابة على دستورية القوانين عن طريق آلية الدفع.

وبخصوص الجانب الموضوعي، فقد اشترط المشرع أن يكون الحكم التشريعي محل المتابعة ينتهك الحقوق والحريات، و أن لا يكون الحكم التشريعي حائزاً على القرينة الدستورية إلا بتغير الظروف، وأن يتسم هذا الدفع بالطابع الجدى.

الفصل الثاني ◀

**الإجراءات المطبقة على آلية الدفع
بعدم دستورية القوانين**

تخضع آلية الدفع بعدم دستورية القوانين إلى إجراءات مزدوجة ، تكون في بادئ الأمر أمام الجهات القضائية التي تنظر في مدى توفر شروط قبول الدفع بعدم الدستورية و التي تحيل هذه الأخيرة بدورها الدفع بعدم الدستورية، إلى المجلس الدستوري لينظر في دستورية الحكم التشريعي من عدمه ، وقد قسمنا هذا الفصل الاجرائي إلى مبحثين تناولنا في المبحث الأول الإجراءات المطبقة أمام الجهات القضائية، أما المبحث الثاني فقد خصصناه إلى الإجراءات المطبقة أمام القضاء الدستوري.

المبحث الأول

الاجراءات المطبقة أمام الجهات القضائية

يخضع الدفع بعدم دستورية القوانين إلى جانب إجرائي أمام الجهات القضائية قبل إحالته من عدمه إلى المجلس الدستوري و قد عالجتنا هذه الإجراءات من خلال ثلاث مطالب ، تطرقنا في المطلب الأول إلى نظام تصفية الدفوع، وخصصنا المطلب الثاني إلى تطبيق الإجراءات أمام الجهات القضائية الدنيا في الجزائر، و درسنا في المطلب الثالث تطبيق الإجراءات أمام الجهات القضائية العليا في الجزائر.

المطلب الأول

نظام تصفية الدفوع

حرصاً على وصول الدفوع المؤسسة فقط إلى المجلس الدستوري وعدم إقبال كاهله بالدفوع التي لا تتوفر على الشروط المتطلبة، وعدم تعسف المتقاضين وتماديهم، أقر المشرع الجزائري صراحة من خلال نص المادة 188 من الدستور وكذلك في المادة 7 و 8 من القانون العضوي 16-18 نظام تصفية الدفوع، بمعنى أن الجهات القضائية التي يُثار أمامها الدفع هي التي تراقب توفر الشروط، فلا يحق للأفراد إثارة هذا الدفع مباشرة إلى المجلس الدستوري، وهنا يبرز الدور الكبير الذي منحه المشرع إلى قضاة الموضوع.

حيث تقوم الهيئات القضائية على جميع المستويات بمراقبة أولية للدفوع للتأكد من مدى جدية الدفع وتوفير الشروط المطلوبة لإثارته.

و لإثراء هذا الجانب من الموضوع سندرس نظام تصفية الدفوع في الأنظمة المقارنة وفي الجزائر

حيث أنه و بحكم حداثة هذه الآلية في الجزائر و للاستفادة أكثر خاصة في الجانب الإجرائي نستعين بالأنظمة المقارنة التي كان لها السبق في هذا المجال ، حيث أن القانون العضوي 16-18 دخل حيز التنفيذ في 7 مارس 2019، ولم يذكر إلى حد الآن أي دفع مقدم أمام الجهات القضائية في الجزائر.

الفرع الأول

درجات نظام تصفية الدفوع في الأنظمة المقارنة

لا تخول آلية الدفع بعدم الدستورية للأطراف تحريك المجلس الدستوري مباشرة، ومن أهم أسباب عدم اتصال الأفراد بالمجلس الدستوري مباشرة يمكن الإشارة إلى عدم وإثقاله بالدفوع التي تفتقد إلى معايير الجدية والقبول، وعدم استعمال هذا الحق للمماطلة والإضرار بالمتقاضين.

لذلك تضع التشريعات المقارنة قيودا على تفعيل ممارسة الدفع بعدم الدستورية، تقضي بإقامة نظام تصفية طلبات الدفوع أمام الجهات القضائية التي أثير أمامها الدفع بعدم الدستورية لدراسة مدى توفر الشروط الشكلية والموضوعية والاجرائية التي يحددها القانون لصحة هذا الدفع، وفحص مدى جدية هذا الدفع، والتي تتمحور حول اعتبار حول الفصل في دستورية القانون المعني لازما للفصل في الدعوى الأصلية، علاوة على ضرورة قيام شك باحتمال عدم دستورية النصوص المطعون فيها، أي أن تكون فرضية انتهاك الحكم التشريعي لأحكام الدستور قائمة.¹

وتتخذ أنظمة تصفية طلبات الدفع بعدم الدستورية أكثر من نموذج واحد، فرغم أن القوانين المقارنة أنها تتفق على استبعاد خيار الطعن المباشر أمام المجلس الدستوري، لضرورة مرور الدفع وجوبا أمام الجهات القضائية قبل الإحالة أو تقديمه للمجلس الدستوري، إلا أنها تختلف في نظام خضوعه للتصفية، إذ قد تتم عبر درجة واحدة أو تتطلب درجتين.²

1- محمد أمين أوكيل، "نظام تصفية الدفوع بعدم الدستورية في القوانين المقارنة وفق تطبيقه في الجزائر"، مجلة صوت القانون، ع 8، د ب ن، 2017، ص12.

2- محمد أمين أوكيل، المرجع نفسه.

أولاً: نظام تصفية الدفوع بعدم دستورية القوانين على درجة واحدة.

1- نظام تصفية الدفوع في تونس.

تقتضي تصفية الدفوع بعدم الدستورية عبر مرحلة واحدة قيام الهيئة القضائية التي أثير الدفع أمامها بإحالتها على المحكمة الدستورية بدراسة شروط وفحص جديته ثم الفصل في موضوعه، كما قد يتخذ نظام التصفية على درجة واحدة نمطا آخر مؤداه تخويل صاحب المصلحة من تقديم طلبه مباشرة أمام المحكمة الدستورية بعد دراسته وخضوعه للفحص عبر إحدى الجهات القضائية.¹

إن إحالة الدفع مباشرة على المحكمة الدستورية من طرف الجهة القضائية التي أثير أمامها الدفع والتي تعرض أمر التحقق من صحة شروط أسس جديته على هيئة خاصة تقوم بتعيينها، وذلك قبل نظرها في دستورية القانون محل الدفع أمامها، حيث أن القانون الأساسي للمحكمة الدستورية في تونس ينص في الفصل 56 أنه على المحاكم عند إثارة الدفع بعدم دستورية القوانين أمامها إحالة المسألة فورا الى المحكمة الدستورية، وأنه لا يجوز الطعن في قرار الاحالة بأي وجه من أوجه الطعن ولو بالتعقيب.²

يبدو من خلال الفصل 56 المذكور أعلاه اقتصار سلطة المحاكم التي تنتظر في دعوى الموضوع على إجراء الإحالة على المحكمة الدستورية دون إمكانية النظر في طابع الجدية.

يتميز النموذج التونسي بتصفية الدفوع بعدم الدستورية باستثناء الهيئات القضائية من سلطة النظر في جدية الدفع، بحيث تنوب عنها هيئة مختصة تعينها المحكمة الدستورية بموجب نص الفصل 59 من القانون الأساسي للمحكمة الدستورية التونسية، حيث تنص هذه المادة على: " تحدث لدى المحكمة الدستورية بقرار من رئيسها لجنة خاصة أو أكثر تتركب من ثلاثة أعضاء من ذوي الاختصاص في القانون توكل لهم مهمة التثبت في مدى احترام مذكرة الدفع بعدم الدستورية لموجباتها الشكلية والاجرائية"

وبذلك فقد انتهج المؤسس التونسي نظام التصفية الذاتية، هذا النموذج الذي يجنب الجهات القضائية اختصاص النظر في دستورية القوانين.³

1- هدى إيراين ، مرجع سابق ، ص20.

2- قانون أساسي رقم 50 مؤرخ في 3 ديسمبر 2015 يتعلق بالحكمة الدستورية، الرائد الرسمي رقم 98، مؤرخ في 8 ديسمبر 2015.

3 - أنظر، المادة 59 من القانون الأساسي رقم 50، مرجع سابق.

يسمح خيار الإحالة الفورية بتسريع وتيرة الإجراءات وعدم عرقلة سير الدعوى أمام محاكم الموضوع، مما يتيح إمكانية صدور الأحكام في أقصر الآجال ، إلا أن الإشكال الجوهرى الذي يطرحه نظام التصفية الذاتية هو تدفق طلبات الدفع المحالة للجنة المختصة بالتصفية الذي سينقل عبء التحقق من استيفاء جميع الشروط فضلا عن فحصها أوجه الجدية في تلك الدفوع قبل تقرير عرضها على المحكمة الدستورية.¹

2- نظام تصفية الدفوع في مصر.

يقوم نظام تصفية الدفوع في مصر على رفع الدعوى أمام المحكمة الدستورية بعد تصفية الدفع أمام القضاء بدون إحالة، فقد خول المشرع المصري الذي كان سابقا في إنشاء المحكمة الدستورية بمقتضى دستور 1979 وأناطها بالنظر في دستورية القوانين، وأحال على القانون مسألة تحديد اختصاصاتها بما في ذلك النظر في الدفع بعدم الدستورية إلى صاحب الدعوى مكنة تقديم دفعه بنفسه مباشرة أمام المحكمة الدستورية بدلاً عن إحالته من طرف الجهات القضائية التي أثرت أمامها آلية الدفع، وهذا حسب نص المادة 29 التي مكنة لصاحب الدفع تقديم طلبه أمام المحكمة الدستورية.²

إذا تبين لمحكمة الموضوع أو أي جهة قضائية، عدم دستورية نص قانوني أو لائحة أثير أثناء نزاع معروض أمامها شرط أن تتمحص من جدية الدفع و مدى لزومه للفصل في النزاع المعروض على القضاء، فإن تحققت من جدية الدفع أمرت بوقف الدعوى الأصلية و إصدار قرار لصاحب الدفع يمكنه من الدفع أمام المحكمة الدستورية.³

تكمن أوجه التشابه بين ما أصدره المشرع التونسي والمصري في نظام تصفية الدفوع في إثارته أمام الجهات القضائية واعتماده على نظام التصفية الوحيدة ، إلا أنهما يختلفان في الجهة التي تقوم بالتصفية، على أساس أن المشرع التونسي أوكل هذه العملية إلى هيئة تابعة للمحكمة الدستورية بعد الإحالة من الجهات القضائية، أما المشرع المصري فأعتمد على تصفية الدفوع أمام الجهات القضائية التي يثار أمامها هذا الدفع ثم تكون الإحالة من طرف صاحب الدعوى.

1- محمد أمين أوكيل، مرجع سابق ، ص14.

2- قانون رقم 48 لسنة 1979، المتعلق بالمحكمة الدستورية العليا، ج ر36، مؤرخة في 6 سبتمبر 1979، المعدل بالقانون رقم 168 لسنة 1998، ج ر28 مكرر، مؤرخة في 11 جويلية 1998 المعدلة بالقانون رقم 184 لسنة 2008 ج ر25 مكرر مؤرخة في 22 جوان 2008.

3- محمد أمين أوكيل ، مرجع سابق، ص15.

ثانيا: نظام تصفية الدفوع المزدوج

اعتمدت الكثير من التشريعات المقارنة على ازدواجية تصفية الدفوع، من خلال التحقق من توفر الشروط اللازمة وكذلك التمحيص في مدى جدية الدفع الذي يعتبر أهم شرط لإثارة الدفع بعدم الدستورية وكذلك الحكم التشريعي المطعون في دستوريته بحسم النزاع ثم الإحالة من الجهات القضائية العليا إلى القضاء الدستوري ، و يعرف هذا النظام نموذجين مختلفين بحيث يمكن للجهات القضائية التي أُثير أمامها الدفع التثبت من استيفائه كامل الشروط ثم إحالته إلى الجهات القضائية العليا للتحقق من جدية الدفع كما هو الشأن في فرنسا والمغرب¹ .

1- نظام تصفية الدفوع بعدم الدستورية في المغرب

ينص الفصل 133 من الدستور المغربي لسنة 2011 على آلية الدفع بعدم الدستورية كآلية رقابية بعدية، وجاء فيه تختص المحاكم الدستورية بالنظر في كل دفع متعلق بعدم دستورية قانون، أُثير أثناء النظر في قضية، وذلك إذا دفع أحد الاطراف بأن القانون الذي سيطبق في النزاع يمس الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور.²

تقيد المشرع المغربي بشرط المساس بالحقوق والحريات لإثارة الدفع مقارنة بنظيره التونسي والمصري اللذان سكتا عن تضمين هذا الشرط لإثارة الدفع أمام القضاء، كما أن المشرع المغربي استبعد خيار الطعن أمام المحكمة الدستورية أو تمكين الطاعن من تقديم دفعه بنفسه أمام المحكمة الدستورية حيث لم ينص الدستور المغربي على مراحل وإجراءات التصفية أو الإحالة إلى المحكمة الدستورية، إلى أن أعدت الحكومة المغربية قانون تنظيمي رقم 86-15 المتعلق بتحديد شروط وإجراءات تطبيق الدفع بعدم الدستورية، الذي أقر بدوره نظاما للتصفية يقوم على مرحلتين.³

1- محمد رحموني ، سعاد رحلي ، مرجع سابق، ص78.

2- الدستور المغربي لعام 2011، الصادر بموجب ظهير شريف رقم 91-11-1 مؤرخ في 29 يوليو 2011، ج ر ع 5964 مكرر، بتاريخ 30 يوليو 2011

3 - أنظر، القانون التنظيمي 86-15، المحدد لشروط وإجراءات تطبيق الفصل 133 من الدستور، المتعلق بالدفع بعدم الدستورية ، صيغة يوليو 2016، تمت المصادقة عليه في مجلس النواب بتاريخ 7 اوت 2017.

فقد حددت المادة الخامسة من القانون التنظيمي سالف الذكر شروط استيفاء الدفع لموجباته الشكلية، بحيث يجب تحت طائلة عدم القبول من قبل المحكمة المعروض عليها النزاع، إثارة الدفع بعدم الدستورية بواسطة مذكرة مكتوبة مع مراعاة أن تكون مذكرة مستقلة عن الدعوى الأصلية وأن توقع من طرف محامي معتمد، وأن يتضمن المقتضى التشريعي الذي يعتبره صاحبه يمس بحقوق والحريات، كما يجب أن يتضمن صلب المذكرة بيانا لأوجه الخرق أو المساس المحتمل للحقوق والحريات وأن يكون القانون موضوع الدفع هو المراد تطبيقه على النزاع وأن لا يكون قد سبق النظر في دستوريته.¹

وبذلك فقد وضع المشرع المغربي محطة أولية لتصفية الدفوع على مستوى الجهات القضائية التي يثار أمامها الدفع بعدم الدستورية، اختص بفحص الشروط الشكلية لصحة الدفع، ثم تقوم بالإحالة إلى محكمة النقض التي تختص في النظر في جدية الدفع كمرحلة ثانية.

