جامعة الشهيد حمه لخضر
كلية الحقوق والعلوم السياسية

بالإشتراك مع | مخبر اللسانيات العامة والخدمة العمومية في الجزائر

10

أعمال الملتقى الدولي العاشر

القضاء والدستور

الجزء الأول

يومي 08 و 09 ديسمبر 2019



بقاعة المحاضرات الأستاذ الدكتور أبو القاسم سعد الله



أعمال الملتقى الدولي العاشر

القضاء والدستور

الجزء الأول

الطباعة



ISBN:9789931650942

الإيداع القانوني:
جانـــفي 2020

أعمال الملتقى الدولي العاشر

القضاء والدستور

يومي: الأحد والاثنين 08-09 ديسمبر 2019

قاعة المحاضرات الكبرى

الأستاذ الدكتورأبو القاسم سعد الله الشط الوادي

الرئيس الشرفي للملتقى

أ.د. عمر فرحاتي

مدير جامعة الشهيد حمّه لخضر الوادي

رئيس الملتقى

د. المكي دراجي

عميد كلية الحقوق والعلوم السياسية

مدير الملتقى

أ.د. خلف فاروق

المشرف العام على الملتقى

د. عمار زعبي

اللجنة العلمية للملتقى

رئيس اللجنة العلمية للملتقى

د. إلياس جوادي

أعضاء اللجنة العلمية للملتقى

أ.د. عمار بوضياف أ.د. بوغزالة محمد الناصر

د. آمنة سلطاني د. فائزة جروني د. جمال غريسي

د. محمد الأخضر كرام د. ريم سكفالي د. بشير محمودي

د. عثمان حويذق د. أحمد سعود د. كمال فتحي إدريس

د. محمد لمين سلخ د. قني سعدية د. دحة سليم

د. قريشي رزيقة د. حوبة عبد القادر د. ديدي ابراهيم

د. منصف عبد العزيز لعرابة د. بدر الدين حيزوم مرغني أ. محمد نعرورة

إدارة الملتقى

اللجنة التنظيمية للملتقى

رئيس اللجنة التنظيمية

د.خالد بقاص

أعضاء اللجنة التنظيمية

د. عبد الحميد فرج	د. الهادي دوش	د. الصادق جراية
د. بدر شنوف	د. سامية لموشية	د. زكرياء مسعودي
د. محده جلول	د. علي شتوي	د. محمد لطفي كينة
أ. سارة شيبات	أ. محمد البشير الأعور	أ. الهاشمي كمرشو
أ. محمد الأمين سلخ	أ. محمد بجاق	أ. عبادي خير الدين

أ. حفيضة معمر أ. عتيقة نصيب أ. أحلام حراش أ. ياسين شكيمة

طلبة الدكتوراه

خليل زغدي–عبد الفتاح سويد– فضيلة شعبان– حنان قدة–أسامة قيطوبي– أمال عنان

حفيظة مكي– محمد رشيد روبة– كريمة خمقاني– العيد صحراوي

اللجنة التقنية للملتقى

رئيس اللجنة التقنية

عز الدين غبش

أعضاء اللجنة التقنية

إسماعيل أحمودة لسعد بوحامد فـؤاد العائب

لجنة التوصيات للملتقى

رئيس لجنة التوصيات

أ.د. لزهاري بوزيد

أعضاء لجنة التوصيات

أ.د. عمار بوضياف	أ.د. عصام بن حسن	أ.د. بوغزالة محمد الناصر
د. مسعود شيهوب	أ.د. معراج ديدي	د .سعيد مقدم
أ.د عزري الزين	د. لحبيب بلحاج	أ. نويري عبد العزيز
د. وليد بن رحمة		أ. أمقران عبد العزيز.

التنسيق

فضيلة شعبان

بدر شنوف

أهداف الملتقى

يسعى الملتقى إلى تحقيق الأهداف التالية:

- تعزيز القيم الدستورية لتحقيق العدالة.
- الوقوف على مدى استقلالية السلطة القضائية.
- البحث في مدى نجاعة الدور الرقابي للمؤسسات الدستورية في مدى إمكانية تحقيقها للعدالة الدستورية.
- دعوة الباحثين والمختصين للبحث في مجال القضاء والمبادئ الدستورية بما يتلاءم والوضع الراهن.

إشكالية الملتقى

- البحث في فعالية دور القضاء في إرساء الأسس الدستورية وضمان حماية الحقوق والحريات

محاور الملتقى

المحور الأول// القضاء والمبادئ الدستورية

1- القاضي والقيم الدستورية.
2- مبدأ التدرج الهرمي للنظام القضائي.
3- الأمن القانوني والأمن القضائي.

المحور الثاني// رقابة المؤسسات الدستورية

1- المجالس والمحاكم الدستورية.
2- السلطة الوطنية المستقلة للانتخابات.
3- مجلس المحاسبة.

المحور الثالث// الحماية القضائية للحقوق والحريات

1- دور آلية الدفع بعدم الدستورية في حماية الحقوق والحريات.
2- دور القضاء في حماية الحقوق والحريات.

المحور الرابع// نحو إرساء قواعد العدالة الدستورية

1- دور القاضي في بناء دولة القانون.
2- دور القاضي في تفسير وتأويل الأحكام الدستورية.
3- المساهمة في بناء أسس العدالة والمبادئ الدستورية.
4- سبل توسيع وتفعيل مجال الرقابة الدستورية.

ـ ما ينشر من أعمال يعبّر عن رأي كاتبه، ولا يعبّر بأيّ شكل من الأشكال على رأي إدارة الملتقى،
ـ يخضع ترتيب المداخلات لاعتبارات فنية لا ترتبط برتبة الباحث ولا بمكانته العلمية.

جامعة الشهيد حمّه لخضر بالوادي، الجزائر
كلية الحقوق والعلوم السياسية
pg-droit-colloques@univ-eloued.dz
هاتف/فاكس: 032.12.07.66 (00213)

برنامج الملتقى

برنامج الجلسات في اليوم الأول: الأحد 08 ديمسبر2019

❊ الجلسة الافتتاحية ❊

- ❖ النشيد الوطني،
- ❖ كلمة الأستاذ الدكتور المكي دراجي: رئيس الملتقى الدولي، عميد كلية الحقوق والعلوم السياسية
- ❖ كلمة الأستاذ الدكتور عمر فرحاتي: الرئيس الشرفي للملتقى، ومدير جامعة الشهيد حمّه لخضر بالوادي،

❖ الإعلان عن الافتتاح الرسمي للملتقى الدولي

- ❖ المحاضرة الافتتاحية.
- ❖ استراحة قصيرة.

❊ الجلسات العلمية ❊

برنامج الجلسات في اليوم الأول: الأحد 08 ديسمبر 2019

الجلسة العلمية الأولى: 09:00- 11:00 **رئيس الجلسة:** د./ فدوى المصمودي (تونس)

المتدخل	المؤسسة	عنوان المداخلة
د. سعيد مقدم	الأمين العام لمجلس الشورى المغاربي	كلمة حول القضاء والدستور
أ.د. بوزيد لزهاري	رئيس المجلس الوطني لحقوق الانسان	القضاء والدستور بين منظور القانون الدولي وحقوق الإنسان
أ.د. عصام بن حسن	جامعة صفاقس (تونس)	القاضي الإداري والحريات المضمونة دستوريا
أ. فراس لوكيل	جامعة صفاقس (تونس)	القضاء الإداري ومراقبة القيود الواردة على حق الترشح في الانتخابات في تونس

الجلسة العلمية الثانية: 11:00-13:00 **رئيس الجلسة:** أ.د./ عصام بن حسن (تونس)

المتدخل	المؤسسة	عنوان المداخلة
أ.د. عمار بوضياف	جامعة تبسة	محدودية الدفع بعدم الدستورية واشكالية المادة 188 من الدستور
د. الحبيب بلحاج	جامعة قابس (تونس)	القاضي الفردي والفصل في المنازعات بين متطلبات السرعة ومقتضيات جودة القضاء
د. وليد رحمة	جامعة قابس (تونس)	رقابة دستورية القوانين
د. فدوى المصمودي	جامعة سوسة (تونس)	القاضي الإداري ومراقبة دستورية القوانين

برنامج الجلسات في اليوم الثاني: الاثنين 09 ديسمبر 2019

الجلسة العلمية الثالثة: **10:00–08:00** **رئيس الجلسة:** د/ سعيد مقدم (الجزائر)

المتدخل	المؤسسة	عنوان المداخلة
أ. د. مسعود شيهوب	جامعة قسنطينة	الدفع بعدم الدستورية: أثاره القانونية ودوره في حماية الحقوق والحريات
أ. د. عزري الزين	جامعة بسكرة	دور القضاء في حماية الحقوق والحريات –أي قضاء للدستور؟!
أ. عبد العزيز نويري	رئيس غرفة بمجلس الدولة	إثارة الدفع بعدم الدستورية أمام الجهات القضائية
أ. عبد العزيز أمقران	مستشار بالمحكمة العليا	قراءة تحليلية في القانون العضوي رقم 16/18 المحدد شروط وكيفيات الدفع بعدم الدستورية

الجلسة العلمية الرابعة: **12:00–10:00** **رئيس الجلسة:** د/ هاجر فطناسي (تونس)

المتدخل	المؤسسة	عنوان المداخلة
أ.د معراج جديدي	جامعة الجزائر	الدفع بعد دستورية القوانين في التشريع المغاربي
أ. د. عبد الحليم بن مشري أ. د. حسينة شرون	جامعة بسكرة	الاختصاص الاستشاري لمجلس المحاسبة الجزائري
أ. د. جمال رواب	جامعة خميس مليانة	الطبيعة القانونية للإرسال بالدفع لعدم دستورية القوانين
د. عبد العالي حاحة	جامعة بسكرة	الرقابة القضائية على أعمال السلطة الوطنية المستقلة للإنتخابات

مناقشات عامة:

برنامج ورشات الملتقى

اليوم الثاني: الاثنين 09 ديسمبر2019

الورشة العلمية الأولى: 08:00 إلى 10:00

محور الورشة الأولى: * القضاء والمبادئ الدستورية * **رئيس الورشة:** أ.د / مسعود شعنان (الجزائر).

المتدخل	المؤسسة	عنوان المداخلة
د. محمد منير حساني	ورقلة	الاجتهاد الدستوري والأمن القانوني
ط.د كريمة خمقاني	الوادي	القاضي الدستوري وصناعة القيم الدستورية للدولة والمجتمع
د. ريم سكفالي د. بشير محمودي	الوادي	تجسيد مبدأ التقاضي على درجتين ضمانة لتحقيق عدالة قضائية
د. سعود أحمد أ. بن عمر ياسين	الوادي ورقلة	تغير الاجتهاد القضائي وأثره على الأمن القانوني
د. بدر شنوف	الوادي	دور مبادئ المحاكمة العادلة في ترسيخ الأمن القضائي
د. بوساحة نجاة د. لموشية سامية	الوادي	مبدأ المساواة ودور القضاء الدستوري في حمايته
د. ديدي ابراهيم ط.د محمودي خالد	الوادي تونس	تأثير استخدام الوسائل الحديثة في تحقيق الأمن القانوني
د. عجالي بخالد	تيارت	دور الاجتهاد القضائي في تحقيق الأمن القانوني
ط.د بوهلال عبد الرزاق	الوادي	مبدأ استقلالية القضاء في الدساتير الجزائرية
ط.د حمايتي صباح ط.د بوخزنة ماجدة	الوادي	استقلالية السلطة القضائية في الجزائر (بين الضمانات الدستورية و القانونية)
د. عمار زعبي ط.د عليم زهرة	الوادي برج بوعريريج	حدود استقلالية السلطة القضائية في الجزائر
ط.د معمري إيمان ط.د فضيلة شعبان	الوادي ورقلة	مبدأ عدم قابلية القضاة للعزل كضمانة لاستقلالية السلطة القضائية في الجزائر
ط.د علالي ثريا	قسنطينة	استقلال القضاء في التشريع الجزائري
د. نزيهة عمران	الوادي	استقلالية القضاء في الدساتير الجزائرية بين النص والتطبيق
د. قني سعدية أ. بلجاني وردة	الوادي	علاقة السلطة التنفيذية بالسلطة القضائية وأثرها على مبدأ استقلالية القضاء في الجزائر

ط.د كريمة فرحات حميدة أ.د دليلة فركوس	الجزائر	الرقابة القضائية عن طريق الدفع بعدم دستورية القوانين وتكريسها في الجزائر
ط.د بوقنة عبد الله	تونس	استقلالية السلطة القضائية عن السلطة التنفيذية وآليات التوازن فيما بينها

الورشة العلمية الثانية: 08:00 إلى 10:00

محور الجلسة: * رقابة المؤسسات الدستورية * **رئيس الورشة:** أ.د./ صالح زياني (تونس).

المتدخل	المؤسسة	عنوان المداخلة
أ.د صالح زياني	الجزائر	الأمن القانوني كمدخل لاستقرار المجتمع
د. كرام محمد الأخضر د. برقوق عبد العزيز	الوادي تيبازة	أثر الدفع بعدم الدستورية في الكشف عن عدم الاختصاص السلبي للمشرع
ط. د الوافي عبد الرزاق ط. د العيد صحراوي	الوادي	النظام القانوني للسلطة الوطنية المستقلة للانتخابات في الجزائر
د. جروني فايزة ط. د قيطوبي أسامة	الوادي	السلطة الوطنية المستقلة للانتخابات في الجزائر: التنظيم والصلاحيات
ط. د خوازم فوزي ط. د خوازم كريمة	الوادي	السلطة الوطنية المستقلة للانتخابات، المهام والطموحات
أ. نزلي غنية د. عمامرة مباركة	الوادي	الدور الرقابي للسلطة الوطنية المستقلة للانتخابات
ط. د. محمد رشيد روبة ط. د. غربية سمية	الوادي	رقابة السلطة الوطنية المستقلة للانتخابات على العملية الانتخابية في الجزائر
ط. د. الصادق بن عزة	الوادي	السلطة الوطنية المستقلة للانتخابات ضمانة لتحقيق النزاهة والشفافية لتنظيم انتخابات حرة وديمقراطية
د. لطيفة بـهى ط.د غنادرة عائشة	الوادي	السلطة الوطنية المستقلة للانتخابات كضمانة لنزاهة العملية الانتخابية
ط. د. حمية حيدر	الوادي	النظام القانوني لمجلس المحاسبة في الجزائر
د. بطينة مليكة د. العطراوي كمال	الوادي بريكة	مدى استقلالية قضاة مجلس المحاسبة في القانون الجزائري
ط. د حضري حسان د. لحرش عبد الرحيم	الوادي غرداية	رقابة مجلس المحاسبة على تسيير الآمرين بالصرف في الجزائر

ط. د احمودة خولة ط. د خيرة أحمودة	الوادي أدرار	مجلس المحاسبة كهيئة من هيئات الدولة للرقابة على الأموال العمومية
ط. د جوادي شمس الدين ط. د توهامي عبد الرحمن	البليدة تمنراست	مجلس المحاسبة كآلية لتجسيد الرقابة المالية العليا في الجزائر
د. تبون ربحي فاطمة الزهراء ط. د بوشول عبد الغني	بومرداس بومرداس	التنظيم القانوني لمجلس المحاسبة
ط. د برق سميحة	الوادي	العلاقة بين السلطة القضائية والسياسة: دراسة في تداعيات الحراك الشعبي على استقلالية السلطة القضائية

الورشة العلمية الثالثة: 08:00 إلى 10:00

محور الجلسة: *الحماية القضائية للحقوق والحريات * **رئيس الورشة:** د./ لحبيب بلحاج (تونس)

المتدخل	المؤسسة	عنوان المداخلة
د. حويذق عثمان ط.د الذهبي خليفة	الوادي المسيلة	الدفع بعدم الدستورية كآلية لحماية الحقوق والحريات في ظل التعديل الدستوري لسنة 2016
د. عميرات عادل	الوادي	تعزيز القضاء برقابة الدفع بعدم الدستورية
د. قادري نادية ط.د. دحماني رشيد	بريكة الوادي	مجال الدفع بعدم دستورية القوانين و الآثار المترتبة عنه
ط.د. حاقة لعروسي ط.د مومن بكوش أحمد	الجزائر 1 الوادي	إجراءات إثارة الدفع بعدم الدستورية أمام الجهات القضائية في القانون العضوي الجزائري 16/18
أ. لعايبي سعيدة أ. لعايبي بشير	الوادي بجاية	الإخطار في تفعيل الرقابة الدستورية في الجزائر
ط.د حنان قدة ط.د جديدي نهلة	الوادي تونس	الدفع بعدم الدستورية ومبدأ حياد القاضي
د. الشريف وكواك أ. عماد شريفي	الوادي	حق المتقاضين في الدفع بعدم دستورية القوانين وأهميته
د. الياس جوادي د. جرمون الطاهر	الوادي	رقابة دستورية القوانين العضوية (قانون الطوارئ)
د. مرغني حيزوم بدر الدين	الوادي	الدفع بعدم الدستورية ودوره في حماية الحقوق والحريات
ط.د ربيع رحماني	المسيلة	الحماية القضائية للحقوق السياسية في الجزائر
ط.د. حفناوي مدلل	بسكرة	دور القضاء في حماية حقوق الطفل وضمان حرياته في الجزائر
ط. د. خلوط زينب	الوادي	دور القضاء الاداري في الدعاوى الرامية للمحافظة على حق الملكية

د. كمال فتحي دريس	الوادي	رقابة القضاء الإداري على قرارات الاستيلاء الواردة على الأملاك الخاصة المكفولة دستورا
ط.د منى منصور ط.د نعيمة سالمي	الوادي تونس	تكريس مبادئ وأسس في النظام القضائي كضمانات لحماية الحقوق للأفراد
د. سميحة لعقابي د. شمس الدين بشير الشريف	سطيف	دور قاضي الاستعجال الإداري في حماية الحريات الأساسية: مقاربة مقارنة بين القانونين الجزائري والفرنسي
د. فرج عبد الحميد أ. نصيب عتيقة	الوادي	إشكالية دسترة قاعدة الشريعة مصدر التشريع في ظل المفهوم المعاصر للمواطنة
د. محدة جلول ط.د ورخ نور الدين	الوادي سوق اهراس	ضمانات ومعوقات تحقيق الأمن القانوني
أ. خيرجة ميلود ط.د محمد عزوي	الوادي	دور آلية الدفع بعدم الدستورية في حماية الحقوق والحريات
ط د : دوش حمزة ط د : يخلف فطيمة الزهراء	الوادي	أثر استقلال القضاء في تعزيز الحريات العامة "دراسة في المفهوم و الآليات"

الورشة العلمية الرابعة: 08:00 إلى 10:00

محور الجلسة: * نحو إرساء قواعد العدالة الدستورية * **رئيس الورشة:** د./ وليد رحمة (تونس).

المتدخل	المؤسسة	عنوان المداخلة
د. رابحي لخضر ط.د عيدة نجاة	الأغواط	عن مبدأ خضوع القاضي للقانون: عامل مقيد لتطور الاجتهاد القضائي: حالة القضاء الإداري الجزائري نموذجا
د تريعة نوارة	بومرداس	إرساء قواعد العدالة الدستورية في دولة الامارات العربية المتحدة
د. منصف عبد العزيز لعرابة	الوادي	دور القاضي الإداري في إرساء دولة القانون في التجربتين الجزائرية والتونسية
د. قريشي رزيقة	الوادي	دور القاضي الاداري في تكريس دولة القانون في الجزائر
د. محدة فتحي ط.د معطى الله عبد الكريم	بسكرة تونس	ضرورة تفعيل دور المحكمة العليا للدولة
د دراجي بلخير أ. حراش أحلام	الوادي	آلية القضاء الدستوري طريق نحو دولة القانون
د. غريسي جمال د. دحة سليم	الوادي	المجلس الأعلى للقضاء ودوره في تجسيد استقلالية القضاء
د . آمنة سلطاني	الوادي	السلطة التفسيرية للقاضي الدستوري في مواجهة الظروف المتغيرة

أ. زرقيني راضية ط.د مليكة جريدي غمام	الوادي	القضاء من الوظيفة إلى السلطة في التشريع الجزائري
د . محمد لمين سلخ	الوادي	طبيعة القرارات التأديبية الصادرة عن المجلس الأعلى للقضاء وتأثيرها على استقلالية القضاة
ط.د فاطمة عياشي	سكيكدة	دور القضاء في تجسيد الحماية الدستورية للحق في بيئة سليمة: القضاء الجزائي نموذجا
د. علي شتيوي ط.د يحي مجيدي	الوادي تونس	الدستور وإشكالية ممارسة السلطة في الدول العربية
ط.د. أمال عنان	الوادي	الصياغة التشريعية المعيبة وتأثيراتها على مبدأ الأمن والاستقرار القانوني
أ. جابر صالح د. حاج أحمد عبد الله	الوادي أدرار	الضبط القضائي بين الاستقلالية والازدواجية في التشريع الجزائري ونظام الحسبة
د. الهام بن خليفة	الوادي	مبدأ التقاضي على درجتين في الجنايات ودوره في تحقيق العدالة الجنائية
أ. بجاق محمد	الوادي	عوائق تحقيق الأمن القضائي في الجزائر
د. كنتاوي عبد الله	أدرار	رقابة القضاء الاداري على مشروعية القرارات الضبطية كضمانة لحماية الحقوق والحريات

الجلسة الختامية تلاوة التوصيات

الملتقى الدولي العاشر: القضاء والدستور

08-09 ديسمبر 2019

فهرس المحتويات

عنوان المداخلة	المتدخل	الصفحة
كلمة رئيس الملتقى كلمة مدير الملتقى	الأستاذ الدكتور المكي دراجي الأستاذ الدكتور خلف فاروق	
مجال الدفع بعدم الدستورية وإشكالية المادة 188 من الدستور (دراسة في ضوء التجربة الفرنسية)	أ.د / عمار بوضياف	20
العلاقة بين القضاء والدستور في دولة القانون	د/ سعيد مقدم	42
المحكمـــة الدستوريـة	أ.د / عصام بن حسن	46
دور القضاء في حماية الحقوق والحريات أي قضاء للدستور؟	أ.د / الزين عزري	78
العلاقة بين الدستور والقضاء	أ.د/ محمد ناصر بوغزالة	86
الدفع بعدم دستورية القوانين في التشريع الجزائري	أ.د / معراج جديدي	114
الاختصاص الاستشاري لمجلس المحاسبة الجزائري	أ.د / عبد الحليم مشري أ.د / حسينة شرون	118
الطبيعة القانونية لقرار إرسال الدفع بعدم دستورية القوانين	د / جمال رواب	142
الرقابة القضائية على أعمال السلطة الوطنية المستقلة للانتخابات	د / عبد العالي حاحة أ.د / آمال يعيش تمام	154
تجسيد مبدأ التقاضي الإداري على درجتين ضمانة لتحقيق عدالة قضائية	د / بشير محمودي د / ريم سكفالي	168
تغير الاجتهاد القضائي وأثره على الأمن القانوني	د / سعود أحمد أ/ ياسين بن عمر	176
حدود استقلالية السلطة القضائية في الجزائر	د/ عمار عبي ط.د/ زهرة عليم	188
أثر الدفع بعدم الدستورية في الكشف عن عدم الاختصاص السلبي للبرلمان	د / محمد الأخضر كرام د / عبد العزيز برقوق	200
السلطة الوطنية المستقلة للانتخابات في الجزائر: التنظيم والصلاحيات	د / فايزة جروني أ / أسامة قيطوبي	210
تعزيز القضاء برقابة الدفع بعدم الدستورية	د/ عادل عميرات	226

رقابة دستورية القوانين العضوية (قانون الطوارئ)	د / إلياس جوادي د / محمد الطاهر جرمون	236
الدفع بعدم الدستورية ودوره في حماية الحقوق والحريات	د/ حيزوم بدر الدين مرغني	246
رقابة القضاء الإداري على قرارات الاستيلاء الواردة على الأملاك الخاصة	د / كمال فتحي دريس	262
عن مبدأ خضوع القاضي للقانون: "عامل مقيد لتطوير الاجتهاد القضائي: حالة القضاء الإداري الجزائري نموذجا"	د / لخضر رابحي أ/ نجاة عيدة	274
المجلس الأعلى للقضاء ودوره في تجسيد استقلالية القضاء	د / جمال غريسي د / سليم دحة	288
تكريس مبدأ التقاضي على درجتين في الجنايات وفق التشريع الجزائري	د/ إلهام بن خليفة	306
استقلال القضاة ضمانة لمبدأ الفصل بين السلطات	د / الهادي دوش	318
الدفع بعدم دستورية القوانين في التعديل الدستوري الجزائري 2016	د / نصر الدين عاشور ط. د / آمال عقبي	326
إثارة الدفع بعدم الدستورية أمام الجهات القضائية وتطبيقاتها العملية المشابهة في القضاء المقارن	د/ عبد العزيز نويري	334
توصيات الملتقى		362



كلمة رئيس الملتقى
الأستاذ / المكي دراجي
عميد كلية الحقوق والعلوم السياسية

بسم الله الرحمان الرحيم والصلاة والسلام على اشرف المرسلين وعلى آله وصحبه إلى يوم الدين.

سيدي الفاضل مدير الجامعة

أخي وصديقي البروفسور عصام بن حسن مدير الدراسات بجامعة صفاقس (تونس)

السيد الفاضل الدكتور السعيد مقدم الأمين العام لمجلس الشورى المغاربي

السيد الفاضل الدكتور بوزيد لزهاري رئيس المجلس الوطني لحقوق الانسان

السيد الفاضل الدكتور عبد العزيز نويري عضو مجلس الدولة

السيد الفاضل البروفيسور مسعود شعنان رئيس اللجنة الوطنية لميادين التكوين

السيدة الفاضلة الدكتورة هاجر فطناسي مديرة معهد العلوم القانونية بقابس

السيد الفاضل الأستاذ عبد العزيز آمقران مستشار المحكمة العليا سابقا

السادة نواب المدير السادة عمداء الكليات و إطارات كلية الحقوق والعلوم السياسية والأسرة الإعلامية.

أساتذتي الأفاضل: البروفيسور عمار بوضياف، البروفيسور مسعود شيهوب، البروفيسور معراج جديدي، البروفيسور صالح زياني، البروفيسور عبد الحليم بن مشري، الدكتورة فدوى المصمودي، الدكتور لحبيب بلحاج، الأستاذ فراس لوكيل، الدكتور جمال الرواب، الدكتور عبد العالي حاحة.

زملائي الاساتذة من مختلف الجامعات الوطنية كل باسمه ومقامه.

أيها الحضور الكريم طلبتنا الأعزاء السلام عليكم ورحمة الله تعالى وبركاته.

ها نحن اليوم نجدد اللقاء مع خيرة الباحثين من أجل تنظيم تظاهرة علمية جديدة تضاف إلى رصيد الملتقيات العلمية التي دأبت كلية الحقوق والعلوم السياسية على تنظيمها بنفس العزيمة وذات الثبات، كيف لا وفي طلب العلم ونشره فضل عظيم، يحضى صاحبه بمحبة الله وتوفيقه لقوله صلى الله عليه وسلم "مرحبا بطالب العلم، إن طالب العلم لتحفه الملائكة وتظله بأجنحتها...".

وقول الإمام على بن أبي طالب رضي الله عنه:

"ما الفضل إلا لأهل العلم إنهم* على الهدى لمن استهدى أدلاء"

وقيمة المرء ما قد كان يحسنه* والجاهلون لأهل العلم أعداء

فقم بعلم ولا تطلب به بدلا* فالناس موتى وأهل العلم أحياء

أيها الأخوة الأعزاء

إن ندوتنا الدولية العلمية العاشرة، والتي نأمل أن يعم فيها النفع والإفادة للجميع، ويجد فيها كل باحث مبتغاه، اخترناها بعنوان القضاء والدستور، وهو نتاج رؤية مشتركة بين كليتي الحقوق والعلوم السياسية بالوادي وكلية الحقوق بصفاقس، إذ تقرر فيها تنظيم ملتقى حصري بين الكليتين لتكون باكورة الأعمال المشتركة في إطار تفعيل إتفاقية التعاون والتبادل العلمي.

إن هذا العنوان رغم بساطة تركيبه إلا أنه يحمل الكثير من المعاني وتدخل تحته عديد المواضيع التي نتركها لأهل الاختصاص ليفيدونا بتفاصيلها خلال الجلسات والورشات العلمية التي ستعقد خلال يومين متتاليين، وسأكتفي في هذه الكلمة الموجزة -وأنا أدلوا بدلوي في هذا الموضوع- بالوقوف على علاقة التكامل المتبادلة بين القضاء والدستور، فالقضاء يساهم في ضمان علوية الدستور والدستور يحمي استقلالية القضاء.

بمعنى آخر، إن كان القضاء هو العمود الفقري لدولة القانون والحامي للدستور والمبادئ الدستورية، هذا الدور تعزز من خلال آلية الدفع بعدم الدستورية المنصوص عليها في المادة 188 من الدستور الجزائري والفصل 120 الفقرة 4 من الدستور التونسي، التي أسست لمرحلة جديدة عززت سبل المساهمة في حماية المبادئ الدستورية التي يضمنها الدستور ، فإنه في المقابل يعتبر الدستور الضامن الأساسي لاستقلالية السلطة القضائية من خلال تأسيسه لقضاء مستقل وإرساءه لمبادئ الشرعية والمساواة، وبين هذه وتلك، تثار عديد الإشكالات التي سيتناولها الباحثون في هذه الجلسات الطيبة.

في إطار مواصلة سياسة التفتح على مختلف الكليات الوطنية والدولية لكسب وتبادل الخبرات والمعارف، يسعدنا إعلامكم اليوم بأنه تم ابرام اتفاقية ثانية مع معهد العلوم القانونية بقابس خلال نهاية شهر جويلية 2019 بتونس، وتشريف مديرة المعهد بالحضور معنا اليوم يدخل في إطار تفعيل الاتفاقية وبداية العمل بها، كما سيتم خلال سنة 2020 إبرام اتفاقيتين، إحداهما مع كلية الحقوق والعلوم السياسية بسوسة والثانية مع كلية الحقوق بجامعة سربون، نأمل من خلالهم أن نتمكن من نقل الخبرات والمعارف من مختلف الجامعات والدول لطلبتنا الأعزاء وأساتذة الكلية.

أيها السادة الأكارم:

لا يسعني في الأخير إلا أن أوجه شكري وتقديري وامتناني لكل الساهرين على إنجاح الملتقى الدولي العاشر، وأخص بالذكر مدير الملتقى ورئيس أعضاء اللجنة العلمية والتنظيمية وأتمنى أن تعم الفائدة للجميع، وأشكركم على كرم الإصغاء والسلام عليكم.

كلمة مدير الملتقى
الأستاذ/ فاروق خلف

بســـم الله الرحمـن الرحيـم

السادة الباحثين والمشاركين الأفاضل/

حضرات الضيوف والزملاء الكرام، من داخل الوطن ومن خارجه كل بإسمه ومقامه/

طلبتنا الأعزاء/

رعى الله الأحبة حيث حلـوا ..... لهم في القلب مرتحل وحـلُّ

خيول الشوق مسرجة إليهـم ..... تبارت حيثما سـاروا وهلـوا

الحضور الكرام/

يشرفني أن أرحب بكم جميعا، وأن أشكركم على تلبية الدعوة للحضور، والمساهمة في إثراء هذا الملتقى الدولي العاشر، الذي ينتظم بالتعاون ما بين كلية الحقوق والعلوم السياسية هنا، بجامعة الشهيد "حمه لخضر" بالوادي بالاشتراك مع مخبر السياسات العامة والخدمة العمومية في الجزائر، المعنون والموسوم بـ "القضاء والدستور".

إذ من المؤكد أن دولة القانون تستند في أساس بناءها على الدستور الذي يعد ركيزة أساسية في قوام قواعد ومبادئ النظام الأساسي للدولة، والتي يبرز من بينها، مبدأ سمو الدستور، ومبدأ تسلسل القواعد القانونية وكذا مبدأ الرقابة على دستورية القوانين.

ولا يمكن للدولة أن تمارس سلطتها إلا في إطار نظام قانوني محدد ضمن نطاق المبادئ الدستورية المذكورة علاوة على ضرورة إحترام مبدأ الفصل ما بين السلطات، وعلى الخصوص إستقلالية السلطة القضائية، والهيئات الرقابية، وتعزيز سلطة القضاء وكذا توفير الضمانات والآليات الفعالة في تجسيد وحماية الحقوق والحريات الأساسية.

تلكم هي، أهم الأطوار والمبادئ التي يعد القضاء والهيئات الرقابية أحد المكونات الأساسية في تجسيد هذه الضمانات من خلال قيامه بمهامه في ذلك، ومن خلال تطبيق القوانين وتفسيرها، والرقابة على دستوريتها وتحقيق العدالة وضمان تجسيد الحقوق والحريات العامة والخاصة، والفصل في المنازعات الناشئة وتلك المثارة بين مؤسسات الدولة على الصعيدين المركزي والمحلي، وبين الأطراف الأخرى أيا كانت، وكذلك مكافحة الفساد الذي يعتبر من أولويات هذا الجهاز.