وقد نصت المادة 10 من القانون التنظيمي 15-86 على إحالة الدفع بعدم دستورية قانون مثار أمام الجهات القضائية إلى الرئيس الأول لمحكمة النقض طبقا لأحكام المادة 6 من نفس القانون التنظيمي، فيقوم رئس محكمة النقض بتحديد هيئة من القضاة مختصة للتأكد من استيفاء الدفع لكامل الشروط الشكلية الواردة في نص المادة الخامسة والذي سبق للجهات القضائية الدنيا فحصها علاوة على قيامها بالتأكد من جدية الدفع، حيث جاء في المادة 11 القانون التنظيمي سابق الذكر: " تتحقق الهيئة التي يعينها الرئيس الأول لمحكمة النقض من استيفاء الدفع للشروط المنصوص عليها في المادة 5 أعلاه، كما تتأكد من طابع الجدية فيه."²

تتمتع محكمة النقض باختصاص نوعي مقارنة بالجهات القضائية الدنيا يسمح لها اختصاصها في التحقق من سلامة أسس الدفع ومدى تمتعها بالجدية.³

1- أنظر ، المادة 05 من القانون التنظيمي 86-15، مرجع سابق.

2- أنظر ، المادة 10 و 11 من المرجع نفسه.

3- يوسف أديبو، نظام تصفية الدفع بعدم الدستورية في القانون المغربي، تطور القضاء الدستوري بالمغرب، البنية والوظائف، مؤلف جماعي، منشورات مجلة الحقوق، دار النشر المعرفة، الرباط، 2017، ص61

2- نظام تصفية الدفوع بعدم الدستورية في فرنسا.

يقضي النموذج الفرنسي بفحص مزدوج قبل وصول الدفع بعدم الدستورية إلى المجلس الدستوري، فتتم عملية التصفية عبر مرحلتين، فبعد أن يتأكد قاضي الموضوع من استيفاء مذكرة الدفع للشروط المحددة لقبول الدفع بعدم الدستورية في المرحلة الأولى، ثم يحيل المذكرة إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة الذي يعود له الاختصاص في الإحالة إلى المجلس الدستوري من عدمه في المرحلة الثانية.¹

فيهدف ترشيد الدفوع وتقاديا لكثرتها، وضع المؤسس الفرنسي إجراءات لا بد أن يمر بهما الدفع بعدم الدستورية، إذ لا يمكن للمتقاضي أن يوجه دفعه إلى المجلس الدستوري مباشرة بل يجب أن يحال هذا الدفع من قبل قاضي الدعوى الأصلية إلى محكمة النقض أو مجلس الدولة وهما بدورهما يقومان بإحالة الدفع إلى المجلس الدستوري.

فقد أخذ المشرع الفرنسي بنظام ثنائية التصفية أو بالازدواجية، حيث جاء التعديل الدستوري المؤرخ في 23 جويلية 2008 بآلية للدفع بعدم الدستورية كأسلوب لممارسة الرقابة الدستورية اللاحقة بموجب نص المادة 61 من الدستور لتصبح بذلك المادة 61-01 التي تنص على: " عند دفع أحد الأطراف بمناسبة النظر في دعوى معروضة أمام جهة قضائية، بأن حكماً تشريعياً ينتهك أحد الحقوق أو الحريات التي يكفلها الدستور، يمكن إخطار المجلس الدستوري بهذه المسألة بمقتضى إحالة من مجلس الدولة أو محكمة النقض.²

يرمي القانون العضوي المتعلق بمسألة الأولوية الدستورية إلى تحقيق مقارنة أساسية مفادها ضمان سمو الدستور ومبدأ تدرج القوانين، وكذلك تمكين المواطنين من تفعيل الرقابة على دستورية القوانين من أجل حماية حقوقهم وحرياتهم التي كفلها لهم الدستور، وتحريك المجلس الدستوري بطريقة غير مباشرة، بحيث لا ينظر المجلس الدستوري إلا في القوانين التي تثير شكاً واضحاً حول دستورتيتها و التي تمت إحالتها من محكمة النقض أو مجلس الدولة بعد تصفيتها أمام الجهات القضائية التي أثير الدفع أمامها ثم أمام محكمة النقض أو مجلس الدولة.³

1- محمد رحموني ، سعاد رحلي، مرجع سابق، ص78.

2- voir ART 61-1 de la constitution journal officiel de la republication française N 287 de l'an 2009.

3- محمد رحموني ، سعاد رحلي، مرجع سابق، ص79.

يقوم نظام ثنائية التصفية على مرحلتين متعاقبتين يمارس فيهما القضاء الأولي على مستوى المحاكم أو الجهات القضائية التي تقام أمامها دعوى الموضوع، حيث أنها تنتظر في صحة المذكرة المعللة المنفصلة عن دعوى الموضوع وتتحقق من توفر الشروط ومن طابعها الجدي ، حيث لا يستقيم اعتماد مبدأ ثنائية تصفية الدفوع إلا إذا أثير هذا الدفع أمام الجهات القضائية الدنيا كالمحاكم أو المجالس القضائية قبل إحالته على الجهات القضائية العليا، وبذلك يستوفي في الدفع مرحلتين من التصفية الأولى أمام الجهات القضائية التي أثير الدفع أمامها أول مرة والثانية أمام الجهات القضائية العليا التي تحيله إلى المجلس الدستوري.¹

الفرع الثاني

تصفية الدفوع بعدم الدستورية في الجزائر.

بعد صدور القانون العضوي 16-18 المحدد لشروط وكيفيات تطبيق آلية الدفع بعدم دستورية القوانين أصبحت الرؤية واضحة حول نظام تصفية الدفوع بعدم الدستورية في الجزائر، الذي جاء منسجما مع نظيره الفرنسي والمغربي في تصفية الدفوع، فقد اختار مبدأ تصفية الدفوع الثنائية، ولم يتبع نظام التصفية الذاتية التي انتهجها المشرع التونسي، كما أنه ابتعد عن نظام الدفع بدون إحالة الذي يطبقه المشرع المصري، ويمكن أن يكون على أساس مبدأ تصفية الدفوع الأحادية.

1- التصفية الثنائية للدفع بعدم دستورية القوانين.

تبني المشرع الجزائري في القانون العضوي المحدد لشروط وكيفيات الدفع بعدم دستورية القوانين نظام الفحص المزدوج قبل وصوله إلى المجلس الدستوري، بحيث تتم عملية التصفية علي مرحلتين، فبعد أن يتأكد قاضي الموضوع من استيفاء مذكرة الدفع للشروط المحددة لقبول الدفع بعدم الدستورية في المرحلة الأولى، يحيل المذكرة إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة الذي يعود لهما الاختصاص في إحالة الدفع إلى مجلس الدستوري من عدمه في مرحلة ثانية².

1- محمد أمين أوكيل ، مرجع سابق، ص113.

2- محمد رحموني ، سعاد رحلي، مرجع سابق ، ص78 .

حيث نصت المادة 8 من القانون العضوي على إرسال الدفع إذا استوفى جميع الشروط المذكورة في نفس المادة، كما تنص المادة 10 على الجهة القضائية أن ترجئ الفصل في النزاع في حالة إرسال الدفع بعدم الدستورية إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة إلى غاية إصدارهما القرار، وتكون المرحلة الثانية أمام المحكمة العليا أو مجلس الدولة اللذان يحتكران الحق في إحالة الدفع بعدم الدستورية إلى المجلس الدستوري من عدمه ، تنص المادة 13 من القانون العضوي سالف الذكر على أن تفصل المحكمة العليا أو مجلس الدولة في إحالة الدفع بعدم الدستورية إلى المجلس الدستوري ... وتتم الإحالة إذا تم استيفاء الشروط المنصوص عليها في المادة 8 من القانون العضوي.¹

2- التصفية الأحادية للدفع بعدم دستورية القوانين.

إذا أثير الدفع بعدم الدستورية لأول مرة أمام المحكمة العليا أو مجلس الدولة بصفتهم جهة استئناف أو جهة نقض، أو كجهة أولى في دعاوى إلغاء وتفسير وتقدير المشروعية بالنسبة للقرارات الصادرة عن السلطة المركزية بالنسبة إلى مجلس الدولة² أو دعوى طلب التعويض عن الحبس المؤقت غير المبرر التي تنتظر فيها كجهة قضائية مدنية ضمن الشروط المحددة في المادة 137 مكرر 1³ من قانون الإجراءات الجزائية والدعاوى الجزائية يحقق فيها على درجتين ضد أحد أعضاء الحكومة أو بعض القضاة أو الموظفون الذين يتابعون مباشرة أمام المحكمة العليا.⁴

تفصل المحكمة العليا أو مجلس الدولة على سبيل الأولوية في إحالة الدفع إلى المجلس الدستوري، فهنا قد عولجت تصفية الدفوع بعدم الدستورية بطريقة وحيدة عن طريق فحص وتمحيص مدى توفر الشروط على مستوى أعلى الجهات القضائية ثم الإحالة إلى المجلس الدستوري.

1- أنظر ، المواد 8 و10 و13، ق ع16-18 ، مرجع سابق.

2- أنظر ، م901، ق08-09.

3- أنظر ، م137 مكرر 1، ق إج ، مرجع سابق.

4- أنظر ، م573 ، نفس المرجع.

المطلب الثاني

تطبيق الإجراءات أمام الجهات القضائية الدنيا في الجزائر

بحكم أن المشرع الجزائري تبنى نظام تصفية الدفوع المزوج حين يثار الدفع بعدم الدستورية أمام الجهات القضائية الدنيا التي تقوم بغرلة هذه الدفوع والتحقق والتمحيص من مدى توفر شروط قبول الدفع بعدم الدستورية وخاصة ما تعلق بالجدية، فإن الجهات القضائية التي يثار أمامها الدفع بعدم الدستورية هي التي تنتظر فيه وتقرر إما إحالته إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة أو رفض إرساله ، إلا أن هناك استثناء عن هذه القاعدة وهو ما جاءت به المادة 2 من القانون العضوي 16-18 والتي تنص على حالة إثارة الدفع في مرحلة التحقيق، فإن غرفة الاتهام هي التي تنتظر في هذا الدفع؛ ويفهم من ذلك أن التحقيق الجزائي المشار إليه هو التحقيق الذي يباشره قاضي التحقيق وليس التحقيق الذي تأمر به جهة الحكم الجزائي أو محكمة الجنايات، لأن غرفة الاتهام هي جهة تحقيق درجة ثانية وليست جهة حكم.¹

الفرع الأول

الإجراءات أمام قاضي الموضوع

تتمثل الإجراءات المطبقة أمام قاضي الموضوع في تصفية الدفوع و التحقق من مدى توفر شروط قبول الدفع بعدم دستورية القوانين ، وخاصة شرط الجدية و النص التشريعي المطبق على النزاع ، وعند التأكد من توفر هذه الشروط فإنه يحيل الدفع إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة بقرار مسبب وذلك بعد استطلاع رأي النيابة العامة أو محافظ الدولة.

أولاً: تصفية الدفوع

بناءً على دور قضاة الموضوع في تحديد جدية الدفع وكذلك شرط الحكم التشريعي المطبق على النزاع بصفة خاصة وكذلك التحقق من توفر شروط قبول الدفع بعدم دستورية الحكم التشريعي بصفة عامة، وبالرجوع للقانون العضوي 16-18 فقد حدد الإجراءات التي يقوم بها قاضي الموضوع الذي أثير أمامه الدفع بعدم الدستورية.

1- منصورية براهيمى بلجلالي ، الدفع بعدم الدستورية أمام قاضي الموضوع، محاضرة ملقاة في الملتقى الجهوي لناحية الغرب، حول موضوع الدفع بعدم الدستورية، المنظم بوهران ، بتاريخ 3 فيفري 2019، ص13.

لقد نصت المادة 9 منه على أن يرسل الدفع بعدم الدستورية مع عرائض الأطراف ومذكراتهم إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة، ونصت المادة 15 في فقرتها الثانية الواردة ضمن باب الأحكام المطبقة أمام المحكمة العليا ومجلس الدولة على تمكين الأطراف من تقديم ملاحظاتهم المكتوبة، فقاضي الموضوع يتلقى عرائض ومذكرات الرد على الدفع من باقي الأطراف، وبما أن المشرع نص صراحة على تطبيق أحكام قانون الإجراءات المدنية والادارية وكذلك الإجراءات الجزائية في المادة 5 فإن هذين القانونين يكرسان مبدأ الوجاهية وتكافؤ الفرص للخصوم لعرض طلباتهم ووسائل دفاعهم¹ ، كما كرس مبدأ المحاكمة العادلة².

يمكن القول من خلال هذين النصين أنه يجب على القاضي الذي أثير أمامه الدفع بعدم الدستورية تمكين باقي أطراف الدعوى من مناقشة الدفع وتقديم دفوعهم بشأنه، ومن ناحية أخرى يسيّر القاضي الخصومة كأى خصومة عادية وحسب طبيعتها مدنية أو جزائية أو إدارية³.

بعد تقديم الدفع من طرف الأطراف إلى قاضي الموضوع يقوم بالتدقيق والتأكد من توفر الشروط الشكلية والموضوعية، فإذا تبين له توفرها يفصل فوراً بقرار مسبب، وذلك بعد استطلاع رأي النيابة العامة في النظام القضائي العادي أو رأي محافظ الدولة في النظام القضاء الإداري، بقبول إرسال الدفع بعدم الدستورية إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة، حسب الحالة أو رفضه، وذلك طبقاً لأحكام الفقرة الأولى من المادة 7 التي تنص على : "تفصل الجهة القضائية فوراً وبقرار مسبب في إرسال الدفع بعدم الدستورية إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة، بعد استطلاع رأي النيابة العامة أو محافظ الدولة".

يعاب على هذه المادة أنها لم تنص على الأجل الذي يجب علي قاضي الموضوع خلاله أن يفصل في الدفع بعدم الدستورية، وإنما اكتفت بذكر عبارة فوراً أي بدون تأخير وعلى وجه الاستعجال⁴.

واستثنائاً بالتجربة الفرنسية فإن القانون العضوي رقم 1523-2009 ينص في المادة 23-2 منه على أن الجهات القضائية تفصل في صحة الدفع المثار أمامها بدون أجل، حيث يبدو من صياغة

1- م3، ق08-09، مرجع سابق.

2- م1، من ق إ ج، مرجع سابق.

3- خيرة لعبيدي ، حاجة وافي، "الدفع بعدم الدستورية أمام قاضي الموضوع"، مجلة القانون العقاري والبيئة، المجلد السابع، العدد13، جوان 2019، ص77.

4- نفس المرجع، ص78.

المشرع اتخذه أسلوباً مرناً في تحديد مدة الفصل في الدفع، لكن المراد من هذا النص حسب اجتهاد المجلس الدستوري ليس اتساع آجال الفصل، وإنما العكس تماماً أي الفصل في أقرب الآجال؛ وتظهر الممارسة في فرنسا أن قاضي الموضوع يتخذ مدة تراوح بين شهرين إلى ثلاث أشهر كحد أقصى لتقرير الفصل في مسألة الأولوية الدستورية.¹

أما تسبب القرار فيقتضي أن تتوفر فيه كل البيانات التي يجب أن تتوفر في الحكم الفاصل في موضوع الدعوى من بيانات الأطراف، تاريخ الجلسة، ملخص الوقائع والحجيات، فحوى الدفع بعدم الدستورية والطرف الذي أثاره والأسباب التي أسس عليها دفعه، ثم المبررات والأسباب التي اعتمدها القاضي وبنى عليها قراره، حيث تخضع القرارات المتعلقة بتصفية الدفع بعدم الدستورية لنفس المعايير والشروط الواجب توفرها في جميع القرارات القضائية بضرورة امتثالها لشرط التسبب، حيث تنص المادة 11 من قانون 08-09 على أن تكون الأحكام والقرارات والأوامر مسببة، كما أن المشرع الفرنسي نص على تسبب قرارات تصفية الدفع المتعلقة بمسألة الأولوية الدستورية في المادة 32-2 من قانون العضوي السابق الذكر.²

ثانياً: الإحالة

بعد تأكد الجهة القضائية المثار أمامها الدفع أي قاضي الموضوع من استيفاء الشروط القانونية المطلوب فإنها تصدر فوراً القرار المسبب وترسله إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة حسب الحالة بعد استطلاع رأي النيابة العامة أو مجلس الدولة مع عرائض الأطراف ومذكراتهم إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة خلال 10 أيام من صدوره إلى الأطراف، ولا يكون قابلاً لأي طعن، وفي حالة رفض إرسال الدفع بعدم الدستورية يبلغ هذا القرار إلى الأطراف ولا يمكن أن يكون محل اعتراض إلا بمناسبة الطعن ضد القرار الفاصل في النزاع أو جزء منه، ويجب أن يقدم بوجوب مذكرة مكتوبة ومنفصلة ومسببة توضح دوافع الرفض.³

1- محمد أمين أوكيل، مرجع سابق، ص 118.