ولقد كان الهدف المرتجى والمتوخى من فعاليات هذا الملتقى إبراز وتحقيق جملة الأهداف التالية:

- تعزيز القيم الدستورية لتحقيق العدالة.
- الوقوف على مدى استقلالية السلطة القضائية.
- البحث في مدى نجاعة الدور الرقابي للمؤسسات الدستورية وفي مدى إمكانية تحقيقها للعدالة الدستورية.

- دعوة الباحثين والمختصين للبحث في مجال القضاء والمبادئ الدستورية بما يتلائم والوضع الراهن.

وعلى هذا الأساس جاء تنظيم هذا الملتقى الدولي العاشر "للقضاء والدستور"، وكذا بغرض دراسة ومناقشة الإشكالية المتعلقة والمرتبطة بموضوعه والمتمثلة أساسا في: ما مدى فعالية دور القضاء في إرساء الأسس الدستورية، وضمان تجسيد وفعالية حماية الحقوق والحريات؟

من خلال محاور رئيسية أربعة وهي:

المحور الأول: القضاء والمبادئ الدستورية.

المحول الثاني: رقابة المؤسسات الدستورية

المحور الثالث: الحماية القضائية للحقوق والحريات

المحور الرابع: نحو إرساء قواعد العدالة الدستورية

سيداتي سادتي/

حيث وعلاوة على أن هاته المحاضرات والورشات النظرية والتطبيقات العملية المتعلقة بالموضوع على أهمية كبيرة في تعميق التفكير والتدبر، فإن هذا الملتقى سيكون فرصة سانحة لتبادل الخبرات والاستفادة من التجارب وتقريب وجهات النظر حول المفاهيم والممارسات الإجرائية وتلك الموضوعية في مجال علاقة القضاء بالدستور بما يضمن المصلحة الفضلى في إرساء دعائم دولة القانون، وهي الغاية المنشودة التي نتوق جميعا لتحقيقها.

الحضور الكريم/

أجدد شكري وترحيبي بكم، ودون أن أنسى في هذا المقام الكريم أن أتوجه بشكري الخاص أيضا للسيد المحترم أ.د/ "عمر فرحاتي" مدير الجامعة، والسيد المحترم أ.د "المكي دراجي" عميد الكلية على دعمهم المتواصل، وكذا إلى السادة الزملاء الأفاضل رئيسي اللجنة العلمية د/ "جوادي إلياس" واللجنة التنظيمية د/"خالد بقاص" وأعضاء فريقيهما والطاقم التقني للكلية من موظفين وإداريين على الجهد المبذول من قبلهم في سبيل إنجاح فعاليات هذا الملتقى، الذي نتمنى له النجاح والتوفيق، وأن يكلل بتوصيات مهمة في الموضوع.

دمتم ذخرا لنا جميعا، والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته.

مجال الدفع بعدم الدستورية وإشكالية المادة 188 من الدستور
دراسة في ضوء التجربة الفرنسية



الأستاذ الدكتور / عمار بوضياف
جامعة تبسة

❋ ❋ ❋ ❋ ❋

مقدّمة:

إن التصدي للقوانين والتنظيمات المخالفة للدستور عملية في غاية من الأهمية، و لا يمكن أن تسند بحال من الأحوال للقضاء العادي الذي تعود الفصل بحكم طبيعته واختصاصه فقط في خصومات عادية تحكمها قوانين معينة. كما لا يمكن أن تسند من جهة أخرى للقضاء الإداري الذي تعود هو الآخر على الفصل في المنازعات الإدارية. بل وجب إسناد هذه المهمة فقط للقضاء الدستوري. حتى أن البعض حكم بأن لا سمو للدستور إذا كان تفسيره منوط بغير القضاء الدستوري[1].

من أجل ذلك أقرت مختلف الأنظمة القانونية في دساتيرها أحكاما تتعلق بالرقابة على دستورية القوانين. فعهدت إما لمحكمة دستورية أو مجلس دستوري مهمة إبطال كل النصوص التشريعية المخالفة للقواعد الدستورية، وهو ما انتهجته معظم الدساتير العربية و منها الجزائر.

وبنظام الرقابة على دستورية القوانين نكفل دون أدنى ريب للقواعد الدستورية سموها و مكانتها، ونعمل على تحصين وحماية قواعدها وأحكامها من أن تمس عن طريق التشريع أو التنظيم. و بذلك نصل إلى احترام مبدأ تدرج القوانين، ونرسي أحد أبرز معالم دولة القانون والمؤسسات.

ولا يكفي لحماية القواعد الدستورية أن نعترف في دستور الدولة لجهات معينة وليكن أعضاء في السلطة التنفيذية، كرئيس الجمهورية، والوزير الأول، أو أعضاء في السلطة التشريعية بنصاب دستوري محدد، من التوجه للمحكمة الدستورية أو المجلس الدستوري والمطالبة بإبطال مفعول نصوص تشريعية تنتهك في مضمونها أحكاما دستورية، بل يجب إلى جانب ذلك الاعتراف **للأفراد من إثارة مسألة الدفع بعدم دستورية نص معين** بمناسبة الفصل في قضايا منشورة أمام جهات القضاء المختلفة أيا كانت طبيعته شريطة أن تكون النصوص المدعى بعدم دستوريتها تعنيهم وتمس مراكزهم، وتحكم مصالحهم، وهي الواجبة التطبيق على النزاع المعروض أمام القضاء. وهو النهج الذي اتبعته غالبية الدساتير العربية.

ولا يراودنا الشك أن تعددية الجهات والأطراف التي يعود لها حق التوجه للمحكمة الدستورية أو المجلس الدستوري أمر توجبه قواعد العدالة الدستورية. فكأنما بتعدد الجهات والأطراف التي تطالب

القضاء الدستوري بفحص نص معين بالنظر لمخالفته للدستور نكون قد وسعنا من نطاق الرقابة على الدستورية من حيث الجهات المحركة للإدعاء. و بذلك تتم عمليا محاصرة كل النصوص القانونية التي يشتبه في عدم دستوريتها والتضييق عليها من جميع الزوايا بما يؤدي إلى سقوطها ونهايتها وإبطال مفعولها لا لشيء إلا لأنها خالفت التشريع الأسمى داخل الدولة ألا وهو الدستور.

وسنحاول من خلال هذه المداخلة طرح الإشكالية التالية: إلى أي مدى ساهمت آلية الإخطار المتعلقة بالمجلس الدستوري في تكثيف النشاط الرقابي للمجلس الدستوري وترقيته من جهة، وحماية النصوص الدستورية من جهة أخرى؟

ومن منطلق أن التجربة الجزائرية في مجال الدفع لا زالت فتية حيث عرف المجلس الدستوري حتى شهر نوفمبر 2019 تسجيل قضيتين وتم الفصل فيهما بتاريخ 20 نوفمبر 2019 بحسب ما سنبينه لاحقا، تعين علينا ربط الأحكام المتعلقة بالتعديل الدستوري لسنة 2016 بما هو جار به العمل في فرنسا منذ 2008 وإلى غاية 2019، وهذا بهدف تقييم هذه الآلية المستحدثة من حيث توطيدها لمظاهر المواطنة، وحمايتها للحقوق والحريات المكرسة دستوريا.

وسنتولى الإجابة عن هذه الإشكالية من خلال الخطة التالية:

المحور الأول: الفراغ الدستوري بشأن آلية الدفع في الجزائر-1963-2016

المحور الثاني: التعديل الدستوري لسنة 2016 والنقلة النوعية

المحور الثالث: آلية الدفع بعدم الدستورية في فرنسا وتطور النشاط الرقابي للمجلس الدستوري

المحور الرابع: إبعاد التنظيمات من مجال الدفع بعدم الدستورية وأثره في بناء دولة القانون

المحور الأول

الفراغ الدستوري بشأن آلية الدفع في الجزائر-1963-2016

إن الدارس المتمعن في أحكام الرقابة على دستورية القوانين في الجزائر يجدها تطورت بين مرحلة وأخرى بدءا بالدستور الأول لسنة 1963 وانتهاء بالتعديل الدستوري لسنة 2016. هذا التطور الذي تجلى أساسا من حيث تشكيلة المجلس الدستوري، و من حيث شروط العضوية فيه، و من حيث أحكام اليمين الدستورية، و فيما خص أحكام الحصانة الجزائية لأعضاء المجلس الدستوري، كما تجلى من حيث قواعد الإخطار، أو مدة العهدة الدستورية، أو فيما خص حجية آراء وقرارات المجلس الدستوري.

ويتعذر علينا في مداخلة كهذه استعراض كل مظاهر التطور في مجال الرقابة على الدستورية، لذا سنسلط الضوء أساسا على مسألة الإخطار بحكم علاقتها مع موضوع المداخلة، وهو ما سنبينه فيما يلي:

1- دستور 1963 وتساؤلات عدة في مجال الرقابة على الدستورية:

خصص الدستور الأول للبلاد سنة 1963[2] للمجلس الدستوري فقط مادتين هما المادة 63 و64. و أعلنت المادة 63 عن تشكيلة المجلس الدستوري فجاء فيها: "يتألف المجلس الدستوري من الرئيس الأول للمحكمة العليا، و رئيسي الحجرتين المدنية والإدارية في المحكمة العليا و ثلاثة نواب يعينهم المجلس الوطني و عضو يعينه رئيس الجمهورية.

ينتخب أعضاء المجلس الدستوري رئيسهم الذي ليس له صوت مرجح."

وهكذا ضم المجلس الدستوري تركيبة مختلطة شملت كل من:

- **الرئيس الأول للمحكمة العليا**: وهو شخص معين يتولى قيادة أعلى هيئة قضائية. ويتمتع بمقعد داخل المجلس الدستوري بالنظر لصفته الرئاسية. مع الإشارة أن الدستور الأول للبلاد لم يعتمد نظام ازدواجية القضاء، بل اعتمد نظام الوحدة[3].

- **رئيسي الحجرتين-أي الغرفتين- المدنية والإدارية في المحكمة العليا**: وهما بالطبع ينتميان للسلطة القضائية ويتمتعان كل منهما بمقعد في المجلس الدستوري بالنظر لصفتهما الرئاسية كون أن كل من منهما يترأس غرفة داخل المحكمة العليا. وبذلك بلغ عدد القضاة داخل المجلس الدستوري 03 " ثلاثة". كلهم من ذوي الصفة الرئاسية. ولا وجود للانتخاب في هذه المرحلة.

وقد أجع الدكتور فوزي أوصديق مسألة اختيار رئيسي الغرفة الإدارية والمدنية بالمحكمة العليا دون سواهما من الغرف إلى مسألة الاختصاص من جهة، كما أن أغلب الانتهاكات تكون إما بانتقاص الحقوق والحريات وهو مجال تدخل الغرفة المدنية، أو بإنشاء مراكز قانونية من المحتمل أن تتعدى على المراكز المكتسبة[4].

- **ثلاثة نواب يعينهم المجلس الوطني**:

- **عضو يعينه رئيس الجمهورية**: واعترف دستور 1963 لرئيس الجمهورية بتعين عضو في المجلس الدستوري دون أن يبرز النص شروط هذا التعيين، وعما إذا كان العضو المعين ملزما بالتفرغ لنشاط المجلس الرقابي. وهي ثغرة كبيرة في النص بتقديرنا.

رئيس المجلس: أما عن رئاسة المجلس فتؤول لشخص منتخب وهذا ما أشارت إليه المادة 63 بقولها: "ينتخب أعضاء المجلس الدستوري رئيسهم الذي ليس له صوت مرجح."

وتطرح آلية انتخاب رئيس المجلس عديد الإشكاليات القانونية، كون أن النص اعتمد طريقة الانتخاب بالمطلق بما يعني أن المنتخب قد يكون هو رئيس المحكمة العليا أو رئيس الغرفة المدنية أو الإدارية بها دون إشارة لمسألة تفرغه لنشاط المجلس الرقابي، وهذا يمس بالاستقلال العضوي للمجلس الدستوري.

كما أن المادة 63 الفقرة الثانية أعلنت صراحة أن رئيس المجلس المنتخب لا يتمتع بصوت ترجيحي رغم أن التركيبة الجماعية للمجلس تتشكل بعدد مفرد 07 وكان ينبغي في مثل هذه المواضع اللجوء للترجيح.

ونسجل لصالح دستور 1963 أنه لم يبالغ في حصة رئيس الجمهورية في التعيين داخل المجلس الدستوري، بل هي الأضعف مقارنة بالسلطة القضائية التي تملك ثلاث مقاعد، والسلطة التشريعية التي تملك ذات العدد. كما لم تعترف القاعدة الدستورية لرئيس الجمهورية بحق اختيار رئيس المجلس الدستوري وأقرت نظام انتخاب رئيس المجلس[5].

وبهذا اكتفى الدستور الأول للبلاد بالإعلان عن تشكيلة المجلس الدستوري المختلطة. وتحديد مهمته الأساسية المتمثلة في الرقابة على دستورية القوانين والأوامر التشريعية. كما بين السلطات المخولة بالإخطار بما يؤكد أن المجلس لا يتحرك في مجال الرقابة على الدستورية وحددت جهة الإخطار برئيس الجمهورية ورئيس المجلس الوطني.

ونسجل أيضا عدم إحالة كل من المادة 63 و64 للقانون بصدد تنظيم الأحكام التفصيلية المتعلقة بالنشاط الرقابي للمجلس الدستوري. و هي ثغرة كان ينبغي تفاديها. فالعلاقة بين التشريع الأساس ألا وهو الدستور والتشريع العضوي أو العادي قائمة لا يمكن إنكارها. و الربط بين المنظومتين تقنية لا بد منها وكثيرا ما يقع اعتمادها.

وتأسيسا على ما تقدم تميز دستور 1963 في مجال الرقابة على الدستورية بقلة الأحكام الواردة فيه، ذلك أن تخصيص مادتين فقط لهيئة دستورية عليا بحجم المجلس الدستوري غير كافية على الإطلاق، ولا تتماشى والمهام المعهودة إليه، ولا مكانته السامية. و لا يمكن لهذا العدد القليل جدا من المواد تنظيم كل الجوانب المتعلقة بالرقابة على الدستورية وكيفية عمل هذا الجهاز. و الدليل هو الكم الكبير من التساؤلات عدة طرحت فيما خص أحكام الرقابة على الدستورية والتي سنبينها فيما يلي[6]:

النتيجة الجزئية: دور منعدم للقضاء في مجال الرقابة على الدستورية ولا مجال للمواطن في إثارة الدفع بعدم الدستورية.

وجدير بالإشارة أنه لم يكتب للمجلس الدستوري في ظل الدستور الأول للبلاد من أن ينصب وهذا بسبب تجميد العمل بالدستور لظروف خاصة مرت بها البلاد آنذاك مما انجر عنه الدخول في مرحلة الشرعية الثورية بدل الشرعية الدستورية[7]. ورغم عدم إشارة هذا الدستور لعديد المسائل ليس فقط ما تعلق منها بالمجلس الدستوري، بل وبباقي سلطات الدولة، إلا أنه مع ذلك تضمن بعض الإيجابيات من ذلك أنه الدستور الوحيد الذي أشار صراحة أن كل تعديل للدستور يمر وجوبا عبر الاستفتاء وهو ما تضمنته المادة 73 منه بقولها: " يعرض مشروع قانون التعديل على مصادقة الشعب عن طريق الاستفتاء" وهي ميزة انفرد بها هذا الدستور مقارنة بباقي دساتير الجمهورية الجزائرية [8].

2- دستور 1976 والفراغ في مجال الرقابة على الدستورية:

ثم صدر دستور 1976 بموجب الأمر 76-97 مؤرخ في 22 نوفمبر 1976 يتضمن إصدار دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية[9]. وتضمن هذا الدستور 199 مادة. وخضع للتعديلات التالية:

- قانون رقم 79-06 مؤرخ في 12 شعبان عام 1399هـ الموافق 7 يوليو سنة 1979 يتضمن التعديل الدستوري[10].

-قانون رقم 80-01 مؤرخ في 24 صفر عام 1400 الموافق 12 يناير سنة 1980 يتضمن التعديل الدستوري[11].

- التعديل الدستوري الموافق عليه في استفتاء 3 نوفمبر سنة 1988 الصادر بموجب المرسوم 88-223 يتعلق بنشر التعديل الدستوري الموافق عليه في استفتاء 3 نوفمبر 1988[12].

ويبدو واضحا من خلال هذه الأحكام كيف أن دستور 1976 سلط في مجال الرقابة الضوء على دور المجالس المنتخبة كالمجلس الشعبي الوطني والمجالس الشعبية الولائية والمجالس الشعبية البلدية وأيضا رقابة مجلس المحاسبة[13]. وأغفل التشريع الأساس في هذه المرحلة نهائيا أحكام الرقابة على الدستورية.

من أجل ذلك ذهب بعض الباحثين إلى القول أن أهداف الرقابة على الدستورية لا تلائم أهداف ومقتضيات الثورة الاشتراكية وهذا باستبدالها بأنماط أخرى من الرقابة السياسية المحددة في المواد من 95 إلى 103 من الدستور. و الرقابة الشعبية المبينة خاصة في المادة 190، ومن ثم لا طائل من التفكير في وجود هيئة للرقابة على الدستورية[14].

وقد أرجت بعض الدراسات مسألة عدم التنصيص على هيئة مكلفة بالرقابة على دستورية القوانين للقناعة السائدة آنذاك من أن الإكثار من المؤسسات الرقابية قد يعيق السير الحسن للدولة، كما يعرقل أعمال السلطة الثورية[15].

ونسجل للمؤتمر الخامس لحزب جبهة التحرير الوطني – الحزب الحاكم و الواحد في تلك المرحلة- وبمناسبة المناقشات السياسية أنه أول ما أوصى بإنشاء جهاز للرقابة على الدستورية يوضع تحت سلطة رئيس الجمهورية باعتباره الأمين العام للحزب آنذاك يعهد إليه مهمة الفصل في دستورية القوانين بهدف ضمان علو الدستور والمحافظة على الحقوق والحريات. غير أن هذه التوصية لم تفعل في أرض الواقع وظلت دون تجسيد[16].

3- دستور 1989 واستحداث المجلس الدستوري:

وشهدت الجمهورية الجزائرية بتاريخ 23 فبراير 1989 حدثا بارزا تمثل في الاستفتاء الدستوري والذي حمله المرسوم 89-18 المؤرخ في 28 فبراير 1989 يتعلق بنشر نص تعديل الدستور الموافق عليه في استفتاء 23 فبراير 1989 في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية[17].

ونسجل للتعديل الدستوري لسنة 1989 أنه أولى اهتماما وعناية غير مسبوقة للأحكام المتعلقة بالرقابة على دستورية القوانين. فخصص لها كما معتبرا من المواد تراوح من 153إلى 159 وأطلق على الهيئة المكلفة بممارسة مهمة الرقابة على دستورية القوانين بـ "**المجلس الدستوري**" بما يؤكد التأثر بالنموذج الفرنسي[18] في مجال الرقابة على الدستورية لأسباب تاريخية ومن ثم تم من حيث المبدأ استبعاد وجود محكمة دستورية بنفس التوجه السائد في بعض الأنظمة العربية[19].

وينبغي الإشارة والتوضيح أنه على الصعيد الفقهي هناك من أيد نظام الرقابة القضائية على دستورية القوانين كونه يكفل استقلالا عضويا للجهة المكلفة بالرقابة أي المحكمة الدستورية، وهذا يجلب لنا مسألة الحياد، وهو ما يؤمن المحكمة من الخضوع لأي تيار أو اتجاه سياسي مهما على نفوذه داخل هرم السلطة التنفيذية أو في غرف البرلمان[20].

وهناك من يعارض فكرة الرقابة القضائية على دستورية القوانين وإنشاء محاكم دستورية من حيث أن هذا النظام ينجم عنه إقحام القضاء في نزاعات لا حدود لها، والاصطدام مع سلطات أخرى.

كما أنه يمس من جهة أخرى بمبدأ الفصل بين السلطات. ويؤدي حتما من وجهة نظر هؤلاء إلى تكريس فكرة حكومة القضاء. **كما أن** القانون يتمتع بطابع القدسية والمكانة الرفيعة، ورقابته من قبل القضاء يعد تعديا صارخا على إرادة الأمة، وهو ما يشكل من ناحية أخرى انتهاكا للديمقراطية ذاتها[21].

وهذا الزعم أيضا مردود عليه بذات الدفوع المبينة أعلاه. فسلطة البرلمان ليست مطلقة غير خاضعة لأي رقابة. وما صدر من تشريع وجب أن يطابق في مضمونه الدستور وألا يخالفه. و إن حدثت المخالفة والخرق أو التجاوز من جانب البرلمان وجب التصريح ببطلان مفعول التشريع ولو صوت لصالحه كل أعضاء البرلمان. وهذا مراعاة لسمو الدستور وتدرج النصوص القانونية. فالنص التشريعي لا ينبغي بحال من الأحوال أن يتجاوز نص تأسيسي. وهذه هي الأصول العامة المقررة في القانون.

ويضاف إلى ذلك أن تكليف القضاء بمهمة الرقابة على دستورية القوانين قد يبعد القضاء عن مهمته الرئيسة المتمثلة في تطبيق القانون لا تقييمه من حيث الدستورية[22]. و لعلها جملة أسباب دفعت المشرع الفرنسي لتبني أسلوب نظام المجلس الدستوري، وتأثر به بعد ذلك المشرع الجزائري.

ولم يتضمن دستور 1989 **أي حكم يتعلق بحق المواطن في إثارة إشكالية الدفع بعدم الدستورية.** وهو ما جعل مجال الرقابة على الدستورية في هذه المرحلة ضيقا ومحصورا ومحل انتقاد كبير، لأن هذا الوضع يخلف شللا لدى المجلس ويسمح بمرور نصوص غير دستورية[23].

واستثناءا يجوز للأفراد التوجه للمجلس الدستوري فقط كقاضي انتخابات في مجال محدد:

أ- فيما يخص الطعون الانتخابية بعنوان "انتخابات رئاسية"

نصت المادة 117 من القانون 89-13 المؤرخ في 7 غشت 1989 يتضمن قانون الانتخابات : "يحق لكل مواطن أن ينازع في مشروعية عمليات التصويت وذلك بإدراج اعتراضه في المحضر الخاص بالمكتب الذي صوت فيه.

يجب أن يرفع هذا الاعتراض فورا وبرقيا إلى المجلس الدستوري". وجاءت هذه المادة تحت عنوان الأحكام الخاصة المتعلقة بانتخابات رئيس الجمهورية.

ب- فيما خص الطعون الانتخابية بعنوان "انتخابات تشريعية"

نصت المادة 100 من القانون المذكور: "لكل ناخب الحق في الاعتراض على صحة عمليات التصويت بتقديم طعن في شكل عريضة عادية يودعها لدى كتابة ضبط المجلس الدستوري خلال الثماني والأربعين ساعة الموالية لإعلان النتائج.

يشعر المجلس الدستوري النائب الذي أعترض على انتخابه لتقديم الملاحظات كتابة خلال أجل أربعة أيام من تاريخ التبليغ.

بعد انقضاء هذا الأجل يبت المجلس الدستوري في أحقية الطعن خلال ثلاثة أيام..."

وقد جاء ذكر هذه المادة تحت عنوان " الأحكام الخاصة بانتخابات أعضاء المجلس الشعبي الوطني"

هناك إبعاد كامل للبرلمانيين فيما يخص الإخطار:

نسجل على أحكام الرقابة على دستورية القوانين في ظل دستور 1989 الغياب الكامل للأحكام التي تخول نواب المجلس الشعبي الوطني باعتبارهم يمثلون السلطة التشريعية بحق التوجه للمجلس الدستوري وإخطاره بعريضة في مجال الرقابة على الدستورية. وهذا خلافا للوضع في فرنسا.

ففي مرحلة أولى حصر الدستور الفرنسي لسنة 1958 سلطة الإخطار في شخصيات محددة ممثلة في رئيس الجمهورية و الوزير الأول ورئيسي الغرفة الأولى والثانية بالبرلمان. و لم يعترف للبرلمانيين بعدد معين من التوجه للمجلس الدستوري. وتحت ضغط المعارضة اضطر المؤسس الدستوري للتدخل سنة 1974 حيث عدلت المادة 61 من الدستور بموجب القانون الدستوري 74-904 بتاريخ 29 أكتوبر1974 وتم من خلالها الاعتراف لأعضاء البرلمان في الغرفتين بحق إخطار المجلس الدستوري فجاءت فيها تعديلها كما يلي:"

(Loi constitutionnelle n° 74-904 du 29 octobre 1974) «Aux mêmes fins, les lois peuvent être déférées au Conseil constitutionnel, avant leur promulgation, par le Président de la République, le Premier ministre, le président de l'Assemblée nationale, le président du Sénat, ou soixante députés ou soixante sénateurs. «

وهو ما استحسنه الكثيرون في فرنسا وخارجها وأدى عمليا إلى تفعيل دور المجلس الدستور وإقامة علاقة واسعة النطاق بينه وبين الكتل السياسية داخل غرفتي البرلمان.

وخلاف ذلك لم يعترف الدستور الجزائري لسنة 1989 لنواب المجلس الشعبي الوطني بعدد معين من التوجه للمجلس الدستوري وهي أيضا **تمثل ثغرة كبيرة** في هذا الدستور. و بالتالي حرم المؤسس الدستوري الأقلية داخل المجلس الشعبي الوطني من إخطار المجلس الدستوري وهو وضع منتقد من قبل الكثير[24].

وذات الفراغ نسجله على التعديل الدستوري لسنة 1996 والذي حمله المرسوم الرئاسي 96-438 المؤرخ في 7 ديسمبر 1996 يتعلق بإصدار نص تعدي الدستور[25].

المحور الثاني

التعديل الدستوري لسنة 2016 والنقلة النوعية

شهدت الجزائر سنة 2016 نقلة نوعية ومميزة في أحكام الرقابة على الدستورية **فتم لأول مرة بعد الاستقلال** إقرار **آلية الدفع بعدم الدستورية** بالنسبة للأفراد يمارسونها أمام جهات القضاء العادي أو جهات القضاء الإداري بمناسبة قضايا منشورة أمام أحد هذه الجهات. وصدر بشأن ممارسة هذه الآلية الجديدة **قانون عضوي رقم 18-16 مؤرخ في 22 ذي الحجة عام 1439 الموافق 2 سبتمبر سنة 2018 ، يحدد شروط وكيفيات الدفع بعدم الدستورية**[26].

والقصد طبعا من توسيع نطاق إخطار المجلس الدستوري جراء ممارسة نظام الدفع بعدم الدستورية هو حماية مبدأ سمو الدستور، وتوفير الضمانات الدستورية والقانونية الداعمة لعلو أحكامه على كل النصوص التشريعية والتنظيمية. وهو ما سنبينه من خلال هذه الدراسة.

تجاوز القانون للدستور ظاهرة قد تحدث:

- في كل نظام قانوني هناك هرم للنصوص يحتل النص الدستوري فيها الصدارة والعلو.
- ومع ذلك ففي كل نظام قانوني قد يتم تجاوز الدستور بقانون معين فنكون أمام حالة عدم دستورية القانون.
- الدستور هو التشريع الأسمى للدولة وهو سلطان القوانين كما يطلق عليه ولا يجوز بحال من الأحوال انتهاك أحكامه ولو بقاعدة تشريعية.
- وسيلة إعدام وإبطال مفعول القانون الغير دستوري هي تطبيق الأحكام المتعلقة بالرقابة على الدستورية والواردة في الدستور.

المجلس الدستوري قد يقر عدم المطابقة الجزئية بعد إخطاره:

ولنا أن نستدل على سبيل المثال لا الحصر بما يلي:

1- قانون النائب لسنة 1989 المادة 8 منه رفعت التنافي عن أساتذة التعليم العالي والأطباء في القطاع العام. قرر المجلس عدم دستورية المادة لأنها تخل بمبدأ المساواة أي المادة 28.[27]

2- القانون **الأساسي للقضاء** لسنة 2004. المادة 41 المتعلقة بالشروط المطلوبة لتقلد مهمة قاضي، حيث فرضت المادة وجوب توافر إما الجنسية الجزائرية الأصلية أو المكتسبة لمدة 10 سنوات على الأقل. وأقر المجلس الدستوري عدم دستورية المادة كونها تمس بمبدأ المساواة والتمييز بين من حملوا الجنسية الجزائرية[28].

3- قانون **الأحزاب** لسنة 1997 المادة 13 تفرض الجنسية الأصلية أو المكتسبة على الأقل 10 سنوات بالنسبة للمؤسسين. المجلس أقر عدم الدستورية الأمر فيه مساس بمبدأ المساواة والتمييز بين الجزائريين[29].

عدم دستورية كلية للقانون محل رقابة المطابقة:

صدر الأمر 97-15 بتاريخ 31 مايو 1997 المتضمن القانون الأساسي الخاص بمحافظة الجزائر الكبرى وقبله صدر الأمر 97-14 بنفس التاريخ يتضمن التنظيم الإقليمي لولاية الجزائر[30]. وتطبيقا له صدر:

- المرسوم الرئاسي 97-292 يحدد التنظيم الإداري لمحافظة الجزائر الكبرى[31] وأنشأ 12 دائرة إدارية.

- المرسوم التنفيذي 97-480 15 ديسمبر 1997 يتضمن تنظيم محافظة الجزائر الكبرى. تم إخطار المجلس بتاريخ 23 فبراير 2000 وسجل بالأمانة العامة للمجلس بذات المجلس. وبعد المداولة أصدر قراره رقم 2 بتاريخ 27 فبراير 2000 وصرح بعدم دستورية القانون الأساسي الخاص بمحافظة الجزائر الكبرى استنادا للمادة 15 من الدستور والتي أنشأت جماعتين محليتين هما الولاية والبلدية. علما أن المادة 7 من الأمر اعترفت للدائرة الحضرية بالشخصية المعنوية.

تطور الأحكام الدستورية من حيث جهة الإخطار:

1- دستور 1963: المادة 64 سلطة الإخطار رئيس الجمهورية ورئيس المجلس الوطني.

2- دستور 1976 لا إشارة للجهاز.

3- دستور 1989: المادة 156 سلطة الإخطار رئيس الجمهورية ورئيس المجلس الشعبي الوطني. هناك غرفة واحدة.

4- دستور 1996: المادة 166 سلطة الإخطار رئيس الجمهورية ورئيس المجلس الشعبي الوطني ورئيس مجلس الأمة

5- التعديل الدستوري لسنة 2016 وتوسيع نطاق الإخطار: المادة 187: سلطات الإخطار هي:

- رئيس الجمهورية.
- رئيس مجلس الأمة.
- رئيس المجلس الشعبي الوطني
- الوزير الأول.
- 50 نائبا من المجلس الشعبي الوطني.
- 30 عضوا من مجلس الأمة

النتيجة: ضعف النشاط الرقابي للمجلس- رقابة المطابقة:

السبب: حصر مجال الإخطار

كشف عام بإخطارات المجلس الدستوري الجزائري -1997-2016:

سنوات بلا إخطار: لم يخطر المجلس:

2015.

2014.

2013.

2009. **لا نشاط رقابي**

إخطارات قليلة للمجلس الدستوري :

سنوات إخطار واحد في السنة بحسب ما هو مبين في الجدول التالي:

السنة	عدد الإخطارات
2016	01
2008	01
2005	01
2003	01

2001	01

مصدر الأرقام: الموقع الالكتروني للمجلس الدستوري

www.conseil-constitutionnel.dz

من 2 إلى 5 إخطارات في السنة:

2000	**3**
1999	2
1998	5
1997	4
2007	02
2004	03

مصدر الأرقام: الموقع الالكتروني للمجلس الدستوري

www.conseil-constitutionnel.dz

المحصلة: أغلبية الإخطارات تعود لرئيس الجمهورية، ثم رئيس المجلس الشعبي الوطني 03، ثم رئيس مجلس الأمة 01.

النتيجة الجزئية في مجال النشاط الرقابي للمجلس الدستوري 1989 إلى 2016:

نشاط محدود جدا ومجال ضيق للرقابة على دستورية القوانين والسبب حصر مجال الإخطار.

المحور الثالث

آلية الدفع بعدم الدستورية في فرنسا وتطور النشاط الرقابي للمجلس الدستوري

تفرض دراسة نظام الدفع بعدم الدستورية في فرنسا التوقف عند مرحلتين أساسيتين مرحلة ما قبل 2008 حيث تم تهميش دور القضاء من ممارسة أي دور في مجال الرقابة على الدستورية، وكذا تهميش دور المواطن في المحافظة على القواعد الدستورية. و مرحلة ثانية بدأت دستوريا سنة 2008 وعمليا سنة 2010 حيث تم الاعتراف للقضاء والمواطن بممارسة دور في مجال الرقابة على الدستورية. وهو ما سنبينه فيما يلي:

المرحلة الأولى: فرنسا همشت دور القضاء في مجال الرقابة على الدستورية 1958-2008

أرجعت عديد الدراسات مسألة حرمان القضاء الفرنسي من أن يمارس دورا في مجال الرقابة على الدستورية للمبررات التالية:

1- القضاء جهاز تطبيق للقانون لا الحكم بعدم دستورية نص تشريعي.

« les juges de la Nation ne sont [...] que la bouche qui prononce les paroles de la loi

2- التشريعات تصدر باسم الشعب ولا يجوز للقضاء الدستوري التصريح بإلغائها.

3- الرقابة على الدستورية تقود حتما إلى تكريس فكرة " حكومة القضاة".

.Gouvernement des juges

المرحلة الثانية: التحول النوعي سنة 2008 في فرنسا

أسست فرنسا من خلال **نظام السؤال ذو الأولوية الدستورية** لعلاقة جديدة و مميزة تصون فكرة حقوق الإنسان، فخولت للأفراد حق ممارسة آلية الدفع بعدم دستورية تشريع ما أمام أحد جهات القضاء العادي، أو الإداري.

ودائما في إطار التعديلات الدستورية عرفت المادة 61 من الدستور الفرنسي لسنة 1958 تعديلا سنة 2008 حيث جاء فيها:

Article 29

Après l'article 61 de la Constitution, il est inséré un article 61-1 ainsi rédigé: «Art. 61-1.-Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une **disposition législative** porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé. « Une loi organique détermine les conditions d'application du présent article».(32)

ونسجل ملاحظة في غاية من الأهمية أن المؤسس الدستوري الفرنسي استعمل مصطلح الحكم التشريعي في المادة 29 أعلاه والتي عدلت المادة 61 من دستور 1958.

وتطبيقا للمادة 61-1 من الدستور الفرنسي صدر القانون العضوي رقم 2009 -1523 بتاريخ 10 ديسمبر 2010(33).

وصف البعض نظام الدفع بعدم الدستورية بأنه آلية قانونية الهدف منه حماية الحقوق والحريات الدستورية، وتم تشبيهه بأنه حرب معلنة على القوانين التي تتضمن أحكاما غير دستورية، وأن كل من القضاء العادي والإداري يملك سلاحا يوظفه في حال ثبوت خرق التشريع لأحكام الدستور.

وصار بإمكان المواطن الفرنسي تطبيقا لهذا التعديل أن يعرض إدعاءه بعدم دستورية نص تشريعي يتعلق موضوعه بأحد الحقوق والحريات المكفولة دستوريا أمام المجلس الدستوري بالكيفية التي حددها القانون العضوي أعلاه المنظم لهذه المسألة. ويمارس هذا الدفع أمام جهات القضاء العادي أو القضاء الإداري بما يفرض حسب الحال إما على محكمة النقض أو مجلس الدولة إحالة الدفع بعدم الدستورية أمام المجلس الدستوري للنظر فيه إذا قدر جديته.

كما قد تثار المسألة الأولية الدستورية QPC أمام مجلس الدولة أو محكمة النقض. وبذلك كفلت التعديلات الدستورية المستحدثة سنة 2008 حماية خاصة للنصوص الدستورية المتعلقة بالحقوق والحريات. ودخلت فرنسا عهدا جديدا من مراجعة سائر تشريعاتها ذات الصلة بمسألة الحقوق والحريات. كما شهدت حركة من التعاون بين السلطة القضائية بجناحيها الإداري ممثلا في مجلس الدولة، أو العادي ممثلا في محكمة النقض وهذا مع المجلس الدستوري باعتباره المؤسسة المنوط بها المحافظة على دستورية القوانين. ولا زالت هذه العلاقة ثابتة و قائمة إلى اليوم، وتزداد ارتباطا بعد كل عملية إخطار بحكم العدد المتزايد لها- أي الإخطارات- الموجهة للمجلس الدستوري سنويا.

وبهذا الإصلاح الدستوري انقلب المجلس الدستوري إلى مؤسسة دستورية تتولى الدفاع عن الدستور من تجاوزات المشرع. وشهدت فرنسا مفهوما جديدا لم يكن سائدا من قبل يتعلق بالمنازعات الدستورية تحت مسمى تساؤلات ذات الأولوية الدستورية أو الدفع بعدم الدستورية المطروحة أمام جهات القضاء العادي أو الإداري، الأمر الذي فرض على أجهزة القضاء المختلفة التوجه للمجلس الدستوري- وليس غيره- في حال تمسك الفرد المعني بالخصومة بعدم دستورية نص معين[34]. وها هو المجلس الدستوري الفرنسي يعترف بالعلاقة القائمة بين نظام الدفع ودولة القانون وهذا من خلال قرار المجلس الدستوري الفرنسي 3 ديسمبر 2009، فجاء فيه: "إن السماح للمتقاضي بطرح مسألة الدستورية يدعم الديمقراطية ودولة القانون ويحمي الحقوق والحريات الأساسية..."[35].

<u>بعد التعديل الدستوري لسنة 1974 و2008 توسع نطاق الإخطار:</u>

بعد التعديل الدستوري لسنة 1974 سابق الذكر والذي مكن أعضاء البرلمان من إخطار المجلس الدستوري، شهد المجلس الدستوري عديد الإخطارات من جانب البرلمانيين وهو ما تؤكده الأرقام المبينة أدناه.

شهد المجلس الدستوري نشاطا رقابيا غير مسبوق بعد التعديل الدستوري لسنة 2008 والذي مكن الأفراد من إثارة الدفع بعدم الدستورية أمام جهات القضاء المختلفة شهد المجلس الدستوري الفرنسي نشاطا رقابيا غير مسبوق وهو ما أكدته الأرقام أدناه من 1958 إلى 2019 شهر جوان:

<u>عدد الإخطارات من قبل المؤسسات الدستورية 1958-2019:</u>

- من رئيس الجمهورية 12 مرة
- من الوزير الأول: 183
- من رئيس الجمعية الوطنية 47
- من رئيس مجلس الشيوخ 49
- من النواب الغرفة الأولى 419
- من مجلس الشيوخ أعضاء 294[36].

النشاط الرقابي للمجلس الدستوري والإحالات من جانب جهات القضاء:

وجب التنويه أن شهر مارس 2010 هو تاريخ العمل بنظام الدفع بعدم الدستورية. ويتضح لنا من خلال الأرقام المبينة أدناه كيف أن النشاط الرقابي للمجلس الدستوري شهد انتعاشا كبيرا بحكم عدد الإحالات المسجلة سنويا والتي وصلته إما من جانب مجلس الدولة أو محكمة النقض بمناسبة قضايا معروضة للفصل، وفيما ما يلي بيان ذلك في الفترة 2010-2018:

315 إحالة من جانب مجلس الدولة[37]:

- 2018 (10)
- 2017 (49)
- 2016 (40)
- 2015 (35)
- 2014 (33)
- 2013 (32)
- 2012 (37)
- 2011 (46)
- 2010 (33)

282 إحالة من جانب محكمة النقض[38]:

- 2018 (2)
- 2017 (19)
- 2016 (40)
- 2015 (30)
- 2014 (33)
- 2013 (33)
- 2012 (34)
- 2011 (61)
- 2010 (30

إحصاء أخير:

2010-30 جوان 2019 سجل المجلس الدستوري الفرنسي الإحالات التالية:

373 إحالة من جانب مجلس الدولة

439 إحالة من جانب محكمة النقض[39]

التأثر بالدستور الفرنسي مغاربيا:

دستور المملكة المغربية لسنة 2011:

استحدث ما يسمى بنظام الرقابة عن طريق الدفع بموجب الفصل 133 "تختص المحكمة الدستورية بالنظر في كل دفع متعلق بعدم دستورية قانون أثير أثناء النظر في قضية وذلك إذا دفع أحد الأطراف بأن القانون الذي سيطبق في النزاع يمس بالحقوق والحريات التي يضمنها الدستور"[40].

الدستور التونسي 2014

الفصل 120: "تختص المحكمة الدستورية دون سواها بمراقبة دستورية:

... القوانين التي يحيلها عليها المحاكم تبعا للدفع بعدم الدستورية بطلب من أحد الخصوم في الحالات وطبق الإجراءات التي يقرها القانون"[41].

المحور الرابع

إبعاد التنظيمات من مجال الدفع بعدم الدستورية وأثره في بناء دولة القانون

جاء في المادة 188 من التعديل الدستوري لسنة 2016 " يمكن إخطار المجلس الدستوري بالدفع بعدم الدستورية بناء على إحالة من المحكمة العليا أو مجلس الدولة، عندما يدعي أحد الأطراف في المحاكمة أمام جهة قضائية أن الحكم التشريعي الذي يتوقف عليه مآل النزاع ينتهك الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور تحدد شروط وكيفيات تطبيق هذه الفقرة بموجب قانون عضوي."

رأي المجلس الدستوري بمناسبة تعديل 2016:

بارك المجلس الدستوري إلية الدفع بعدم الدستورية بالقول " اعتبارا كذلك أن توسيع إخطار المجلس الدستوري أمام المواطنين عن طريق الدفع بعدم الدستورية وفق الشروط والكيفيات المنصوص عليها في المادة موضوع الأحكام المضافة والتي سيحدد المشرع كيفية تطبيقها بقانون عضوي كفيل بأن يشكل حماية إضافية للحقوق والحريات المكفولة دستوريا.

واعتبارا أن الأحكام المعدلة والمضافة تساهم في تعزيز مكانة المجلس الدستوري ودوره في مسار بناء دولة القانون وحماية الحقوق والحريات الفردية والجماعية.

يبدو جليا من خلال ما سبق أن المجلس الدستوري أدرك يقينا أن مجاله الرقابي سيتسع باستحداث آلية الدفع، وأنه يساهم أكثر فأكثر من خلال هذا الدور المستحدث في بناء دولة القانون والدفاع عن الحقوق والحريات الدستورية أيا كانت طبيعتها.

النتيجة: المجلس الدستوري لم يقدم تفسيرا واسعا للتشريع واكتفى بالصياغة المقترحة في مشروع تعديل الدستور والمتمثلة في عبارة "... حكم تشريعي...".

ونرى من وجهة نظرنا أن المادة 188 تثير إشكالا كبير فيما خص المصطلح المستعمل " **حكم تشريعي"** على الأقل من زوايا ثلاث هي:

أولا: الاختلاف الواضح بين المادة 188 والمادة 186 فيما خص مجال الرقابة

بالرجوع للمادة 186 نجدها قد حدد مجالا واسعا للرقابة على الدستورية شمل:

1-المعاهدات:

لم نعثر رغم بحثنا في الجريدة الرسمية وفي الموقع الرسمي للمجلس الدستوري على أي رأي يتعلق بمراقبة المجلس لمعاهدة دولية[42]. وتفسير ذلك أن المجلس لم يخطر من قبل رئيس الجمهورية بحسب ما أشارت إليه مصادر من داخل المجلس الدستوري[43]. و بالتالي لا يحق له دستوريا إضفاء رقابته على أحكام المعاهدة دون إخطار رسمي. وهذا يضاف بكل تأكيد للعيوب المسجلة على اعتماد نظام الإخطار وعدم تخويل المجلس إمكانية الرقابة الذاتية من تلقاء نفسه. وهو ما قد يؤدي لا شك إلى حصر مجال الرقابة على الدستورية وإعاقة المجلس من القيام بدوره في حماية النصوص الدستورية.

2-القوانين:

مارس المجلس الدستوري منذ تأسيسه سنة 1989 نشاطا رقابيا كبيرا شمل الأوامر والقوانين بطريق الرقابة اللاحقة، وشمل أيضا القوانين العضوية بطريق الرقابة السابقة، وهو ما يدل عليه العدد الكبير للأراء والقرارات.

وفي شهر جويلية 2019 بعد بداية العمل بآلية الدفع بعدم الدستورية تم تسجيل قضيتين تتعلقان بالدفع بعدم الدستورية تحت رقم د ع د 01-2019 و د ع د 02 2019 وتم إحالتهما معا من جانب المحكمة العليا، ويتعلق الحكم التشريعي محل الدفع بالمادة 416- 1 من قانون الإجراءات الجزائية. وتم الفصل فيهما بتاريخ 20 نوفمبر 2019 بإقرار عدم دستورية المادة المذكورة[44].

3-التنظيمات:

4- يمارس الرقابة السابقة على النظام الداخلي لغرفتي البرلمان طبقا لذات المادة أي 186.

وهو ما نستخلص منه أن مجال **الرقابة واسع جدا بمفهوم المادة 186 شمل نصوصا عديدة معاهدات وتشريع عضوي وتشريع عادي وتنظيمات**. غير أننا نسجل انكماش هذا المجال وحصره وتضييق نطاقه فيما خص المادة 188 فاقتصر فقط على **الحكم التشريعي** دون غيره.

ثانيا: الاختلاف الواضح بين المادة 188 والمادة 191 فيما خص مجال الرقابة:

المادة 188 تثير أيضا تثير إشكالا آخر **يتعلق بالمادة 191** من الدستور والتي جاء فيها صراحة "إذا ارتأى المجلس الدستوري أن نصا تشريعيا أو **تنظيميا** غير دستوري يفقد هذا النص أثره ابتداء من يوم قرار المجلس".

ومن هنا خرجت التنظيمات بحرفية النص الدستوري وعباراته من نطاق مراقبة المجلس الدستوري **فلا تخضع لرقابته** إذا ما أثير الدفع بشأنها أمام أحد الجهة القضائية والتأسيس الطبيعي أن نص المادة 188 استعمل **مصطلح نص تشريعي**، وبالتالي يعد التنظيم **مبعدا صراحة بموجب النص** رغم تزايد عددها سنة بعد أخرى بحسب ما هو مبين في الجدول أدناه، وهو ما يزعزع مبدأ دولة القانون.

ثالثا: التفسير الحر في للمادة 188 كفيل بإخراج كم معتبر من النصوص من مجال الرقابة

إن قصر مجال الدفع بعدم الدستورية على الأحكام التشريعية دون التنظيمية سينجر عنه إبعاد السلطة التنفيذية من مجال الرقابة على الدستورية في حال إثارة الدفع أمام أحد الجهات القضائية وما تصدر

من كم هائل من المراسيم بنوعيها الرئاسية والتنفيذية رغم علاقتها هي الأخرى بمحور الحقوق والحريات، والحجة أن النص الدستوري أشار بصريح العبارة لمصطلح "حكم تشريعي".

فالمادة 188 محددة من حيث مجال الدفع بالتشريع دون سواه أي القوانين والأوامر اعتبارا أن القوانين العضوية تخضع للرقابة السابقة للمجلس الدستوري، فهي سلطة مقيدة كما وصفها البعض[45].

وقد صدر القانون العضوي 18-16-المؤرخ في 2 ديسمبر 2018 يحدد شروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية، مؤكدا على شرط النص التشريعي في المادة 8 منه[46].

من أجل ذلك طالبت بعض الدراسات إعادة النظر في المادة 188 على نحو يشمل التنظيمات والمعاهدات، لأن المادة المذكورة بصياغتها الحالية لا تكفل حماية شاملة للنصوص الدستورية، بل إنها تهز مبدأ سمو الدستور عن كل النصوص أيا كانت درجة قوتها وطبيعتها والجهة المصدرة لها[47].

وحتى نستوعب أكثر هذه النقطة وجب الاستدلال بالجدول أدناه.

جدول خاص بالتنظيمات الصادرة 2014-2018[48]

سنة 2014:

نوع النص	العدد
المراسيم الرئاسية	110
المراسيم التنفيذية	267
القرارات الوزارية المشتركة	257
القرارات الوزارية	538
المجموع	1172

عدد القوانين في نفس السنة: 10 وهو قليل مقارنة بالتنظيمات

سنة 2015:

نوع النص	العدد
المراسيم الرئاسية	93
المراسيم التنفيذية	245
القرارات الوزارية المشتركة	216
القرارات الوزارية	394
المجموع	948

عدد القوانين في نفس السنة: 19 + أمرين موافق عليهما بقوانين

سنة 2016:

نوع النص	العدد
المراسيم الرئاسية	79
المراسيم التنفيذية	244
القرارات الوزارية المشتركة	160
القرارات الوزارية	356
المجموع	839

عدد القوانين في نفس السنة: 15 وهو قليل مقارنة بالتنظيمات

سنة 2017:

نوع النص	العدد
المراسيم الرئاسية	122
المراسيم التنفيذية	248
القرارات الوزارية المشتركة	152
القرارات الوزارية	439
المجموع	961

عدد القوانين في نفس السنة: 11 وهو قليل مقارنة بالتنظيمات

سنة 2018:

نوع النص	العدد
المراسيم الرئاسية	98
المراسيم التنفيذية	207
القرارات الوزارية المشتركة	134
القرارات الوزارية	468
المجموع	907

عدد القوانين في نفس السنة: 18 وهو قليل مقارنة بالتنظيمات

هناك بعض التنظيمات تتضمن نصوصا غير دستورية نذكر منها:

1-التنظيم المتعلق بإدارة السجون:

وقد حمله المرسوم التنفيذي 08-167 مؤرخ في 7 يونيو 2008 **يتضمن القانون الأساسي الخاص بالموظفين المنتمين للأسلاك الخاصة بإدارة السجون**[49]. **حيث حددت المادة 24 شروط التوظيف الخاصة بهذا السلك وذكرت على رأسها وفي المقام الأول** شرط الجنسية الجزائرية منذ خمس سنوات على الأقل. **وهذا الشرط** مخالف لما استقر عليه اجتهاد المجلس الدستوري.

2-التنظيم الخاص بأسلاك الأمن:

ورد هذا التنظيم في المرسوم التنفيذي 10-322 مؤرخ في 22 ديسمبر 2010 يتضمن القانون الأساسي الخاص بالموظفين المنتمين للأسلاك الخاصة بالأمن الوطني. حيث جاء في المادة 47 ما يلي: " لا يمكن أن يوظف أي شخص في أسلاك الأمن الوطني ما لم تتوفر فيه الشروط الآتية: أن يكون ذا جنسية جزائرية..."[50].

وهذا الشرط مخالف لما استقر عليه اجتهاد المجلس الدستوري.

و يكفي الاستدلال بمنظومتين سبق للمجلس الدستوري أن أرسى مبدأ عدم التمييز بين الجزائرين إذا اتحدوا في الجنسية ولا طائل من النظر كون هذا أصيل وهذا مكتسب وفيما يلي بيان ذلك:

1-حالة القانون الأساسي للقضاء لسنة 2004:

رأي رقم 02 /ر.ق ع/ م د/04 مؤرخ في 6 رجب عام 1425 الموافق 22 غشت سنة 2004، يتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المتضمن القانون الأساسي للقضاء، للدستور حيث جاء فيه ما يلي: "واعتبارا أن قانون الجنسية الجزائرية الصادر بموجب الأمر رقم 70-86 المؤرخ في17 شوال عام 1390 الموافق 15 ديسمبر سنة 1970، ينص على مبدأ عام في المادة 15 منه يقضي بتمتع الشخص الذي يكتسب الجنسية الجزائرية بجميع الحقوق المتعلقة بالصفة الجزائرية ابتداء من تاريخ اكتسابها، ويستثني من هذا المبدأ العام، بموجب المادة 16 من نفس الأمر، إسناد نيابة انتخابية للأجنبي المتجنس بالجنسية الجزائرية خلال أجل خمس سنوات من تاريخ اكتسابها ما لم يعف من هذا الشرط بموجب مرسوم التجنس.

واعتبارا بالنتيجة، فإنّ هذا الاستثناء المنصوص عليه في المادة 16 من قانون الجنسية الجزائرية ورد **على سبيل الحصر و لا يتعلق بمهنة القضاء**، وبالتالي فإنّ شطر الجملة "منذ عشر سنوات على الأقل الواردة في المادة 41 الفقرة 2 يخل بمبدأ مساواة المواطنين أمام القانون المنصوص عليه في المادة 29 "[51].

وصرح المجلس الدستوري بعدم دستورية المادة 41 أعلاه.

2-حالة القانون العضوي للأحزاب السياسية لسنة 2012:

رأي رقم 01 / ر. م . د / 12 المؤرخ في 14 صفر عام 1433 الموافق 08 يناير سنة 2012 يتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المتعلق بالأحزاب السياسية للدستور.

فيما يخص المطّة الأولى من المادة 18 من القانون العضوي، موضوع الإخطار، والمحررة كالآتي :

المادة 18: "يجب أن تتوفر في الأعضاء المؤسّسين لحزب سياسي الشروط الآتية :

- أن يكونوا من جنسية جزائرية أصلية،

- .....

- .....

- .....

- ....."

- اعتبارا أن المشرّع باشتراطه الجنسية الأصلية في العضو المؤسّس للحزب السياسي، يكون قد تناول موضوعا **سبق للمجلس الدستوري** أن فصل فيه بالرأي رقم 01 ر.أ.ق عض/ م. د المؤرخ في 27 شوال عام 1417 الموافق 6 مارس سنة 1997، يتعلق بمراقبة مطابقة الأمر المتضمن القانون العضوي المتعلق بالأحزاب السياسية للدستور، **بعدم مطابقة هذا الشرط للدستور**، استنادا إلى المادة 30 من الدستور،

- واعتبارا لما سبق، يتعيّن التذكير بأن آراء المجلس الدستوري وقراراته نهائية وغير قابلة للطعن، وترتّب آثارها طالما أن الأسباب التي استند إليها في منطوقها لا زالت قائمة، وما لم تتعرض تلك الأحكام الدستورية للتعديل..."

وانتهى المجلس الدستوري إلى النتيجة التالية:

2- تُعدّ المطّة الأولى من المادة 18 مطابقة جزئيا للدستور، وتُعاد صياغتها كالآتي : **" المادة 18:** يجب أن تتوفر في الأعضاء المؤسّسين لحزب سياسي الشروط الآتية:

أن يكونوا من جنسية جزائرية،"[52]

ملاحظة مهمة:

المادة 75 من الأمر 06-03 المؤرخ في 15 يوليو 2006 يتضمن القانون الأساسي للوظيفة العمومية اكتفت بذكر شرط " أن يكون جزائري الجنسية..." وهذا القانون يعد نصا مرجعيا في مجال الوظائف العامة.

نتائج الدراسة:

سبق البيان أن المادة 188 حددت مجال الدفع بعدم الدستورية فقط بالتشريع أي القوانين والأوامر دون أن يمتد الدفع للتنظيمات. وكأن السلطة التشريعية تخضع لرقابة المطابقة والسلطة التنفيذية معفاة منها، أو فلتت منها. و هذا لا يخدم بحال من الأحوال دولة القانون، ويضعف من النشاط الرقابي للمجلس الدستوري. ويجعل عديد الحقوق الدستورية عرضة للانتهاك من قبل التنظيمات.

ولقد بينا واستنادا لقوانين أساسية كيف أن التنظيم أخل بمبدأ المساواة والتمييز بين الجزائريين فيما خص تولي بعض الوظائف العامة حددناها أساسا في إدارة السجون وإدارة الأمن الوطني. رغم أن المجلس الدستوري استقر على مبدأ المعاملة الواحدة للجزائريين وعدم التمييز بينهم في تقلد الوظائف العامة وتبين لنا ذلك خاصة من خلال رأيين مرجعيين يتعلق أحدهما بالقانون الأساسي للقضاء والآخر بالقانون العضوي للأحزاب السياسية سابقي الذكر.

توصيات:

- إعادة صياغة المادة 188 من الدستور بدمج التنظيمات، بما يفعل بحق النشاط الرقابي للمجلس الدستوري، ويحمي الحقوق والحريات المكرسة دستوريا.

الهوامش:

[1] أنظر: الدكتور عصام نعمة إسماعيل، لا سمو للدستور إذا كان تفسيره منوط بغير القضاء الدستوري، الكتاب السنوي للمجلس الدستوري اللبناني، المرجع السابق، ص 161.

[2] أنظر: الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية عدد 64 لسنة 1963.

[3] لتفصيل أكثر راجع: الدكتور عمار بوضياف، النظام القضائي الجزائري -1962-2002، ريحانة للكتاب وجسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2000، ص 187 وما بعدها.

[4] أنظر: الدكتور فوزي أوصديق، الوافي في شرح القانون الدستوري الجزائري، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، 2008، ص 265.

[5] .تعرض دستور 1963 لانتقادات كبيرة خاصة من حيث طريقة إعداده حتى أن البعض وصف أسلوب الإعداد بأنه غير ديمقراطي.

أنظر: الدكتور عبد الله بوقفة، القانون الدستوري، تاريخ ودساتير الجمهورية الجزائرية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2008، ص 62.

[6] شهدت الدول العربية تطورات مختلفة وذات نوعية في مجال الرقابة على الدستورية لتفصيل أكثر راجع: محمود حمد، مراحل تطور الدساتير العربية قبل الألفية الثالثة، الكتاب السنوي للمنظمة العربية للقانون الدستوري، 2015-2016، ص 15 وما بعدها.

[7] لتفصيل أكثر راجع: بورايو محمد، السلطة التنفيذية في النظام الدستوري الجزائري بين الوحدة والثنائية، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2012، ص 38 وما بعدها.

وأيضا أنظر:

L. FOUGÈRE. LA CONSTITUTION ALGÉRIENNE.

مقال متوفر على الرابط الالكتروني: aan.mmsh.univ-aix.fr، تاريخ المراجعة 13-01-2019

[8] أنظر: ولد محمد بهية، تطبيقات التعديل الدستوري في الجزائر،مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2010-2012، ص 41.

[9] أنظر: الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية بتاريخ 2 ذو الحجة لسنة 1396 هـ.

[10] أنظر: الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية بتاريخ 15 شعبان عام 1366 هـ.

[11] أنظر: الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية بتاريخ 27 صفر عام 1400 هـ.

[12] أنظر: في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية. عدد 45 لسنة 1988.

[13] أنظر: حافظي سعاد، الضمانات القانونية لتطبيق القواعد الدستورية، مذكرة ماجستير، جامعة تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2007-2008، ص 155.

[14] أنظر: سامية رايس، مدى حجية وأراء المجلس الدستوري، مذكرة ماجستير، جامعة تبسة، 2005، ص 9.

[15] أنظر: الدكتور فوزي أوصديق، المرجع السابق، ص 269.

[16] أنظر: الموقع الالكتروني الرسمي للمجلس الدستوري الجزائري: www.conseil-constitutionnel.dz/index.php/ar ، تاريخ الإطلاع 03-12-2018.

وأيضا الدكتور فوزي أوصديق، المرجع السابق، ص 269.

[17] أنظر: في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية. عدد 9 لسنة 1989.

[18] أنظر:

Dirk BEKELA. CONSTITUTION ALGERIENNE DE 1989: UNE PASSERELLE ENTRE LE SOCIALISME ET L'ISLAMISME?. Afrika Focus, Vol. 7, Nr. 3, 1991. p264.

المقال متوفر على الرابط الالكتروني:. https://www.socialgerie.net ، تاريخ المراجعة 13-01-2019.

[19] شهدت جمهورية مصر العربية ظهور أول محكمة دستورية سنة 1971. وصدر قانونها الأساس رقم 48 عام 1979. وشهدت المملكة الأردنية ظهور المحكمة الدستورية سنة 2011. أما المملكة المغربية فعرفت نظام المحكمة الدستورية بموجب دستور 2011 وتشكلت من 12 عضوا 6 منهم يعينهم الملك و 6 ينتخبهم البرلمان بعدد متساو من المقاعد أي 3 لكل غرفة.

لتفصيل أكثر بصدد تجارب وأنظمة الدول العربية راجع: عمر العطوط، المحاكم الدستورية بعد الثورات العربية الصفة والمصلحة والولاية القضائية والاستقلال القضائي- دراسة مقارنة-الكتاب السنوي للمنظمة العربية للقانون الدستوري، المرجع السابق، ص 66. و أيضا في ذات المرجع، محمود حمد، الرقابة على التشريعات في العالم العربي نماذج مختارة ودروس مستقاة، ص 75 وما بعدها.

[20] أنظر: الدكتورة ليلى بن بغيلة، دعوى الدفع بعد الدستورية في ظل التعديل الدستوري لسنة 2016 استئناسا بالتجربة الفرنسية، مجلة الشريعة والاقتصاد، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، العدد الثاني عشر، 2017، ص 54...

(21) أنظر: الدكتور محمد رضا بن حماد، المرجع السابق، ص 292.

(22) أنظر: بوسطله شهرزاد ومدور جميلة، مبدأ الرقابة على دستورية القوانين وتطبيقاته في التشريع الجزائري، مجلة الاجتهاد القضائي، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، العدد الرابع، دون سنة النشر، ص 350.

(23) أنظر: محمود حمد، المقال السابق، ص 78. الدكتور فوزي أوصديق، المرجع السابق، ص 279.

(24) أنظر على سبيل المثال: حافظي سعاد، المذكرة السابقة، ص 162..

(25) أنظر: في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية. عدد 76 لسنة 1996.

(26) أنظر: الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية عدد 54 لسنة 2018.

(27) أنظر: الموقع الالكتروني للمجلس الدستوري: *www.conseil-constitutionnel.dz*، تاريخ الزيارة 02-12-2019 الساعة 19.29.

(28) أنظر: الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية عدد 57 لسنة 2004.

(29) أنظر: الموقع الالكتروني للمجلس الدستوري: www.conseil-constitutionnel.dz، تاريخ الزيارة 02-12-2019 الساعة 19.29.

(30) أنظر: الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية عدد 38 لسنة 1997.

(31) أنظر: الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية عدد 51 لسنة 1997.

(32) أنظر:

Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République. JORF n 0171 du 24.07.2008.

(33) أنظر:

Loi organique *n°* 2009-1523 du 10 décembre 2009 ***Journal officiel*** **du** ***11 décembre 2009*****, p.** ***21379*****, @** ***n° 1.***

(34) أنظر:

Vincent THIBAUD. Le raisonnement du juge constitutionnel *Jalons pour une structuration herméneutique du discours juridique* Thèse en vue de l'obtention du Doctorat en droit. Présentée et soutenue publiquement le 17 juin 2011.. Université Lumière Lyon 2. P 14.

(35) أنظر:

Décision n 2009-595 DC du 3 décembre 2009 loi organique relative a l'application de l'article 61-1 de la constitution.http// www.conseil-constitutionnel.fr

(36):*https://www.conseil-constitutionnel.fr*

(37) أنظر: *https://www.conseil-constitutionnel.fr* .

(38) أنظر: *https://www.conseil-constitutionnel.fr*. .

(39) أنظر: *https://www.conseil-constitutionnel.fr* . . .

(40) أنظر: الجريدة الرسمية للملكة المغربية عدد 5964 بتاريخ 30 يوليو 2011.

(41) أنظر: الرائد الرسمي للجمهورية التونسية الاثنين 10 ربيع الثاني 1435 الموافق 10 فبراير 2014 السنة 157

(42) وهو ما أكدته بعض الدراسات أنظر على سبيل المثال: الدكتور محمد بوسلطان، الرقابة على دستورية المعاهدات في الجزائر، مجلة المجلس الدستوري، العدد الأول 2013 ، ص 48.

(43) وهو ما أكده عضو المجلس الدستوري محمد ضيف، أنظر مقاله، أثر قرارات وآراء المجلس الدستوري الجزائري- الواقع والآفاق-مجلة المجلس الدستوري، العدد 6، 2016، ص 161.

(44) أنظر: الموقع الالكتروني للمجلس الدستوري الجزائري، تاريخ الزيارة 04-12-2019 الساعة 15.50

www.conseil-constitutionnel.dz

(45) أنظر: الدكتور جمال رواب، الدفع بعدم دستورية القوانين- قراءة في نص المادة 188 من الدستور، مجلة الدراسات الحقوقية، جامعة الطاهر مولاي سعيدة، الجزائر، المجلد 4، رقم 1، 2017، ص 49. وأيضا: بلمهدي ابراهيم، آلية الدفع بعدم الدستورية في أحكام تعديل الدستور الجزائري 2016، مجلة الدراسات القانونية، جامعة يحي فارس، المدية، الجزائر، المجلد 3، رقم 1، ص 7. كمال حمريط، الدفع بعدم دستورية القوانين في التعديل الدستوري 2016 دراسة مقارنة، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، الجزائر،المجلد 3، رقم 1، ص ص 442-454.

(46) أنظر: الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية عدد 54 لسنة 2018. ولتفصيل أكثر بخصوص هذا القانون، أنظر: شامي يسين و لعروسي أحمد، آلية الدفع بعدم الدستورية قراءة في القانون العضوي 18-16 المحدد لشروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية، مجلة القانون، المركز الجامعي أحمد زبانة غليزان، الجزائر، المجلد 8، العدد 1، 2019، ص ص 08-29.

(47) أنظر: سعوداوي صديق، ألية الدفع بعدم الدستورية كضمانة لإعلاء الدستور –دراسة في تحليل المادة 188 من الدستور الجزائري-مجلة صوت القانون،جامعة الجيلالي بونعامة، خميس مليانة،العدد السابع، الجزء الأول، 2017، ص 166.

(48) أنظر: الموقع الرسمي للجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية: https://www.joradp.dz

(49) أنظر: الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية عدد 30 لسنة 2008.

(50) أنظر: الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية عدد 78 لسنة 2010.

(51) أنظر: الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية عدد 57 لسنة 2004.

(52) أنظر: الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية عدد 02 لسنة 2012.