2 - voir ART 23-2, la loi organique N 2009 -1523, Ibid.

3- أنظر، م 9، ق 16-18، مرجع سابق.

تجدر الإشارة أن القانون العضوي لم يحدد طريقة وشكل التبليغ، إلا أنه يمكننا القول أن التبليغ لا يقتضي بالضرورة أن يكون بالشكل الرسمي المنصوص عليه في المادة 406 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والمادة 439 من قانون الإجراءات الجزائية، إنما يكفي التبليغ بواسطة أمين الضبط عند حضور الأطراف أمام القاضي وتحرير محضر تبليغ أو توجيه إخطار عن طريق البريد المضمون وإرفاق ما يفيد التبليغ بالملف خاصة في حالة رفض إرسال، وذلك تحسبا لأي اعتراض على ذلك القرار.¹

إن قبول الدفع بعدم الدستورية يدفع بالجهة القضائية إلى إرجاء الفصل في النزاع إلى غاية توصلها بقرار المحكمة العليا أو مجلس الدولة أو المجلس الدستوري عند إحالة الدفع إليه، دون أن يترتب على ذلك وقف سير التحقيق مع إمكانية اتخاذ التدابير المؤقتة أو التحفظية اللازمة إذا رأت الجهة القضائية ضرورة لذلك، ويستثنى من ذلك عندما يكون شخص محروم من حرية أو عندما تهدف الدعوى إلى وضع حد للحرمان من الحرية، أو عندما ينص القانون على وجوب فصل الجهات القضائية في أجل محدد أو على سبيل الاستعجال فإنها لا ترجئ الفصل في الدعوى.²

وإذا تم تقديم طعن بالنقض وكان قضاة الموضوع قد فصلوا في القضية دون انتظار قرار المحكمة العليا أو مجلس الدولة أو قرار المجلس الدستوري عند إحالة الدفع إليه يتم إرجاء الفصل في الطعن بالنقض إلى غاية الفصل في الدفع بعدم الدستورية، إلا أنه لا يتم إرجاء الفصل من طرف المحكمة العليا أو مجلس الدولة إذا كان المعني محروما من الحرية بسبب الدعوى أو عندما تهدف هذه الأخيرة إلى وضع حد للحرمان من الحرية، أو كان القانون يلزمها بالفصل على سبيل الإستعجال.³

1- منصورية براهيمى بلحليلي ، مرجع سابق، ص18-19.

2- حمزة صافي ، "الضوابط القانونية للدفع بعدم الدستورية - قراءة تحليلية - في القانون العضوي 16-18"، حوليات جامعة الجزائر 1، ع 33، الجزء الأول، مارس 2019، ص 126.

3 - أنظر، م11، ق.ع، 16-18 مرجع سابق.

الفرع الثاني

أثر قرار الإحالة إلى الجهات القضائية العليا على سير الخصومة

إن إرسال القرار المسبب إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة ينتج أثره على سير الخصومة، وقد نصت على هذه الآثار المواد 10-12 من القانون العضوي 16-18 .

أولاً: الحالات التي يرجئ الفصل في النزاع.

استناداً إلى نص المادة 10 من القانون العضوي 16-18 فإن الجهات القضائية الدنيا إذا أرسلت الدفع بعدم الدستورية إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة، عليها أن ترجئ الفصل في موضوع الدعوى الأصلية إلى غاية توصله بقرار من المحكمة العليا أو مجلس الدولة أو المجلس الدستوري عند إحالة الدفع إليه، إلا في حالات معينة أشارت إليها المادة 11.

ولا يترتب على قرار إرجاء الفصل وقف سير الخصومة في موضوع الدعوى وإنما يمكن لقاضي الموضوع سماع الشهود وإجراء الخبرة والانتقال إلى المعاينة مثلاً، كما يمكن اتخاذ التدابير المؤقتة والتحفظية.¹

كما نصت المادة 1-12 على حالة أخرى لا يرجئ الفصل فيها إذا تم تقديم طعن بالنقض وكان قضاة الموضوع قد فصلوا في القضية دون انتظار قرار المحكمة العليا أو مجلس الدولة أو قرار المجلس الدستوري عند إحالة الدفع إليه، يتم إرجاء الفصل بالنقض إلى غاية الفصل في الدفع بعدم الدستورية.²

ثانياً: الحالات التي لا يرجئ الفصل فيها .

وضعت المادة 11 استثناءات على قاعدة إرجاء الفصل حيث نصت لا ترجئ الجهة القضائية الفصل في الدعوى عندما يكون الشخص محروماً من الحرية بسبب الدعوى أو تهدف هذه الأخيرة إلى وضع حد للحرمان من الحرية وعندما ينص القانون على وجوب فصل الجهة القضائية في أجل محدد أو على سبيل الاستعجال ، و إذا توفرت هذه الشروط لا يرجئ الفصل في الدعوى و يواصل إجراءاتها و

1- أنظر ، المادة 10 ، ق ع 16-18 ، مرجع سابق.

2- أنظر ، المادة 12 ، المرجع نفسه.

يفصل حتى بعد إرساله للدفع بعدم الدستورية إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة، ولا ينتظر قرارهما ولا قرار المجلس الدستوري إن أحيل الدفع إليه.¹

ثالثاً: أثر القرار الصادر عن الجهات القضائية العليا.

بإحالة الدفع بعدم الدستورية على المحكمة العليا أو مجلس الدولة فيمكن هذين الأخيرين أن يحيلوا الدفع إلى المجلس الدستوري أو أن يرفضوا الإحالة، وفي كلتا الحالتين تترتب آثار نبرزها:

- 1- إذ قررت المحكمة العليا أو مجلس الدولة أن الدفع لا يستوفي الشروط القانونية المذكورة في القانون العضوي ولا يستوجب الإحالة إلى المجلس الدستوري، تخطر الجهة القضائية المثار أمامها الدفع، فإذا كانت الدعوى لا تزال لم يفصل فيها بعد فإنه يستوجب الفصل فيها وفق ما يقتضيه القانون حتى بنفس النص الذي طعن فيه ، و إذا أرجئ الفصل في الخصومة فيتم إعادة سير الخصومة من طرف الأطراف أو من النيابة العامة إذا كانت الدعوى جزائية، ويفصل فيها وفقاً للقانون ولو اعتمد على الحكم التشريعي المعترض عليه أي محل الدفع بعدم الدستورية.²
- 2- أما إذا قررت المحكمة العليا أو مجلس الدولة إحالة الدفع إلى المجلس الدستوري فنكون أمام أحد أمرين: الأمر الأول أن يعتبر المجلس الدستوري الدفع المثار غير مؤسس ويصرح أن النص التشريعي المعترض عليه مطابق لأحكام الدستور، في هاته الحالة تبلغ المحكمة العليا ومجلس الدولة بذلك لتقوم بإخطار الجهات القضائية التي أثير أمامها الدفع بعدم الدستورية، فيتم الفصل في الدعوى وإعادة سير الخصومة أن كان قد أرجئ الفصل فيها.³

أما الأمر الثاني، في حالة قبول المجلس الدستوري للدفع وأن الحكم التشريعي ينتهك الحقوق والحريات المكفولة دستوريا وأنه غير دستوري، في هذه الحالة يفقد الحكم التشريعي أثره من تاريخ إصدار قرار المجلس الدستوري، و إذا كانت الدعوى الأصلية لم يفصل فيها بعد يتعين على الجهة القضائية التي أثير أمامها الدفع بعدم الدستورية استبعاد الحكم التشريعي المصرح بعدم دستوريته.⁴

1- أنظر ، المادة 12 ، 16-18 ، مرجع سابق.

2- خيرة لعبيدي ، حاجة وافي ، مرجع سابق، ص83.

3- المرجع نفسه ، ص 84.

4- المرجع نفسه.

المطلب الثالث

تطبيق الإجراءات أمام الجهات القضائية العليا

إن إحالة الدفوع إلى الهيئات القضائية العليا الواردة إليها من جهات القضائية الدنيا يحتم على هذه الجهات قبل الفصل فيها بإحالتها إلى المجلس الدستوري أو رفضها، بإجراء عملية تصفية ثانية على مستواها لتلك الدفوع لتأكد من مدى توفر الشروط الواردة في القانون العضوي على النحو الذي تمت عليه عملية التصفية الأولية على مستوى الجهات القضائية الدنيا.

الفرع الأول

طرق إخطار الجهات القضائية العليا بالدفع بعدم الدستورية

بعد التصفية الأولية التي تقوم بها الجهات القضائية حول مدى توفر الشروط إثارة الدفع من عدمه فإنها تصدر قرارها الفوري و المسبب سواء بإرسال الدفع بعدم الدستورية إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة حسب الحالة أو رفضه.

أولاً: المحكمة العليا

تخطر المحكمة العليا بالدفع بعدم الدستورية في إحدى الحالات الأربعة:

- 1- عن طريق حكم بإرسال الدفع إليها الصادر عن محكمة أو مجلس قضائي، وهذا تطبيقاً لأحكام المادة 7 التي تنص على أن تقصل الجهة القضائية فوراً وبقرار مسبب في إرسال الدفع بعدم الدستورية إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة بعد استطلاع النيابة العامة أو محافظ الدولة.
- 2- عن طريق اعتراض على حكم برفض إرسال الدفع الصادر عن مجلس قضائي أو محكمة بمناسبة الطعن ضد الحكم أو القرار الفاصل في النزاع أو في جزء منه، وهذا ما نصت عليه المادة 9 التي جاء فيها: "يبلغ قرار رفض إرسال الدفع بعدم الدستورية إلى الأطراف ولا يمكن أن يكون محل اعتراض إلا بمناسبة الطعن ضد الحكم الفاصل في النزاع أو جزء منه، ويجب أن يقدم بموجب مذكرة مكتوبة منفصلة ومسببة.
- 3- عن طريق دفع يقدم أمامها لأول مرة للمرة الأولى بمناسبة الطعن بالنقض وفقاً لما ورد في نص الفقرة الثانية من المادة الثانية المصاغة كما يلي: "كما يمكن أن يثار هذا الدفع للمرة الأولى في

الاستئناف أو الطعن بالنقض، وفي هذه الحالة يفصل على سبيل الأولوية في إحالتها على المجلس الدستوري في أجل شهرين.¹

4- أن يقدم الدفع أمام المحكمة العليا مباشرة خلال خصومة تنتظر فيها كأول وآخر درجة إعمالاً لأحكام الفقرة الأولى من المادة 2 والمادة 14، فهناك دعاوى تكون المحكمة العليا كجهة أولى وأخيرة مثل دعوى طلب التعويض عن الحبس غير المبرر التي تنتظر فيه كجهة قضائية مدنية المنصوص عليها في المادة 137 مكرر من قانون الإجراءات الجزائية أو مثل الدعاوى الجزائية التي يحقق فيها علي درجتين ضد أحد أعضاء الحكومة أو بعض القضاة أو الموظفين الذين يتابعون مباشرة أمام المحكمة العليا ضمن الشروط المنصوص عليها في المادة 573 من نفس القانون.²

ثانياً: مجلس الدولة

يخطر مجلس الدولة بالدفع بعدم الدستورية بنفس الطريقتين الأوليتين المذكورتين أعلاه مع الاختلاف في أن الجهة القضائية الإدارية هي التي تقوم بإرسال والحكم القاضي برفض الإرسال المعترض عليه. ويخطر مجلس الدولة لأول مرة في الاستئناف أو الطعن بالنقض، كما أنه يمكن تقديم الدفع بعدم الدستورية مباشرة أمام مجلس الدولة بمناسبة خصومة ينظر فيها في أول وآخر درجة، كما يختص بالفصل في قضايا بموجب نصوص خاصة عندما يُخطر المحكمة العليا ومجلس الدولة بالدفع مباشرة بمناسبة دعوى مطروحة عليهما يفرلان مباشرة على سبيل الأولوية عملاً بأحكام المادة 14، ويرجئان الفصل في الدعوى في إحالة الدفع على المجلس الدستوري إلا في الحالات المنصوص عليها في المادة 11 والمتمثلة في الحالات التالية:

- إذا تعلق الأمر بقضية يوجد فيها شخص محروم من الحرية،
- إذا تعلق الأمر بقضية ترمى إلى وضع حد للحرمان من الحرية،

1- أنظر، المواد 13، 14، ع، 16-18، مرجع سابق.

2- محمد روابحي، الإجراءات المطبقة أمام المحكمة العليا ومجلس الدولة في مادة الدفع بعدم الدستورية، الندوة الوطنية حول الدفع بعدم الدستورية، الجزائر 10 و11 ديسمبر 2018، ص 4-5.

- إذا تعلق الأمر بقضية ينبغي الفصل فيها في أجل محدد أو على سبيل الاستعجال،¹

كما نصت المادة 13 على الأجل التي تفصل فيها المحكمة العليا ومجلس الدولة في إحالة الدفع بعدم الدستورية إلى المجلس الدستوري في أجل شهرين ابتداء من تاريخ استلام الإرسال المنصوص عليه في المادة 9، وتتم الإحالة إذا تم استيفاء الشروط المنصوص عليها في المادة 8.²

ومن الملاحظ أن الأجل المذكور فيما يتعلق بالطريقة الأولى من طرق إخطار المحكمة العليا أو مجلس الدولة يسري من تاريخ استلام هاتين الجهتين القضائيتين لإرسال الدفع الوارد من جهة قضائية دنيا، ولكنه في الحقيقة يطبق كذلك في الحالات الأخرى المتعلقة بطرق إخطار المحكمة العليا ومجلس الدولة وهي طريقة إخطارهما مباشرة بالدفع سواء بمناسبة طعن بالاستئناف أو بالنقض أو بمناسبة دعوى مقامة مباشرة أمامهما وحتى بمناسبة اعتراض على حكم برفض الإرسال مرفوع بمناسبة طعن ضد حكم فاصل في الموضوع أو جزء منه.

أما في حالة تجاوز الشهرين فقد نصت المادة 20 في حالة عدم فصل المحكمة العليا أو مجلس الدولة في الأجل المنصوص عليها في المادة 13 يحال الدفع بعدم الدستورية تلقائيا إلى المجلس الدستوري، وحددت المادة 19 أجل عشرة أيام لإعلام الجهة القضائية التي أرسلت الدفع بعدم الدستورية وتبليغ الاطراف بقرار المحكمة العليا او مجلس الدولة ، بصيغة الاطلاق ولم تخصص ذلك لإعلام قرار الإحالة وحده.³

الفرع الثاني

إحالة الدفوع من الجهات القضائية العليا إلى المجلس الدستوري

بعد إخطار المحكمة العليا او مجلس الدولة بالدفوع الواردة اليهما من طرف الجهات القضائية يستلزم عليها الفصل في احالتها على المجلس الدستوري من عدمه، وذلك من خلال اجراء تصفية ثانية على مستواها لتلك الدفوع، وتقتضي هذه العملية التحقق من توفر الشروط على النحو الذي تمت عليه

1- أنظر، المادة 11 و 14 ، ق ع 16-18 ، مرجع سابق.