العلاقة بين القضاء والدستور في دولة القانون



الدكتور / سعيد مقدم
الأمين العام لمجلس الشورى لاتحاد المغرب العربي

❋ ❋ ❋ ❋ ❋

مقدّمة:

كثيرا ما أثيرت تساؤلات حول العلاقة بين العدالة أو القضاء كسلطة ومرفق خدمات، في الدستور كأسمى القوانين، من حيث طبيعتها ومكانتها ومغزاها، وهي من الانشغالات التي تحاول العديد من الاجتهادات والدراسات والندوات، ومنها ملتقانا هذا تقديم الجواب لذلك، إستناداً للقيم المشتركة للمجتمعات المتحضرة التي تدرك وجودها ومستقبلها المعرض في كل يوم للتدويل أو أكثر إلى العولمة، كإثارة عامل الرغبة في التصدي للمخاطر المتنامية والإحساس بالظلم والفساد المتفشي والمعلومة المغرضة والحاجة إلى الرقابة والمساءلة وإلى القوى المضادة[1].

أولاً

الدستور ضابط للعلاقات بين السلطات العمومية

إذا كانت الدولة بمفهومها العام كيان قائم على مقوماته الثلاث الإقليم، الشعب، والسلطة صاحبة السيادة، فان الدستور كمجوعة القواعد القانونية التي تسمو على كافة القوانين الأخرى والتي ينبغي أن لا تتعارض مع أحكامه، هي قواعد تحدد شكل النظام السياسي والحقوق والحريات العامة للمواطنين، وتتعرض إلى واجبات رئيس الدولة وتكوين السلطات الثلاث، ومنها السلطة القضائية، كما أنها ترسم تنظيم الدولة وتحدد علاقاتها بالمجتمع وبين كافة مؤسسات الدولة من حيث تكوينها، ممارستها لصلاحياتها ، حدود ضوابطها وعلاقات السلطات داخل الدولة فيما بينها، ومع المواطنين، وكيفية حماية حقوق المؤسسات والأفراد عن طريق القضاء، كمعبر ومقصد لا محيد عنه.

فالعبء الأكبر في مجال تنظيم السلطات العمومية وتحديد علاقاتها بطريقة متوازنة والسهر على ضمان الحقوق الأساسية لكل منها يقع على الدستور، وفي المقابل تسهر العدالة بواسطة مرفقها القضائي على تجسيد العظمة والخدمة التي تمثل في آن واحد الفضيلة والمؤسسات الساهرة على حماية القيم العليا.

ومن هذا المنطلق يقال إذا كان القرن 19 هو قرن التشريع، فان القرن20 هو قرن السلطة التنفيذية، وأن القرن21 سيكون لامحالة قرن العدالة[2].

فالعدالة التي أصبحت متشددة أكثر تجاه ذاتها، بحيث غدت بدورها تطالب بالعدالة في الدستور وليس(عدالة الدستور)(♣)، بصفتها الضامن الأول للحقوق الأساسية، المدعوة أكثر بالالتزام باحترامها. وفي المقام الأول ضمان حق الدفاع، الوصول إلى القاضي والقانون، بناء على أسس مختلفة، تراعي مقتضيات المجتمعات ومكوناتها(♣) وتشكل دستورا للمحاكمة[3].

فالقضاء كثيرا ما تُطرق أبوابه للمساهمة في حماية النظام العام وكذا الانسجام الاجتماعي.

ثانياً

العدالة نموذجا لدولة القانون

تتفق المجتمعات المعاصرة على أنها تواجه ظاهرة أساسية، تتمثل في ظاهرة الديمقراطية عن طريق العدالة. اعتباراً للموقع المركزي النوعي الذي أصبحت تتبوؤه العدالة في البرامج والمناقشات السياسية والحملات الانتخابية، من حيث مكانتها ومغزاها في الدساتير.

ديمقراطية، تُخضع الدولة بمؤسساتها لحكم القانون وبالتالي إلى القضاء.

فالعدالة أصبحت مفهوما ملازما للديمقراطية التي تعني خضوع الدولة للقانون، أي للقضاء، وهي نقلة نوعية في نسج العلاقات المؤسساتية وصقل المفاهيم القانونية؛ إذ أن القضاء ومن خلاله القاضي أصبح عنصرا رئيسا من عناصر الدولة، الأمر الذي جعل وظيفة القاضي موضع تساؤل من منظور ارتباط مفهوم الديمقراطية بقيم العدالة والإنصاف.

فمن منظور دستوري، أصبحت العدالة تتمتع بمركز نوعي، يساعد على تثمين وتعزيز سلطة القضاة والعدالة ككل، ويحقق الاستجابة لمطالب وآمال وطموحات كافة المواطنين وصولا إلى الحد من الثورات والتخفيف من المآسي وحوادث الحياة.

واعتبارا للمركز النوعي" للعلاقة القائمة بين الدستور والقضاء، أصبحت المجتمعات تنادي بضرورة إيلاء القاضي مكانة معتبرة في صميم المجتمع، فالقاضي ابن بيئته، في حاجة إلى صلاحيات تمكنه من الاضطلاع برسالته كاملة، ومنها سلطة الردع pouvoir de contraindre لمواجهة أي ظاهرة بقوانين الجمهورية، وتنفيذ الأحكام القضائية الملزمة للجميع باسم الشعب.

ومسايرة لهذه المقتضيات خصّ المؤسس الجزائري القضاء على غرار الدساتير المغاربية الأخرى، مكانة معتبرة، كسلطة مستقلة تمارس صلاحياتها في إطار القانون[4] ولاسيما منها: حماية المجتمع والحريات والسهر على ضمان الحقوق الأساسية لأفراد المجتمع فرادى وجماعات[5] وفقا لمبادئ الشرعية والمساواة.

فالقضاء وخلافا للسلطات الأخرى، يصدر أحكامه علانية وباسم الشعب[6] ولا يخضع القضاة إلا للقانون وضمائرهم في إصدار أحكامهم[7]، كما أنهم يتمتعون دستوريا بضمانات قانونية كالحماية من كافة أشكال الضغوط والتدخلات والمناورات التي قد تلحق الأذى والضرر بأداء مهامهم أو تمس بنزاهة أحكامهم[8].

وحتى تكون العدالة، في مجتمع ديمقراطي، نموذجا لدولة القانون، التي تعني كما عرفها الفيلسوف الألماني كانت" الدولة الدستورية" القائمة على الفصل بين السلطات، والحد من سلطة بعضها

بعضا وعملها، أين تقتصر سلطة الدولة على حماية الأفراد من الممارسات التعسفية للسلطة[9] وتمكينهم من حق المقاضاة، يجب أن تكون مفهومة، بمعنى أن تجعل المتقاضي وليس الدولة أساساً للتنظيم القضائي، على غرار ما انتهجته بعض البلدان المعاصرة ومنها المؤسس البرتغالي في تنظيمه للمرفق العمومي للعدالة، أين جعل من عمل القاضي واجبا أكثر منه حقا.

وهي جملة من المقتضيات العملية الأكثر حساسية للعدالة في الممارسة: بحيث تسهر على التوفيق بين ما نعتبره الآن حقا دستوريا في أمن الأشخاص والممتلكات واحترام الحقوق والحريات الأساسية عندما تتعرض لتهديد خطير من جانب أولئك الذين يطالبون بأولويتهم في الانتفاع الكامل.

إن الدساتير الحديثة تسهر على تعزيز القيم الدستورية الهادفة إلى تحقيق العدالة وإشعاعها من خلال تعزيز مكانتها ودورها في المجتمعات المعاصرة، وذلك بالنص في صلبها على أن القضاء "سلطة مستقلة "تسهر على ضمان العدل وسمو الدستور على كل ما عداه من القوانين، وعلى جميع المواطنين والمواطنات احترامه[10].

وكمبدأ من المبادئ الملزمة المتعلقة أساساً بمجال ممارسة الحقوق الأساسية الثابتة التي يرتكز عليها الدستور ولاسيما منها تلك المتعلقة بالمواطنة، حرية الانتخاب، الترشح، المساواة تكافؤ الفرص، حظر ومكافحة أشكال التمييز[11]، سيادة القانون وحماية الحقوق والحريات، كمرجعيات يستمد منها القاضي استقلاليته التي تعني أن لا سلطان عليه في قضائه[12] قاض تفترض فيه الكفاءة والنزاهة وعدم التحيز، مقابل تمتعه بالحصانة الجزائية التي لا تعني أبدا الإعفاء من المساءلة، فهو يخضع للمساءلة والجزاءات التأديبية وفق إجراءات معينة بعد رفعها[13] بمعنى مراعاة الضمانات المقررة للقضاة، كعدم نقل القاضي دون رضاه ولا عزله أو إيقافه عن العمل أو إعفائه أو تسليط عقوبة تأديبية عليه إلا وفقاً للحالات والضمانات المنصوص عليها قانونا، وبموجب قرار معلل من المجلس الأعلى للقضاء[14].

وحتى يضطلع القضاء بمهامه كاملة، غالبا ما يلجأ إلى القانون، لتنظيم السلطة القضائية وتحديد مهام القضاة ضمانا للمحاكمات العادلة[15].

الهوامش:

(1) thiery.S.RENOUX.pr. à l'université de Droit, d'économie et des sciences d'AIX-Marseille3 Directeur du laboratoire international d'études sur la justice sur la justice(LERIJ) GERJC-CNRS.UMR.6055.conseil constitutionnel français..

(2) Th.S.RENOUX. Le Paris de la justice. in Revue pouvoirs N°99. La Nouvelle République. Seuil 2001pp.87-100. CF. par thiery.S.RENOUX Article précédent.

(♣) لكون هذا الملف لم يرفع للقضاء الدستوري للدراسة.

(♣) أوروبية، اتحادية، دولية، تصنع يوميا مبادئ متطابقة، حتى ولو كانت كثافة محتواها متغيرة،

(3) Paul Martens, Les principes constitutionnels du procès dans la jurisprudence récente des juridictions constitutionnelles Européennes.

(4) المادة 138 من دستور عام 2016.

(5) المادة 139 " " " " " "

(6) م.141 " " " " " "

(7) م. 147 " " " " "

(8) م. 148 " " " " " والملاحظ أن القضاء الدستوري الجزائري نظمه المؤسس في الباب الثالث، الفصل الأول. تحت عنوان: الرقابة والمؤسسات الاستشارية، وبرر إحداث المجلس الدستوري بالتكفل بالسهر على احترام الدستور وصحة عمليات الاستفتاء وانتخاب رئيس الجمهورية والانتخابات التشريعية والإعلان عن نتائج هذه العمليات. م.163 من الدستور، علاوة على بعض الاختصاصات الأخرى المنصوص عليها في الموارد من 165-169 وما يليها.

(9) غادة الحلايقة : مفهوم دولة القانون. مقالة:http://Mawdoo3,com.

ولذلك يقال بأن العدالة هي العمل وفقا لمتطلبات القانون ، ويعني خلق نوع من المساواة بين مختلف أبناء الشعب الواحد داخل المجتمع. في حين يقصد بالقضاء لغة: الحكم، وهو عمل القاضي، كما أنه عبارة عن سلطة منحت للقاضي للبحث في النزاعات والفصل بينها، اعتمادا على القانون السائد، والقاضي هو القاطع للأمور وإطلاق الأحكام الخاصة بالمنازعات، وهو الملاذ الوحيد للحصول على الحقوق والحريات.

(10) قرار المجلس الدستوري المغربي رقم 819 بتاريخ 2016/11/16.

(11) قرارا المجلس الدستوري المغربي رقم 937 بتاريخ 2014/07/20.

(12) كما نصت على ذلك العديد من الدساتير المغاربية ومنها المؤسس التونسي في دستور 2014 الفصل 102.

(13) المؤسس التونسي الفصل 103-104 من دستور 2014.

(14) الفصل 107 من الدستور التونسي 2014.

(15) كما تنشأ محاكم عسكرية متخصصة في الجرائم العسكرية بقانون تحدد اختصاصها وتركيبتها وينظم إجراءاتها والنظام الأساسي لقضائها. كما تندرج مهام المجالس والمحاكم الدستورية التي تعمل على تعزيز القضاء الدستور وذلك من خلال الصلاحيات المسندة إليها دستوريا عبر الآراء التي تصدرها في القضايا المعروضة عليها من خلال التفسيرات والتأويلات والتوضيحات العديدة من المسائل الدستورية والقانونية. وفقا لأصول الاجتهاد المتعارف عليها قصد إعطاء الأحكام الدستورية مدلولها الفعلي من خلال نشر الذخيرة الدستورية وجعلها في متناول الباحثين والممارسين للولوج إلى القضاء الدستوري بيسر.

المحكمـة الدستوريـة



الأستاذ الدكتور / عصام بن حسن
(أستاذ مبرز) كلية الحقوق
جامعة صفاقس - تونس

❋ ❋ ❋ ❋ ❋

مقدّمة:

يعتبر القضاء الدستوري عنوانا للدولة الديمقراطية الحديثة[1] التي تتقيد فيها جميع السلطات بالقواعد الدستورية. فالتأسيس لنظام رقابة فعلية وناجعة على أعمال السلطة التشريعيّة من شأنه أن يوفر ضمانا حقيقيا لعلوية الدستور على بقية النصوص القانونية الأخرى ويحول دون الانحرافات التي يمكن أن تنال من الحقوق والحريات المكفولة دستوريا. ولا غرابة والحالة تلك أن تنتشر ظاهرة رقابة دستورية القوانين لتقرّر أنماطا شائعة. وقد اتجه الفقه إلى التمييز في هذا المضمار بين الرقابة السياسيّة[2] والرقابة القضائيّة[3] دون أن يمنع ذلك من ظهور وتطور أنماط مختلفة من الرقابة[4].

والرّقابة القضائيّة تضمن مبدئيّا تناول مسألة دستوريّة القوانين من وجهة نظر قانونيّة بحتة دون التأثر بالاعتبارات السياسيّة. كما تخضع هذه الرّقابة لإجراءات قضائيّة وضمانات المحاكمة العادلة، كحقوق الدفاع وتعليل الأحكام علاوة على ما يفترض في القضاة من نزاهة واستقلاليّة. فالقاضي مطالب مبدئيّا بالابتعاد عن تيّارات السياسة الجارفة وحسابات الأحزاب، وذلك بالرّغم من أنّ "تفسير الدستور من طرف القاضي قد لا يتم بمعزل عن حساسيات القاضي نفسه وتصوّراته وآرائه"[5].

ولقد تمّ دحض جلّ المآخذ على الرّقابة القضائيّة[6]، من ذلك تدخل القضاء في مجال السلطة التشريعيّة التي تعبر عن إرادة الأمّة[7]. كما وقع الردّ على فكرة أنّ مراقبة دستوريّة القوانين تمثل اعتداء على مبدأ التفريق بين السلط، إذ أنّ القاضي عندما يعلن أن قانونا ما يخالف الدستور لا يتدخل في مجال السلطة التشريعيّة ويحلّ محلّها، وإنما يصرّح بأنّ هذه الأخيرة لم تحترم إرادة الشعب صاحب السيادة المعبر عنها في الدستور[8].

لقد أضحت الرّقابة على أعمال السلطة التشريعية حتميّة لوجود قواعد قانونية متدرجة. فقد اعتبر القاضي الأمريكي مارشال منذ أكثر من قرنين أنّ الرّقابة القضائيّة على دستوريّة القوانين من مقتضيات مبدأ علويّة الدستور[9]. فعلوّ الدستور على سائر التشريعات الأخرى يعني إعمال حكم الدستور باعتباره النص الأعلى. فالوثيقة الدستوريّة تتمتع "بقداسة قانونيّة" من نوع خاص وعنها ينبثق الإطار العام والمبادئ التي تحكم الدولة وسلطاتها، ولا سبيل لتحقيق هذه السيادة طبقا للنصوص الدستوريّة

إلا من خلال محكمة تسهر على ضمان مبدأ الدستورية[10] الذي يقتضي علوية أحكام الدستور على بقية القواعد الأخرى.

إنّ السلطة التشريعيّة تتقيّد في ممارستها لسلطاتها بقواعد قانونيّة تعلوها درجة. فالوظيفة التشريعيّة وأيّا كان القائمون عليها لا تعتبر امتيازا شخصيّا لمن يتولونها ولا هي من صنعهم ولا تأتيها إلا في الحدود التي رسمها الدستور. وتكون بذلك مراقبة دستوريّة القوانين الآلية العملية الفعالة لحماية الدستور وضمان علويته على سائر القوانين التي تخضع لأحكامه. فعلويّة الدستور لا معنى لها إلاّ إذا اقترنت مخالفة أحكامه بجزاء رادع.

وتعتبر فكرة علوية الدستور قديمة نسبيّا في تونس، حيث نصّ أمر 25 فيفري 1861 المتعلق بحقوق الراعي والرعيّة على أنّ " هذا القانون أعظم ما أسس في مملكتنا للنفع الخاص والعام فلا بدّ له من ضامن يحميه وحارس يقيه ويدفع ما ينافيه". وعملا بما جاء في هذا الأمر أوكل الفصل 60 من دستور 1861 إلى المجلس الأكبر مهمة " المحافظة على العهود والقوانين والحامي لحقوق جميع السكان...". كما عهد الفصلان 60 و63 من هذا الدستور للمجلس الأكبر معارضة ختم القوانين التي تخالف الدستور أو تمسّ من سيادته. بيد أن هذه التجربة حملت في طيّاتها بوادر فشلها لكون المجلس الأكبر هو في آن واحد مساهم في صياغة القانون ومراقب لاحترامه للدستور[11]، فضلا على أنّ أحكام هذا الدستور بقيت حبرا على ورق، لأن فساد الحكم آل إلى ثورة علي بن غذاهم ليتمّ إيقاف العمل بدستور 1861 من قبل مانحه، ممّا يجعل من فائدته التاريخيّة محدودة.

وأثناء الاستعمار الفرنسي طرحت مسألة علويّة الدستور في لائحة المبادئ العامّة للدستور التونسي التي قدمت في 10 جوان 1949، إذ وقع التنصيص على أنه لا يمكن سن أي قانون يخالف هذا الدستور[12]. لكن الإرادة المعبر عنها صلب هذه اللائحة لم تتبعها إجراءات عملية على مستوى الواقع. ولا مراء أنّ " الدولة الملكيّة التونسيّة لم تؤسس لثقافة دستوريّة تذكر وأن النمط غير المكتمل لمراقبة دستوريّة القوانين الذي اعتمدته لا يعدو أن يكون سعيا غير مثمر لتركيز حرمة الدستور"[13].

وبعد الاستقلال، ومع أن الآباء المؤسسين لدستور غرّة جوان 1959 لم يهتموا بصفة جدية بمراقبة دستوريّة القوانين باعتبارها لا تمثل أولوية آنذاك، فإنّ موضوع رقابة الدستوريّة لم يلبث أن ظهر على الساحة، إذ سرعان ما وقع الدفع بعدم دستوريّة بعض القوانين المنظمة للحياة العامّة في قضايا منشورة أمام المحاكم والمتعلقة أساسا بقانون الجمعيات والقانون المنظم لمحكمة أمن الدولة. ولقد شاب موقف المحاكم من النظر في دستورية القوانين بمناسبة نزاع معروض أمامها التردد بين الرفض القطعي والقبول المشروط[14]، وذلك بالرغم من الموقف الجريء الذي اتخذته كل من المحكمة الابتدائية بالقيروان ومحكمة الاستئناف بسوسة.

ولقطع الطريق أمام الرقابة القضائيّة لدستورية القوانين، تمّ إحداث مجلس دستوري مباشرة بعد 7 نوفمبر1987[15]. ولم تكن الرغبة في احتواء المسألة لتحجب النقائص الصارخة التي شابت تركيبة المجلس وأعماله بالرغم من ثراء بعض آرائه وتصديه أحيانا لمحاولات تجاوز أحكام الدستور[16]. فقد مثّل

ارتباط المجلس الدستوري الوثيق برئيس الجمهورية والذي يهيمن على سلطة تعيين أعضائه[17] ويحتكر حق العرض[18]، فضلا عن إصدار المجلس لآراء وليس لقرارات في مجال مراقبة دستورية القوانين[19] حدا لنجاعة الرقابة وجعل من عمل المجلس الدستوري عرضة للنقد ومن التجربة ككل محل نظر[20].

وبعد ثورة 17 ديسمبر 2010- 14 جانفي 2011، أصبح إنشاء محكمة دستوريّة مطلبا ملحّا، خاصّة وأنّ تاريخ تونس مليء بانحرافات السلطة التشريعيّة بإيعاز من السلطة التنفيذيّة[21]. ولقد تبنى واضعو دستور الجمهوريّة التونسيّة هذا الخيار مكرّسين قسما كاملا يتكون من 7 فصول للمحكمة الدستوريّة، حتى أن عبارة المحكمة الدستوريّة تكرّرت 35 مرّة في الدستور. ولعلّ توسع النص الدستوري في بيان مجال اختصاص المحكمة الدستوريّة، فضلا عن كونه ردة فعل عن ممارسات ما قبل الثورة، يمكن اعتباره محاولة من واضعي الدستور لتقييد تدخل النص التشريعي في هذا المجال ليظل جوهر رقابة المحكمة ونطاقها بعيدا عن تدخل السلطة التشريعيّة.

وبإرساء المحكمة الدستورية تجاوزت تونس تجربة الرّقابة السياسيّة على دستوريّة القوانين وانتهجت أسلوب الرّقابة القضائيّة انطلاقا من القناعة بأن القضاء بحكم تواتره على تطبيق القانون يكون أقدر على معرفة مدى تجاوز المشرّع للحدود المرسومة له في الدستور. لكن تبني خيار يمزج مبدئيا بين التعيين والانتخاب والتخلي عن مبدأ انتخاب كلّ أعضاء المحكمة الدستورية المنتظرة والذي أقرته جل مسودات ومشروع الدستور الجديد قد يحد من استقلالية المحكمة (I) وذلك على الرغم من التوسع في صلاحياتها (II).

I - رهـان الإستقلاليـة

تعتبر استقلالية الأجهزة المكلفة بمراقبة دستورية القوانين الشرط الأساسي والحاسم لتقدير فاعلية الرقابة وضمان احترام علوية القواعد الدستورية. وعلاوة عن ذلك، فإن حماية الحقوق والحريات المضمونة دستوريا من تعسف السلطة التشريعية تبقى رهين استقلالية المحكمة الدستورية[22].

لكن المتأمل في أحكام الدستور الجديد ومقارنة بدستور 1959[23] يلاحظ أن واضعي الدستور، ولئن قطعوا مع احتكار جهة وحيدة لسلطة إخطار القاضي الدستوري (2) فإنهم تبنوا نظاما خصوصيا يمزج مبدئيا بين الانتخاب والتعيين، وذلك بالرغم من هيمنة مبدأ انتخاب كلّ أعضاء المحكمة الدستورية على كامل مسودات الدستور ومشروعه (1).

1) تبني نظام خصوصي لتركيبة المحكمة الدستورية

تبنت المسودات والمشروع خيار الانتخاب من قبل السلطة التشريعيّة مع التنوّع في جهات الترشيح والمتمثلة أساسا في رئيس الجمهوريّة ورئيس الحكومة ورئيس مجلس نواب الشعب والمجلس الأعلى للقضاء، ومع الاختلاف أيضا في الأغلبيّة المطلوبة.

فقد نصّت مسودة مشروع الدستور المؤرخة في **6 أوت 2012** وكذلك **مسودة 14 ديسمبر 2013** على أن المحكمة تتكون من اثني عشر عضوا. يقترح رئيس الجمهوريّة أربعة أعضاء ورئيس الحكومة أربعة أعضاء ورئيس مجلس الشعب ثمانية أعضاء والمجلس الأعلى للسلطة القضائيّة ثمانية أعضاء، وينتخب

مجلس الشعب اثني عشر عضوا من الأعضاء المقترحين بأغلبيّة الثلثين. أما **بالنسبة لمسودة 22 أفريل 2013**، فقد جاء بالفصل 112 منها أن المحكمة الدستوريّة تتكوّن من اثني عشر عضوا. يقترح رئيس الجمهوريّة ثمانية أعضاء ورئيس الحكومة أربعة أعضاء ورئيس مجلس الشعب ثمانية أعضاء والمجلس الأعلى للقضاء أربعة أعضاء. وينتخب مجلس الشعب اثني عشر عضوا باعتماد النصف من كل جهة ترشيح بأغلبيّة الثلثين.

غير أن مشروع غرّة جوان 2013 تبنى المساواة في عدد مرشحي كل جهة، إذ نص الفصل 115 من المشروع على أن المحكمة تتكون من اثني عشر عضو. يقترح كل من رئيس الجمهوريّة ورئيس مجلس نواب الشعب ورئيس الحكومة والمجلس الأعلى للقضاء ستة أعضاء وينتخب مجلس نواب الشعب اثني عشر عضوا باعتماد النصف من كل جهة ترشيح بأغلبيّة ثلاث أخماس أعضاء المجلس.

لكن حصيلة التوافقات التي فرضتها أحداث صائفة 2013[24] (جلسة 28 ديسمبر 2013) آلت إلى تبنّي نظام خصوصي عوضا عن مبدأ انتخاب كلّ أعضاء المحكمة الدستورية الذي استقر على اعتماده مسودات الدستور ومشروعه. وبناء على ذلك، نصت وثيقة الدستور في الفصل 118 على أن المحكمة تتكوّن من اثني عشر عضوا من ذوي الكفاءة، ثلاثة أرباعهم من المختصين في القانون الذين لا تقل خبرتهم عن 20 سنة[25]. يعيّن كلّ من رئيس الجمهوريّة ومجلس نوّاب الشعب والمجلس الأعلى للقضاء أربعة أعضاء على أن يكون ثلاثة أرباعهم من المختصين في القانون. كما نبه الفصل العاشر من القانون الأساسي عدد 50 المؤرخ في 3 ديسمبر 2015 المتعلق بالمحكمة الدستورية لضرورة السعي لاحترام مبدأ التناصف في تركيبة المحكمة.

ويبدو استعمال عبارة "التعيين"[26] صلب الفصل 118 من الدستور في غير محله. فلئن وقعت الإحالة للقانون لتنظيم تركيبة المحكمة الدستورية، فإن الصياغة غير الدقيقة المعتمدة في الدستور لا تحول دون إمكانية فتح الباب نحو اعتماد طريقة الانتخاب في تركيبة المحكمة الدستورية. فإذا كان رئيس الجمهورية سيعتمد التعيين عند اختياره للأعضاء الأربعة، فإن الدستور لم يتعرض لطريقة اختيار مجلس نواب الشعب والمجلس الأعلى للقضاء للأعضاء الثمانية المتبقين.

ولعل الانتخاب يمثل الطريقة الأمثل لاختيار أعضاء المحكمة الدستورية من قبل نواب الشعب. لكن طريقة الانتخاب تطرح أكثر من تساؤل. فهل سيقع اللجوء للجلسة العامة لمجلس نواب الشعب لانتخاب أربعة أعضاء، أم ستوكل المسألة لمكتب المجلس؟

لقد أقر الفصل 11 من القانون الأساسي عدد 50 المؤرخ في 3 ديسمبر 2015 المتعلق بالمحكمة الدستورية أن " لكل كتلة نيابية داخل مجلس نواب الشعب أو لكل مجموعة نواب غير منتمين للكتل النيابية يساوي عددهم أو يفوق الحد الأدنى اللازم لتشكيل كتلة نيابية، الحق في ترشيح أربعة أسماء على الجلسة العامة، على أن يكون ثلاثة منهم من المختصين في القانون. ينتخب مجلس نواب الشعب الأربعة أعضاء بالاقتراع السري وبأغلبية الثلثين من أعضائه، فإن لم يحرز العدد الكافي من المرشحين الأغلبية المطلوبة بعد ثلاث دورات متتالية يفتح باب الترشيح مجددا لتقديم عدد جديد من المترشحين بحسب ما

تبقى من نقص مع مراعاة الاختصاص في القانون من عدمه. وفي صورة التساوي في عدد الأصوات المتحصل عليها، يصرح بفوز الأكبر سنا".

إن الرجوع للجلسة العامة لمجلس نواب الشعب لانتخاب أعضاء المحكمة الدستورية مع اشتراط أغلبية الثلثين من أعضائه قد يؤدي لعقد سلسلة طويلة من الجلسات المخصصة لانتخاب الأربعة أعضاء في ظل التركيبة الحزبية الحالية الممثلة في البرلمان، ما لم يقع إبرام توافقات وتنازلات في الكواليس، مما من شأنه أن يجعل الاعتبارات السياسية والحزبية حاضرة بقوة في اختيار أعضاء المحكمة، باعتبار أن الترشيح من الكتل يحيل للأحزاب السياسية، ولو أن اشتراط عدم تحمل عضو المحكمة الدستورية لأي مسؤولية حزبية مركزية كانت أو جهوية أو محلية من شأنه أن يشكل ضمانة لحيادية المحكمة واستقلاليتها تجاه الأحزاب[27].

أما **بالنسبة للمجلس الأعلى للقضاء**، فإنه يتكون وفقا لأحكام الفصل 112 من الدستور من أربعة هياكل[28]. فهل ستسند صلاحية اختيار أعضاء المحكمة الدستورية للجلسة العامة للمجالس القضائية الثلاثة، أم سيقدم كل مجلس مرشحه، أم سيشارك كل القضاة في انتخاب الأعضاء الأربعة[29]؟

جاء بالفصل 12 من القانون المتعلق بالمحكمة الدستورية أن "لكل مجلس قضائي الحق في ترشيح أربعة أسماء على الجلسة العامة، على أن يكون ثلاثة منهم من المختصين في القانون. تحدث لدى المجلس الأعلى للقضاء لجنة خاصة تتكون من رؤساء المجالس القضائية الثلاثة توكل لها مهمة التثبت في توفر شروط الترشح من عدمها. تنتخب الجلسة العامة للمجلس الأعلى للقضاء بالاقتراع السري وبأغلبية ثلثي أعضائها أربعة أعضاء على أن يكون ثلاثة منهم من المختصين في القانون. تعاد عند الضرورة دورات انتخابية متتالية إلى حين استكمال انتخاب الأعضاء الأربعة. في صورة التساوي في عدد الأصوات المتحصل عليها، يصرح بفوز الأكبر سنا".

لقد تبنى المجلس الوطني التأسيسي نظاما خصوصيا، إذ لم يأخذ كليا بنظام التعيين[30] وعدل عن إتباع نظام انتخاب كل أعضاء المحكمة الدستورية الذي أقرته عديد الدول الأوربية، كألمانيا وكرواتيا وبولونيا[31].

إن التعيين يخشى منه فقدان استقلاليّة المحكمة لصالح جهة التعيين، ولو أن انتخاب الأعضاء من قبل مجلس نوّاب الشعب لا يحصّن المحكمة الدستوريّة من السقوط في التجاذبات السياسيّة والحزبيّة المهيمنة على البرلمان. ولعل تعيين أعضاء المحكمة لا يمسّ من استقلالهم، لأنّ العبرة ليست بالتعيين، وإنّما بعدم التدخل في شؤونهم بعد تعيينهم. كما أن العبرة تكمن أيضا في طبيعة تكوين الأعضاء والضمانات الممنوحة لهم ومدة ممارستهم لمهامهم وكذلك في مدى كفاءة الأشخاص الذين تمّ اختيارهم ونزاهتهم.

ومهما يكن من أمر، فقد تمّ الاتّفاق منذ مسودة أوت 2012 وعبر مختلف المسودات ومشروع الدستور على أن تتركب المحكمة الدستوريّة من اثني عشر عضوا[32]، لكن مع الاختلاف في اختيار تكوين الأعضاء. ففي **مسودة أوت 2012** وقع اشتراط أن يكون الأعضاء من ذوي الخبرة القانونيّة العالية. إلاّ أن

عبارة "العالية" غابت في **مسودة 14 ديسمبر 2012** ليقع الاكتفاء بالكفاءة والخبرة القانونيّة. غير أن الأمور تغيّرت منذ **مسودة 22 أفريل 2013**، إذ وقع التأكيد على أن يكون الأعضاء من ذوي الكفاءة والخبرة مع اشتراط أن تكون أغلبيّتهم من المختصين في القانون. أمّا في مشروع **غرّة جوان 2013**، فقد وقع التدقيق على أن ثلثي الأعضاء يجب أن يكونوا من المختصين في القانون. لكن وثيقة الدستور غيرت من هذه الأغلبيّة مشترطة أن يكون ثلاث أرباع الأعضاء من المختصين في القانون، ولو أن مسألة الاختصاص في القانون تبقى قابلة لعدة تأويلات.

في محاولة لتوضيح مسألة الاختصاص في القانون، بيّن الفصل التاسع من قانون المحكمة الدستورية أنه يشترط في العضو المختص في القانون أن يكون إما من المدرسين الباحثين التابعين للجامعات منذ عشرين سنة على الأقل برتبة أستاذ تعليم عالي، أو قاضيا مباشرا للقضاء ومنتميا لأعلى رتبة، أو محاميا مباشرا للمحاماة له نفس الأقدمية ومرسما بجدول المحامين لدى التعقيب، وإما أخيرا من ذوي التجربة في الميدان القانوني منذ 20 سنة على الأقل بشرط أن يكون حاملا لشهادة الدكتورا في القانون أو ما يعادلها. ولئن لم يحدد الفصل المذكور مدة الخبرة المطلوبة بالنسبة للعضو غير المختص في القانون، فإن الفصل الثامن من ذات القانون اقتضى أنه يشترط في عضو المحكمة الدستورية أن تكون له خبرة لا تقل عن عشرين سنة.

والملاحظ أن لجنة القضاء العدلي والإداري والمالي والدستوري أكدت في تقرير 2 أفريل 2013 على أن يكون كلّ أعضاء المحكمة الدستوريّة من ذوي الخبرة القانونيّة. لكن الهيئة المشتركة للصياغة تمسكت بأن يكون الثلثين فقط من المختصين في القانون[33]. والسؤال الذي يطرح في هذا الخصوص يتعلق بمعرفة تخصص باقي الأعضاء[34]. لقد جاء في تقرير لجنة القضاء العدلي والإداري والمالي والدستوري المقدم في 27 نوفمبر 2012 أن من بين الخبرات التي يجب أن تتوفر من هو مختصّ في العلوم الشرعيّة، وهو ما يتناغم مع ما كان يشترطه الفصل 141 من مشروع الدستور من أن الإسلام دين الدولة، مما قد يفترض حضور متخصصين في المسائل الدينية ضمن أعضاء المحكمة. بيد أن وثيقة الدستور تخلت عن خيار الطابع الديني للدولة.

وبالنسبة **لطبيعة المحكمة**، وقع التأكيد منذ مشروع غرّة جوان 2013 على أن المحكمة هيئة قضائيّة مستقلة[35]. ولقد تبنت وثيقة الدستور هذا الوصف، ولو أن الطبيعة القضائيّة للمحكمة أمر محسوم، باعتبار أنّ المحكمة الدستوريّة وقع تنظيمها في القسم الثاني من الباب الخامس المتعلق بالسلطة القضائيّة، وهو ما يفترض أن تنطبق الأحكام التمهيديّة المتعلقة باستقلال القضاء والقضاة والتي كرّست في الفصول من 102 إلى 104 على أعضاء المحكمة الدستوريّة. كما نص الفصل الأول من قانون 3 ديسمبر 2015 المتعلق بالمحكمة الدستورية على أن المحكمة "هيئة قضائية مستقلة ضامنة لعلوية الدستور وحامية للنظام الجمهوري الديمقراطي وللحقوق والحريات في نطاق اختصاصاتها المقررة بالدستور والمبينة بهذا القانون".

تعتبر إذن المحكمة الدستورية - بالنظر لهندسة الدستور - جزءا من السلطة القضائية بالرغم من عدم وجود روابط وظيفية تجمع مبدئيا بين مختلف الأجهزة القضائية العدلية والإدارية والمالية سوى ما يتعلق بانتخاب المجلس الأعلى للقضاء الأربعة أعضاء من بين الإثنى عشر عضوا الذين يؤلفون المحكمة[36].

لكن الملاحظ أن الدستور يتحدث في باب المحكمة الدستورية عن أعضاء المحكمة وليس عن قضاة، فضلا عن أنه لم يقع التنصيص على استقلالية المحكمة وحيادها[37]. ولقد اقترحت لجنة القضاء العدلي والإداري والمالي والدستوري إضافة فصل جديد ينصّ على أنّ أعضاء المحكمة الدستوريّة قضاة وتسري عليهم الأحكام التمهيديّة من باب السلطة القضائيّة[38]. كما نصت مسودة 14 ديسمبر 2012 في فصلها 119 على أن "أعضاء المحكمة الدستورية قضاة وتسري عليهم أحكام الفصلين 1 و 2 من باب السلطة القضائية". لقد كان من الأفضل الإبقاء على هذه الصياغة المعتمدة في العديد من التجارب المقارنة[39]. غير أنه وقع الاكتفاء بالتأكيد في الفصل 119 من الدستور على تحجير الجمع بين عضوية المحكمة الدستورية ومباشرة أي وظائف أو مهام أخرى.

أما فيما **يخصّ مدّة عضوية المحكمة**، فقد استقرّت المسودات والمشروع ووثيقة الدستور على التنصيص على أن المدّة تقدر بتسع سنوات غير قابلة للتجديد[40]. إن اعتماد مدّة وحيدة من شأنه أن يساعد مبدئيا على استقلال أعضاء المحكمة وتجعلهم في مأمن من إغراءات جهات الترشيح بالتجديد لهم إن هم سايروا رغباتهم أو حرمانهم من التجديد إن لم يأخذوا بعين الاعتبار رغبات نفس الأطراف.

وأما فيما يتعلق بالتجديد، فإن الفصل 118 من الدستور نصّ على أنه يجدّد ثلث أعضاء المحكمة الدستورية كلّ ثلاث سنوات، ويُسدّ الشغور الحاصل في تركيبة المحكمة بالطريقة المعتمدة عند تكوينها مع مراعاة جهة التعيين والاختصاص، وهو ما يفترض أن يقع تجديد أربعة أعضاء كل ثلاث سنوات، والحال أن الدستور خصّ ثلاث جهات فقط بسلطة التعيين[41]. فإذا فرضنا أن كل جهة لها سلطة تجديد عضو فمن طرف أي جهة سيقع تجديد العضو الرابع؟ إن هذا التصوّر لتجديد الأعضاء يمثل خطأ في هندسة الأحكام ومحتواها نتج عن تلاحق المشاريع واختلاف الحلول المعتمدة وغياب التدقيق والانتباه في المرحلة الأخيرة، إذ كان يتعين أن يقع التنصيص على أن يكون التجديد بالربع (أي ثلاثة أعضاء) وليس بالثلث. ولقد كان التجديد بالثلث منطقيا في ظل مشروع غرة جوان 2013 لأن المشروع خصّ أربعة جهات بحق اقتراح مرشحين لعضوية المحكمة الدستورية[42].

2) تعدد الجهات المخوّل لها إخطار المحكمة الدستوريّة

يعتبر جانب من الفقه أن نجاح الجهاز المكلف بمراقبة دستورية القوانين ونجاعته يبقى رهين عدم استئثار جهة وحيدة بإخطاره[43]. فتعدد الجهات المخول لها إخطار القاضي الدستوري من شأنه أن يمنع لحد كبير من اتخاذ قوانين مخالفة لأحكام الدستور[44].

بيد أنّ المتمعّن في مختلف المسودّات ومشروع الدستور يلاحظ اختلافا مذهلا[45]. ولئن مكنت مسودّتي أوت وديسمبر 2012 الأشخاص من التوجّه للمحكمة وذلك للطعن في دستورية الأحكام الباتة

الخارقة للحقوق والحريات المضمونة دستوريّا والتي لم يسبق للمحكمة الدستوريّة النظر فيها وبعد استنفاذ كلّ طرق الطعن، فإنه ومنذ مسودة أفريل 2013 تمّ العدول عن هذا الخيار، والحال أنّه معمول به في الدّول التي لها تقاليد عريقة في القضاء الدستوري، كألمانيا وبلجيكا والنمسا. فالفصل 93 من الدستور الألماني ينصّ على أنّ المحكمة الدستوريّة تتعهّد بالدعاوى المرفوعة من أيّ مواطن تضرّر من أيّ عمل صدر عن السلطة العامّة ومسّ من الحقوق والحريّات المضمونة به[46]. كما تتعهّد المحكمة الدستوريّة الألمانيّة بكلّ دعوى مرفوعة من البلديّات ضدّ أيّ قانون خالف مبدأ التدبير الحر الذي تتمتّع به الجماعات المحليّة[47].

وقد تعرض الدستور التونسي للجهات المخوّل لها إخطار المحكمة بحسب طبيعة العمل المعروض عليها. فبالنسبة لمشاريع القوانين، فإنّ إخطار المحكمة يمكن أن يكون من قبل رئيس الجمهوريّة أو رئيس الحكومة أو ثلاثين عضوا من أعضاء مجلس نوّاب الشعب[48]، وهو حلّ يقترب من بعض الحلول المعتمدة في القانون المقارن[49]. وتجدر الملاحظة في هذا الصدد أنّ مشروع غرة جوان 2013 كان ينصّ على عبارة كلّ مشاريع القوانين، لكن عبارة "كل" تمّ حذفها في نصّ الدستور. وربما يبرر هذا الحذف بتبني وثيقة الدستور لخيار تعدد الجهات المخوّل لها إخطار المحكمة الدستورية[50].

أما بالنسبة لمشاريع القوانين الدستوريّة، فإنّ العرض يكون من قبل رئيس مجلس نوّاب الشعب. ومن جانبه يتولّى رئيس الجمهوريّة إخطار المحكمة بالنسبة للمعاهدات.

وأما المحاكم، فإنه يخوّل لها اللجوء إلى المحكمة الدستوريّة بطلب من أحد الخصوم عند الدفع بعدم الدستوريّة. لكن الدستور لم يحدّد المحاكم التي تلتجئ للمحكمة الدستوريّة، فقد تركت المسألة حسب الفصل 120 من الدستور للمشرّع وتحديدا للقانون الأساسي المنظم للمحكمة الدستورية[51]. ولقد جاء في تقرير لجنة القضاء العدلي والإداري والمالي والدستوري المؤرّخ في 27 نوفمبر 2012 أنّ هذا الإجراء يخصّ المحاكم بمختلف أصنافها. كما لا بدّ من الإشارة أنّ النص المقترح من طرف اللجنة بتاريخ 2 أفريل 2013 كان ينصّ على صورتين بالنسبة للإحالة من طرف المحاكم: إحالة المحاكم تلقائيّا للمحكمة الدستوريّة وإحالة عن طريق الدفع بطلب من أحد الخصوم بمناسبة نزاع معروض أمامها.

غير أن الهيئة المشتركة للصياغة والتنسيق حذفت الإحالة التلقائيّة من طرف المحاكم بعد رفض ستة أعضاء بمن فيهم رئيس اللجنة هذا الحذف، فيما قبله سبعة أعضاء آخرون[52]. ورغم ذلك، فإن فتح المجال أمام المتقاضين للدفع بعدم دستورية القوانين يعتبر تقدما مهما في سبيل دعم منظومة الحقوق والحريات. ففي فرنسا مثلا لم يقع إدراج الدفع بعدم الدستورية إلا بمقتضى تعديل الدستور في 23 جويلية 2008. كما حرص الدستور الفرنسي على عقلنة إجراءات الدفع بعدم الدستورية بأن منح لمجلس الدولة ولمحكمة التعقيب مهمة التثبت من احترام شروط الدفع وجدية المسألة وعدم سابقية نظر المجلس الدستوري فيها[53].

لكن القانون المتعلق بالمحكمة الدستورية سلك منهج الإحالة الآلية[54] للمحكمة الدستورية بمجرد دفع أحد الأطراف في قضية منشورة في الأصل أمام المحاكم بعدم دستورية قانون منطبق على

النزاع، مما من شأنه أن يفتح الباب على مصراعيه للجوء لتقنية الدفع. كما أن تقييد الفصل 52 من نفس القانون لتعهد المحكمة في حدود ما وقعت إثارته[55] قد يترك المجال مفتوحا للدفع في عديد النصوص التشريعية التي سبق أن عرضت على القاضي الدستوري، شريطة أن يكون الدفع غير متعلق بأحكام سبق للمحكمة حسم مسالة دستوريتها[56].

إن عدم عقلنة شروط الدفع بعدم الدستورية وإجراءاته [57] قد يغرق المحكمة الدستورية بوابل من القضايا، مما قد يحول دون الالتزام بالآجال المحددة بالفصل 60 من قانون 03 ديسمبر 2015[58]، علما وأن المشرع لم يرتب جزاء لعدم احترام المحكمة للآجال المضبوطة قانونا سوى استئناف النظر في القضية الأصلية من قبل محكمة الإحالة. كما أن الدفع بالدستورية وفقا لما تم إقراره بالقانون المنظم للمحكمة الدستورية يمكن أن يشكل وسيلة يستغلها أحد الأطراف لإطالة البت في القضايا، خاصة وأنه بمجرد الإحالة يتوقف النظر في الدعوى من قبل القاضي العدلي أو الإداري أو المالي[59]، مما من شأنه أن يؤثر بصفة سلبية على حسن سير القضاء[60].

وقد ينتج عن عدم اعتماد ضوابط معيّنة لقبول الدفع بعدم الدستورية خطر تدني المستوى النوعي لقرارات المحكمة الدستورية كنتيجة لتدفق محتمل من الإحالات في السنوات الأولى لبداية عملها بما يجعلها تواجه تحديات كبرى في كسب مصداقية الرقابة اللاحقة التي تسلطها على القوانين[61]. ولعلّ الإحصائيات التي قدّمت حول نجاعة آليات الغربلة في فرنسا من شأنها أن تبيّن أهمية هذه الآليات. ففي الخمس السنوات الأولى من بداية العمل بالرقابة اللاحقة (2010-2015) نظرت محكمة التعقيب ومجلس الدولة في 2360 دفع بعدم دستورية قانون لم تقع إحالة سوى 465 دفع على المجلس الدستوري، فيما تمّ رفض بقية الإحالات لعدم طرح مسألة دستورية جديدة أو لعدم جدية الدفع[62].

لقد اقتصرت عملية عقلنة اللجوء للمحكمة الدستورية عن طريق الدفع على الجانب الإجرائي، إذ اشترط الفصل 55 من القانون المتعلق بالمحكمة الدستورية أن يقدم الدفع بعدم الدستورية بمقتضى مذكرة مستقلة ومعللة محررة من قبل محام مرسم لدى التعقيب تحتوي على عرض في بيان أسباب الدفع مع تحديد مفصل لأحكام القانون المطعون فيه. ووفقا لأحكام الفصل 59 من ذات القانون تحدث لدى المحكمة الدستورية بقرار من رئيسها لجنة خاصة أو أكثر تتركب من ثلاثة أعضاء من ذوي الإختصاص في القانون توكل لها مهمة التثبت في مدى احترام مذكرة الدفع بعدم الدستورية لموجباتها الشكلية والإجرائية. لكن دور اللجنة يقتصر على تقديم اقتراحات بقبول الإحالة من الناحية الشكلية أو رفضها على أن تتولى المحكمة البتّ في اقتراحات اللجنة[63].

ومقارنة بالأنظمة المقارنة لم يشترط القانون المتعلق بالمحكمة الدستورية إعلام رئيس الجمهورية ورئيس الحكومة ورئيس مجلس نواب الشعب، وذلك قصد إبداء ملحوظاتهم بخصوص القانون موضوع الدفع[64]. كما لم يقع التعرّض لمآل الدفع بعدم الدستورية في صورة تخلي مثير الدفع عن الدعوى الأصلية أو عن الدفع[65].

أخيرا تعرض قانون 03 ديسمبر 2015 لمآل الدفع بعدم الدستورية، إذ نص الفصل 60 على أنه إذا "قضت المحكمة بعدم دستورية قانون أو أحكام من قانون توقف العمل به في حدود ما قضت به تجاه الكافة دون أن يكون له مفعول رجعي على الحقوق المكتسبة أو على القضايا السابق الحكم فيها بصفة باتة". لكن هذا الفصل خصص بعض الاستثناءات تتعلق بالقوانين الانتخابية[66].

ويطرح السؤال حول آثار الرقابة على المستوى الزمني. فالفصل 60 من القانون المتعلق بالمحكمة الدستورية استثنى من المفعول الرجعي لقرارات المحكمة الحقوق المكتسبة أو القضايا السابق الحكم فيها بصفة باتة. فهل يعني ذلك أن هذا القانون كرّس الأثر الرجعي لقرارات المحكمة[67]؟ وإذا كان المشرع يهدف لحماية الحقوق المكتسبة واستقرار الوضعيات القانونية، فإن تطبيق قرارات المحكمة بأثر رجعي على أحكام باتة قد يكون ايجابيا للمعنيين بهذه الأحكام. لذلك تعمد بعض الدول إلى التنصيص على أن التصريح بعدم دستورية قانون قد يؤدي إلى إعادة فتح محاكمات كلما كان ذلك في مصلحة المحكوم عليهم. كما يمكن أن يؤدي إلى محو الإدانة كما هو الحال في اسبانيا[68].

من المسائل التي غفل عنها أيضا القانون المتعلق بالمحكمة الدستورية عدم منح القاضي الدستوري، خارج المجال الإنتخابي، سلطات تمكنّه مثلا من التعديل الزمني[69] لآثار الأحكام القاضية بعدم دستورية قانون وذلك لتجنب النتائج الخطيرة عن الأثر الرجعي لقرارات المحكمة الدستورية[70]. ففي النمسا مثلا وقع اعتماد تقنية النسخ المؤجل والتي تمكّن القاضي الدستوري من التصريح بعدم دستورية قانون مع تحديد أجل لاحق لإنهاء العمل به، وذلك لهدف تمكين المشرع من الوقت الكافي لتنقيح القانون بما يتلاءم مع أحكام الدستور[71].

لقد حاول واضعي الدستور تجاوز تبني نظام خصوصي لتركيبة المحكمة الدستورية بفتح باب الإخطار أمام جهات متعددة. كما لم تحل النقائص التي شابت تركيبة المحكمة من الإقرار لها باختصاصات واسعة.

II - تحدّي الاختصاصات

وقع الإقرار للمحكمة الدستورية بصلاحيات تتجاوز بكثير ما كان يتمتع به في السابق المجلس الدستوري. فإلى جانب مراقبة دستورية مشاريع القوانين وكذلك القوانين المحالة عليها من المحاكم تبعا للدفع بعدم الدستورية، تمّ منح المحكمة الدستورية اختصاصات هامة تجاه السلطة التشريعية والتنفيذية تصل إلى حد التحكيم بين رأسي السلطة التنفيذية.

لقد بدت إرادة واضعي الدستور الجديد جليّة في القطع مع تجربة المجلس الدستوري في ظل دستور 1959، إذ تصدر المحكمة الدستورية قرارات[72] معللة وملزمة لجميع السلط[73]. و فضلا عن ذلك، إذا تعهدت المحكمة بعدم دستورية قانون بناء على إحالة من أحد المحاكم وقضت إثر ذلك بعدم دستوريته، فإنه يتوقف العمل بالقانون في حدود ما قضت به[74].

إن تمتع المحكمة الدستورية بسلطة تقريرية[75] وبصلاحيات هامة يمكن أن يضمن نجاعة الرقابة التي تسلطها لضمان احترام الدستور كما يجعل بقية السلط تمتثل لأحكامها. وربما كان من المفيد أن

تنتصب المحكمة الدستورية أيضا كجهاز تحكيمي بين السلط في صورة الاختلاف في تأويل النص الدستوري الضابط لاختصاصها. ولعلّ الجدل الذي كان قائما حول أسبقية تنظيم الانتخابات التشريعية على الرئاسية وكذلك الإشكال الذي وقع حول تحديد الجهة المخول لها توجيه تكليف لمرشح الحزب الفائز في الانتخابات التشريعية التي وقع إجراؤها في 26 أكتوبر 2014 بتكوين حكومة يؤكدان ضرورة منح القاضي الدستوري سلطة تأويل النص الدستوري بطلب من الأطراف المخوّل لها اللجوء للمحكمة الدستورية[76].

لكن التمتع بجملة هذه الصلاحيات،على إيجابياته، قد يغرق عمل المحكمة الدستورية ويجعل من القيام بما هو موكول لها على أحسن وجه مسألة تحدّ قد تنجح من خلاله المحكمة في القيام بدورها كحامية لدولة القانون التي وقع تغييبها في نص الدستور الجديد. ولئن كان القسم الخاص بالمحكمة الدستوريّة في الدستور لا يستوعب جميع صلاحيّاتها التي بقيت مشتتة في عدة فصول من الدستور[77]، فإن اختصاصات المحكمة يمكن تفريعها إلى قسمين. يتعلق الأول بصلاحية مراقبة الدستورية (1)، ويخص الثاني علاقتها بالسلطة التنفيذية (2).

1) النظر في الدستورية

وفقا لاختصاصاتها المتعلّقة بالنظر في الدستورية، تختص المحكمة الدستورية دون سواها حسب وثيقة الدستور أساسا في جملة من المجالات يمكن تعدادها كما يلي:

يتمثل **الاختصاص الأول** للمحكمة الدستورية في مراقبة دستوريّة مشاريع القوانين " بناء على طلب من رئيس الجمهوريّة أو رئيس الحكومة أو ثلاثين عضوا من أعضاء مجلس نوّاب الشعب يرفع إليها في أجل أقصاه سبعة أيّام من تاريخ مصادقة المجلس على مشروع القانون أو من تاريخ مصادقته على مشروع قانون في صيغة معدلة بعد أن تمّ ردّه من قبل رئيس الجمهوريّة[78]. ويلاحظ أنّ قوانين الماليّة تتمتّع بخصوصيّة في هذا المجال نظرا لضيق الآجال[79]. وحسب الفصل 50 من قانون 3 ديسمبر 2015 تبت المحكمة الدستورية في الطعون المتعلقة بعدم دستورية مشاريع القوانين في أجل أقصاه خمسة وأربعون يوما من تاريخ ترسيمها بكتابة المحكمة[80]. غير أن هذا الأجل يقلص إلى خمسة أيام في صورة تعلق الطعن بقانون المالية. كما يمكن لرئيس الجمهوريّة أو رئيس الحكومة أو ثلاثين عضوا من أعضاء مجلس نوّاب الشعب تقديم طلب معلل في استعجال النظر تبت فيه المحكمة في أجل أقصاه يومان من تاريخ توصلها به. وفي صورة قبول الطلب يتم تقليص آجال البت في الطعون إلى عشرة أيام من تاريخ قبول الطلب[81].

لقد استعمل واضعو دستور 2014 عبارة "مشاريع القوانين" عند تناولهم لاختصاصات المحكمة. وربما كان من الأفضل تعريف المقصود بمشاريع القوانين على غرار ما تمّ في القانون المحدث للهيئة الوقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين[82] حتى لا يقع إقصاء مقترحات القوانين المقدمة من نواب الشعب من مجال مراقبة المحكمة الدستورية[83].

ولم يمنع تعدد الجهات المخول لها إخطار المحكمة الدستورية من تحديد صلاحيتها، إذ نص الفصل 50 من قانون المحكمة الدستورية أن المحكمة لا تتعهد إلا في حدود ما وقع إثارته من طعون، مما يعني أن القاضي الدستوري لا يمكن أن يثير من تلقاء نفسه عدم دستورية أحكام تشريعية لم يقع الطعن فيها من الجهات المخول لها اللجوء للمحكمة وإنما وقع الطعن في أحكام أخرى من نفس القانون. وبالتالي فإن عدم دستورية قاعدة تشريعية لا تعتبر مسألة تهم النظام العام. وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الفرنسي لم يذهب في اتجاه الإقرار للمحاكم الراجعة لمجلس الدولة أو لمحكمة التعقيب بصلاحية إثارة مسألة من تلقاء نفسها. فقد جاء بالفصل 23-1 من القانون الأساسي الصادر في 10 ديسمبر 2009 أنّ الدفع بعدم الدستوريّة لا يثيره القاضي من تلقاء نفسه[84].

وعلى خلاف ذلك، أقرت المحكمة الإدارية في قرار بتاريخ 31ماي 2016 أنه ولئن تمنع إجراءات التعقيب إثارة مطعن قانوني لأوّل مرّة في هذا الطور، فإنّ التمسّك بعدم دستوريّة القانون بوجه الدفع يعتبر من متعلّقات النظام العام، ضرورة أنّ الدستور يحتلّ المرتبة الأعلى في هرم القواعد القانونية، و يشكّل ركنا أساسيّا من أركان الجمهوريّة ومقوّما جوهريّا من مقوّمات دولة القانون[85].

والواقع أن عبارة النظام العام الدستوري وردت أيضا في قرارات الهيئة الوقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين في مناسبتين على الأقل، الأولى في قرارها المتعلق بالقانون الأساسي المنظم للمجلس الأعلى للقضاء، والثانية بمناسبة قرارها المتعلق بمشروع قانون البنوك والمؤسسات المالية[86]. فقد أكدت الهيئة الوقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين أن إحالة مشروع القانون في غضون الأجل المتعين احترامه والتقيد به هو إجراء جوهري له وثيق الإرتباط بالنظام العام الدستوري بحكم تعلقه بقواعد العمل التشريعي. وانتهت الهيئة الوقتية إلى التصريح بعدم دستورية قانون البنوك والمؤسسات المالية لمخالفته بعض أحكام النظام الداخلي المستوعبة لمقتضيات وضوابط دستورية.

وإضافة لتقيد المحكمة الدستورية بحدود ما تمّت إثارته من مطاعن، فإن غياب آلية العرض الوجوبي[87] حتى بالنسبة للقوانين الأساسية أو المعاهدات قد يؤول إلى تمرير قوانين غير متلائمة مع أحكام الدستور متى أحجمت الجهات المخول لها اللجوء للمحكمة عن الطعن في هذه القوانين أو متى لم يتوفر العدد الكافي من النواب المقدر بثلاثين لتقديم طعن للمحكمة. فقانون المحكمة الدستورية مثلا، على أهميته، لم يعرض على أنظار الهيئة الوقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين.

يتمثل **الاختصاص الثاني** في مراقبة دستوريّة مشاريع القوانين الدستوريّة التي يعرضها عليها رئيس مجلس نوّاب الشعب لمراقبة احترام إجراءات تعديل الدستور المنصوص عليها في الباب الثامن الخاص بتعديل الدستور.

أما الاختصاص الثالث، فيهمّ مراقبة دستوريّة مشاريع القوانين الدستوريّة التي يعرضها عليها رئيس مجلس نوّاب الشعب. وإذ يقتصر دور المحكمة على إبداء الرأي في كونها لا تتعلّق بما لا يجوز تعديله من أحكام الدستور، فإن الفصل الخامس من القانون المتعلق بالمحكمة الدستورية شدد على أن آراء المحكمة ملزمة لجميع السلطات. فلقد منع الدستور تعديل بعض الفصول، كالفصل الأول والفصل

الثاني وكذلك الفصل 75 المتعلق بعدد الدورات الرئاسية و مددها. كما نص الفصل 49 من الدستور على أنه لا يجوز لأي تعديل أن ينال من مكتسبات حقوق الإنسان وحرياته المضمونة في هذا الدستور. وبالتالي فإن المحكمة الدستورية تتثبت من مدى مساس التعديلات الدستورية بالمواد التي لا يجوز تعديلها[88].

لئن كانت الرقابة التي تسلطها المحكمة الدستورية على دستورية مشاريع القوانين الدستورية لا تقتصر على مضمون التعديل (مجالات التعديل)، وإنما تشمل أيضا الجوانب الشكلية والإجرائية (مراقبة إجراءات التعديل)، فإن السؤال يطرح حول طبيعة العمل القانوني الصادر عن القاضي الدستوري عند مراقبته لمدى احترام مشاريع القوانين الدستورية لإجراءات تعديل الدستور[89]. فهل يتعلّق الأمر برأي كما هو الحال في وضعية تثبّت المحكمة من كون تعديل الدستور لا يتعلّق بما لا يجوز تعديله أم أن المحكمة ستتخذ في ذلك قرارا؟

لقد نص الفصل 121 من الدستور على أن المحكمة الدستورية تصدر قرارات دون التعرض للآراء التي تصدرها هذه المحكمة، إلا في الصورة الوحيدة التي وردت بالفقرة الأولى من الفصل 144 والمتعلقة بتثبت القاضي الدستوري من مدى مساس التعديل بما لا يجوز تعديله. وفي هذه الحالة فقط تبدي المحكمة رأيا. وباعتبار أن الاستثناءات، وخاصة في المادة الدستورية تؤول تأويلا ضيقا وطالما أن الاستثناء وقع حصره في وضعية الفقرة الأولى من الفصل 144، فإنه يتعين الرجوع للمبدأ الذي وضعه الفصل 121 من الدستور والذي يقرّ للمحكمة الدستورية صلاحية إصدار قرارات، واعتبار أن القاضي الدستوري يصدر قرارا بمناسبة نظره في مدى احترام مشاريع القوانين الدستورية لإجراءات التعديل.

ومما يدعم هذا التوجه في تأويل النص الدستوري، أن الفصل 120 ميّز بين وضعيتين باستعمال لفظ "أو" [90]، إذ فصل بين التثبت من أن التعديل لا يتعلق بما لا يجوز تعديله والتي تقتضي إبداء آراء، ومراقبة احترام إجراءات التعديل. كما أن الملاحظ أن مسودّة الدستور وكذلك مشروعه ميّزا بين الحالتين المذكورتين[91].

ولقد تأكد هذا التوجه في القانون المتعلق بالمحكمة الدستورية الذي اعتبر أن المحكمة تصدر قرارات في هذا المجال، إذ نص الفصل 42 من هذا القانون على أنه "يعرض رئيس مجلس نواب الشعب على المحكمة الدستورية مشاريع قوانين تعديل الدستور في أجل أقصاه ثلاثة أيام من تاريخ المصادقة عليها من مجلس نواب الشعب لتتولى مراقبة دستورية إجراءات التعديل. وتصدر المحكمة **قرارها** وجوبا في أجل أقصاه خمسة وأربعين يوما من تاريخ تعهده"[92].

تبرز قراءة أحكام الدستور وكذلك القانون المتعلق بالمحكمة الدستورية وجود تمييز بين **المبادرة لتعديل الدستور** التي يقع إحالتها للمحكمة الدستورية لإبداء رأيها في كونها لا تتعلق بما لا يجوز تعديله **ومشاريع قوانين تعديل الدستور** التي تعرض على المحكمة لمراقبة دستورية إجراءات التعديل، مما يعني أن تعديل الدستور يتم عرضه مرتين على المحكمة الدستورية: المرة الأولى في شكل مبادرة والمرة الثانية في شكل مشروع قانون تعديل الدستور، وذلك بعد أن تأكدت المحكمة من عدم تعلق المبادرة بالأحكام التي حجر الدستور تعديلها[93].

لكن هل يفهم من استعمال الفصل 120 من الدستور لعبارة "أو" عوضا عن أداة العطف"واو" أن الدستور خير المحكمة في اللجوء إما للنظر في مبادرة التعديل وإما مراقبة إجراءات التعديل؟ لقد كانت أحكام مشروع الدستور المؤرخ في غرة جوان 2013 أكثر دقة. فقد نص الفصل 117 من المشروع أن المحكمة الدستورية تنظر في:

* مشاريع القوانين الدستورية المعروضة عليها من طرف رئيس مجلس نواب الشعب حسبما هو مقرر بالفصل 142 والمتعلقة بإبداء الرأي حول المسائل التي لا يمكن تعديلها.

* مشاريع القوانين الدستورية المعروضة عليها من طرف رئيس مجلس نواب الشعب لمراقبة احترام إجراءات تعديل الدستور".

ولئن كانت الصلاحيّة الأساسية للمحكمة الدستوريّة تبقى مراقبة دستوريّة القوانين[94]، فإن الإضافة المهمّة تكمن في مراقبة دستوريّة مشاريع القوانين الدستوريّة. فقد أكدت لجنة القضاء العدلي والإداري والمالي والدستوري في تقرير 27 نوفمبر 2012 على ضرورة عرض مشاريع تعديل الدستور على المحكمة الدستوريّة للتثبّت من عدم المساس بالمبادئ التي لا يمكن المساس بها، وذلك لتجنّب العبث بالمضامين الدستوريّة. فعادة ما يقف دور القضاء الدستوري عند حدود النظر في دستوريّة القوانين البرلمانيّة. إلا أن رقابة القضاء الدستوري على دستوريّة مشاريع القوانين الدستوريّة معتمدة في الأنظمة التي تنصّ دساتيرها صراحة على عدم المساس بقواعد دستوريّة، ممّا يفترض وجود سلطة قادرة على صون هذه القواعد وعدم المساس بها، من ذلك الدستور الألماني الذي أوكل هذه المهمّة إلى المحكمة الدستوريّة الفيدراليّة[95].

وإذا كان النظر في دستوريّة القوانين العادية مسلما به ولا يثير جدلا فقهيّا، فإنّ النظر في دستوريّة مشاريع القوانين الدستوريّة من قبل القضاء الدستوري موضع خلاف، ويثير الكثير من الاعتراضات لدى البرلمانيّين، كما ينقسم حوله فقهاء القانون الدستوري بين مؤيّد ومعارض، ولكن بدرجات متفاوتة[96]. فالبعض يعتبر أنّ البرلمان عندما يقوم بتعديل الدستور، بصفته سلطة تأسيسيّة فرعية ذات سيادة، لا يجوز أن يكون موضوعا لرقابة مسلّطة عليه من قبل سلطة مؤسسة متمثلة في القضاء الدستوري، إذ تضع نفسها في هذه الحالة فوق البرلمان[97]، بينما يرى البعض الآخر أنّ البرلمان عندما يعدّل الدستور، بصفته سلطة تأسيسيّة منبثقة عن السلطة التأسيسيّة الأصلية التي وضعت الدستور، لا بدّ له من مراعاة التوجهات الأساسيّة التي وضعتها السلطة المؤسسة والواجب احترامها ليأتي التعديل الدستوري منسجما معها[98].