2- أنظر، المواد 9 و 13 ، المرجع نفسه.

3- مجدي رواجي ، مرجع سابق ص 16.

العملية في ظل التصفية الأولية على مستوى الجهات القضائية الدنيا، فإذا تم التحقق من توفر الشروط المطلوبة قررا إحالتها على المجلس الدستوري للفصل في دستورتها، وإذا تبين لها عدم توفر الشروط فإنها لا تقوم بإحالة الدفع بعدم الدستورية إلى المجلس الدستوري.

المُلاحظ أن المشرع الجزائري قد أعفى الجهات القضائية العليا من النظر في الشروط الشكلية لصحة الدفع كاستيفاء الدفع لشروط الصفة والمصلحة مثلما سار عليه المشرع الفرنسي في هذه النقطة، فضلاً عن الشروط الأولية الواردة في المذكرة المعللة كارتباط الحكم التشريعي بحق أو حرية يكفلها الدستور، في المقابل عمل على تكرير مسألة التأكد من الطابع الجدي للدفع على مستوى هذه الهيئات، والدافع من وراء ذلك هو حرصه على وصول الدفوع المؤسسة فقط الي المجلس الدستوري وذلك لما تملكه هذه الجهات القضائية من سلطة تقديرية واسعة.¹

أولاً: إجراءات إعداد قرار الإحالة

عندما يخطر رئيس المحكمة العليا أو رئيس مجلس الدولة بالدفع بعدم الدستورية من طرف الجهات القضائية تقوم كل جهة باستطلاع رأي النائب العام أو محافظ الدولة حسب الحالة، وكذلك تمكين الأطراف من تقديم ملاحظاتهم المكتوبة.²

يلاحظ أن المشرع لم يوضح كيفية استطلاع رأي النائب العام لدى المحكمة العليا أو محافظ الدولة وتمكين الأطراف من تقديم ملاحظاتهم المكتوبة، لكن بالرجوع إلى المادة 5 من نفس القانون العضوي نجدها تحيل في مسألة معالجة الدفع بعدم الدستورية أمام الجهات القضائية التي يُثار أمامها هذا الدفع إلى القواعد الاجرائية لقانون الاجراءات المدنية والادارية وقانون الإجراءات الجزائية.

يتبين أن إجراءات استطلاع رأي النائب العام أو محافظ الدولة وكذلك تلك المتعلقة بالملاحظات المكتوبة لأطراف الخصومة تخضع لأحكام القانونين المذكورين من حيث الشكل والأجال على أن لا تتعدى الفصل في إحالة الدفع إلى المجلس الدستوري من عدمه في كل الأحوال شهرين من تاريخ استلام الدفع.

1- محمد أمين أوكيل ، مرجع سابق، ص23.

2- أنظر، المادة 15 ، ق ع 16-18 ، مرجع سابق.

يتم تطبيق المادة 570 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أمام المحكمة العليا بحيث يعين رئيس الغرفة مستشاراً مقررّاً يكلف بإعداد تقرير كتابي و إرسال ملف القضية إلى النيابة العامة لتقديم طلباتها.

أما مجلس الدولة فتطبق أمامه أحكام المادة 915 من ق إ م إ و التي تنص على إيداع المذكرات والوثائق المقدمة من الخصوم بأمانة المحكمة الادارية، إن استطلاع رأي النيابة العامة لدى المحكمة العليا ومحافظ الدولة بمجلس الدولة يتم فوراً أي مباشرة بعد تلقي الدفع وتكوين التشكيلة المعنية بالفصل في الدفع وتعين المستشار المقرر، وتنص كذلك المادة 835 على نفس الإجراء بالنسبة للمحاكم الإدارية. للإشارة أنه يجوز تقليص آجال تقديم الرأي والملاحظات عند الضرورة لتمكين المحكمة العليا ومجلس الدولة من الفصل خلال أجل الشهرين المنصوص عليها في المادة 13 من القانون العضوي الذي تسمو قواعده الإجرائية في هذه الحالة على قواعد الإجرائية القانونية المنصوص عليها في المادة 5.

كما أن التمثيل بمحامي معتمد لدى المحكمة العليا ومجلس الدولة خلال كل الإجراءات المتعلقة بالدفع بعدم الدستورية أمام الجهتين القضائيتين العليتين أمر بديهي بالنظر إلى الأحكام الواردة بالقانونين بنص المادة 558 و 906 ق إ م إ التي تنص على وجوب التمثيل بمحامي أمام المحكمة العليا ومجلس الدولة، ويستثنى من ذلك الدولة والولاية والبلدية والمؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية.¹

كما نصت المادة 505 على وجوب توقيع المذكرات المودعة أمام المحكمة العليا من طرف محامي معتمد من هذه الجهة القضائية، ويصدر قرار الإحالة حسب التشكيلة المنصوص عليه في المادة 16 التي تنص على أن يصدر قرار المحكمة العليا أو مجلس الدولة بتشكيلة يرأسها رئيس كل جهة قضائية وعند تعذر ذلك يرأسها نائب الرئيس، وتتشكل من رئيس الغرفة وثلاث مستشارين يعينهم حسب الحالة الرئيس الأول للمحكمة العليا أو رئيس مجلس الدولة، يرسل إلى المجلس الدستوري القرار المسبب للمحكمة العليا أو مجلس الدولة عند إحالة الدفع إليه مرفقاً بمذكرات جوابية وعرائض الأطراف و المقصود بالمذكرات والعرائض ما قدمه أطراف الخصومة من كتابات متعلقة بمناقشة الدفع وليس الكتابات المتعلقة بموضوع الدعوى.²

1- أنظر ، المادة 558 و 906 ، 08-09 ، مرجع سابق.

2- أنظر، المادة 16 ، ق ع ، 16-18، مرجع سابق.

لأن المجلس الدستوري يُخطر بدفع موضوعي في صالح الدستور ليدلي برأيه في مدى انتهاك الحكم التشريعي المعترض عليه للحقوق والحريات التي يضمنها الدستور من عدم ذلك دون اهتمام بموضوع النزاع. فهو قاضي الدفع وليس قاضي الموضوع، و الدليل على ذلك ما ورد في نص المادة 23 أن انقضاء الدعوى التي تمت بمناسبة اثاره الدفع بعدم الدستورية لأي سبب كان لا يؤثر على الفصل في الدفع بعدم الدستورية الذي تم الاخطار المجلس الدستوري به.¹

وبالموازاة مع ارسال قرار الإحالة إلى المجلس الدستوري يتم اعلام الجهة القضائية التي أرسلت الدفع إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة بهذا القرار لإعلامها بمآل إرسالها ولتمكينها في حالة عدم الإحالة من الفصل في الدعوى التي قد أرجأت الفصل فيها ، كما يبلغ أطراف الخصومة كذلك بالقرار في أجل 10 أيام من تاريخ صدوره.²

لم ينص القانون العضوي 16-18 على إعلام المجلس الدستوري بقرار رفض الإحالة، وقد يرجع السبب إلى تقييد المشرع عند تحديده لشروط وكيفيات تطبيق الفقرة الأولى من المادة 188 من الدستور والمصاغة كما يلي "يمكن إخطار المجلس الدستوري بالدفع بعدم الدستورية بناءً على إحالة من المحكمة العليا أو مجلس الدولة".³

لم تنص المادة صراحةً على حالة عدم الإحالة لكن لا يوجد في أحكام القانون العضوي ما يمنع إرسال هذا القرار إلى المجلس الدستوري فضلاً عن كون إعلامه من شأنه أن يجعله على علم من جهة أولى بعدد الدفوع الواردة إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة وطبيعة الأحكام القانونية المطعون في دستورتها، ومن جهة أخرى العلم باجتهادات الجهتين القضائيتين العليين في مادة الدفع بعدم الدستورية.

كما أن المادة 19 من القانون العضوي المتعلقة بإعلام الجهة القضائية التي أرسلت الدفع بعدم الدستورية بقرار من المحكمة العليا أو مجلس الدولة وتبليغ الاطراف به تشمل أيضا قرار رفض الاحالة

1- أنظر، المادة 23 ، المرجع نفسه.

2- أنظر، المادة 9 ، ق ع ، 16-18، مرجع سابق.

3- أنظر، المادة 188 ،التعديل الدستوري 2016، مرجع سابق.

لأنها ذكرت قرار المحكمة العليا أو مجلس الدولة بصيغة مطلقة ولم تخصص ذلك الإعلام لقرار الإحالة فقط.¹

تكلل جميع الإجراءات التي تم ذكرها في الأخير بقرار الإحالة أو عدم إحالة الدفع بعدم الدستورية إلى المجلس الدستوري ، فالمحكمة العليا أو مجلس الدولة محطة مفصلية في هذه الإجراءات بمعنى أن هاتين الجهتين القضائيتين هما من تقرر وحدهما إحالة الدفع بعدم الدستورية من عدمه، فالمجلس الدستوري لا يخطر بطريقة أخرى.

الأصل أن تتم إحالة ملف الدفع بعدم الدستورية من طرف المحكمة العليا أو مجلس الدولة، غير أن المشرع لم يحدد كيفية تطبيق هذا الاجراء هل تتكفل الجهة القضائية بنفسها بإرسال الملف إلى المجلس الدستوري أم تُحول للطرف المثير للدفع بعدم الدستورية هذه الصلاحية، و أمام هذا الصمت نترك التجربة العملية للكشف عن ذلك أو ننتظر تعديل هذا القانون العضوي.²

لم يحدد القانون العضوي شكل القرار لكن أخذاً بأحكام المادة 5 واستنباطاً من الاجتهاد المقارن في هذا المجال يمكن تصور قرار الإحالة باعتباره حكماً قضائياً بمفهوم المادة 8 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية كقرار يتضمن كل عناصر الحكم القضائي، وتتمثل هذه العناصر في الديباجة ثم العرض والإجراءات ثم الأسباب والمنطوق.³

ثانياً: مضمون قرار الاحالة

بحكم أن القانون العضوي لم يحدد شكل القرار و اكتفى بذكر الاجراءات مثل أجل الفصل و التشكيلة و وجوب أخذ رأي النيابة العامة أو مجلس الدولة وملاحظات الأطراف وعناصر الدعوى التي بمناسبةها أثير الدفع بعدم الدستورية وعند الاقتضاء أسباب حكم إرسال الدفع بالتحقق من مدى قبول الدفع من حيث تقديمه في شكل مذكرة مكتوبة منفصلة و مسببة، وفي حالة استيفاء هذه الشروط الشكلية يجب التأكد من مدى توفر الشروط الموضوعية و التي تتعلق بالحكم التشريعي المعترض عليه مآل النزاع و أن

1- أنظر، المادة 19 ، ق ع ، 16-18، مرجع سابق.

2- حمزة صافي، مرجع سابق، ص128.

3- أنظر، المادة 8 ، 08-09 ، مرجع سابق.

يشكل أساساً للمتابعة ، و ألا يكون الحكم التشريعي قد سبق التصريح بمطابقته للدستور باستثناء حالة تغير الظروف، و أن يتسم الوجه المثار بالجدية.¹

وتسبب قرار الإحالة هي مسألة كان بإمكان القانون العضوي ألا يذكرها في متته لأن جميع الأحكام القضائية يجب أن تُسبب بنص المادة 162 من الدستور، ولكن نص عليها القانون العضوي من باب التأكيد على خصوصية هذا التسبب ودقته بالنظر الي أهميه الموضوع المعالج وخطورته، فالقول أن حكماً تشريعياً مخالف للدستور ليس بالأمر الهين يتطلب بالتالي قرار مسبباً تسببياً خاصاً.²

ان الاطلاع على الاجتهاد المقارن يبين أن القرار القاضي بأن لا وجه للإحالة إلى المجلس الدستوري بحجة أنه لا يوجد ما يستدعي هذه الحالة يتطلب تسببياً أعمق و أمتن من تسبب قرار الإحالة، لأن قرار رفض الإحالة قرار خطير النتائج لمنعه الدفع بعدم الدستورية من الوصول إلى المجلس الدستوري.

أما في ما يخص منطوق القرار فقد يقضي هذا الأخير يقضي بإحالة الدفع بعدم الدستورية إلى المجلس الدستوري إذا استوفى الشروط الشكلية والموضوعية و إما أن يصدر قراراً بأنه لا وجه لإحالة الدفع بعدم الدستورية لعدم استيفاء الشروط.

المبحث الثاني

الإجراءات المطبقة أمام القضاء الدستوري

إن إحالة الدفع بعدم دستورية القوانين إلى الجهات الدستورية المخولة قانوناً للنظر في دستورية الحكم التشريعي من عدمه ، فيخضع هذا الدفع إلى إجراءات خاصة أمام هذه الجهات الدستورية سواء كانت مجلس دستوري أو محكمة دستورية ، و قد خصصنا هذا المبحث إلى الإجراءات المطبقة أمام القضاء الدستوري و عالجاه في ثلاث مطالب كما يلي:

1- أنظر المادة 8 ، ق ع ، 16-18، مرجع سابق.

2- محمد رواجي ، مرجع سابق، ص19.

- ❖ إجراءات الدفع بعدم الدستورية أمام القضاء الدستوري المقارن
- ❖ إجراءات الدفع بعدم الدستورية المطبقة أمام المجلس الدستوري الجزائري
- ❖ حجية القرارات الصادرة عن القضاء الدستوري والآثار المترتبة عليها.

المطلب الأول

إجراءات الدفع بعدم الدستورية أمام القضاء الدستوري المقارن

بعد انتهاء الجهات القضائية باختلاف درجاتها حسب تخصصها سواء العادية أو الإدارية من عملية التصفية والاجراءات الأخرى المطبقة أمام الجهات القضائية، تتم إحالة هذه الدفوع إلى الهيئة المخولة دستورياً للنظر فيها كمرحلة أخيرة.

وتختلف تسمية الهيئة التي تنظر في الدفع بعدم الدستورية في الأنظمة المقارنة منهم من يسميها المحكمة الدستورية ومنهم من يطلق عليها تسمية المجلس الدستوري، وتختلف كذلك في الجهات التي تخطر المجلس الدستوري أو المحكمة الدستورية، إلا أنها تشترك في الدور الذي تقوم به في مجال الرقابة على دستورية القوانين، وكذلك الأهداف من وراء هذه الرقابة وخاصة ما تعلق بحماية الحقوق والحريات للأفراد.

سنتعرف في هذا المطلب على الاجراءات المطبقة أمام القضاء الدستوري في فرنسا والمغرب وتونس للاستئناس بها، بحكم أنهم كانوا سباقين إلى آلية الرقابة بعدم الدستورية عن طريق الدفع، خلافاً للمشرع الجزائري الذي لم يعترف بهذه الطريقة إلا حديثاً.

الفرع الأول

الإجراءات المطبقة أمام المجلس الدستوري الفرنسي

بعد تلقي المجلس الدستوري الفرنسي للدفع بعدم الدستورية المصحوب بمذكرة ادعاءات الأطراف وملاحظاتهم المكتوبة، يجب على المجلس الدستوري القيام بعدة اجراءات منصوص عليها في القانون الأساسي المتعلق بالمجلس الدستوري الفرنسي.

وقد حددت المادة 23 الفقرة الأولى من القانون العضوي 2009-1523 الإجراءات التي يجب على المجلس الدستوري اتباعها، والمتمثلة أساس في قيام القاضي الدستوري بالتأكد بأن الدفع بعدم

الدستورية لم يسبق للمجلس الدستوري أن أصدر قراراً بشأنه، فاذا تم اثبات العكس فلا يعيد النظر فيه إلا إذا تغيرت الظروف القانونية والواقعية، كما أنه غير مضطر لإعادة النظر في مهام المحاكم القضائية كجدية الدفع أو القانون المطبق على النزاع، حيث أن المجلس الدستوري الفرنسي لا يختص بتحديد جدية الدفع أو تحديد شرط تطبيق القانون على النزاع.¹

عند إخطار المجلس الدستوري بالدفع بعدم الدستورية من محكمة النقض أو مجلس الدولة عليه أن يشعر بشكل فوري رئيس الجمهورية والوزير الأول و رئيس الجمعية الوطنية و مجلس الشيوخ الذين يسوغ لهم تقديم ملاحظاتهم الكتابية إلى المجلس الدستوري حول مسألة الدستورية ذات الأولوية التي تمت إحالتها عليه.²

ويكون إشعار الأطراف و السلطات في نفس الوقت و ارسال وثائق الدعوى لهم، ويمنح لهم نفس الأجل على قدم المساواة المادة الأولى من نفس القانون، وتسجل الدعوى في أمانة المجلس الدستوري ويقوم هذا الأخير بإخطار أطراف الدعوى أو ممثليهم ، أما في حالة قيام مجلس الدولة أو محكمة النقض برفض الإحالة على المجلس الدستوري فيتم إحالة نسخة من قرار الرفض ، و تحال المسألة الدستورية وجوباً على المجلس الدستوري في حالة انقضاء ثلاثة أشهر دون أن يفصل مجلس الدولة أو محكمة النقض في المسألة الدستورية .³

تكون الجلسة علنية ماعدا في الحالات الاستثنائية المحددة في المادة 3 من النظام الداخلي للمجلس الدستوري، وتتمثل هذه الاستثناءات في ما يلي:

أن يكون ذلك في مصلحة النظام العام ، أو إذا كانت تتطلبه مصالح القاصرين أو الحياة الخاصة للأفراد، ويكون الاستثناء معللاً وبطلب من الأطراف أو من طرف رئيس المجلس الدستوري تلقائياً.⁴

يتم عرض الدعوى بعدم الدستورية بحضور الأطراف في جلسة علنية حتى يتسنى لهم تقديم ملاحظاتهم حول الدفع بعدم الدستورية، كما يمكن لهم الاستعانة بمحاميين وهذا حسب المادة 10 من

1- أنظر، منصور محمد أحمد ، مرجع سابق ، ص155.

2 - voir ART 23-8, la loi organique N 2009 -1523, Ibid.

3- هدى إيرابن ، مرجع سابق ، ص27.

4 - voir ART 23-10, la loi organique N 2009 -1523, Ibid.

النظام الداخلي للمجلس الدستوري ، و الجدير بالذكر أن الدعوى بعدم الدستورية غير قابلة للتنازل عنها لأنها دعوى موضوع وليس لها علاقة بأطراف الدعوى المتنازعة بالرغم من انقضاء الدعوى المدنية أو الادارية لأي سبب من انقضائها.¹

لم يحدد النظام الداخلي للمجلس الدستوري آجالاً لرد الملاحظات الكتابية من طرف رئيس الجمهورية والوزير الأول و رئيس الجمعية الوطنية و مجلس الشيوخ للجهات التي أخطرها المجلس الدستوري، لكن عملياً فان الآجال تحدد بعشرين يوماً.²

يمكن رد أعضاء المجلس الدستوري عن حضور الجلسة من طرف رئيس المجلس الدستوري أو من طرف الأطراف أو ممثليهم بواسطة طلب كتابي معمل مرفق بوثائق التي تبرره ويشترط تسجيله في الأمانة العامة للمجلس الدستوري قبل التاريخ المحدد لمعالجة الملف حسب المادة 4 من النظام الداخلي للمجلس الدستوري، ويبلغ طلب الرد إلى العضو المعنى و في حالة ما قام برفض التنحي يفصل المجلس الدستوري في المسألة دون حضور هذا العضو.³

يبت المجلس الدستوري في النزاع المعروف عليه في أجل ثلاثة أشهر من تاريخ إحالته إليه وتكون قرارات المجلس الدستوري معللةً و يرسل القرار إلى رئيس الجمهورية و الوزير الأول و رئيس الجمعية الوطنية ومجلس الشيوخ و رئيس كالدونيا الجديدة و إلى كل المحاكم حسب درجاتها و إلى أطراف الدعوى، وينشر القرار في الجريدة الرسمية إن اقتضت الضرورة ذلك.⁴

في الأخير فان القرار الصادر عن المجلس الدستوري لا يقبل الطعن بأي طريقة من طرق الطعن كما يحوز على قوة الشيء المقضي فيه، ويتعين الالتزام به من كل سلطات الدولة وكل الأفراد بما فيهم أطراف النزاع.⁵

1 - voir ART 23-9, la loi organique N 2009 -1523, Ibid.

2- جمال سالم، "حق المواطن في اخطار المجلس الدستوري"، مجلة البحوث والدراسات القانونية و السياسية، ع 9، د ب ن ، د س ن ، ص 211.

3 - المرجع نفسه.

4 - voir ART 23-1, la loi organique N 2009 -1523, Ibid.

5- هدى إيرابن، مرجع سابق، ص 28.

الفرع الثاني

الاجراءات المطبقة أمام المحكمة الدستورية في المغرب

تتأكد المحكمة الدستورية من توفر الشروط المتعلقة بالدفع بعدم الدستورية، وتبلغ مذكرة الدفع إلى رئيس الحكومة وكل من رئيسي مجلسي النواب والمستشارين للإدلاء بملاحظاتهم بخصوص موضوع الدفع داخل آجال تحدده المحكمة الدستورية.¹

لم يحدد المشرع المغربي قواعد الحضور أو الغياب أمام المحكمة الدستورية، التي تقوم بتبليغ المذكرات الجوابية المدلى بها للأطراف المعنية بالدفع مع تحديد أجل للتعقيب، كما أنه لا تقبل المذكرات الجوابية أو الوثائق أو المستندات التي تأتي خارج الآجال اي بعد انقضاء المواعيد المحددة لتقديمها ، غير أنه يجوز لرئيس المحكمة الدستورية استثناء و لأسباب معقولة أن يقرر قبول المذكرات والوثائق بعد انقضاء الآجال.²

تكون جلسات المحكمة الدستورية علنيةً ما عدا في الحالات التي تقرها المحكمة بسرية الجلسة طبقاً للنظام الداخلي، وهذا ما نصت عليه المادة 21 من مشروع قانون التنظيمي 86-15.

يكون إشعار رئيس الحكومة و رئيس البرلمان والأطراف قبل انعقاد الجلسة بعشرة أيام طبقاً للمادة 18، وتبت المحكمة الدستورية في الدفع بعدم الدستورية في أجل 60 يوماً ابتداء من تاريخ إحالة الدفع إليها ، و يترتب على إصدار القرار من المحكمة الدستورية عن مسألة الدفع بعدم الدستورية أن تلتزم بهذا القرار مختلف المحاكم و التزامها أيضاً بالتفسير الذي تعطيه.³

يُبلغ قرار المحكمة الدستورية إلى المحاكم المثار أمامها الدفع في أجل 8 أيام من تاريخ صدوره و إلى الملك ورئيس كل من مجلسي البرلمان و للأطراف، وينشر القرار الصادر بعدم الدستورية بالجريدة الرسمية في وبالموقع الالكتروني للمحكمة الدستورية.⁴

1 - أنظر، المادة 18، مشروع قانون تنظيمي رقم 86-15، مرجع سابق.

2- أنظر، المادة 16 و 17، مشروع قانون تنظيمي رقم 86-15، مرجع سابق.

3- أنظر، المادة 20، المرجع نفسه.

4- أنظر، المادة 24، المشروع القانون التنظيمي 86-15، مرجع سابق.

والجدير بالملاحظة وجود تشابه كبير بين الإجراءات المطبقة أمام المحكمة الدستورية المغربية والإجراءات المطبقة أمام المجلس الدستوري الفرنسي سواء فيما يتعلق بتبليغ الأطراف وكذلك السلطات والأجال وحجية القرارات الصادرة عنهما.

الفرع الثالث

الإجراءات المطبقة أمام المحكمة الدستورية التونسية

تختلف المحكمة الدستورية التونسية في الإجراءات المطبقة أمامها عن المحكمة الدستورية المغربية وكذلك عن مجلس الدولة الفرنسي، فبمجرد إحالة المحاكم للدعوى تقوم المحكمة الدستورية بقرار من رئيسها بإحداث لجنة أو أكثر و التي تتكون من ثلاثة من ذوى الاختصاصات في القانون توكل لهم مهمة التحقق في مدى احترام مذكرة الدفع بعدم الدستورية للقانون.¹

تعرض اللجنة اقتراحاتها على رئيس المحكمة الدستورية إما بقبول الإحالة من الناحية الشكلية والإجرائية أو رفضها، وتتولى المحكمة الدستورية بعدها البت في اقتراحات اللجنة، فإذا قضت بعدم دستورية القانون المطعون فيه يتوقف العمل به، و لا يكون لحكمها أي مفعول رجعي على القضايا السابقة التي حكم فيها بصفة نهائية ، و بخصوص آجال البت في الدفع يجب على المحكمة الدستورية الالتزام بثلاث أشهر قابلة للتمديد مرة واحدة، ويقص هذا الاجل إلى ثلاثين يوماً في صور الدفع بعدم دستورية القوانين المتعلقة بالمادتين الجبائية أو الديوانية.²

تعلم المحكمة الدستورية المحكمة التي أثير الدفع أمامها في أجل 7 أيام وتعلم رئيس الجمهورية ورئيس مجلس النواب ورئيس الحكومة بقرارها.³

1- أنظر، القانون الأساسي، العدد 50، لسنة 2015، المتعلق بالمحكمة الدستورية التونسية، مرجع سابق.

2- شوقي يعيش تمام، حمزة صافى، "الإطار الناظم للمحكمة الدستورية التونسية في ضوء دستور 2014"، مجلة العلوم

القانونية والسياسية، المجلد 9، العدد 3، د ب ن ، ديسمبر 2018، ص 670.

3- هدى إيرابن، مرجع سابق ، ص 31.

المطلب الثاني

إجراءات الدفع بعدم الدستورية المطبقة أمام المجلس الدستوري الجزائري

خصص المشرع الجزائري في القانون العضوي 16-18 المحدد لشروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية الفصل الرابع للأحكام المطبقة أمام المجلس الدستوري، مع مراعاة التعديل الدستوري لسنة 2016 الذي جاء بتعديلات هامة تخص المجلس الدستوري في حد ذاته، وهذا ما يدفعنا إلى ذكر هذه التعديلات خاصة ما يهم آلية الدفع بعدم الدستورية، وذلك قبل دراسة كيفية معالجة المجلس الدستوري للدفع بعدم دستورية القوانين على مستواه .

الفرع الأول

أثار التعديل الدستوري 2016 على المجلس الدستوري.

تتخذ الرقابة على دستورية القوانين طريقين رقابة قضائية أو رقابة سياسية، وقد تبنى المشرع الجزائري هذه الأخيرة في دساتيره المتعاقبة متأثراً بذلك بالمؤسس الفرنسي، باستثناء دستور 1976، حيث تعهد مهمة الرقابة على دستورية القوانين إلى هيئة سياسية تسمى بالمجلس الدستوري، ويستدعى التوقف عند أهم التعديلات التي طرأت على هذه الهيئة بموجب التعديل الدستوري لسنة 2016.

هذه الأخيرة التي تتمتع بالدور الأساسي والأصيل في الرقابة على دستورية القوانين، وأهم ما يميز هذا التعديل المتعلق بهذه الهيئة هو إدراج آلية الدفع بعدم الدستورية لأول مرة في الدستور الجزائري ، وكأن المؤسس الجزائري أعطى ضماناً بهذا التعديل لآلية الدفع بعدم الدستورية، من حيث الموازنة بين السلطات، فوسع في تشكيلة المجلس، ورفع من مدة العهدة لضمان استقرار المجلس ووضع شروطاً كالخبرة والتخصص والتأهيل العلمي وشرط السن، ومنح الحصانة لأعضائه لتجنب التأثير عليهم، كذلك تأدية أعضائه اليمين أمام رئيس الجمهورية؛ كل هذه الأمور تجعل من المجلس الدستوري فعالاً ومنسجماً مع اتساع عملية الإخطار، والذي يهم موضوعنا هو الإخطار غير المباشر للمجلس الدستوري عن طريق الأفراد.

أولاً: تشكيل المجلس الدستوري ومدة العهدة في تعديل 2016.

وسع التعديل الدستوري لسنة 2016 من تشكيلة المجلس الدستوري إلى 12 عضواً، طبقاً لأحكام الفقرة الأولى من المادة 183 التي جاء فيها: " يتكون المجلس الدستوري من إثني عشر 12 عضواً أربع أعضاء 4 من بينهم الرئيس ونائب رئيس المجلس يعينهم رئيس الجمهورية و اثتان 2 ينتخبهما المجلس الشعبي الوطني، و اثتان 2 ينتخبهما مجلس الامة، و اثتان 2 تنتخبهما المحكمة العليا و اثتان 2 ينتخبهما مجلس الدولة.¹

وقد كانت تشكيلة المجلس الدستوري في دستور 1996 تتكون من سبعة أعضاء ، الرئيس ونائبه يعينهم رئيس الجمهورية واثان ينتخبها المجلس الشعبي واثان ينتخبهما مجلس الدولة وواحد ينخب من المحكمة العليا والآخر من مجلس الدولة، وتظهر هيمنة السلطة التنفيذية والتشريعية على المجلس الدستوري.

وقد أعطى توسيع تشكيلة المجلس الدستوري توازن بين السلطات الثلاث، وتظهر هذه التشكيلة أكثر ملائمة لوظائف المجلس الدستوري من تشكيلة نظيره الفرنسي الذي رغم تمتعه باختصاصات قضائية فإنه لا يظم في تشكيلته قضاة، عكس ما هو عليه المجلس الدستوري الجزائري الذي يضم 4 أربعة قضاة في تعديل 2016.

و يظهر النظام الجزائري أكثر تطوراً من النظام الفرنسي في هذه الخصوصية، على أساس أن طريقة تشكيل المجلس الدستوري الجزائري قريبة جداً مما هو معمول به في العديد من المحاكم الدستورية.²

يضطلع أعضاء المجلس الدستوري بمهامهم مرة واحدة مدتها ثماني 8 سنوات، ويجدد نصف أعضائه كل أربع سنوات ، بعدما كانت مدة العهدة ستة سنوات 6 والتجديد النصف في كل ثلاث سنوات.

1- أنظر، المادة 183-1 من التعديل الدستوري 2016، مرجع سابق.

2- هاني صواقية، "الرقابة الدستورية على ضوء التعديل الدستوري 2016"، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، ع 8، ص 348.

يشكل رفع مدة العهدة من 6 سنوات الي 8 سنوات رغبة المؤسس الدستوري في إعطاء الاستقرار لهذه الهيئة الدستورية والاستفادة قدر الإمكان من الخبرة المكتسبة، وعدم امكانية تجديد المدة يوفر للأعضاء الاستقلالية الحقيقية للعمل في مواجهة السلطات ويجعلهم في غنى عن مسايرتها طمعا في ولاية أخرى.