ولقد لجأت عديد الأنظمة إلى مراقبة دستورية القوانين الدستورية، وخاصة تلك التي عرفت في السابق أنظمة دكتاتورية، كألمانيا وإيطاليا والنمسا. فالتمسك بقيم الحرية والرغبة في عدم العودة للاستبداد شجع العديد من الدول على التضمين صلب الدستور على عدم قابلية الأحكام الدستورية المتعلقة بالحريات وبالديمقراطية والتداول على السلطة والحريات للتعديل، مما يفترض وجود جهاز يتثبّت من عدم مساس التعديلات بما لا يجوز تعديله. فمن المفروض أن تحترم القوانين الدستورية المعدلة

للدستور الأحكام الدستورية المنظمة لإجراءات تعديله والمقيدة لمجالات تدخله، و إلا فإن التعديل الدستوري يعد مخالفا للنص المنظم له[99]، وهو ما يعني أن الأحكام الدستورية غير القابلة للتعديل لها مكانة خاصة صلب أحكام الدستور.

وأما الاختصاص الرابع، فيتعلق بمراقبة المعاهدات التي يعرضها رئيس الجمهوريّة قبل ختم مشروع قانون الموافقة عليها من قبل مجلس نواب الشعب[100]. لكن الملاحظ في هذا المجال أن الدستور وكذلك القانون المتعلق بالمحكمة الدستورية لم يتبنيا آلية العرض الوجوبي للمعاهدات على المحكمة تاركا المسألة لتقدير رئيس الجمهورية[101]. وفضلا عن ذلك، فإن السؤال يطرح حول معرفة هل ستنصب الرقابة على المعاهدة أم على مشروع قانون الموافقة كما كان يفعل المجلس الدستوري التونسي في السابق؟

أخيرا[102]، يهمّ **الاختصاص الخامس** القوانين المحالة عليها من طرف المحاكم تبعا للدفع بطلب من أحد الخصوم. ويتمثّل التساؤل في هذا الصدد في معرفة إن كانت كل المحاكم بمختلف درجاتها مخوّلة للجوء للمحكمة الدستورية كلّما وقع دفع بعدم دستورية قانون بمناسبة نزاع طرح أمامها. لقد جاء في تقرير اللجنة التأسيسية للقضاء العدلي والإداري والمالي والدستوري أنه وقع تمكين المحاكم "بمختلف أصنافها من إثارة لا دستورية أحكام قانونية بمناسبة نزاع منشور أمامها وتوقيف البتّ في القضية إلى حين صدور قرار من المحكمة الدستورية"[103]، وهو ما يفهم منه أن إثارة عدم الدستورية تؤخذ من منطلق المسائل التوقيفية لتلك المحاكم، مهما كانت طبيعتها ومهما كانت درجتها. بيد أن الدستور وكذلك القانون المتعلق بالمحكمة الدستورية لم يسمح باتخاذ الإجراءات الوقتية التحفظية كاستثناء للأثر التوقيفي لقرار الإحالة[104].

تبنى دستور 2014 خيار اسناد رقابة دستورية القوانين عن طريق الدفع إلى هيكل مختص مثلما هو الحال في فرنسا و ألمانيا وإيطاليا[105]، ولم يجعل هذه الرقابة موزعة هيكليا بين المحاكم التي تتصدى للرقابة كلما أثير أمامها دفع بعدم دستورية قانون بمناسبة نزاع معروض أمامها كما هو الحال في الولايات المتحدة الأمريكية[106]. كما لم يتمّ اتباع النموذج البرتغالي الذي يمزج بين الإثنين، بحيث تتولى سائر المحاكم النظر في دستورية القوانين عن طريق الدفع عند نظرها في النزاعات المنشورة أمامها، ويكون للرقابة أثر نسبي منحصر في أطراف النزاع. وفي صورة التصريح بعدم دستورية قانون ثلاث مرات متتالية، فإنه النيابة العمومية يمكن أن تطلب من المحكمة الدستورية إلغائه. وفي هذه الحالة يكون للإلغاء حجية مطلقة تجاه الكافة[107].

لكن واضعو الدستور توخوا الاقتضاب والغموض في مسألة الإحالة من طرف المحاكم. فلم يقع التعرض مثلا لحالات الإحالة على المحكمة الدستورية. وفي المقابل خصص القانون المتعلق بالمحكمة الدستورية الفصول من 54 إلى 61 لمسألة الإحالة من قبل المحاكم. فوفقا لمقتضيات الفصل 54 من هذا القانون "للخصوم في القضايا المنشورة في الأصل أمام المحاكم أن يدفعوا بعدم دستورية القانون المنطبق على النزاع"، مما يعني القبول الآلي للإحالات الصادرة عن مختلف أصناف ودرجات المحاكم بمناسبة

نظرها في أصل النزاع من جهة، ومن جهة أخرى عدم قبول الدفع في القضايا المنشورة أمام القضاء الإستعجالي، والحال أن عدم دستورية قانون معين يمكن أن يشكل مطعنا جديا يبرر طلب إيقاف تنفيذ قرار إداري.

تطرح عبارة "**المحاكم**" الواردة في الدستور وفي القانون المتعلق بالمحكمة الدستورية التساؤل حول جواز لجوء بعض الهيئات التي لها وظيفة قضائية للمحكمة الدستورية على أثر دفع بعدم دستورية قانون أثير أمامها. فالهيئات المهنية[108] والهيئات الإدارية المستقلة وصفت بأنها محاكم إدارية متخصصة عند تعهدها بوظيفة قضائية[109]. فقد مكّن مثلا القانون اللجوء لمجلس المنافسة أو هيئة النفاذ للمعلومة[110] على أن يكون الإستئناف أمام المحكمة الإدارية. فهل يجوز لهذه الهيئات إحالة دفع بعدم الدستورية طرح أمامها في الطور الابتدائي للمحكمة الدستورية؟ كان يمكن مثلا الإستئناس بالتجربة المصرية والتي تجيز للمحكمة الدستورية العليا النظر في دستورية القوانين التي تحيلها عليها الهيئات ذات الإختصاص القضائي[111].

من الإشكاليات المطرحة أيضا في مجال رقابة الدستورية عن طريق الدفع اشتراط الفصل 54 من قانون 3 ديسمبر 2015 أن يتعلق الدفع بقانون **منطبق على النزاع**. فهل يمكن مثلا إثارة دفع بعدم دستورية قانون الموافقة على المعاهدات لعدم تعلّق المعاهدة بالمواد اللتي تتطلب تدخل البرلمان وفقا لأحكام الفصل 67 من الدستور؟ لا يبدو شرط انطباق القانون موضوع الدفع على النزاع متوفر بالنسبة لقانون الموافقة على المعاهدة. فهذا الشرط متوفر في المعاهدة وليس في قانون الموافقة عليها. لذلك عمدت بعض الأنظمة المقارنة إلى إقصاء قوانين الموافقة على المعاهدات من مجال الدفع أمام القضاء الدستوري[112]. كما تجدر الإشارة وأنه على خلاف بعض القوانين المقارنة، فإن الدفع بعدم الدستورية لا يخضع لضوابط تتعلق بمحتوى القانون موضوع الدفع. ففي فرنسا مثلا وقع اشتراط تسلّط الدفع بعدم الدستورية على أحكام تشريعية تمسّ من الحقوق والحريات المضمونة دستوريا، مما أدى إلى رفض المجلس الدستوري الفرنسي تسليط رقابته اللاحقة على العديد من القوانين لعدم مساسها بالحقوق والحريات[113].

لئن ستمكّن الرقابة اللاحقة بتنقية المنظومة القانونية من القوانين الغير الدستورية وخاصة التي صدرت قبل 2014 وأضحت متعارضة مع أحكام دستور 27 جانفي 2014[114]، فإنه لم يقع التعرّض لمدى جواز تعهّد المحكمة الدستورية بالنظر في دستورية قانون عن طريق الدفع في إطار الرقابة اللاحقة، والحال أنه سبق لها أن أقرت دستورية هذا القانون في إطار رقابتها السابقة. لقد كان بالإمكان اتباع الحل الذي اهتدى إليه المشرع الفرنسي والذي اشترط لقبول الدفع بعدم دستورية قانون عدم التصريح بدستوريته من قبل المجلس الدستوري إلا في صورة تغيّر الظروف[115].

2) التعهد بصلاحيات هامة تجاه السلطة التنفيذية

لا يتعلق الأمر في هذا المجال بمراقبة عمل الحكومة على غرار ما يسلطه البرلمان من رقابة على السلطة التنفيذية والتي يمكن أن تؤدي إلى

إسقاطها عبر اللجوء لتقنية لائحة اللوم[116]، وإنما وقع الإقرار للمحكمة الدستورية بالرقابة على بعض الأعمال وإعلامها بوضعيات معينة قصد البتّ فيها.

تشمل هذه الصلاحيات أساسا[117] إعلام رئيس المحكمة من طرف رئيس الجمهوريّة بحالة الخطر الداهم والتدابير التي وقع اتخاذها لمجابهة هذه الحالة الاستثنائية. وتبتّ المحكمة بعد ثلاثين يوما من سريان التدابير الاستثنائيّة في استمرار الحالة من عدمها بطلب من ثلاثين عضوا أو رئيس مجلس نوّاب الشعب. وتصرح المحكمة بقرارها علانية في أجل أقصاه خمسة عشر يوما وفقا للفصل 80 من الدستور[118].

كما تشمل هذه الصلاحيات أيضا معاينة الشغور الوقتي وإقرار الشغور النهائي لمنصب رئيس الجمهوريّة[119]، إذ ينص الفصل 84 من الدستور على أنه "عند الشغور الوقتي لمنصب رئيس الجمهورية، لأسباب تحول دون تفويضه سلطاته، تجتمع المحكمة الدستورية فورا، وتقر الشغور الوقتي، فيحل رئيس الحكومة محل رئيس الجمهورية. ولا يمكن أن تتجاوز مدة الشغور الوقتي ستين يوما.[120] وإذا تجاوز الشغور الوقتي مدة الستين يوما، أو في حالة تقديم رئيس الجمهورية استقالته كتابة إلى رئيس المحكمة الدستورية، أوفي حالة الوفاة، أو العجز الدائم، أو لأي سبب آخر من أسباب الشغور النهائي، تجتمع المحكمة الدستورية فورا، وتقر الشغور النهائي، وتبلّغ ذلك إلى رئيس مجلس نواب الشعب الذي يتولى فورا مهام رئيس الجمهورية بصفة مؤقتة لأجل أدناه خمسة وأربعون يوما وأقصاه تسعون يوما "[121].

وإضافة لهذه الصلاحيات الهامة، تبتّ المحكمة الدستورية في طلب إعفاء رئيس الجمهوريّة في حالة الخرق الجسيم للدستور. فقد نص الفصل 88 من الدستور على أنه " يمكن لأغلبية أعضاء مجلس نواب الشعب المبادرة بلائحة معللة لإعفاء رئيس الجمهورية من أجل الخرق الجسيم للدستور، ويوافق عليها المجلس بأغلبية الثلثين من أعضائه، وفي هذه الصورة تقع الإحالة إلى المحكمة الدستورية للبت في ذلك بأغلبية الثلثين من أعضائها. ولا يمكن للمحكمة الدستورية أن تحكم في صورة الإدانة إلا بالعزل. ولا يُعفي ذلك من التتبعات الجزائية عند الاقتضاء. ويترتب على الحكم بالعزل فقدانه لحق الترشح لأي انتخابات أخرى".[122] والملاحظ أنه لم يقع التعرّض لحالة خرق رئيس الحكومة للدستور، والحال أنّ له صلاحيّات أهمّ بكثير من رئيس الجمهوريّة.

أخيرا، فقد عهد للمحكمة الدستورية بالنظر في النزاعات المتعلقة باختصاص كلّ من رئيس الجمهوريّة ورئيس الحكومة بطلب من الطرف الأحرص[123]. وتنتصب المحكمة في هذه النزاعات كجهاز تحكيمي بين رأسي السلطة التنفيذية[124].

تنبغي الإشارة إلى أنّ مسودّتي أوت وديسمبر 2012 منحتا المحكمة الدستوريّة اختصاص البتّ في النزاعات المتعلقة بالاختصاص بين السلطة التشريعيّة والتنفيذيّة. إلاّ أنه تمّ العدول عن ذلك، باعتبار أنّ الدستور مكّن كلا من السلطتين من اللجوء للمحكمة[125]، إذ يمكن لرئيس الحكومة الطعن في مشروع قانون تم عرضه على المحكمة الدستورية بحجة تدخله في مجال السلطة الترتيبية العامة[126]. وفي المقابل، فإن القضاء الإداري يمكن أن يتعهد في حالة تدخل السلطة الترتيبية في مجال القانون. لكن

الملاحظ أن دستور 2014 لم يتعرض لتقنية التنزيل والتي تخول نزع الصبغة التشريعية من النصوص التي أصبحت من مجال السلطة الترتيبية. فإذا ما تبين مثلا لرئيس الحكومة أن أحد المجالات المنظمة بقانون أصبحت بمقتضى دستور 2014 من مجال تدخله، فهل يمكن تنظيمها بأمر حكومي؟ وماهي الإجراءات الواجب اتباعها ضمانا لإحترام قواعد توزيع الإختصاص[127]؟

لكن جملة هذه الاختصاصات الواسعة والهامة للمحكمة الدستورية تبقى مؤجلة، إذ وقع إنشاء هيئة وقتيّة لمراقبة دستوريّة مشاريع القوانين وذلك لغاية إرساء محكمة دستوريّة. فقد نصّت الأحكام الانتقاليّة في الفصل 148- والذي يعتبر أكثر فصول الدستور طولا- على أنّ هذه الهيئة تتكوّن من الرّئيس الأوّل لمحكمة التعقيب كرئيس والرّئيس الأوّل للمحكمة الإداريّة والرّئيس الأوّل لدائرة المحاسبات كأعضاء. كما يعيّن كلّ من رئيس الجمهوريّة ورئيس الحكومة ورئيس المجلس الوطني التأسيسي 3 أعضاء من ذوي الاختصاص القانوني.

لقد عوّضت الهيئة الوقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين الجلسة العامّة للمحكمة الإداريّة، وذلك ربّما كردّ فعل تجاه القرارات الجريئة الصادرة عن المحكمة الإدارية بتاريخ 7 نوفمبر 2013 والمتعلقة بتركيبة الهيئة العليا للانتخابات[128]. فقد جاء بالفصل 146 من مشروع غرّة جوان 2013 أنه تتولّى الجلسة العامّة للمحكمة الإداريّة الصلاحيّات الممنوحة للمحكمة الدستوريّة عدا البتّ في الدفع لعدم الدستوريّة والبت في طلب إعفاء رئيس الجمهوريّة. غير أن الوضع تغيّر في لجنة التوافقات[129] بأن وقع إحداث الهيئة الوقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين[130].

والواقع أنّ إنشاء هيئة وقتيّة لمراقبة دستوريّة مشاريع القوانين لا يعد ابتكارا تونسيّا. فقد أكّد النص الأصلي لدستور الجمهوريّة الخامسة الفرنسي في باب الأحكام الانتقاليّة [131] أنّه تحدث هيئة مكوّنة من نائب رئيس مجلس الدولة كرئيس والرئيس الأول لمحكمة التعقيب والرئيس الأول لدائرة المحاسبات كأعضاء تعهد إليها الاختصاصات الممنوحة للمجلس الدستوري، وذلك إلى غاية إنشائه.

ولقد تبنّى واضعو الدستور في تونس تقريبا نفس التمشي، إلاّ أنهم أسندوا رئاسة الهيئة للرئيس الأول لمحكمة التعقيب عوضا عن الرئيس الأول للمحكمة الإداريّة، والحال أنّ المحكمة الإداريّة بفضل طبيعة وظيفتها وتصدّيها لمراقبة الشرعيّة القانونيّة في مفهومها الواسع أقرب إلى ممارسة هذا الاختصاص من محكمة التعقيب.

الخـــاتمـــة

لئن تحتل المحكمة الدستورية المكانة الأعلى في سلم المؤسسات المؤتمنة على فرض احترام الدستور وعلى ضمان مقومات النظام الديمقراطي والجمهوري، فإن المصادقة على قانون المحكمة تمت بعد انقضاء الأجل الدستوري المضروب لإرساء هذه المؤسسة والمقدر بسنة[132] رغم تأكيد المحكمة الإدارية على أن هذا الأجل استنهاضي.

ومتى تم تركيز المحكمة الدستورية، فمن المؤمّل أن تساهم عبر فقه قضائها وتأويلها للنص الدستوري في إرساء جملة من المبادئ والقيم الدستوريّة، خاصّة في مجال الحقوق والحريّات

الأساسيّة[133]. فلا ننسى أنّ الأحكام الدستوريّة مهما بلغت دقّة صياغتها ومهما حاولت وضع آليّات رقابة متبادلة بين السلط، فإنّ ضمان احترامها يبقى مرتبطا بوجود آلية فعالة تضمن تحقيقها على أرض الواقع وبوجود قضاء دستوري قدير ومستقل ومتشبع بقيم الحرية. كما لا بدّ من المحافظة على المكتسبات السابقة وإن كان المجلس الدستوري محل جدل وانتقاد.

إن نجاح تجربة القضاء الدستوري في تونس يبقى رهين استيعاب السلط في الدولة لفكرة الرقابة وقبولها للسلط المضادة. فلا يجب أن يتراجع واضعو النصوص عن مشاريعهم الطموحة متى سلطت عليهم الرقابة وألزمتهم بالتقيد بالدستور. فلقد تضمن الدستور مبادرات إيجابية لصيانة الحقوق والحريات ومنح القضاء مهمة الدفاع عن جوهرها، وهذا اعتراف بالدور الهام للقضاء يجعل تونس تقترب من الأنظمة التي تدين بالديمقراطية وتكرس مقتضيات دولة القانون التي لا بديل عنها في المجتمع الديمقراطي، وكل ذلك من شأنه أن يضع على كاهل القضاء مسؤولية استنباط القواعد الأساسية لحماية الحقوق والحريات[134].

إن المكتسبات التي حققتها تونس منذ أكثر من قرن ونصف في ميدان الحقوق[135] تحتاج إلى الاستماتة في الدفاع عنها ودعمها حتى لا يقع النيل منها عبر تشريعات أو تعديلات دستورية قد تشوّه الدستور وتنحرف به عن المبادئ التي تحكمه. بيد أنه لا بد من الإقرار أن المسألة تتجاوز الشأن الدستوري والقانوني وتتطلب أرضية فكرية واجتماعية تؤمن بالسلط المضادة وبالأجهزة الرقابية وتنبع من الفكر التنويري لبلادنا التي دخلت الحداثة القانونية وحققت سبقا تاريخيا أهّلها لتتبوّأ موقعا متميزا في المنطقة العربية .

الهوامش:

(1) G.VEDEL, Leçon inaugurale « Constitution et droit interne », Acadé-mie Internationale de Droit Constitutionnel, Campus Universitaire, 2001, p.74.

(2) تعني الرقابة السياسية لدستورية القوانين قيام هيئة سياسية بمراقبة دستورية القوانين ويتم اختيار أعضائها إما بالتعيين أو بالانتخاب من طرف السلطة التنفيذية أو التشريعية أو من جانبهما معا. إن " الهيئات السياسية التي يوكل إليها الرقابة على دستورية القوانين لا يمكن أن تتمتع بالاستقلال والحياد في مواجهة مختلف السلطات والقوى السياسية في الدولة وذلك نظرا لكيفية تكوينها التي ترتكز في غالب الأحيان على التعيين من جانب البرلمان والحكومة وخاضعة للسلطة التي شكلتها. كما إن الرقابة على دستورية القوانين من قبل هيئة سياسية كثيرا ما توكل إلى شخصيات سياسية يطغى على تصرفاتها الاعتبارات السياسية الضيقة على حساب الجانب القانوني". محمد رضا بن حماد، المبادئ الأساسية للقانون الدستوري و الأنظمة السياسية، تونس، مركز النشر الجامعي، 2006، ص.224-225.

(3) يقصد بالرّقابة القضائيّة لدستوريّة القوانين ممارسة المحاكم لهذه الرقابة وذلك إمّا من طرف المحاكم العادية مثلما هو الشأن في الولايات المتحدة أو محكمة خاصّة يقع إحداثها للغرض عادة ما يطلق عليها اسم المحكمة الدستوريّة مثل إيطاليا وألمانيا وإسبانيا ومصر.

والرقابة القضائيّة تنقسم إلى رقابة إلغاء ورقابة امتناع.

رقابة الإلغاء حيث تتولى المحكمة إلغاء القوانين المخالفة للدستور وعادة ما تقرّ الدساتير لمحكمة مختصّة تعرف بالمحكمة الدستوريّة النظر في هذه الدعوى من ذلك دستوري ألمانيا وإيطاليا.

رقابة الامتناع أو ما يعبّر عنه بالدفع بعدم الدستوريّة، إذ يمكن لمتقاض بمناسبة النظر في قضيّة أن يلفت نظر المحكمة لمخالفة القانون المطبق في قضيّة الحال للدستور. فتمتنع المحكمة إذا تبيّن لها صحّة هذه المخالفة عن تطبيقه دون إلغائه وهذا الامتناع لا يلزم المحاكم

الأخرى ولا نفس المحكمة في قضيّة أخرى. وعادة ما يسند هذا الاختصاص للمحاكم العادية وهذه الرقابة تثير حساسيّة أقل من دعوى الإلغاء، لكنها قد تؤدّي إلى التضارب بين المحاكم.أنظر: محمد رضا بن حماد، المبادئ الأساسية للقانون الدستوري و الأنظمة السياسية، تونس، مركز النشر الجامعي' 2006، ص.250. أنظر أيظا زهير المظفر، المدخل للقانون الدستوري، مركز البحوث و الدراسات الإدارية، 1994، ص. 175.

(4) مثلما هو الشأن بالنسبة للمثال الفرنسي، حيث يصف جانب من الفقه الرقابة التي يسلطها المجلس الدستوري بالرقابة شبه القضائية. انظر:

D. ROUSSEAU, Sur le Conseil constitutionnel, Paris, Descartes & Cie, 1997, pp.49 et s ; J. MEUNIER, Le pouvoir du Conseil constitutionnel, Paris, LGDJ, 1994, pp. 20 ets.

(5) عبد الفتاح عمر، الوجيز في القانون الدستوري، تونس، مركز الدراسات و البحوث و النشر، 1987، ص. 240.

(6) G.VEDEL, Introduction à la justice constitutionnelle, in La justice constitutionnelle, CERP, 1995, p.26.

(7) فإرادة الأمّة كما أكّد العميد عبد الفتاح عمر لا يمكن أن يعبّر عنها قانونا إلا طبق الأشكال والشروط التي أتى بها الدستور أي في آخر الأمر طبقا للأشكال والشروط التي وضعتها الأمّة نفسها.عبد الفتاح عمر، المرجع السابق، ص. 236.

(8) L. DUGUIT, Traité de droit constitutionnel, Paris, De Brocard, 3ème éd., 1930, p. 724.

(9) M. FROMONT, La justice constitutionnelle dans le monde, Dalloz, Paris, 1996, p.8.

(10) L. FAVOREU, Le principe de constitutionnalité, essai de définition d'après la jurisprudence du Conseil Constitutionnel, Mél CH. EISENMANN, Cujas, 1977, 33.

(11) تتمثل مساهمة المجلس الأكبر في الوظيفة التشريعية في إقتراح مشاريع قوانين على الباي، إذ ينص الفصل 62 من دستور 1861 على أنه "على المجلس الأكبر ترتيب ما تظهر فيه المصلحة للدولة والمملكة وعرض ذلك على الملك فإن أمضاه الملك بمجلس وزرائه يلحق بالقوانين".

(12) عبد الفتاح عمر، قيس سعيد، نصوص و وثائق تونسية، مركز الدراسات و البحوث والنشر، 1987، ص. 86.

(13) لزهر بوعوني، الأنظمة السياسية والنظام السياسي التونسي، مركز النشر الجامعي، 2002، ص 384.

(14) لقد رفضت **محكمة أمن الدولة** بصفة قطعية النظر في مراقبة دستورية القوانين و ذلك في قرارها الصادر في 24 أوت 1974 بمناسبة قضية العامل التونسي معللة موقفها بأنه ليس من دور القاضي" أن يقدر دستورية القانون . فالقانون هو التعبير عن إرادة صاحب السيادة. فلا صفة للقضاة حينئذ تخولهم تقدير صحة أعمال صاحب السيادة".

لكن في قضية حركة الوحدة الشعبية في 19 أوت 1977 خففت محكمة أمن الدولة نسبيا من رفضها معتبرة أنه "قد يكون الدفع بعدم دستورية قانون 7 نوفمبر 1959 (المتعلق بالجمعيات) فيه ما يغري المحكمة باتخاذ موقف معين لو تقدمت حركة الوحدة الشعبية بطلب التأشيرة وقوبلت برفض صريح أو سكوت، أما و الحالة على نقيض ذلك، فإن بحث دستورية القوانين من عدمها في هذه القضية يكون سابقا لأوانه". إلا أن رفض مراقبة دستورية القوانين تأكد بصفة واضحة في قرار محكمة أمن الدولة بتاريخ 1 سبتمبر 1987 بمناسبة قضية حركة الإتجاه الإسلامي، إذ أقرت المحكمة أن " مراقبة دستورية القوانين ليست من اختصاص المحاكم عملا بقاعدة تفريق السلط و القوانين المقارنة علاوة على أنه لا مخالفة دستورية في قانون محكمة أمن الدولة (قانون 2 جويلية 1968)".

أما بالنسبة **للمحاكم العادية** فإن موقفها تراوح بين القبول الضمني والقبول الصريح والرفض القطعي. ففيما يخص **القبول الضمني** فقد جاء في قرار محكمة الإستئناف بتونس بتاريخ 21 ديسمبر 1982 أن الفصل الرابع من قانون الجمعيات لا يتعارض مع الدستور.

أما فيما يتعلق **بالقبول الصريح** فإنه يتأكد من موقف المحكمة الإبتدائية القيروان ومحكمة الإستئناف بسوسة. فقد ذهبت الدائرة الجناحية بالمحكمة الإبتدائية بالقيروان في قرارها بتاريخ 24 ديسمبر 1987إلى " أن المحكمة تقر لنفسها بثبوت حق التصدي لبحث دستورية القوانين استنادا إلى أن هذه الرقابة إنما هي من طبيعة عمل القضاة الذي يقوم على تطبيق القانون بمفهومه الواسع، أي تطبيق مجموع القواعد السائدة في الدولة. فالقضاء ملزم بتطبيق أحكام الدستور وأحكام القانون بمعناه الضيق على حد السواء. غير أنه حين يستحيل تطبيقها معا لتعارض أحكامها فلا مناص من تطبيق أحكام الدستور عملا بقاعدة تدرج التشريع وما يحتمه منطقها من سيادة التشريع الأعلى على التشريع الأدنى ...وإن ثبتت مخالفته لأحكام الدستور امتنعت من تطبيقه في القضية المطروحة عليها، وبذلك فهي لا تتعرض للقانون غير الدستوري فتحكم بإلغائه وإنما تقتصر فحسب على مجرد قبول أو استبعاد هذا القانون و قضاؤها في هذا يضل مقصورا على القضية

المطروحة عليها بالذات". و قد أقرت الدائرة الجناحية الأولى لمحكمة الإستئناف بسوسة بتاريخ 11 أفريل 1988 هذا الإتجاه للمحكمة الإبتدائية بالقيروان.

إلا أن محكمة التعقيب نقضت في قرارها المؤرخ في 1 جوان 1988 قرار محكمة الإستئناف بسوسة معلنة **رفضها** مراقبة دستورية القوانين معتبرة أنه " لا يجوز للقضاء العادي المكلف أساسا بتطبيق القوانين أن يتطرق لموضوع دستوريتها لأن ذلك يؤول به إلى الحكم عليها الأمر الذي يشكل تجاوزا لحدود سلطته... و يحمل بين طياته خطر الوقوف في مزالق الإنحراف بالأمر إلى انتصاب حكومة القضاة الذين قد يدخلون في صراع و تصادم مع الإرادة القومية التي أوكل التعبير عنها لنواب الشعب المنتخبين فضلا عن كون هذا التصادم لا شيء يبرره ولاسيما و أن الهيئة القضائية خلافا للسلطة التشريعية لا تستمد نفوذها من الإنتخاب العام." انظر: عبد الفتاح عمر، مسألة رقابة دستورية القوانين في تونس، المجلة القانونية التونسية، 1982، ص11.

(15) وذلك بمقتضى أمر 16 ديسمبر 1987. لكن تجدر الإشارة إلى أنه تم العدول عن مشروع القانون الدستوري المقدم في 9 فيفري 1971 والذي نص في الفصل 68 من مشروع التعديل على أن يتولى المجلس الدستوري التحقق من ملاءمة مشاريع القوانين الأساسية لنص الدستور وتسجيل المترشحين لرئاسة الجمهورية والنظر في صحة ترشحهم والإعلان عن نتائج الإنتخابات والبت في صحتها و إثبات حالة شغور منصب الرئاسة بطلب من رئيس مجلس الأمة والوزير الأول. انظر مداولات مجلس الأمة عدد 24، جلسة 9 فيفري 1971، ص.533. لكن عدم إحداث مجلس دستوري بمناسبة التعديل الدستوري لسنة 1976 وقع تبريره آنذاك من طرف الوزير الأول الهادي نويرة بأن رئيس الجمهورية هو الضامن لإحترام الدستور عملا بالفصل 41 من الدستور. أنظر تدخل الوزير الأول أمام مجلس الأمة في 2 ديسمبر 1975، الرائد الرسمي، مداولات مجلس الأمة.ص.78.

(16) *حول التعددية، أنظر مثلا الرأي عدد80-2005 بخصوص مشروع قانون يتعلق بتنقيح القانون عدد 48 لسنة 1997 المؤرخ في 21 جويلية 1997المتعلق بالتمويل العمومي للأحزاب السياسية. فقد إعتبر المجلس التعددية من مقومات الجمهورية باعتبارها أساس الدولة والمجتمع وتكريس الحريات وتحقيق الديمقراطية. الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 14 بتاريخ 17 فيفري 2006، ص.836.

* حول مبدأ التناسب أنظر الرأي عدد 05-2008 بخصوص مشروع قانون يتعلق بالموافقة على اتفاقية حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة. الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 14 بتاريخ 15 فيفري 2008، ص.752.

*حول حقوق الدفاع أنظر الرأي عدد 50-2007 بخصوص مشروع قانون يتعلق بتنقيح وإتمام مجلة التأمين، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 14 بتاريخ 15 فيفري 2008، ص.840.

* حول نجاعة الطلبات و النفقات العمومية، أنظر: الرأي عدد 59-2006 للمجلس الدستوري بخصوص مشروع قانون توجيهي يتعلّق بالأنشطة المرتبطة بإرساء اقتصاد رقمي، الرائد الرسمي عدد16 المؤرخ في 23 فيفري 2007.

(17) يجب التأكيد أنه منذ إنشاء المجلس الدستوري في 16 ديسمبر 1987 و لغاية 2002، فإن رئيس الجمهورية له سلطة تعيين كل أعضاء المجلس. لكن و بمقتضى تنقيح الدستور في 1 جوان 2002 فإن رئيس الجمهورية أصبح يعين 4 أعضاء بمن فيهم الرئيس ويعين رئيس مجلس النواب عضوين فيما يكون الرئيس الأول لمحكمة التعقيب والرئيس الأول للمحكمة الإدارية والرئيس الأول لدائرة المحاسبات أعضاء بصفتهم تلك. لكن ينبغي الإشارة إلى أن الرئيس الأول لمحكمة التعقيب والرئيس الأول للمحكمة الإدارية والرئيس الأول لدائرة المحاسبات يقع تعيينهم في مناصبهم بمقتضى أمر من رئيس الجمهورية. وبالتالي فإن رئيس الجمهورية يعين واقعيا 7 من جملة 9 أعضاء.

(18) تجدر الإشارة أن رئيس الجمهورية كان يحتكر حق عرض مشاريع القوانين على المجلس الدستوري للنظر في دستوريتها. لكن وخارج هذا المجال فإن رئيس مجلس النواب ورئيس مجلس المستشارين يعرضان على المجلس الدستوري النظام الداخلي لمجلس النواب والنظام الداخلي لمجلس المستشارين.

(19) يقتصر دور المجلس الدستوري في مادة مراقبة دستورية القوانين على إصدار آراء (الفصل 75 من الدستور) والذي يكون معللا وملزما لجميع السلط في مجال العرض الوجوبي، وذلك بإستثناء حالة الدفع بعدم القبول حيث من المفروض أن يصدر المجلس قرارات. فقد نص الفصل 35 فقرة ثانية على أنه " لرئيس الجمهورية أن يدفع بعدم قبول أي مشروع قانون أو تعديل يتضمن تدخلا في مجال السلطة الترتيبية العامة، ويعرض رئيس الجمهورية المسألة على المجلس الدستوري **ليبت** فيها في أجل أقصاه 10 أيام ابتداء من تاريخ بلوغها إليه". لكن الفصل 25 من القانون عدد 52 المؤرخ في 12 جويلية 2004 المتعلق بالمجلس الدستوري نص على أنه " في صورة العرض على معنى الفقرة الثانية من الفصل 35 من الدستور، يوقف النظر في مشروع القانون أو في التعديلات. و بيت المجلس الدستوري بمقتضى **تصريح** معلل بأغلبية أعضائه". وهو ما يوحي بعدم الرغبة في إتخاذ المجلس لقرارات. كما تجدر الملاحظة أن المجلس الدستوري كان أيضا يقوم بدور القاضي الانتخابي:(أنظر الفصول 40 و72 من الدستور).