والحكمة من التجديد النصفي للمجلس فهي لتأمين استمراريته وتدعيمه بكفاءات جديدة قد ترفع من مستوى أداء عمله الرقابي.¹

ثانيا: شروط العضوية

يجب على أعضاء المجلس الدستوري بمجرد توليهم مناصبهم لدى المجلس الدستوري التخلي عن أي وظيفة أو عضوية أو مهمة، والهدف من هذا الإجراء هو ضمان استقلاليتهم التامة لأداء مهامهم خاصة اتجاه الجهة المعينة لهم، كما يمنع على أي عضو نشر أي وثيقة تتعلق بنشاط عام أو خاص بصفة العضو، و لا يمكنهم الانتماء إلى أي حزب سياسي أو المشاركة في التظاهرات ذات الطابع السياسي، في المقابل يُسمح لهم المشاركة في التظاهرات الثقافية والعلمية بعد التصريح من المجلس شريطة عدم تأثير هذه المشاركة على استقلالية العضو، مع التزام التحفظ في كل التصرفات.²

ومن أجل ضمان نزاهة وحياد أعضاء المجلس الدستوري فان المادة 183 تنص على: "يؤدي أعضاء المجلس الدستوري اليمين أمام رئيس الجمهورية قبل مباشرة مهامهم حسب النص الاتي: "أقسم بالله العلي العظيم أن أمارس وظائفني بنزاهة وحياد وأحفظ سرية المداولات وأمتنع عن اتخاذ موقف علني في أي قضية تخضع لاختصاص المجلس الدستوري".

و وضع المؤسس الدستوري في المادة 184 شروطا لعضوية المجلس الدستوري المنتخبين أو المعينين، بلوغ أربعين 40 سنة كاملة يوم تعيينهم أو انتخابهم، التمتع بخبرة مهنية مدتها 15عامًا على

1- ليندة أونيسي ، "التعديل الدستوري 2016 وأثره في تطوير الرقابة الدستورية في الجزائر"، حوليات جامعة خنشلة، ع 6، جوان 2016، ص 104 .

2- رشيدة العام، "المجلس الدستوري تشكيل وصلاحيات"، مجلة العلوم الانسانية ، جامعة محمد خيضر، بسكرة ، العدد7، 2005، ص03.

الأقل في التعليم العالي في العلوم القانونية، في القضاء، أو في مهنة محامٍ لدى المحكمة العليا أو لدى مجلس الدولة أو في وظيفة عليا في الدولة.¹

يتمتع أعضاء المجلس الدستوري بالحصانة خلال عهدتهم حماية لهم من الضغوطات بغية أداء وظائفهم على أكمل وجه، وفي هذا الإطار فإن رئيس المجلس الدستوري ونائب الرئيس و أعضاؤه يتمتعون خلال عهدتهم بالحصانة القضائية في المسائل الجزائية، ولا يمكن أن يكونوا محل متابعات أو توقيف بسبب جريمة أو جنحة الا بتنازل صريح من المعنى بالأمر او بترخيص من المجلس الدستوري.

يعقد المجلس الدستوري اجتماعاً بحضور كل اعضائه حينما تصبح الشروط المطلوبة لممارسة مهمة أحد أعضائه غير متوفرة أو عندما يُخل بواجباته إخلالاً خطيراً يفصل المجلس الدستوري أثر المداولة بالإجماع في قضية العضو المعنى دون حضوره ويطلب منه تقديم استقالته ويشعر السلطة المعنية بذلك قصد استخلافه.²

وقد وسع المؤسس الجزائري في إخطار المجلس الدستوري إلى جهات أخرى غير الجهات التقليدية المنصوص عليها في الدستور قبل تعديل 2016، وما يهم في جهات الإخطار التي أضافها التعديل هو تحريك الأفراد له بطريقة غير مباشرة بمناسبة نزاع مطروح أمام القضاء يشك أطراف الدعوى في أن حكماً تشريعياً يمس الحقوق والحريات غير دستوري، و ذلك بإخطاره بواسطة الجهات القضائية العليا.

إن ما جاء به تعديل دستور 2016 في ما يخص تشكيل وشروط أعضاء المجلس الدستوري وكذا منح الحصانة وتمديد المدة إلى 8 سنوات سيلعب دوراً هاماً ومحورياً في تكريس عملية الرقابة اللاحقة عن طريق الدفع بعدم دستورية القوانين.

1- أنظر ، المادة 184 ، التعديل الدستوري ، 2016 ، مرجع سابق.

2 - المادة 80، من النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري ، مرجع سابق.

الفرع الثاني

معالجة المجلس الدستوري للدفع بعدم دستورية القوانين

بعد اخطار المجلس الدستوري عن طريق الإحالة من المحكمة العليا أو مجلس الدولة، يقوم المجلس الدستوري فوراً بتبليغ رئيس الجمهورية، و رئيس مجلس الأمة، ورئيس المجلس الشعبي الوطني والوزير الأول.¹

يهدف هذا الاجراء إلى تمكين هذه الجهات من تقديم ملاحظاتهم حول الدفع بعدم الدستورية، إلا أن المشرع لم يحدد الآجال التي تلتزم هذه السلطات بتقديم ملاحظاتهم خلالها، وهذا تأثراً بالمشرع الفرنسي الذي لم يحدد بدوره هذا الأجل إلا أنه عملياً حددها بعشرين يوماً ، و يقوم المجلس الدستوري بتبليغ المذكرات الجوابية المقدمة للأطراف المعنية بالدفع بعدم الدستورية كما يمكنهم تقديم ملاحظاتهم.²

إن التعارض الموجود بين المادة 22 من ق ع 16-18 والمادة 20 حول جلسات المجلس الدستوري حيث تنص المادة 22 من أن جلسات المجلس الدستوري علنية في حين تنص المادة 20 من النظام المحددة لقواعد عمل المجلس الدستوري على أن جلسات المجلس الدستوري مغلقة، وتملي قاعدة تدرج القوانين أولوية تطبيق المادة 22 من القانون العضوي، كما أن القانون الجديد يسري على القديم، فعلى المشرع أن يعدل المادة 20 من النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري.³

بما أن المشرع نص على أن جلسات المجلس الدستوري مغلقة في المادة 20 وأن المادة 22 تحيل إلى الحالات الاستثنائية في النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري والتي لم تذكر هذه الحالة، وجب على المشرع اضافة الاستثناءات للمادة 20 بعد تعديلها وجعل جلسات المجلس الدستوري علنية على الأقل فيما يخص آلية الدفع بعدم الدستورية.

1- أنظر، المادة 21، ق ع، 16-18، مرجع سابق.

2- محمد اتركين ، مرجع سابق، ص 88.

3- أنظر، المادة 20 من النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري، مرجع سابق.

يمكن للأطراف الممثلين من قبل محاميهم وممثل الحكومة من تقديم ملاحظاتهم وجاهياً. والجدير بالذكر أنه في حالة عدم فصل المحكمة العليا أو مجلس الدولة في أجل شهرين ابتداء من تاريخ إرسال الدفع بعدم الدستورية مع العرائض يحال الدفع بعدم الدستورية تلقائياً إلى المجلس الدستوري.¹

كما أنه لا يؤثر انقضاء الدعوى التي تمت بمناسبة إثارة الدفع بعدم الدستورية لأي سبب كان على الفصل في الدفع بعدم الدستورية التي تم إخطار المجلس الدستوري به ، و يظهر الاعتداد بالمصلحة العامة في الدفع بعدم الدستورية المشار إليه في شرط المصلحة، فالمجلس الدستوري ينظر في الدفع بعدم دستورية قانون أي بمطابقة القانون مع الدستور و لا علاقة له بدعوى الموضوع المرفوعة أمام القضاء.²

يصدر المجلس الدستوري قراره خلال الأشهر الأربعة التي تلي تاريخ إخطاره ويمكن تمديد هذا الأجل مرة واحدة لمدة أقصاها أربعة أشهر بموجب قرار مسبب من المجلس الدستوري، ويبلغ إلى الجهة القضائية صاحبة الإخطار.³

لقد وضع المشرع أجلاً كافياً لدراسة الدفع بعدم الدستورية رغم أن هذا الاجل يطيل في الفصل في الدعوى إلا أن إيجابياته تمتد إلى المستقبل فإذا صدر القرار بدستورية الحكم التشريعي أو بعدم دستوريته فقد أراح على الجهات القضائية دفوعاً كثيرة بحيث قد يثبت الحكم التشريعي أو ينهيه.

يجتمع المجلس الدستوري بناءً على استدعاء من رئيسه، ويمكن رئيس المجلس الدستوري في حالة غيابه أن يفوض نائبه لرئاسة الجلسة، وفي حالة اقتران المانع للرئيس ونائبه يرأس الجلسة العضو الأكبر سناً،⁴ و لا يفصل المجلس الدستوري في أي مسألة إلا بحضور عشرة من أعضائه على الأقل.⁵

تُعلل آراء وقرارات المجلس الدستوري وقراراته وتصدر باللغة العربية حسب نص المادة 24 من النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري.

1 - أنظر، المادة 20، ق ع، 16-18.

2 - محمد رحموني ، سعاد رحلى ، مرجع سابق، ص 79.

3- أنظر ، المادة 189-2، التعديل الدستوري ، 2016 ، مرجع سابق.

4 - أنظر ، المادة 18، النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري، مرجع سابق.

5 - أنظر ، المادة 83-01 من الدستور، مرجع سابق.

يُبلغ القرار إلى الجهة القضائية صاحبة الإخطار بموجب 02-189 من الدستور، و إلى رئيس الجمهورية، و إلى رئيس المحكمة العليا أو رئيس مجلس الدولة و إلى السلطات، و ترسل آراء المجلس الدستوري و قراراته إلى الأمين العام للحكومة لنشرها في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.¹

وتعتبر آراء المجلس الدستوري وقراراته نهائية غير قابلة لطعن وملزمة لجميع السلطات العمومية والسلطات الادارية والقضائية.²

المطلب الثالث

حجية القرارات الصادرة عن القضاء الدستوري والآثار المترتبة عليها.

تسري فعالية الدفع بعدم الدستورية بصدور قرار من القضاء الدستوري و تقاس هذه الفاعلية بالقوة الالزامية لهذه القرارات، ومنه تترتب على هذه القرارات آثار تخص الحكم التشريعي محل الدفع بعدم الدستورية.

الفرع الأول

حجية القرارات الصادرة عن القضاء الدستوري.

إن مصدر فعالية الدفع بعدم الدستورية هو القوة الالزامية لقرارات القضاء الدستورية سواء المجلس الدستوري كفرنسا والجزائر أو المحكمة الدستورية كالمغرب وتونس، وقد نصت على ذلك دساتير تلك الدول، فقرارات المحكمة الدستورية المغربية لا تقبل أي طعن مهما كانت طريقته، ويترتب على ذلك إلترام كل السلطات العامة وجميع الجهات الإدارية والقضائية.³

1- أنظر، المواد 25، 26، 27 من النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري، مرجع سابق.

2- أنظر، المادة 191-3، المرجع نفسه.

3- الفصل 134، من دستور المغرب، مرجع سابق.

لقد أكد المشرع المغربي على ضرورة تمسك مختلف الجهات القضائية بالمملكة بتفسيرات المحكمة الدستورية عندما أُلزِمها بالأخذ بالتفسير الذي تمنحه المحكمة الدستورية لنص القانوني موضوع الدفع والذي قررت هذه الأخيرة مطابقته مع الدستور تحت شرط هذا التفسير.¹

و قد أخذ المؤسس الدستوري التونسي بنفس الاتجاه، حيث أكد أن قرارات المحكمة الدستورية تكون ملزمة لجميع السلطات.²

إن الحجية التي تُضفي على قرارات الجهات الدستورية، على غرار التجربة الفرنسية التي كانت رائدة في هذا المجال فأُسندت للمجلس الدستوري مجال القضاء الدستوري، فهي تهدف إلى توحيد التفسيرات الدستورية وتقاوي التضارب بين الجهات القضائية، خاصة أن رقابة الجهات القضائية الدستورية عند فصلها في الدفع بعدم الدستورية تنصب على قانون ساري المفعول نافذ، على أساس أنه يكون محلاً للتطبيق على منازعة معروضة على القضاء، لأجل ذلك يخضعه قاضي الدعوى الأصلية للتفسير.³

لم يحد المؤسس الدستوري الجزائري عن نظيره الفرنسي والمغربي والتونسي في حجية القرارات والآراء التي يصدرها المجلس الدستوري، فجعل آراءه وقراراته نهائية وملزمة لجميع السلطات العمومية والسلطات الإدارية والقضائية.⁴

كما أن قرارات و آراء المجلس الدستوري غير قابلة للطعن بأي طريقة من طرق الطعن، ونظراً للأهمية الكبيرة لقرارات وآراء المجلس الدستوري فإن المشرع أُلزم بموجب المادة 27 من القانون المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري إرسالها إلى الأمين العام للحكومة لنشرها في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية.

1 - المادة 23 من المشروع التنظيمي رقم 86-15، مرجع سابق.

2- الفصل 121 من دستور تونس 2014، مرجع سابق.

3- عبد الرحيم، بوحفص محمد نجيب قادي، الدفع بعدم دستورية القوانين أمام القضاء، مذكرة تخرج ضمن متطلبات شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون إداري، جامعة الشهيد حمة لخضر، الوادي، 2017-2018، ص 45.

4- الفقرة الثالثة من المادة 191 من التعديل الدستوري 2016، مرجع سابق.

و الجدير بالملاحظة أن الأنظمة المقارنة اتفقت في مسألة قوة و إلزامية القرارات التي تصدر من القضاء الدستوري سواء محكمة دستورية أو مجلس الدستورية.

الفرع الثاني

آثار القرارات الصادرة عن القضاء الدستوري

تتجلى آثار قرارات القضاء الدستوري باختلاف تسمية الجهة الدستورية التي تعنى بالرقابة على دستورية القوانين من خلال النتائج المترتبة على الدفع بعدم الدستورية، إذ أن هناك أمرين لا ثالث لهما لفحص دستورية القانون من قبل جهة القضاء الدستوري في إطار الرقابة اللاحقة.

أولاً: إصدار القرار بعدم دستورية الحكم التشريعي

إن تصريح المؤسسة الدستورية بعدم دستورية نص تشريعي المدفوع فيه بعدم الدستورية عن طريق الإحالة التي تختلف باختلاف الأنظمة الدستورية، فقد يلغى ويستبعد من تطبيقه على موضوع النزاع. إذا أقرت المحكمة الدستورية المغربية بعدم دستورية نص فتقوم بإلغائه ابتداء من تاريخ الذي حدده قرارها.¹

كما أن المحكمة الدستورية التونسية قضت بأن كل قانون أو بعض أحكامه قضت في شأنهم بعدم الدستورية يتوقف العمل به في حدود ما قضت به، ويكون في مواجهة الكافة دون أن يكون له مفعول رجعي على الحقوق المكتسبة أو على القضايا السابق الحكم فيها بصفة باتة.²

لم يتبنى المؤسس الدستوري الجزائري فكرة توقيف العمل بالنص، فقرر أن كل نص تشريعي حُكم بعدم دستوريته يفقد أثره ابتداءً من اليوم الذي يحدده قراره.³

إلا أن المشرع الفرنسي انتهج طريقة أخرى مردها مراعاة الأمن القانوني ولإعطاء البرلمان فسحة من الوقت لإعداد تشريعاته وتصحيحها، حيث يطلب المجلس الدستوري من الجهات القضائية التوقف عن

1- الفصل 134 من دستور المغرب، مرجع سابق.

2- الفصل 60 من القانون الأساسي للمحكمة الدستورية، مرجع سابق.

3 - فقرة الثانية المادة 191، من التعديل الدستوري 2016، مرجع سابق.

تطبيق هذه القوانين على النزاعات المعروضة أمامها لغاية تصحيح الوضع، وهو ما حاول المجلس الدستوري الفرنسي ترسيخه في أول قراراته بعد دخول مسألة الأولوية الدستورية حيز النفاذ مباشرة.¹

اتفق المجلس الدستوري الجزائري والمحكمة الدستورية المغربية في إطار الدفع بعدم الدستورية في إلغاء نص القانون وفقدانه لأثره من التاريخ الذي يحدده قرارهما، بينما لم يشر المؤسس التونسي لذلك واكتفى على توقف العمل بكل القانون أو بعض أحكامه في حدود ما قضت به.

ثانيا: صدور القرار بمطابقته للدستور.

قد تكون النتيجة المترتبة على رقابة النص التشريعي المطعون فيه بعدم الدستورية في إطار آلية الدفع بعدم الدستورية بأنه يتطابق مع الدستور ويصرح القضاء الدستوري بذلك، وبالتالي فإن النص التشريعي يطبق على النزاع المعروض على الجهات القضائية، وعدم استبعاده من التطبيق لأنه تحصن بقرينة دستورية و أصبح لا يقبل الطعن مرة أخرى، فإن الزامية قرارات القضاء الدستورية تسري على كل السلطات والأفراد، ويؤكد هذا الاتجاه التوافق الكبير في هذه الجزئية بين المجلس الدستوري الجزائري والفرنسي والمحكمة الدستورية التونسية والمغربية.

¹ - Cf cc28mai2010 2010 lQPC jo 29mai2010 p9728

ملخص الفصل الثاني:

تناول هذا الفصل الأنظمة المقارنة في الإجراءات المتبعة أمام الجهات القضائية وأمام جهات القضاء الدستوري، فتناول نظام تصفية الدفوع أمام الجهات القضائية المختلفة، فهناك من اعتمد على نظام التصفية الأحادية أو الذاتية كالنظام التونسي وهناك من اعتمد نظام تصفية الدفوع المزدوج، وهو الاتجاه الذي تبناه المشرع الجزائري والمغربي أسوة بنظيرهما الفرنسي.

وعالج نظام الإحالة أو الإخطار، مبين عدم إمكانية الأفراد أو الجهات القضائية الدنيا أن تحيل الدفع مباشرة إلى المجلس الدستوري على أساس أن حق الإحالة هو من اختصاص المحكمة العليا أو مجلس الدولة فقط مع الإشارة إلى أهم الآثار المترتبة على دعوى الموضوع.

وذاً السياق، تناول الموضوع الإجراءات المطبقة أمام القضاء الدستوري اعتماداً على الإجراءات المطبقة أمام القضاء الدستوري المقارن في كل من فرنسا والمغرب وتونس، وذلك من أجل إبراز موقف المشرع الجزائري في الإجراءات المطبقة أمام القضاء الدستوري .

تنفق الأنظمة المقارنة في القضاء الدستوري في فرنسا والمغرب وتونس والجزائر على حجية والزامية القرارات التي تصدرها الهيئة المكلفة بالنظر في الدفع بعدم الدستورية سواء كانت محكمة دستورية أو مجلس دستوري، واختلفوا في الآثار المترتبة على صدور القرار بعدم الدستورية، حيث ذهب المؤسس التونسي إلى وقف العمل بالنص القانوني دون إلغائه، أما المشرع الفرنسي فيعطى فرصة للبرلمان لتصحيحه، في حين انتفق المشرع الجزائري والمغربي على إلغاء النص القانوني .

خاتمة

خاتمة:

بعد الدراسة المستفيضة لشروط و إجراءات الدفع بعدم دستورية القوانين على ضوء أحكام القانون العضوي 16-18 المحدد لشروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم دستورية القوانين، يبدو أن المشرع الجزائري قد حدد شروطاً شكلية وأخرى موضوعية لقبول إثارة الدفع بعدم الدستورية، حيث تتمثل الشروط الشكلية في وجود نزاع قائم أمام القضاء، ويدفع على أثره بعدم دستورية الحكم التشريعي الذي يمس بالحقوق والحريات بمذكرة منفصلة عن الدعوى الأصلية، والتي يجب أن تكون مكتوبة ومسببة.

وقد حدد المشرع الأشخاص المخولين قانوناً بإثارة هذا الدفع وهم أطراف الدعوى دون غيرهم، بحيث لا يستطيع القاضي إثارة الدفع من تلقاء نفسه.

و ألزم أن يُثار هذا الدفع أمام الجهات القضائية الخاضعة للنظام القضائي العادي والجهات القضائية الخاضعة للقضاء الإداري في كل مراحل الدعوى، و استثنى من ذلك المحكمة الجنائية الابتدائية وسكت عن أي دور لمحكمة التنازع في الدفع بعدم دستورية القوانين.

وبخصوص الشروط الموضوعية فقد تضمنتها المادة 8 من القانون العضوي 16-18 وتتمثل أساساً في أن ينصب الدفع بعدم دستورية القوانين حول نص تشريعي يكون أساساً للمتابعة ويشكل مساساً بالحقوق والحريات، و أن لا يجوز هذا الحكم التشريعي على القرينة الدستورية، بأن لم يسبق إخضاعه إلى الرقابة على دستورية القوانين ومطابقته مع الدستور عن طريق الرقابة الأولية الوجوبية أو الاختيارية أو عن طريق دفع أحد الأفراد بعدم دستوريته إلا في حالة تغير الظروف، أما الشرط الأخير وهو الأهم فيتعلق بجدية الدفع بعدم الدستورية، وذلك لما له من دور في عدم إثقال الجهات القضائية بالدفع الكيدية.

تخضع آلية الدفع بعدم دستورية القوانين إلى جانب إجرائي مزدوج فهناك إجراءات تكون على مستوى الجهات القضائية و إجراءات أخرى على مستوى المجلس الدستوري.

تبدأ الإجراءات أمام الجهات القضائية بنظام تصفية الدفوع، حيث أخذ المشرع الجزائري بنوعين من أنظمة التصفية، فتكون تصفية الدفوع مزدوجة اذا مرت على مرحلتين تكون أولاهما أمام الجهات القضائية الدنيا التي تتحقق من مدى توفر الشروط ثم تحيل الدفع كمرحلة ثانية إلى الجهات القضائية العليا التي تعيد هي الأخرى التحقق من مدى توفر الشروط الموضوعية خاصة.

وتكون تصفية الدفوع أحادية إذا أثير أول مرة أمام الجهات القضائية العليا مباشرة، وتتمتع هذه الأخيرة بسلطة إخطار أو إحالة الدفع بعدم الدستورية إلى المجلس الدستوري.

تخضع إحالة الدفع بعدم دستورية القوانين إلى المجلس الدستوري من طرف الجهات القضائية العليا إلى جملة من الإجراءات إلى غاية صدور قراره وفقاً لآجال محددة.

و قد خالصنا في نهاية البحث إلى جملة من النتائج يمكن إيجازها كما يلي:

1- تقليد المشرع الجزائري لنظيره الفرنسي بوضع الشروط الشكلية و الموضوعية، كأنه استنسخ حرفي للنص الفرنسي.

2- الدور البارز لقضاة الموضوع في عملية تصفية الدفوع خاصة ما تعلق بتحديد معيار الجدية وكذلك النص المطبق على النزاع.

3- اقتصار آلية الدفع بعدم دستورية القوانين على مجال الحقوق والحريات.

4- ازدواجية الإجراءات المتعلقة بالدفع، حيث تتم عبر مرحلتين في المرحلة الأولى أمام الجهات القضائية والمرحلة الثانية أمام هيئة سياسية.

5- استغراق آجال معالجة الدفع بعدم الدستورية أمام الجهات القضائية العليا مدة معقولة، بحيث لا تتجاوز مدة شهرين كحد أقصى، ويتم النظر فيه أمام المجلس الدستوري خلال أربعة أشهر قابلة للتمديد مرة واحدة، نظراً لأهمية مسألة الدفع بحكم ارتباطها بمبدأ سمو الدستور.

6- وجود تعارض بين المادة 22 من القانون العضوي 16-18 والمادة 20 من النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري، حيث تنص الأولى على علنية الجلسات في حين تنص الثانية على أن جلسات المجلس الدستوري تكون مغلقة.

التوصيات:

ولتفادي بعض هذه النقائص، نقدم بعض الاقتراحات كما يلي:

1- نقترح على المشرع عدم الاكتفاء بالتقليد والعمل على الاجتهاد لصياغة نصوص تشريعية مكيفة مع خصوصية المجتمع الجزائري.

2- الاهتمام بالجانب التكويني للقضاة خاصة في المجال الدستوري وتعيين معارفهم حسب التطورات المستمرة للمنظومة القانونية خاصة في مجال الرقابة على دستورية القوانين بما فيها آلية الدفع بعدم دستورية القوانين.

- 3- عدم اقتصار مجال الدفع بعدم دستورية القوانين على الأحكام التي تنتهك الحقوق والحريات، والعمل على توسيع مجاله ليشمل بعض الجوانب الأخرى مثل الجانب التجاري، المدني.
- 4- إنشاء غرف متخصصة على مستوى الجهات القضائية العليا والدنيا للنظر في الدفوع بعدم دستورية القوانين.
- 5- تعديل النظام القانوني المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري خاصة المادة 20 بإضافة فقرة تخص علانية الجلسات في مسالة الدفع بعدم دستورية القوانين.

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر و المراجع

أولاً : النصوص التشريعية.

1- الدساتير

أ- دستور الجزائر

- دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ، الجريدة الرسمية رقم 76 مؤرخة في 8 ديسمبر 1996 المعدل و المتمم بالقانون رقم 16-01 المؤرخ في 6 مارس 2016 ، الجريدة الرسمية رقم 14 المؤرخة في 7 مارس 2016.

ب - الدساتير الأجنبية:

- الدستور الفرنسي الصادر سنة 1958 المعدل في 23 جويلية 2008.
- الدستور المغربي ظهير الشريف رقم 91-11-1 الصادر في 29 جويلية بتنفيذ نص الدستور ، الجريدة الرسمية المغربية ، عدد 5964 مكرر الصادرة في 31 جويلية 2011.
- الدستور التونسي الصادر بتاريخ 27 جانفي 2014 .

2- القوانين العضوية.

- القانون العضوي رقم 18-16، مؤرخ في 22 ذي الحجة عام 437 الموافق 2 ديسمبر 2018، يحدد شروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية ، ج، ر ، ع ، 54، الصادرة في 25 ذي الحجة 1439 الموافق 5 سبتمبر 2018.
- القانون العضوي رقم 05-11، مؤرخ في 7 يوليو 2015 ، المتعلق بالتنظيم القضائي.
- القانون العضوي رقم 11-12 مؤرخ في 26 يوليو 2011، يحدد تنظيم المحكمة العليا وعملها و اختصاصاتها، ج ، ر س ع 42 الصادرة في 31 يوليو 2011.

3 - القوانين العادية:

- القانون رقم 09-08، المؤرخ في 8 صفر عام 429 الموافق 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية ، ج، ر، ع، 21، المؤرخ في 7 ربيع الثاني عام 429، الموافق 23 أبريل 2008.
- القانون رقم 18-14 مؤرخ في 29 يوليو 2018، يعدل ويتمم الأمر رقم 71-28، المؤرخ في 22 ابريل 1971 ،المتضمن القضاء العسكري ج رس ع 47 المؤرخة في أول غشت 2018.
- القانون رقم 02-98، المؤرخ في 30 ماي 1998، المتعلق بإنشاء المحاكم الادارية ج رس ع 37 المؤرخة في 31 جوان 1998.

4- الأوامر:

- الأمر 02-05 المؤرخ في 27 فيفري 2005، يعدل و يتم القانون، رقم 84-11 المؤرخ في 9 جوان 1984، والمتضمن قانون الأسرة، ج، ر، ع5، مؤرخة في 27 فيفري 2005، ص18.
- الأمر رقم 155-66، المؤرخ في 8 صفر 1386، الموافق 8 يونيو 1966، الذي يتضمن قانون الاجراءات الجزائية، المعدل و المتمم.
- الأمر رقم 65-278، المؤرخ في 22 رجب عام 1385 الموافق 16 نوفمبر 1965، المتضمن التنظيم القضائي.
- الأمر 66-155، المؤرخ في 8 يونيو 1966 المتضمن قانون الاجراءات الجزائية ، المعدل و المتمم.

ثانياً- النصوص القانونية و التنظيمية الأجنبية:

1- القوانين العضوية.

4 -la loi organique N 2009 -1523 du 4 décembre 2009 relatif à l'application de l'article 61-1 de la constitution journal officiel de la republication française N 287 de l'an 2009.

2- القوانين العادية.

- القانون التنظيمي 86-15، المحدد لشروط واجراءات تطبيق الفصل 133 من الدستور، المتعلق بالدفع بعدم الدستورية ، صيغة يوليو 2016، تمت المصادقة عليه في مجلس النواب بتاريخ 7 اوت 2017.
- القانون الأساسي رقم 50 مؤرخ في 3 ديسمبر 2015 يتعلق بالحكمة الدستورية التونسية، الرائد الرسمي رقم 98، مؤرخ في 8 ديسمبر 2015.
- قانون رقم 48 لسنة 1979، المتعلق بالمحكمة الدستورية العليا، ج رع36، مؤرخة في 6 سبتمبر 1979، المعدل بالقانون رقم 168 لسنة 1998، ج رع28 مكرر، مؤرخة في 11 جويلية 1998 المعدلة بالقانون رقم 184 لسنة 2008 ج رع25 مكرر مؤرخة في 22 جوان 2008.

ثالثاً- النظم و القرارات و آراء المجلس الدستوري.

1- النظم:

- النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري ، ج رس ع29، الصادرة في 1 ماي 2016.

2- القرارات و آراء المجلس الدستوري:

- الرأي رقم 03- ر، ق، ع - م، د-18، مؤرخ في 20 ذي القعدة عام 439، الموافق 2 غشت 2018، يتعلق بمراقبة شروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية، ج، ر، ع54، المؤرخ في 5 سبتمبر 2018.

3- القرارات الأجنبية:

- Cf cc28mai2010 2010 lQPC jo 29mai2010 p9728.