(20) R. BEN ACHOUR, La Constitution Tunisienne de 2014, RFDC, 2014, p. 797.

(21) وقع حل المجلس الدستوري بمقتضى الفصل الثاني من مرسوم 23 مارس 2011 المتعلق بالتنظيم المؤقت للسلط.

(22) F. GERBER, Justice indépendante, justice sur commande, PUF, 1990, pp.223 et s.

(23) خاصة بعد التنقيحات المتتالية للدستور والمتعلقة بالمجلس الدستوري.

(24) نتجت هذه الأحداث أساسا عن اغتيال محمد البراهمي النائب في المجلس الوطني التأسيسي وما صاحبها من مطالبة جانب هام من الأحزاب ومن مكونات المجتمع المدني بإسقاط الحكومة، بل إن البعض ذهب لحد المطالبة بحل المجلس الوطني التأسيسي. ولتجاوز هذه الأزمة طرح ما سمي بالرباعي (الإتحاد العام التونسي للشغل واتحاد التونسي للصناعة والتجارة والهيئة الوطنية للمحامين و الرابطة التونسية للدفاع عن حقوق الإنسان) مبادرة تتلخص أساسا في حل الحكومة وتعويضها بحكومة غير متحزبة والإسراع في الانتهاء من صياغة الدستور ثم التفرغ بعد ذلك للمسار الانتخابي قصد اتخاذ النصوص المنظمة للعملية الانتخابية.

(25) أمّا عن الخبرة القانونيّة فقد تأرجحت المسودات في تحديدها وتراوحت بين 10 و15 و20 سنة لينتهي الأمر في وثيقة الدستور إلى 20 سنة خبرة. 118 من الدستور، إذ ينص هذا الفصل على أن "المحكمة الدستورية تتركب من اثني عشر عضوا... يعين كل من رئيس الجمهورية، ومجلس نواب الشعب، والمجلس الأعلى للقضاء أربعة أعضاء...ويكون التعيين لفترة واحدة مدتها تسع سنوات".

(26) وردت كلمة التعيين مرتين صلب الفصل 118 من الدستور، إذ ينص هذا الفصل على أن "المحكمة الدستورية تتركب من اثني عشر عضوا... يعين كل من رئيس الجمهورية، ومجلس نواب الشعب، والمجلس الأعلى للقضاء أربعة أعضاء...ويكون التعيين لفترة واحدة مدتها تسع سنوات".

(27) الفصل 8 من القانون الأساسي عدد 50 المؤرخ في 3 ديسمبر 2015 المتعلق بالمحكمة الدستورية.

(28) ينص الفصل 112 من الدستور على أن المجلس الأعلى للقضاء يتكون من أربعة هياكل هي مجلس القضاء العدلي، ومجلس القضاء الإداري، ومجلس القضاء المالي والجلسة العامة للمجالس القضائية الثلاثة.

(29) إن المتأمل في مشروع القانون المتعلق بالمجلس الأعلى للقضاء يلاحظ أنه استعمل عبارة "التعيين"، إذ نص الفصل 37 من مشروع القانون أن " المجلس الأعلى للقضاء يتولى تعيين أربعة أعضاء بالمحكمة الدستورية على معنى الفصل 118 من الدستور".

(30) على غرار بعض النماذج التي تبنت خيار إحداث مجالس دستورية كالنموذج الفرنسي أو حتى الجزائري والمغربي

في **فرنسا** يتكوّن المجلس الدستوري من 9 أعضاء لمدّة 9 سنوات غير قابلة للتجديد: 3 يعيّنهم رئيس الجمهوريّة و 3 رئيس الجمعيّة الوطنيّة و3 رئيس مجلس الشيوخ ويكون رؤساء الجمهوريّة السابقون أعضاء مدى الحياة. أنظر:

L. FAVOREU, L. PHILIP, Le conseil Constitutionnel, PUF, 1988, p.9.

في **الجزائر**، فإنّ المجلس يتكوّن من 9 أعضاء لمدّة 6 سنوات غير قابلة للتجديد: 3 بمن فيهم الرئيس يعينهم رئيس الجمهوريّة و 2 ينتخبهما المجلس الشعبي الوطني و 2 ينتخبهما مجلس الأمّة وعضو تنتخبه المحكمة العليا وعضو ينتخبه مجلس الدّولة. أنظر:

H. BEN MRAD, La justice constitutionnelle au Maghreb (article non publié).

أمّا في **المغرب** فإن المجلس الدستوري يتألف من 12 عضو لمدّة 9 سنوات غير قابلة للتجديد: 6 من بينهم الرئيس يعيّنهم الملك و 3 يعيّنهم رئيس مجلس النوّاب و 3 يعيّنهم رئيس مجلس المستشارين. أنظر:

H. BEN MRAD, La justice constitutionnelle, article précité, p 17.

(31) الفصل 94 من الدستور الألماني، الفصل 126 من الدستور الكرواتي و الفصل 194 من الدستور البولوني.

(32) بالنسبة لشروط الترشح اقتضى الفصل الثامن من قانون المحكمة الدستورية أنه "يشترط في عضو المحكمة الدستورية أن يكون:

- حاملا للجنسية التونسية منذ لا يقل عن خمس سنوات،
- بالغا من العمر خمسة وأربعين سنة على الأقل،
- له خبرة لا تقل عن عشرين سنة،
- من ذوي الكفاءة والاستقلالية والحياد والنزاهة،
- ألا يكون قد تحمل مسؤولية حزبية مركزية أو جهوية أو محلية، أو كان مرشح حزب أو ائتلاف لإنتخابات رئاسية أو تشريعية أو محلية خلال عشر سنوات قبل تعيينه في المحكمة الدستورية،
- متمتعا بالحقوق المدنية والسياسية،
- ممن لم يتعرضوا لعقوبة تأديبية،

- نقي السوابق العدلية في الجرائم القصدية".

(33) بالنسبة لرئيس المجلس، فقد تبنت مسودات 14 ديسمبر 2012 وأفريل2013 نفس الخيار مشترطة أن ينتخب أعضاء المحكمة رئيسا ونائبا له من بينهم. لكن مشروع غرّة جوان 2013 اشترط بصفة صريحة أن يكون الرئيس والنائب من المختصين في القانون وهو ما أكدته وثيقة الدستور في الفصل 118. و من جهة أخرى فإنّ النص المقترح في 2 أفريل 2013 وكذلك النص المقترح من الهيئة المشتركة للتنسيق والصياغة نصّا على أنّ قرارات المحكمة الدستوريّة تتخذ بالأغلبيّة ويكون صوت الرئيس مرجحا عند تساوي الأصوات. لكن ترجيح صوت الرئيس غاب في وثيقة الدستور.

أما القانون المتعلق بالمحكمة الدستورية المؤرخ في 03 ديسمبر 2015 فقد نص في الفصل 16 على أنه "ينتخب أعضاء المحكمة الدستورية بالإقتراع السري وبالأغلبية المطلقة لأعضائها رئيسا للمحكمة ونائبا له على أن يكونا من المختصين في القانون". ومن جهته أقر الفصل الخامس أن قرارات المحكمة تتخذ بالأغلبيّة لأعضائها لكنه لم يعتبر أن صوت الرئيس مرجح عند تساوي الأصوات.

(34) لقد اشترط الفصل التاسع من قانون 3 ديسمبر 2015 المتعلق بالمحكمة الدستورية أن العضو من غير المختصين في القانون يجب أن يكون حاملا لشهادة الدكتورا أو ما يعادلها.

(35) تفترض مبدئيا الصبغة القضائية الاستقلالية. فجوهر القضاء هو الاستقلالية و بالتالي لم يكن هناك حاجة لإضافة عبارة "مستقلة".

(36) ناجي البكوش، إرساء المحكمة الدستورية، دراسات قانونية، 2016، ص. 18.

(37) لضمان نزاهة أعضاء المحكمة الدستورية نص الفصل 26 من ذات القانون على أنه يحجر الجمع بين عضوية المحكمة ومباشرة أي وظائف أو مهام أو مهن أخرى بأجر أو بدونه. كما جاء بالفصل 27 أنه "على أعضاء المحكمة الدستورية التقيد بمقتضيات واجب التحفظ والإمتناع عن إتيان كل ما من شانه أن ينال من استقلاليتهم وحيادهم ونزاهتهم. ويحجر عليهم خلال مدة عضويتهم اتخاذ أي موقف علني أو الإدلاء بأي رأي أو تقديم استشارات في المسائل التي تدخل في مجال اختصاصات المحكمة الدستورية. ويستثنى من هذا التحجير التعليق على القرارات الصادرة عن المحكمة الدستورية المنشور في المجلات القانونية المختصة دون سواها". ومن جهته أقر الفصل 28 أنه "يجوز التجريح في أحد أعضاء المحكمة الدستورية بمطلب ممضى من طالبه يقدم لرئيسها. وتتخذ المحكمة الدستورية قراراها بأغلبية ثلثي أعضائها بعد الإستماع للعضو المجرح فيه. لا يشارك العضو المعني في التصويت ولا يحضره". ولقد خصص قانون المحكمة الدستورية قسما خاص (القسم الثاني) بضمانات والتزامات أعضاء المحكمة الدستورية. فنص الفصل 22 أن كل عضو يتمتع أثناء مباشرته مهامه بحصانة ضد التتبعات الجزائية ولا يمكن تتبعه أو إيقافه ما لم ترفع المحكمة عنه الحصانة. ولضمان عدم تدخل السلطة التنفيذية في عمل المحكمة الدستورية اقتضى الفصل 30 من ذات القانون أنه "تحدث لدى المحكمة الدستورية كتابة عامة يشرف عليها كاتب عام يخضع للسلطة المباشرة لرئيس المحكمة." كما نص الفصل 31 أنه "تتم تسمية الكاتب العام بأمر حكومي باقتراح من رئيس المحكمة الدستورية". وأما فيما يخص التنظيم المالي للمحكمة الدستورية فقد جاء بالفصل 33 من قانون 03 ديسمبر 2015 أن المحكمة تعد مشروع ميزانيتها ويخصص له باب بالميزانية العامة للدولة.

(38) أنظر: التقرير التكميلي للجنة التأسيسية للقضاء العدلي والإداري و المالي والدستوري، ص. 52.

(39) مثال الدستور الإيطالي (الفصل 135) وكذلك الدستور الألماني (الفصل 94).

(40) أنظر: أيضا الفصل 18 من قانون 03 ديسمبر 2015 المتعلق بالمحكمة الدستورية.

(41) اقتضى الفصل 18 من قانون المحكمة الدستورية أنه "يجدد ثلث أعضاء المحكمة الدستورية كل ثلاث سنوات طبق شروط واجراءات العضوية المنصوص عليها بهذا القانون.". وحسب الفصل 19 من ذات القانون " يعلم رئيس المحكمة الدستورية جهة التعيين بقائمة الأعضاء الذين سيشملهم التجديد ثلاث أشهر قبل تاريخ انتهاء عضويتهم ويستمر هؤلاء الأعضاء في ممارسة مهامهم إلى حين مباشرة الأعضاء الجدد لمهامهم".

(42) نص الفصل 115 من المشروع على أن المحكمة تتكون من 12 عضو. يقترح كل من رئيس الجمهوريّة ورئيس مجلس نواب الشعب ورئيس الحكومة والمجلس الأعلى للقضاء 6 أعضاء و ينتخب مجلس نواب الشعب 12 عضوا باعتماد النصف من كل جهة ترشح بأغلبيّة ثلاث أخماس أعضاء المجلس.

(43) « Le plus ou moins grand nombre d'autorités ou de personnes habilitées à saisir le Conseil constitutionnel ainsi que le plus ou moins grande facilités à le faire commandent la réalité de son rôle et donc son succès ». H. ROUSSILLON, Le Conseil Constitutionnel, Dalloz, 1996, p. 21. Voir aussi : J. PASCAL, La saisine du Conseil Constitutionnel, LGDJ, 1996, pp.6 et s ; M. GARGOURI, La saisine du Conseil constitutionnel tunisien, Etudes Juridiques, 2010, pp.101 et s.

(44) لقد كان رئيس الجمهورية يستأثر في ظل دستور 1959 بسلطة إخطار المحكمة الدستورية في مجال مراقبة دستورية القوانين.

(45) - بالنسبة **لمسودة أوت 2012** فإنّ جهات العرض تكمن في رئيس الجمهوريّة، رئيس مجلس النواب، رئيس الحكومة، 10 أعضاء من مجلس الشعب، المحاكم بصفة تلقائية أو بطلب من أحد الخصوم بمناسبة نزاع معروض أمامها، الأشخاص ضدّ الأحكام الباتة في حالة خرقها للحقوق والحريات المضمونة في الدستور وبعد استنفاذ كل طرق الطعن.

- أمّا **مسودة مشروع 14 ديسمبر 2012** فإنّ جهات العرض تمثلت في:

* رئيس الجمهوريّة بالنسبة لمشاريع القوانين ويكون العرض وجوبي بالنسبة لمشاريع تعديل الدستور ومشاريع القوانين الأساسيّة ومشاريع المصادقة على المعاهدات. أمّا بالنسبة لمشاريع القوانين الأخرى فإنّ العرض يكون اختياري من طرف رئيس الجمهوريّة ورئيس الحكومة، رئيس مجلس الشعب و خمس أعضاء مجلس الشعب.

* المحاكم بصفة تلقائيّة أو بطلب من الخصوم بمناسبة نزاع معروض أمامها.

* الأشخاص ضدّ الأحكام الباتة الخارقة للحقوق والحريات المضمونة في الدستور والتي لم يسبق للمحكمة النظر فيها وبعد استنفاذ كل طرق الطعن.

- فيما يخص **مسودة أفريل 2013**، فإنّ الجهات المخولة بإخطار المحكمة تتمثل في:

* رئيس الجمهوريّة بالنسبة لكل مشاريع القوانين والمعاهدات.

* رئيس مجلس الشعب بالنسبة لمشاريع القوانين الدستوريّة وكذلك النظام الداخلي.

* المحاكم بطلب من أحد الأطراف عند الدفع بعدم الدستوريّة بطلب من أحد الخصوم في الحالات و طبق الإجراءات التي يقرها القانون. بالنسبة **لمشروع 1 جوان 2013**، فإنّه تبنّى نفس ما جاء في مسودة أفريل 2013.

(46) يتحدث الدستور الألماني في فصله 93 عن دعوى دستورية Un recours constitutionnel

(47) الفصل 93 من الدستور الألماني.

(48) أنظر أيضا الفصل 45 من قانون 03 ديسمبر 2015 المتعلق بالمحكمة الدستورية الذي ينص على أنه " لرئيس الجمهورية أو لرئيس الحكومة أو لثلاثين نائبا على الأقل بمجلس نواب الشعب، رفع طعن بعدم دستورية مشاريع القوانين في أجل أقصاه سبعة أيام من تاريخ مصادقة مجلس نواب الشعب على مشروع القانون في صيغة أولى أو من تاريخ مصادقته عليه في صيغة معدلة بعد رده." وحسب الفصل 46 من نفس القانون " لا يحول تقديم إحدى الجهات المذكورة بالفصل 45 من القانون لطعن بعدم دستورية مشروع قانون دون حق الجهات الأخرى في رفع طعن مستقل في ذات المشروع. للمحكمة الدستورية أن تقرر ضم الطعون والبت فيها بقرار واحد". ولقد وضح الفصل 47 من القانون إجراءات الطعن، إذ جاء به أن مطلب الطعن يقدم " من قبل من يرفعه ويحتوي على اسم ولقب وصفة ومقر كل واحد من الأطراف وعلى المستندات والطلبات ويكون مصحوبا بالمؤيدات وبنسخة من مشروع القانون المطعون فيه. وفي صورة رفع الطعن من قبل ثلاثين نائبا أو أكثر يتضمن المطلب وجوبا اسم كل واحد منهم ولقبه واسم ولقب من يمثلهم أمام المحكمة الدستورية. **ولا يجوز الرجوع في الطعون سواء بسحب أو إضافة إمضاء إلى عريضة الطعن بعد إيداع مطلب الطعن لدى المحكمة الدستورية**". وربما تعود الإضافة الواردة في الفقرة الأخيرة من الفصل 48 من هذا القانون إلى ما رافق الطعن في مشروع قانون المجلس الأعلى للقضاء من ملابسات تتمثل في مدى إمكانية الرجوع في الإمضاءات. فقد أكدت الهيئة الوقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين أن "الطعن في دستورية مشاريع القوانين في صيغة شكل جماعي يستوجب اتحاد إرادة ثلاثين نائبا على الأقل مما لا يجيز لأي نائب التخلي عنه والرجوع فيه". أنظر قرار الهيئة الوقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين عدد 2015/02 بتاريخ 8 جوان 2015 المتعلق بمشروع المجلس الأعلى للقضاء، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 47 بتاريخ 12 جوان 2015.

(49) في المغرب: يكون الإخطار من طرف الملك، رئيس الحكومة، رئيس مجلس النوّاب، رئيس مجلس المستشارين، خمس أعضاء مجلس النوّاب وأربعين عضوا من أعضاء مجلس المستشارين. أنظر:

M. A. BENABDALLAH, Contribution à la doctrine du droit constitutionnel Marocain, Collections Manuels et travaux universitaires, 2005, p.37.

في الجزائر فإن إخطار المجلس الدّستوري يكون من قبل رئيس الجمهورية، رئيس المجلس الشعبي الوطني أو رئيس مجلس الأمة. أنظر: بوحنية قوي، حدود مساهمة المجلس الدستوري الجزائري في العمل التشريعي، دراسات قانونية، 2011، ص.23.

في فرنسا: يكون الإخطار من قبل رئيس الجمهوريّة، الوزير الأوّل، رئيس الجمعيّة الوطنيّة، رئيس مجلس الشيوخ، 60 نائبا أو عضو في مجلس الشيوخ. وبمقتضى تنقيح 23 جويلية 2008 فإن الفصل 61-1 أصبح ينص على أنه إذا تبين بمناسبة النظر في دعوى أمام جهة قضائية أن

قاعدة تشريعية تمثل إعتداءا على الحقوق والحريات المكفولة دستوريا فإنه يمكن إخطار المجلس الدستوري بناء على إحالة من مجلس الدولة أو محكمة التعقيب. أنظر:

P. PACTET, Institutions politiques, Droit constitutionnel, Paris, Armand Colin, p.529.

(50) في ظل مشروع الدستور كان رئيس الجمهورية يستأثر بحق عرض مشاريع القوانين على المحكمة وذلك بإستثناء مشاريع القوانين الدستورية التي يعرضها رئيس مجلس نواب الشعب على المحكمة وكذلك القوانين المحالة عليها من المحاكم تبعا للدفع بعدم الدستورية.

(51) الفصل 65 من الدستور.

(52) وذلك خلافا لبعض القوانين المقارنة التي تتبنى خيار الإحالة التلقائية من قبل المحاكم كممر وألمانيا وإسبانيا. أنظر الفصل 39 من قانون 29 سبتمبر والمتعلق بالمحكمة الدستورية العليا المصرية والفصل 100 من الدستور الألماني والفصل 163 من الدستور الإسباني.

(53) لقد اشترط الفصل 61-1 لقبول الدفع بعدم الدستورية أن يشكل النص التشريعي محل الطعن بعدم الدستورية مساسا بالحقوق والحريات التي يضمنها الدستور وأن يكون تعهد المجلس الدستوري بناء على إحالة من محكمة التعقيب أو من مجلس الدولة.

L'article 61-1 de constitution française dispose que « lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé ».

Voir aussi : Loi organique n°2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution.

(54) اقتضت أحكام الفصل 56 من قانون 03 ديسمبر 2015 أنه " على المحاكم عند الدفع أمامها بعدم دستورية القوانين إحالة المسالة فورا على المحكمة الدستورية، ولا يجوز الطعن في قرار الإحالة بأي وجه من أوجه الطعن ولو بالتعقيب".

(55) كما نص الفصل 60 من القانون على أن المحكمة الدستورية تتعهد "بالنظر في الإحالات المقبولة في حدود ما تمت إثارته من مطاعن".

(56) أنظر: ناجي البكوش، إرساء المحكمة الدستورية، دراسات قانونية، 2016، ص.24.

(57) اقتصر الفصل 55 من القانون المتعلق بالمحكمة الدستورية على اشتراط أن "يقدم الدفع بعدم الدستورية بمقتضى مذكرة مستقلة ومعللة محررة من قبل محام مرسم لدى التعقيب تحتوي على عرض في بيان أسباب الدفع مع تحديد مفصل لأحكام القانون المطعون فيه". كما جاء بالفصل 59 من ذات القانون أنه " تحدث لدى المحكمة الدستورية بقرار من رئيسها لجنة خاصة أو أكثر تتركب من ثلاثة أعضاء من ذوي الإختصاص في القانون توكل لها مهمة التثبت في مدى احترام مذكرة الدفع بعدم الدستورية لموجباتها الشكلية والإجرائية. ترفع اللجنة المذكورة لرئيس المحكمة الدستورية اقتراحاتها القاضية إما بقبول الإحالات من الناحية الشكلية والإجرائية أو رفضها. تتولى المحكمة الدستورية البت في اقتراحات اللجنة طبق أحكام الفصل 5 من هذا القانون".

(58) حسب الفصل 60 من قانون 03 ديسمبر 2015 "تبت المحكمة الدستورية في المطاعن خلال ثلاثة أشهر قابلة للتمديد لنفس المدة مرة واحدة. ويقلص الأجل المذكور بالفقرة السابقة إلى خمسة أيام في صورة الدفع بعدم دستورية تشريع انتخابي بمناسبة الطعون الانتخابية. كما يقلص الأجل المذكور إلى ثلاثين يوما في صورة الدفع بعدم دستورية القوانين المتعلقة بالمادتين الجبائية والديوانية".

(59) نص الفصل 58 من القانون 03 ديسمبر 2015 أنه "يوقف قرار الإحالة النظر في القضية الأصلية وتعلق الآجال ابتداء من تاريخ صدوره إلى حين توصل المحكمة التي أمامها الدفع بقرار من المحكمة الدستورية أو انقضاء أجل توصلها بقرار المحكمة الدستورية دون وروده".

(60) لقد لجأت عديد الأنظمة لتقنية الغربلة، وذلك لعقلنة اللجوء للقضاء الدستوري. أنظر مثلا الفصل 23 ثانيا من قانون 10 ديسمبر 2009.

«La juridiction statue sans délai par une décision motivée sur la transmission de la question prioritaire de constitutionnalité au Conseil d'Etat ou à la Cour de cassation. Il est procédé à cette transmission si les conditions suivantes sont remplies : 1° La disposition contestée est applicable au litige ou à la procédure, ou constitue le fondement des poursuites ;

2° Elle n'a pas déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement des circonstances ;

3° La question n'est pas dépourvue de caractère sérieux.

(61) فدوى المصمودي، الرقابة اللاحقة للمحكمة الدستورية عن طريق الدفع، مقال غير منشور، ص.27.

(62) Les 5 ans de la QPC au Conseil Constitutionnel, Les Nouveux Cahiers du Conseil Constitutionnel, 2015, N)47, p.13.

(63) أنظر: الفصل 59 من القانون 03 ديسمبر 2015 المتعلق بالمحكمة الدستورية.

(64) L'article 23-8 de la loi organique n°2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution dispose que « Le Conseil constitutionnel, saisi en application des dispositions du présent chapitre, avise immédiatement le Président de la République, le Premier Ministre et les Présidents de l'Assemblée nationale et du Sénat. Ceux-ci peuvent adresser au Conseil constitutionnel leurs observations sur la question prioritaire de constitutionnalité qui lui est soumise ».

(65) وذلك على خلاف القانون الفرنسي. أنظر الفصل 23 تاسعا من قانون 10 ديسمبر 2009.

(66) حسب الفقرة الثانية من الفصل 60 من القانون فإنه "في حالة الدفع بعدم دستورية القوانين المتعلقة بالانتخابات وأقرت المحكمة بعدم دستوريتها يتوقف العمل بالأحكام موضوع الطعن في حق الطاعن دون سواه من تاريخ صدور قرار المحكمة الدستورية. ويتوقف العمل بأحكام القانون التي أقرت المحكمة الدستورية عدم دستوريتها انطلاقا من الانتخابات الموالية".

(67) وذلك على غرار ألمانيا وإسبانيا. أنظر:

P. BON, La modulation des effets des décisions des juridictions constitutionnelles et administratives en droit espagnol, RFDA, 2004, p.690.

(68) O. Le BOT, Contrôles a priori et a posteriori en Europe, Les Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel, 2013, p.129.

(69) لم يقع اعتماد التعديل الزمني في القانون التونسي إلا بالنسبة للقوانين الإنتخابية.

(70) M. MAGNON, La modulation des effets dans le temps des décisions du juge constitutionnel, AIJC, 2011, p.557.

(71) M. MAGNON, article précité, p553.

(72) يتعين الإشارة إلى تنوّع الأعمال التي تصدرها المحكمة الدستوريّة من قرارات، آراء ومعاينات. ففيما يخص مراقبة دستورية القوانين الدستورية فإن المحكمة الدستورية تقتصر دور المحكمة هنا على إبداء الرأي (لكنه ملزم) في كونها لا تتعلّق بما لا يجوز تعديله (الفصل 144 من الدستور). ومن جهة أخرى فإن المحكمة تعاين الشغور الوقتي والنهائي لرئيس الجمهورية (فصل 84 من الدستور).

(73) ينص الفصل 121على أنه" تصدر المحكمة قرارها في أجل خمسة وأربعين يوما من تاريخ الطعن بعدم الدستوريّة وبالأغلبيّة المطلقة لأعضائها. ينصّ قرار المحكمة على أنّ الأحكام موضوع الطعن دستوريّة أو غير دستوريّة. ويكون قرارها معلّلا وملزما لجميع السلطات، وينشر بالرّائد الرسمي للجمهوريّة التونسيّة. في صورة انقضاء الأجل المقرّر بالفقرة الأولى دون إصدار المحكمة لقرارها، تكون ملزمة بإحالة المشروع فورا إلى رئيس الجمهوريّة.". ومن جهته ينص الفصل 122على أنه " يحال مشروع القانون غير الدستوري إلى رئيس الجمهوريّة ومنه إلى مجلس نواب الشعب للتداول فيه ثانية طبقا لقرار المحكمة الدستوريّة. وعلى رئيس الجمهوريّة قبل ختمه إرجاعه إلى المحكمة الدستوريّة للنظر في دستوريّته. في صورة مصادقة مجلس نوّاب الشعب على مشروع قانون في صيغة معدّلة إثر ردّه، وسبق للمحكمة أن أقرّت دستوريّته أو أحالته إلى رئيس الجمهوريّة لانقضاء الآجال دون إصدار قرار في شأنه، فإنّ رئيس الجمهوريّة يحيله وجوبا قبل الختم إلى المحكمة الدستوريّة".

كما نص الفصل الخامس من قانون 3 ديسمبر 2015 أنه "تكون قرارات المحكمة الدستورية وآراؤها ملزمة لجميع السلطات".

(74) جاء بالفصل 123أنه "عند تعهّد المحكمة الدستوريّة تبعا لدفع بعدم دستوريّة قانون، فإنّ نظرها يقتصر على المطاعن التي تمّت إثارتها، وتبتّ فيها خلال ثلاثة أشهر قابلة للتمديد لنفس المدّة مرّة واحدة، ويكون ذلك بقرار معلّل. إذا قضت المحكمة الدستوريّة بعدم الدستوريّة فإنّه يتوقف العمل بالقانون في حدود ما قضت به".

(75) وذلك مقارنة بالمجلس الدستوري في ظل دستور 1959 والذي كان يصدر في مجال مراقبة دستورية القوانين آراء و لو أنها ملزمة لجميع السلط (الفصل 75 من دستور 1959). كما تجدر الإشارة أن المجلس الدستوري كانت له صلاحية تقريرية بمقتضى أحكام الفقرة الثانية من الفصل 35 من دستور 1959 والذي ينص على أنه لرئيس الجمهورية أن يدفع بعدم قبول أي مشروع قانون أو أي تعديل يتضمن تدخلا في مجال السلطة الترتيبية العامة، ويعرض رئيس الجمهورية المسألة على المجلس الدستوري ليبت فيها في أجل أقصاه عشرة أيام ابتداء من تاريخ بلوغها إليه".

(76) يتعلّق الإشكال بمعرفة هل أن الرئيس المنتخب من قبل المجلس التأسيسي (أي السيد منصف المرزوقي) هو المكلف مثلما يقتضي الفصل 89 من الدستور بتوجيه تكليف لمرشح الحزب الفائز في الانتخابات بتكوين حكومة أم أن الاختصاص سيعود للرئيس الذي وقع انتخابه مباشرة من الشعب (أي السيد الباجي قائد السبسي).

(77) أنظر مثلا الفصول 66، 80، 84...أنظر: محمد النيفر، المحكمة الدستورية في ظل دستور2014، دراسات قانونية، 2015، ص.184.

(78) أنظر أيضا الفصل 49 من قانون 03 ديسمبر 2015 المتعلق بالمحكمة الدستورية.

(79) ينص الفصل 66 من الدستور على أنه " يجوز للأطراف المشار إليهم بالمطة الأولى من الفصل 120، خلال الأيّام الثلاثة الموالية لمصادقة المجلس للمرّة الثانية بعد الرد أو بعد انقضاء آجال ممارسة حق الردّ دون حصوله، الطعن بعدم الدستوريّة في أحكام قانون الماليّة أمام المحكمة الدستوريّة التي تبتّ في أجل لا يتجاوز الأيّام الخمسة الموالية للطعن.

إذا قضت المحكمة بعدم الدستوريّة، تحيل قرارها إلى رئيس الجمهوريّة الذي يحيله بدوره إلى رئيس مجلس نوّاب الشعب، كلّ ذلك في أجل لا يتجاوز يومين من تاريخ قرار المحكمة. ويصادق المجلس على المشروع خلال الأيام الثلاثة الموالية لتوصله بقرار المحكمة الدستوريّة.

عند إقرار دستوريّة المشروع أو عند المصادقة عليه ثانية إثر الرد أو عند انقضاء آجال الرد والطعن بعدم الدستوريّة دون حصول أيّ منهما، يختم رئيس الجمهوريّة مشروع قانون الماليّة في أجل يومين. وفي كل الحالات يتمّ الختم في أجل لا يتعدّى 31 ديسمبر.

بالنسبة للطعن في قانون المالية أنظر الفصل 53 من قانون 03 ديسمبر 2015.

(80) وفقا لأحكام الفصل 52 من قانون 03 ديسمبر 2015 "إذا قضت المحكمة بدستوريّة مشروع القانون، فإنها تحيله إلى رئيس الجمهوريّة لختمه أو رده حسب الحالة.

إذا قضت المحكمة بعدم دستوريّة مشروع القانون كليا أو جزئيا، تتولى إحالته فورا مصحوبا بقرارها إلى رئيس الجمهوريّة الذي يحيله إلى رئيس مجلس نوّاب الشعب للتداول فيه ثانيا طبقا لقرار المحكمة في أجل أقصاه 30 يوما من تاريخ الإحالة. وعلى رئيس الجمهورية قبل ختمه إرجاعه إلى المحكمة للنظر في دستوريته.

في صورة مصادقة مجلس نوّاب الشعب على مشروع القانون في صيغة معدلة إثر رده وسبق للمحكمة أن أقرت دستوريته أو احالته إلى رئيس الجمهورية لانقضاء الآجال دون إصدار قرار في شأنه، فإن رئيس الجمهورية يحيله وجوبا قبل الختم إلى المحكمة الدستورية للنظر في دستوريته.

وفي كلتا الحالتين الأخيرتين تنظر المحكمة الدستورية في حدود ما تم تعديله.

وإذا قضت المحكمة الدستورية بعدم دستورية حكم أو أكثر من أحكام مشروع القانون ورأت أنه يمكن فصله من مجموعه فإنها تحيل مشروع القانون إلى رئيس الجمهوريّة لختمه أو رده حسب الحالة باستثناء ما قضي بعدم دستوريته.

وفي صورة انقضاء الأجل الوارد بالفصل 50 دون إصدار المحكمة لقرارها تكون ملزمة بإحالة المشروع فورا لرئيس الجمهورية".

(81) أنظر الفصل 51 من قانون 03 ديسمبر 2015.

(82) ينص الفصل الثالث من القانون عدد 14 المؤرخ في 18 أفريل 2014 المحدث للهيئة الوقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين على أنه "يقصد بمشاريع القوانين كافة النصوص المصادق عليها من المجلس الوطني التأسيسي أو مجلس نواب الشعب والتي لم يتم ختمها بعد".

(83) وفقا لمقتضيات الفصل 62 من الدستور، "تمارس المبادرة التشريعية بمقترحات قوانين من عشرة نواب على الأقل، أو بمشاريع قوانين من رئيس الجمهورية أو رئيس الحكومة".