رابعاً: المؤلفات

- 1- إبراهيم محمد علي، المصلحة في الدعوى الدستورية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
- 2- أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق و الحريات ، ط 2 ، دار الشروق، مصر، 2000.
- 3- أحمد كامل الليلة، النظم السياسية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1961.
- 4- السعيد بوشعير، المجلس الدستوري في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2012.
- 5- أبو عبدالله السعيد المندورة ، ، تحقيق مقدمة ابن خلدون ، ط 3، مؤسسة الكتب الثقافية ، بيروت .
- 6- بوبشير محند امقران، النظام القضائي الجزائري، ط4، ديوان المطبوعات الجامعية ،الجزائر، 2005.
- 7- ثروت بدوي، النظام الدستوري العربي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1964 .
- 8- حسن مصطفى البحري، القانون الدستوري النظرية العامة ، بدون دار نشر، دمشق، 2009 .
- 9- شريف يوسف خاطر، المسألة الدستورية الاولية، دراسة مقارنة ، دار الفكر والقانون، المنصورة، مصر، 2015.
- 10- صلاح الدين فوزي، الدعوى الدستورية، دار النهضة العربية، مصر، 1993.
- 11- عبد الغاني بسيوني عبدالله، النظم السياسية والقانون الدستوري، الدار الجامعية للطباعة والنشر، مصر، 1997.
- 12- عبد الوهاب بوضرسة ، الشروط العامة والخاصة لقبول الدعوى بين النظري و التطبيقي ، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر ، 2006، ص14.
- 13- علوان عبد الكريم، النظم السياسية والقانون الدستوري، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 1999.
- 14- عمار عوابدي، النظرية العامة للمنازعة الادارية في النظام القضائي الجزائري، ج1، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 2005.
- 15- ماجد الحلو المتولي، القانون الدستوري، مؤسسة شباب الجامعة، دمشق، 1976 .
- 16- محفوظ لعشب، التجربة الدستورية في الجزائر، المطبعة الحديثة لفنون المطبعية ، الجزائر، 2000.
- 17- محمد اتركين، دعوى الدفع بعدم الدستورية في التجربة الفرنسية سلسلة الدراسات الدستورية، مطبعة النجاح الجديدة،الجزائر، 2013.
- 18- محمد كامل ليله، القانون الدستوري، دار الفكر العربي، القاهرة، 1981 .
- 19- منصور محمد احمد، الرقابة اللاحقة علي دستورية القوانين في فرنسا، دار النهضة، القاهرة، 2012.
- 20- هاني علي الطهراوي ، النظم السياسية و القانون الدستوري ، ط 1 ، دار الثقافة ، الأردن ، 2008 .

21- يسري محمد العصار، شرط المصلحة في الدعوى الالغاء وفي الدعوى الدستورية، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1994.

خامساً: الأطروحات ، الرسائل و المذكرات

1- أركان حسن عبدالله، المصلحة في الدعوى الدستورية ، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية بيروت، 2012.

2- بوحفص عبد الرحيم، قادري محمد نجيب، الدفع بعدم دستورية القوانين أمام القضاء، مذكرة تخرج ضمن متطلبات شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون إداري، جامعة الشهيد حمة لخضر، الوادي، 2017-2018.

3- كرازدي الحاج، الفصل بين السلطات في النظام الجزائري، أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2014-2015.

4- هزيل جلول، الصفة والمصلحة في المنازعة الدستورية ، دراسة مقارنة ،مذكرة تخرج ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة أبي بكر بلقايد ، تلمسان، 2013-2014.

سادساً: المقالات

1- أوكيل محمد امين ، عن دور القاضي في تفعيل الية الدفع بعدم الدستورية في الجزائر دراسة مقارنة بالنموذج الفرنسي، حوليات جامعة الجزائر 1، العدد 32، الجزء الثاني ، جوان 2018.

2- أوكيل محمد أمين نظام تصفية الدفوع بعدم الدستورية في القوانين المقارنة وافق تطبيقه في الجزائر، مجلة صوت القانون، عدد 8، 2017.

3- أونيسي ليندة، التعديل الدستوري 2016 وأثره في تطوير الرقابة الدستورية في الجزائر، جامعة خنشلة، العدد 6، جوان 2016.

4- إيرابن هدى، الدفع بعدم الدستورية القوانين في نماذج الدول المغرب العربي و فرنسا، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسة، دون ذكر السنة.

5- بقدار كمال، القضاء الاستعجالي في مادة الحريات الأساسية، مجلة صوت القانون، ع 2، أكتوبر 2014.

6- بودالي محمد، القضاء الإداري والحريات العامة ،مجلة العلوم القانونية والإدارية جامعة سيدي بلعباس، العدد 4، 2008.

- 7- بودة محمد، جدلية العلاقة بين السلطة الدستورية في حماية الحقوق و الحريات، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران 2 ، د س ن.
- 8- بوسطيلة شهرزاد، مبدأ الرقابة على دستورية القوانين وتطبيقاته في التشريع الجزائري، مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع، د س ن.
- 9- جلول شيتور، "الرقابة القضائية علي دستورية القوانين، مجلة الاجتهاد القضائي، مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع، ع 4، ب س ن، جامعة محمد خيضر، بسكرة .
- 10- جمال سالم ، حق المواطن في اخطار المجلس الدستوري، مجلة البحوث والدراسات القانونية و السياسية، ع 9، د س ن.
- 11- ختير مسعود، دور مبدأ الشرعية في حماية الحقوق و الحريات، مجلة الاستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، العدد الحادي عشر، د ب ن ، سبتمبر 2018.
- 12- حميد شاوش و بوجيبة آسيا، الرقابة علي دستورية القوانين عن طريق الدفع ، قراءة في المادة 88 من دستور 2016، حوليات جامعة قالمة للعلوم الاجتماعية والانسانية، ع 22 ، ديسمبر 2017.
- 13- رحموني محمد، رحلي سعاد، حق الأفراد في الدفع بعدم الدستورية في ظل القانون العضوي المحدد لكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية، دفاثر السياسة والقانون، جانفي 2019.
- 14- رشيدة العام، المجلس الدستوري تشكيل وصلاحيات ،مجلة العلوم الانسانية ،جامعة محمد خيضر، بسكرة ، العدد7، 2005.
- 15- سليم نعيم خضر الخفاجي، الرقابة القضائية علي دستورية القوانين في الدساتير العراقية، مجلة أهل البيت عليهم السلام، جامعة البصرة ، العدد 8 .
- 16- سنبل عبد الجبار أحمد، مبدأ سمو الدستور و كفالة احترامه دراسة مقارنة ، مجلة كلية القانون، للعلوم القانونية والسياسة، د س ن.
- 17- شوقي يعيش تمام، حمزة صافي، الاطار الناظم للمحكمة الدستورية التونسية في ضوء دستور 2014، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد9، العدد3، ديسمبر 2018.
- 18- صافي حمزة، الضوابط القانونية للدفع بعدم الدستورية -قراءة تحليلية - في القانون العضوي 16-18، حوليات جامعة الجزائر 1، العدد33، الجزء الأول، مارس 2019.
- 19- صوادقية هاني، الرقابة الدستورية على ضوء التعديل الدستوري 2016، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد 8.

- 20- طيبي عميروش سعاد ، توسيع سلطة إخطار المجلس الدستوري في الرقابة على دستورية القوانين ، تحديات و رهانات، حوليات جامعة الجزائر ، العدد 33 ، الجزء الأول ، مارس 2019 .
- 21- عبدالحليم مرزوقي، صالح بنشوري، التعديل الدستوري الجديد ومبدأ الفصل بين السلطات، مجلة العلوم القانونية والسياسية، ع14، أكتوبر2016.
- 22- عبدالقادر بوراس، لخضر تاج، الدفع بعدم الدستورية في الجزائر بين المكاسب والآفاق مقارنة بالتجربة الفرنسية، مجلة أبحاث قانونية و سياسية، ع 6، جوان 2018.
- 23- عبدالمنعم بن احمد، خرشي عبد الصمد رضوان، أهمية الرقابة القضائية على دستورية القوانين كأداة في يد السلطة القضائية في مواجهة السلطة التشريعية ،مجلة العلوم القانونية والاجتماعية ،جامعة زيان عاشور بالحلقة، ع4، د س ن .
- 24- عليان بوزيان، القيمة الدستورية لمبدأ العدالة الاجتماعية والحماية القضائية -دراسة تطبيقية مقارنة على الدساتير العربية الحديثة- ،الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والانسانية ، قسم العلوم القانونية والاقتصادية، العدد10، جوان 2003.
- 25- فريدة مزياني، دور القضاء الاداري في حماية الحقوق والحريات العامة في الجزائر، مجلة الاجتهاد القضائي، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد الثالث، د س ن.
- 26- كيلاني زهرة، دور المشرع العادي في تفعيل الحقوق والحريات الدستورية، معهد العلوم القانونية والادارية بالمركز الجامعي غليزان، العدد الخامس، ديسمبر2015.
- 27- لعبيدي خيرة، وافى حاجة، الدفع بعدم الدستورية امام قاضي الموضوع، مجلة القانون العقاري والبيئة، المجلد السابع، العدد13، جوان 2019.
- 28- لعبيدي خيرة، وافى حاجة، الدفع بعدم الدستورية امام قاضي الموضوع، مجلة القانون العقاري والبيئة.
- 29- ليلي بن بعلية، دعوى الدفع بعدم الدستورية في ظل تعديل الدستوري 2016 ، استثناسًا بالتجربة الفرنسية ، مجلة الشريعة والاقتصاد، ع12، ربيع الثاني439 الموافق ديسمبر2017.
- 30- محمد عبد الله محمد الركن، التنظيم الدستوري للحقوق والحريات العامة، مجلة الشريعة والقانون، حولية محكمة، كلية الشريعة والقانون ، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد الثامن، نوفمبر 1994 .

31- محمد لمين لعجال اعجال، "حدود الرقابة الدستورية ، مقارنة في النظم المقارنة "، مجلة الاجتهاد القضائي، مخبر اثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع ، ع4 ، ب س ن ، جامعة محمد خيضر، بسكرة .

32- هاجر العربي، الدستور ومكانة الحقوق والحريات، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والانسانية، ع16، جوان 2016.

33- يوسف اريدو، نظام تصفية الدفع بعدم الدستورية في القانون المغربي، تطور القضاء الدستوري بالمغرب، البنية والوظائف، مؤلف جماعي، منشورات مجلة الحقوق، دار النشر المعرفة، الرباط، 2017.

سابعاً: الملتقيات و الندوات

1- براهيم بلجلالي منصورية، الدفع بعدم الدستورية امام قاضي الموضوع، محاضرة ملقاة في الملتقى الجهوي لناحية الغرب، حول موضوع الدفع بعدم الدستورية ،المنظم بوهران ، بتاريخ 3 فيفري 2019.

2- محمد روابحي، الاجراءات المطبقة أمام المحكمة العليا ومجلس الدولة في مادة الدفع بعدم الدستورية، الندوة الوطنية حول الدفع بعدم الدستورية ، الجزائر 10 و11 ديسمبر 2018.

الفهرس

الفهرس

5-1	مقدمة
7	الفصل الأول: شروط قبول الدفع بعدم دستورية القوانين
7	المبحث الأول: الشروط الشكلية
8	المطلب الأول: انفصال مذكرة الدفع عن الموضوع.
8	الفرع الأول: دعوى الموضوع
9	الفرع الثاني: مذكرة الدفع منفصلة
11	المطلب الثاني: الأشخاص المخولين إثارة الدفع بعدم الدستورية.
11	الفرع الأول: أطراف الدعوى
12	الفرع الثاني: الشروط الواجب توفرها في الأطراف
13	المطلب الثالث: الدفع أمام الجهات القضائية
15	الفرع الأول: الجهات القضائية المعنية بالدفع
19	الفرع الثاني: الجهات القضائية التي لا يدفع أمامها بعدم الدستورية
20	المبحث الثاني: الشروط الموضوعية.
20	المطلب الأول: أساس المتابعة حكم تشريعي ينتهك الحقوق و الحريات.
21	الفرع الأول: مفهوم الحكم التشريعي
24	الفرع الثاني: ارتباط الحكم التشريعي بجوهر النزاع.
25	الفرع الثالث: انتهاك الحكم التشريعي للحقوق و الحريات.
30	المطلب الثاني: عدم حيازة الحكم التشريعي على قرينة دستورية باستثناء تغير الظروف.
32	الفرع الأول: تحديد مصطلح الرقابة على دستورية القوانين.
37	الفرع الثاني: أهم المبادئ التي تكرسها الرقابة على دستورية القوانين
41	المطلب الثالث: اتسام الدفع بالجديية.
41	الفرع الأول: تحديد معيار الجديية
42	الفرع الثاني: دور القاضي في تحديد الجديية
43	الفرع الثالث: أهمية تحديد جديية الدفع.

46	الفصل الثاني: الإجراءات المطبقة على آلية الدفع بعدم دستورية القوانين
46	المبحث الأول: الإجراءات المطبقة أمام الجهات القضائية.
46	المطلب الأول: نظام تصفية الدفوع.
47	الفرع الأول: درجات نظام تصفية الدفوع في الأنظمة المقارنة.
53	الفرع الثاني: تصفية الدفوع بعدم الدستورية في الجزائر.
55	المطلب الثاني: تطبيق الإجراءات أمام الجهات القضائية الدنيا في الجزائر.
55	الفرع الأول: الإجراءات أمام قاضي الموضوع.
59	الفرع الثاني: أثر قرار الإحالة إلى الجهات القضائية العليا على سير الخصومة.
61	المطلب الثالث: تطبيق الإجراءات أمام الجهات القضائية العليا.
61	الفرع الأول: طرق إخطار الجهات القضائية العليا بالدفع بعدم الدستورية
63	الفرع الثاني: إحالة الدفوع من الجهات القضائية العليا إلى المجلس الدستوري.
68	المبحث الثاني: الإجراءات المطبقة أمام القضاء الدستوري
69	المطلب الأول: إجراءات الدفع بعدم الدستورية أمام القضاء الدستوري المقارن
69	الفرع الأول: الإجراءات المطبقة أمام المجلس الدستوري الفرنسي.
72	الفرع الثاني: الإجراءات المطبقة أمام المحكمة الدستورية في المغرب.
73	الفرع الثالث: الإجراءات المطبقة أمام المحكمة الدستورية التونسية.
74	المطلب الثاني: إجراءات الدفع بعدم الدستورية المطبقة أمام المجلس الدستوري الجزائري
74	الفرع الأول: آثار التعديل الدستوري 2016 على المجلس الدستوري
78	الفرع الثاني: معالجة المجلس الدستوري للدفع بعدم دستورية القوانين.
80	المطلب الثالث: حجية القرارات الصادرة عن القضاء الدستوري و الآثار المترتبة عنها
80	الفرع الأول: حجية القرارات الصادرة عن القضاء الدستوري
82	الفرع الثاني: آثار القرارات الصادرة عن القضاء الدستوري.
86	خاتمة
89	قائمة المصادر و المراجع
97	الفهرس

الملخص:

واكب المشرع الجزائري النهضة الحقوقية التي عرفتھا جل الدساتير العالمية في وضع آليات قانونية تحمي بموجبها الدستور من أي انتهاك أو خرق و ذلك لضمان سمو الدستور و سيادته على باقي القوانين الأخرى ، و تعد الرقابة على دستورية القوانين من أنجع هذه الآليات مع اختلاف الهيئة المنوطة بهذه المهمة من دستور لآخر.

و قد تبني المشرع الجزائري على غرار نظيره الفرنسي الاعتماد على هيئة سياسية تسمى "المجلس الدستوري" و هذا في جل الدساتير التي مرت بها الجزائر ما عدا دستور 1976 الذي لم يعرف هذه الآلية نظراً لتبني النهج الإشتراكي و نظام الحزب الواحد.

و خطى المؤسس الدستوري الجزائري في تعديل 2016 خطوة نوعية في مجال تعزيز و حماية الحقوق و الحريات من خلال إشراك الأفراد في الرقابة على دستورية القوانين و تحريك المجلس الدستوري بطريقة غير مباشرة و سميت هذه الآلية "بالدفع بعدم دستورية القوانين" التي تتطلب شروطاً لقبولها باتباع جملة من الإجراءات على مستوى الجهات القضائية بمختلف مستوياتها كمرحلة أولى ، و جانب إجرائي آخر على مستوى المجلس الدستوري هذا الأخير الذي يبيت في دستورية القانون من عدمه و هذا تطبيقاً لأحكام القانون العضوي 16-18 المحدد لشروط و كيفيات تطبيق آلية الدفع بعدم دستورية القوانين.