(84) Loi organique n°2009-1523 du 10 décembre 2018 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution. L'article 23-1 prévoit que « Devant les juridictions relevant du Conseil d'Etat ou de la Cour de Cassation, le moyen tiré de ce qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution est, à peine d'irrecevabilité, présenté dans un écrit distinct et motivé. Un tel moyen ... ne peut être relevé d'office ».

(85) المحكمة الإدارية، تعقيبي عدد 314524 بتاريخ 31 ماي 2016، شركة نيوتاك ستير / الصندوق الوطني للضمان الإجتماعي (غير منشور).

(86) أنظر: قرار الهيئة الوقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين عدد 2015/02، المتعلق بمشروع قانون المجلس الأعلى للقضاء، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية بتاريخ 12 جوان 2015، عدد 47 .ص.1476. أنظر أيضا: قرار الهيئة الوقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين عدد 2/2016 بتاريخ 24 ماي 2016 والمتعلّق بمشروع قانون البنوك والمؤسّسات المالية، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية بتاريخ 31 ماي 2016، عدد 44 .ص.2012.

(87) وذلك خلافا لدستور غرة جوان 1959 الذي تبنى آلية العرض الوجوبي (أنظر الفصل 72).

(88) ينص الفصل 40 من القانون المتعلق بالمحكمة الدستورية على أنه " يعرض رئيس مجلس نواب الشعب كل مبادرة لتعديل الدستورية على المحكمة الدستورية في أجل أقصاه ثلاثة أيام من تاريخ ورود مبادرة التعديل على مكتب المجلس ويعلم رئيس مجلس نواب الشعب كلا من رئيس الجمهورية ورئيس الحكومة بمبادرة التعديل". وينص الفصل 41 من نفس القانون على أنه "تبدي المحكمة الدستورية رأيها في مدى

تعلق المبادرة بالأحكام التي حجر الدستور تعديلها في أجل أقصاه خمسة عشر يوما من تاريخ عرض مبادرة الدستور عليها، ويتولى رئيس المحكمة الدستورية فورا إعلام رئيس مجلس نواب الشعب ورئيس الجمهورية ورئيس الحكومة برأي المحكمة".

(89) تعرض الباب الثامن من الدستور في الفصلين 143-144 لمسألة تعديل الدستور و بين الإجراءات الواجب إتباعها. فالفصل 143 ينص على أنه "لرئيس الجمهورية أو لثلث أعضاء مجلس نواب الشعب حقّ المبادرة باقتراح تعديل الدستور، ولمبادرة رئيس الجمهورية أولوية النظر" .كما ينص الفصل 144 على أن "كلّ مبادرة لتعديل الدستور تُعرض من قبل رئيس مجلس نواب الشعب على المحكمة الدستورية لإبداء الرأي في كونها لا تتعلق بما لا يجوز تعديله حسبما هو مقرر بهذا الدستور .ينظر مجلس نواب الشعب في مبادرة التعديل للموافقة بالأغلبية المطلقة على مبدإ التعديل .يتم تعديل الدستور بموافقة ثلثي أعضاء مجلس نواب الشعب. ويمكن لرئيس الجمهورية بعد موافقة ثلثي أعضاء المجلس أن يعرض التعديل على الاستفتاء، ويتم قبوله في هذه الحالة بأغلبية المقترعين".

(90) ينص بالفصل 120 من الدستور أنه " تختص المحكمة الدستورية دون سواها بمراقبة دستورية... مشاريع القوانين الدستورية التي يعرضها عليها رئيس مجلس نواب الشعب حسبما هو مقرر بالفصل 144 **أو** لمراقبة احترام إجراءات تعديل الدستور".

(91) نص الفصل 114 من مسودة 22 أفريل 2013 أنه "تختص المحكمة الدستورية بمراقبة دستورية:...

2- مشاريع القوانين الدستورية المعروضة عليها من طرف رئيس مجلس نواب الشعب حسبما هو مقرر بالفصل 137

3- مشاريع القوانين الدستورية المعروضة عليها من طرف رئيس مجلس نواب الشعب لمراقبة احترام إجراءات تعديل الدستور".

كما جاء بالفصل 117 من مشروع الدستور المؤرخ في 3 جوان 2013 أنه "تختص المحكمة الدستورية دون سواها بمراقبة دستورية:...

- مشاريع القوانين الدستورية المعروضة عليها من طرف رئيس مجلس نواب الشعب حسبما هو مقرر بالفصل 142

- مشاريع القوانين الدستورية المعروضة عليها من طرف رئيس مجلس نواب الشعب لمراقبة احترام إجراءات تعديل الدستور"

(92) اقتضت أحكام الفصل 42 من القانون المتعلق بالمحكمة الدستورية انه " إذا قضت المحكمة بدستورية إجراءات التعديل فإنها تحيل المشروع إلى رئيس الجمهورية الذي يختمه أو يعرضه على الاستفتاء. وإذا قضت المحكمة بعدم دستورية إجراءات مشروع القانون الدستوري تتولى في أجل أقصاه سبعة أيام إحالته مصحوبا بقرارها لرئيس مجلس نواب الشعب. ويتولى المجلس تصحيح إجراءات التعديل طبقا لقرار المحكمة الدستورية في أجل أقصاه ثلاثين يوما من تاريخ توصله بالقرار المذكور".

(93) أنظر الفصول 40-42 من القانون المتعلق بالمحكمة الدستورية.

(94) كثيرا ما تعرّض الفقه لتبرير مراقبة دستوريّة القوانين. فقد اعتبر العميد عبد الفتاح عمر أنّ " السلطة المؤسسة هي في موقع تبعيّة بالنسبة للسلطة المؤسسة وهذا يؤول إلى تبعيّة القواعد التي تسنّها السلطة المؤسسة وكلّ هذا يعني أنّ القواعد التي تقل منزلة عن الدستور تخضع لمبدإ الدستوريّة وهو مبدأ يسمح بإعلاء الدستور على كلّ النصوص والقواعد القانونيّة الأخرى. لذلك فإنّ القواعد التي تتعارض مع الدستور تكون عرضة للإلغاء أو الإهمال ومن هذا المنطلق فإن القانون يبقى خاضعا للدستور فلا يعتبر القانون سليما إلا متى لا يتعارض ومضمون الدستور"". عبد الفتاح عمر، المرجع السابق، ص. 239.

Voir également : D. TIRPIN, Contentieux Constitutionnel, Paris, PUF, 1986, pp 23 et s ;

(95) O. LEPSIDUS, Le contrôle de la constitutionnalité des lois constitu-tionnelles dans la République fédérale d'Allemagne, Cahiers du Conseil Constitutionnel, n°27, 2010.

(96) بالنسبة للجدل الفقهي حول مراقبة دستورية القوانين الدستورية، أنظر:

K. GOLZER, Le pouvoir de révision constitutionnelle, thèse, Université de Bordeaux, 1995 ; J-P. MASSIAS, Justice constitutionnelle et transition démocratique, Paris, LGDJ, 1998.

(97) C. GREWE, Le contrôle de la constitutionnalité des lois constitu-tionnelles en Bosnie-Herzégovine, Cahiers du Conseil Constitutionnel, n°27, 2010.

(98) M.LUCIANO, Le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles en Italie, Cahiers du Conseil Constitutionnel, n°27, 2010.

(99) «Une norme doit on pourrait affirmer qu'elle n'est pas conforme à la norme qui règle sa création ne pourrait pas être considérée comme une norme valable ». H. KELSEN, Théorie pure du droit, p.536.

(100) ينص الفصل 67 من الدستور على أنه " تعرض المعاهدات التجارية والمعاهدات المتعلقة بالتنظيم الدولي أو بحدود الدولة أو بالتعهدات المالية للدولة أو بحالة الأشخاص أو بأحكام ذات صبغة تشريعية على مجلس نواب الشعب للموافقة. لا تصبح المعاهدات نافذة إلا بعد المصادقة عليها". وهو ما يعني أن المعاهدات المتعلقة بغير هذه المجالات لا تقتضي موافقة مجلس نواب الشعب.

(101) جاء بالفصل 43 من القانون المتعلق بالمحكمة الدستورية أنه" لرئيس الجمهورية أن يعرض المعاهدات على المحكمة الدستورية لمراقبة دستوريتها وذلك قبل ختم قانون الموافقة عليها". ونص الفصل44 من نفس القانون أنه "تصدر المحكمة الدستورية قرارها في أجل أقصاه 45 يوما من تاريخ التعهد".

(102) هناك أيضا اختصاص أخير يتعلق بمراقبة النظام الداخلي لمجلس نواب الشعب: أنظر الفصول 62-64 من القانون المتعلق بالمحكمة الدستورية.

(103) أنظر تقرير اللجنة التأسيسية للقضاء العدلي و الإداري والمالي والدستوري حول مشروع باب السلطة القضائية، بتاريخ 27 نوفمبر 2012، ص. 26.

(104) وذلك على خلاف الفصل 23 من القانون الأساسي الفرنسي المؤرخ في 10 ديسمبر 2009 والمتعلق بتطبيق الفصل 61-1 من الدستور .

(105) B. PIEROTH, La Cour Constitutionnelle fédérale allemande comme modèle pour l'Europe, Revue Cités, 2003, n°13, pp.192 et s. Voir également : F. GALLO, Le modèle italien de justice constitutionnelle, Les Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel, 2014, n°42, p.89.

(106) P. ARDANT, B. MATHIEU, Droit constitutionnel et institutions politiques, 26ème édition, LGDJ, 2014, 185.

(107) M-C MEININGER, Le tribunal Constitutionnel du Portugal, Les Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel, 2010, n°29, pp.273 et s.

(108) استقر فقه قضاء المحكمة الإدارية على أن الهيئات المهنية تصدر قرارات ذات طبيعة قضائية في المادة التأديبية. أنظر: قضية عدد 713 بتاريخ 21 جوان 1984، إلياس القرقوري / الهيئة الوطنية للمحامين، المجموعة، ص.449.

(109) عياض بن عاشور، القضاء الإداري وفقه المرافعات الإدارية، مركز النشر الجامعي، 2006، ص. 97 وما بعدها.

(110) الفصل 28 من القانون عدد المؤرخ في 15 سبتمبر 2015 والمتعلق بإعادة تنظيم المنافسة والأسعار والفصل 31 من القانون الأساسي عدد 22 المؤرخ في 24 مارس 2016 والمتعلق بحق النفاذ للمعلومة.

(111) وفقا لمقتضيات الفصل 29 من القانون المؤرخ في 29 أوت 1979 المتعلق بالمحكمة الدستورية العليا، فإنه "تتولى المحكمة الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح على الوجه التالي:

أ* إذا تراءى لإحدى المحاكم أو الهيئات ذات الإختصاص القضائي أثناء نظر إحدى الدعاوى عدم دستورية نص لازم الفصل في النزاع، أوقفت الدعوى وأحالت الأوراق بغير رسوم إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل في المسألة.

ب* إذا دفع أحد الخصوم أثناء نظر دعوى أمام إحدى المحاكم أو الهيئات ذات الإختصاص القضائي في عدم دستورية نص..."

(112) "Il a été trés tôt jugé que les lois de ratification d'un accord ou d'un traité internationl ne sont jamais applicable au litige". B. MATHIEU, Question prioritaire de constitutionnalité, La jurisprudence (mars 2010- novembre 2012), LexisNexis, 2013.

(113) B. MATHIEU, op. cit., p.125.

(114) يمكن أيضا للمحكمة الدستورية أن تتعهد في إطار الرقابة اللاحقة بدستورية قانون لم يمكن لها النظر في دستوريته في إطار الرقابة السابقة بسبب تجاوز الأجل الأقصى الممنوح للمحكمة الدستورية.

(115) Article 23-2 de la loi organique n°2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution.

(116) ينص الفصل 97 من الدستور على أنه " يمكن التصويت على لائحة لوم ضد الحكومة، بعد طلب معلل يقدم لرئيس مجلس نواب الشعب من ثلث الأعضاء على الأقل. ولا يقع التصويت على لائحة اللوم إلا بعد مضي خمسة عشر يوما على إيداعها لدى رئاسة المجلس. ويشترط لسحب الثقة من الحكومة موافقة الأغلبية المطلقة من أعضاء المجلس، وتقديم مرشح بديل لرئيس الحكومة يُصادَق على ترشيحه في نفس التصويت، ويتمّ تكليفه من قبل رئيس الجمهورية بتكوين حكومة طبق أحكام الفصل 89. في صورة عدم تحقق الأغلبية المذكورة، لا يمكن أن تقدم لائحة اللوم مجددا ضد الحكومة إلا بعد مُضي ستة أشهر. يمكن لمجلس نواب الشعب سحب الثقة من أحد أعضاء الحكومة بعد طلب معلل يقدم لرئيس المجلس من ثلث الأعضاء على الأقل، على أن يتم التصويت على سحب الثقة بالأغلبية المطلقة.

(117) سنتعرض في هذا المجال لبعض الصلاحيات، لكن المحكمة تتمتع بصلاحيات أخرى، من ذلك أداء القائم بمهام رئيس الجمهوريّة اليمين أمام المحكمة الدستوريّة في حالة حلّ المجلس: أنظر الفصل85 من الدستور والفصل 71 من القانون المتعلق بالمحكمة الدستورية.

(118) أنظر الفصلين 72-73 من القانون المتعلق بالمحكمة الدستورية.

(119) لكن المحكمة غير معنيّة بمعاينة شغور منصب رئيس الحكومة.

(120) أنظر الفصل 69 من القانون المتعلق بالمحكمة الدستورية.

(121) ينص الفصل 70 من القانون المتعلق بالمحكمة الدستورية أنه "في حالة الشغور النهائي لمنصب رئيس الجمهورية إذا تجاوزت حالة الشغور الوقتي مدة الستين يوما، أو في صورة الإعلان الرسمي عن وفاة رئيس الجمهورية أو استقالته المقدمة كتابة ، أوفي حالة عجزه عن أداء مهامه بصورة دائمة، أو لأي سبب آخر من أسباب الشغور النهائي، تجتمع المحكمة الدستورية فورا، وفي حالة عدم انعقادها تقع دعوتها من طرف رئيس مجلس رئيس مجلس نواب الشعب أو من نصف أعضائها لإقرار حالة الشغور النهائي لمنصب رئيس الجمهورية. وتتخذ قرارات المحكمة القاضية بإعلان حالة الشغور النهائي لمنصب رئيس الجمهورية بأغلبية ثلثي أعضائها ".

(122) أنظر الفصول 65-68 من القانون المتعلق بالمحكمة الدستورية.

(123) أنظر الفصول 74-76 من القانون المتعلق بالمحكمة الدستورية.

(124) لقد اضطلع المجلس الوطني التأسيسي في القيام بهذه المهمة. فقد جاء بالفصل 20 من القانون التأسيسي المؤرخ في 16 ديسمبر 2011 والمتعلق بالتنظيم المؤقت للسلط أنه " ترفع النزاعات المتعلقة باختصاص كل من رئيس الجمهورية ورئيس الحكومة إلى المجلس الوطني التأسيسي الذي بيت في النزاع بقرار من أغلبية أعضائه بعد أخذ رأي الجلسة العامة القضائية للمحكمة الإدارية بناء على طلب يرفع إلى المجلس الوطني التأسيسي من الأحرص من الطرفين".

(125) لم يتعرض الدستور لآلية الدفع بعدم القبول التي كان ينص عليها دستور غرة جوان 1959 في الفصل 35 الذي جاء فيه أنه" لرئيس الجمهورية أن يدفع بعدم قبول أي مشروع قانون أو أي تعديل يتضمن تدخلا في مجال السلطة الترتيبية العامة، ويعرض رئيس الجمهورية المسألة على المجلس الدستوري ليبت فيها في أجل أقصاه عشرة أيام ابتداء من تاريخ بلوغها إليه". لكن دستور 2014 نص على آلية يمكن أن تكون بديلا لها، إذ يمكن لرئيس الحكومة أن يطعن في أي مشروع قانون يتضمن تدخلا في مجال السلطة الترتيبية العامة".

(126) لقد تعرض الفصل 65 من الدستور لمجالات القوانين الأساسية و العادية ونص في آخره على أنه " يدخل في مجال السلطة الترتيبية العامة المواد التي لا تدخل في مجال القانون".

(127) محمد النيفر، المقال السابق، ص.208.

(128) أنظر مثلا القضية عدد 134866 بتاريخ 7 نوفمبر 2013، عبد العزيز القمودي / رئيس المجلس الوطني التأسيسي بصفته رئيس لجنة فرز الترشحات لعضوية الهيئة العليا المستقلة للأنتخابات (غير منشور). فقد جاء في هذا القرار أنه " لئن كان دور القاضي الإداري يتمثل في التثبت من مدى حسن تطبيق القانون، فإنه من واجبه في غياب محكمة دستورية تبت بصفة أصلية في مطابقة القانون للدستور النظر في مدى احترام النص التشريعي لمصادر القانون التي تعلوه و المتمثلة في الدستور والمبادئ الأساسية ذات القيمة الدستورية وكذلك المعاهدات النافذة ليخلص عند الاقتضاء إلى استبعاده كلما تم الدفع بذلك أمامه". ولعلّ أهميّة هذا القرار تكمن في القطع مع نظريّة القانون الحاجب أو الستار التشريعي التي هيمنت لعقود على فقه قضاء المحكمة الإداريّة مانعة إيّاه من النظر في دستوريّة قرار متى وقع الاستناد على نص تشريعي عند اتخاذه وذلك بالرغم من أن المحكمة الإداريّة تجاوزت هذا العائق عند مراقبتها لمعاهديّة قانون.

كما تبرز أهميّة هذا القرار في تبنّيه لما يسمّى بكتلة الدستوريّة. ويبدو أنّ القاضي الإداري كان مضطرّا لذلك لأنه عند نظره في قرارات 7 نوفمبر 2013 تمّ إنهاء العمل بدستور 1959 ولم يتمّ بعد الانتهاء من وضع الدستور الجديد. وبالتالي فإنّ مرجعيّة القاضي كانت تحتّم عليه آنذاك إيجاد قواعد قانونيّة أخرى يستند إليها. لذلك اعتمد في مراقبته لدستوريّة القوانين على المبادئ الأساسيّة ذات القيمة الدستوريّة مؤكدا بذلك وجود هرميّة داخل المبادئ القانونيّة العامّة.

(129) أنظر الحصيلة النهائيّة للتوافقات جلسة 28 ديسمبر 2013.

(130) وقع تنظيم الهيئة الوقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين بمقتضى القانون الأساسي عدد 14 المؤرخ في 18 أفريل 2014 المتعلق بالهيئة الوقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين.

(131) أنظر الفصل 91 من الدستور الفرنسي.

(132) الفصل 148-5 من الدستور. تمت المصادقة على القانون المتعلق بالمحكمة الدستورية خارج أجل السنة المضروب بالأحكام الانتقالية المضمنة صلب الفصل 148 من الدستور مهما كان التأويل المعتمد لعبارة " تاريخ الانتخابات ". وبالإضافة إلى ذلك فإن الأجل الدستوري

المشار إليه ضرب **لإرساء** المحكمة الدستورية وليس للمصادقة على القانون وختمه ونشره. أنظر: ناجي البكوش، إرساء المحكمة الدستورية، دراسات قانونية، 2016، ص.18.

(133) فيما يتعلق مثلا بمساهمة القضاء الدستوري في مجال الحقوق و الحريات، أنظر:

J. RIVERO, Le Conseil Constitutionnel et les libertés, Paris, Economica, 1987 ; M. FROMONT, La justice constitutionnelle dans le monde, Dalloz1996, pp. 114 et s; P. ESPLUGAS, Constitution et contentieux constitutionnel, in La Constitution aujourd'hui, Campus Universitaire, 2006, pp. 142 et s ; D. LOCHAK, Le Conseil constitutionnel, protecteur des libertés ?, Pouvoirs, n°13, 1991, pp.41et s.

(134) حتى وإن تغافل عنها دستور 27 جانفي 2014.

(135) أنظر أمر إلغاء الرق المؤرخ في 23 جانفي 1846/ عهد الأمان المؤرخ في 10 سبتمبر 1857 ودستور 26 أفريل 1861.

دور القضاء في حماية الحقوق والحريات

أي قضاء للدستور؟



الأستاذ الدكتور / الزين عزري
مدير مخبر الحقوق والحريات في الأنظمة المقارنة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
جامعة بسكرة

❋ ❋ ❋ ❋ ❋

مقدّمة:

إن الثورات التي شهدتها عدد من الدول العربية في السنوات الأخيرة والحراك الذي عاشته الجزائر منذ شهور، كان تعبيرا واضحا على أن الشعوب العربية تعيش حالة من القمع والظلم مس بالخصوص عملية التحول الديمقراطي وضعف الاهتمام والترسيخ والحماية المطلوبة لحقوق الإنسان عموما والحقوق و الحريات بشكل خاص، والذي كان نتيجة لهدم الأنظمة العربية لمقومات و قواعد دولة القانون، ومنها المساس بمبدأ الفصل بين السلطات الضمان الوحيد لتكامل وظائف السلطات الثلاث دون تداخل في صلاحيات إحداها على الأخرى، وإذا كانت حتمية التصادمات بين الحق و الحرية من جهة، وبين تدخل السلطة العامة من جهة أخرى أن توجد آليات قانونية قضائية تعيد التوازن الدقيق بين حقوق وحريات الأفراد وبين تدخل السلطة العامة في مجالات ماسة بهذه الحقوق والحريات، إذ أن الأمن القضائي هو من الأمن القانوني الذي يجبر كل تصدع لكيان الدولة والمجتمع، وما تلك الظواهر العنفية (الثوارات . الحراك الشعبي) إلا نتيجة حتمية لغياب جهة قضائية محايدة ومستقلة تنظر في منازعاتها وتبعث الطمأنينة في نفوس الأفراد.

وإذا كان الدستور هو الوثيقة العليا التي ترسم العلاقة المثلى بين الحاكم و المحكوم ، وتحدد بوضوح الحقوق والحريات، وما تفرضه قاعدة تدرج القوانين من ضرورة انسجام المنظومة القانونية مع أحكام الدستور، فإنه ينبغي، ابتداء، أن تكون نصوص الدستور وقواعده وأحكامه هي ذاتها ضامنة للحقوق والحريات ومكرسة لآليات حمايتها قانونيا وقضائيا فإذا كان اعتقاد المؤسس الدستوري أنه كرس هذه الحقوق ووضع آليات حمايتها، فلماذا تظهر هذه الإختلالات و المساس الخطير والمتواصل بحقوق وحريات الأفراد، فهل مرد ذلك إلى أن صياغة مواد الدستور لم تكن بالشكل الواضح والدقيق بما يفرض احترامها على جميع الأفراد و المؤسسات المختلفة، أم أن الخلل يكمن في غياب قضاء متخصص ينظر في مختلف المنازعات المرتبطة بالحقوق والحريات وتحديد نوع القضاء و إجراءات الخصومة القضائية

والدستورية بعيدا عن الصلاحيات الممنوحة للمجلس الدستوري التي لا تعتبر صلاحيات قضائية كاملة بالمعنى الفني القانوني؟

لأجل ذلك تأتي هذه المداخلة ليستعرض الباحث من خلالها عددا من الحالات التي تشكل إشكالات نظرية ذات طبيعة قضائية مرتبطة بدور القضاء في حماية الحقوق و الحريات إنطلاقا من بعض مواد الدستور وذلك من خلال عنصرين رئيسين هما :

أولا: التركيز على إمكانية بسط رقابة قضائية على الخلل المتعلق بالصياغات الدستورية في مجال الحقوق والحريات.

ثانيا: الرقابة القضائية على اعمال السلطة التنفيذية في مجال الحقوق والحريات

أولا

دور القضاء في الرقابة على بعض الحقوق والحريات المرتبطة بالصياغات الدستورية

إن المتتبع للتعديلات الدستورية المختلفة في الجزائر يلاحظ أن المؤسس الدستوري اعتمد صياغات خرجت من الضبط القانوني الدقيق إلى صياغات مبهمة غامضة غير منضبطة أثرت سلبا على الحقوق والحريات بما جعلتنا نتصور جملة من الفرضيات القضائية التي قد يفرزها تطبيق مواد الدستور، وفي سبيل ذلك نقدم الأمثلة كما يلي:

1/ قاعدة التمثيل النسوي في المجالس المنتخبة:

نظرا لضعف تواجد المرأة في المجالس المنتخبة بسبب ضعف مشاركتها في العمل السياسي ، سعت الجزائر على غرار عديد الدول إلى البحث عن آليات قانونية تمكنها من المشاركة الفعلية، وقد جاء هذا ضمن حركة الإصلاح التي باشرتها الجزائر في السنوات الأخيرة من أجل تعزيز دورها وقد تجسد ذلك من خلال التعديل الدستوري لسنة 2008 (م 31 مكرر /01 الفقرة 01 من دستور 1996).

بالرجوع إلى المادة 35 من التعديل الدستوري الصادر في: 2008/11/28[1] نجدها تنص على أن: **"تعمل الدولة على ترقية الحقوق السياسية للمرأة بتوسيع حظوظها في المجالس المنتخبة** ".

وتحليلا لهذا النص الدستوري نورد الملاحظات التالية:

أ/ إن مصطلح **"ترقية الحقوق"** ليس مصطلحا قانونيا فنيا دقيقا، فهو مرتبط بوظائف اجتماعية ثقافية توعوية للدولة بإشراك المجتمع المدني من أجل تطوير آداء المرأة و مساهمتها في المجال السياسي، وهذه مسألة لا تحتاج إلى تنصيص دستوري، لأن الحق في العمل السياسي تضمنته المادة 32 من الدستور، وفي رأينا هذه العبارة جاءت كحيلة دستورية لتكون مدخلا وأساسا لقانون عضوي يتعلق بذلك حتى لا يصطدم هذا الأخير بعدم الدستورية.

ب/قاعدة **"نظام الكوتا"** المنصوص عليه بموجب القانون العضوي رقم: 03/12 المؤرخ في: 2012/01/12 المحدد لكيفيات توسيع حظوظ تمثيل المرأة في المجالس المنتخبة:

إذا كانت أغلب المجتمعات، إلى وقت قريب ،لم تكن تعترف بحق المرأة في المشاركة في الحياة السياسية و لم تكن تتمتع بحق الإنتخاب بل قصرتها فقط على جنس الرجال و هذا تأثرا بموقف الكنيسة الرومانية التي لا تعترف بالمساواة بين الجنسين في هذا المجال[2].

لكن تطور المجتمعات فرض ضرورة الاعتراف بحق المرأة في المشاركة في الحياة العامة وفي شؤون الحكم، وهو ما فرض على الأنظمة تعزيز هذا الحق في الدساتير والنصوص القانونية لكن هذا التطور كان على مرحلتين، **الأولى** هي إقرار مبدأ المساواة بين الرجل و المرأة في الحياة السياسية دون تمييز بينهما، والثانية هي تدعيم لهذا المبدأ إلى جانب المرأة بضمان تمتعها فعلا بهذا الحق وهو ما يعرف بـ "**نظام الكوتا النسائية**" أو الحصة، وإذا كان لهذا المبدأ جذور لدى بعض الدول، فإنه على مستوى الدستور الجزائري ظهر في ظل عملية الإصلاح السياسي التي باشرتها السلطة في السنوات الأخيرة بعد الوقوف على ضعف تواجد المرأة في المجالس المنتخبة، ويقصد بنظام الكوتا النسائية "**تخصيص حد أدنى من المقاعد النيابية أو مقاعد السلطات المحلية أو مقاعد في الهيئات الإدارية والتنفيذية للنساء بهدف تحسين مشاركتها في الحياة السياسية وإدارة شؤون بلدها و قضاياها وهمومها وإشراكها فيس اتخاذ القرار وتحمل المسؤولية في عملية البناء و التنمية**"[3].

تطبيقا للفقرة 02 من المادة 35 من الدستور صدر القانون العضوي 03/12 الذي حددت المادة 02 منه وجوب أن تتضمن قوائم الترشيحات للأحزاب أو القوائم الحرة نسبا من عدد النساء حسب المقاعد المتنافس عليها في المجالس الشعبية البلدية أو الولائية أو المجلس الشعبي الوطني.

وهذا التنصيص القانوني جاء كضمان لحق المرأة في المشاركة السياسية، ومهما تكن المبررات الواقعية المبنية على ضعف تواجد المرأة في المجالس المنتخبة أو الالتزامات الدولية التي تؤمن تحسين المنظومة القانونية للتأكد على هذا الحق، فإن الباحث يطرح هذه الوضعية للنقاش، لاسيما وأنه بالرجوع إلى بعض التشريعات المقارنة نجد دولها أيضا أعادت صياغة دساتيرها من أجل أن تتلاءم مع التوجه العالمي والإعلان العالمي لحقوق الإنسان لتضمن للمرأة حقها في مباشرة الحقوق السياسية انتخابا وترشحا (ناخبة و منتخبة)، فمثلا قد ورد في المادة 6/01 من دستور دولة البحرين أنه "للمواطنين رجالا ونساء حق المشاركة في الشؤون العامة و التمتع في الحقوق السياسية بما فيها حق الانتخاب و الترشيح ..."وتوضيحا لذلك أشار قانون مباشرة الحقوق السياسية البحريني بوضوح في المادة الأولى منه فقرة 01" يتمتع المواطنون ـ رجالا و نساء ـ بمباشرة الحقوق السياسية .....إلخ)[4] وهذا المثال يؤكد مرة أخرى أن شرط الجنس في المشاركة السياسية لا يجب أن يكون تميزي احتراما لمبدأ المساواة. وهو ما يجعلنا **نورد الملاحظات التالية:**

إن هذا القانون العضوي ضمن من خلال صياغة "**الوجوب**" الواردة بالمادة 02 منه، والرفض الذي تقرر بموجب المادة 05 لكل قائمة لا تتضمن النسب الواردة بالمادة 02 يكون ماسا مساسا واضحا **"بمبدأ المساواة"** المقرر بالمادة 32 من التعديل الدستوري الحالي (29 من الدستور) التي تمنع عدم التمييز على أساس الجنس، والغريب في الأمر أن الرأي رقم: 05 الصادر عن المجلس الدستوري في: 2011/12/22

لم يتعرض إلى هذا التعارض بين هذا القانون العضوي و المادة الدستورية المذكورة وهو ما قد يفسح المجال لمطالبة فئات أخرى (الشباب، العرق، الدين ...) في ضرورة إعطائها نسبا تمثيلية، والسؤال الذي يثور بهذا الخصوص، هل يمكن الحديث عن الرقابة القضاء عن هذا المسائل غير الدستورية لاسيما بعد صدور رأي المجلس الدستوري حول مشاريع القوانين العضوية؟!

فأي قضاء يمكن النظر في الطعون المثارة بهذا الشأن و أي خصومة يمكن تصورها من حيث إجراءاتها وأطرافها والأحكام الصادرة بشأنها و الجهة القضائية المختصة؟ ثم من جهة أخرى، في حالة وجود خلل مرتبط بعدم توافر النسب المطلوبة في النتائج المتحصل عليها من قبل أي قائمة حزبية أو حرة، فمن له صفة الطعن و أمام أية جهة؟ (طرح احتمالات رياضية مركبة...)، فكيف تقبل نظريا قائمة كلها نساء وترفض القائمة المتكونة من الرجال فقط؟ كل ذلك يقودنا إلى الحديث عن ضرورة وجود قضاء متخصص (قضاء دستوري) نتصور من خلاله المنازعة الدستورية بهيئة خاصة مستقلة وإجراءات متميزة ضمانا للحقوق والحريات .

2/ قاعدة التناصف في التشغيل:

إن التوجه الذي تبناه المؤسس الدستوري فيما يتعلق بترقية العمل السياسي للمرأة ،هو ذاته يتأكد من خلال ضمان حق المرأة في الشغل، وهو ما ورد بالمادة 36 /01 من التعديل الدستوري 1996: "**أن الدولة تعمل على ترقية التناصف بين الرجال والنساء في سوق التشغيل...**" وذات الملاحظة المتعلقة بمصطلح" **الترقية** " تنطبق على هذه الصياغة أيضا، ويمكن تقديم الملاحظات التالية:

. هل كان المؤسس الدستوري في حاجة إلى اعتماد هذه الترقية في سوق العمل، وحق المرأة كحق الرجل في ذلك ثابت منذ الأزل، و بموجب "مبدأ المساواة" المنصوص عليه في المادة 32 من الدستور، كما أنه لا يوجد نص خاص يميز في تولي الوظائف بين الرجل والمرأة في كل المجالات و القطاعات، بل بالعكس تماما فإن هذا التمييز يخل بقاعدة المساواة في حق الرجل.

- إن هذه المادة الدستورية يجب أن تكيف على ضوئها كل النصوص القانونية ذات الصلة ، وعلى رأسها قانون الوظيفة العامة (06 / 03)[5]، فهل يعقل أن توجد مادة دستورية تكرس فكرة التناصف في حين قانون الوظيفة العامة و باقي النصوص المرتبطة بالعمل لا تتضمن أحكامها ذلك؟

- إن قاعدة " **التناصف في التشغيل** " لا يمكن تطبيقها عمليا في فرضيات عدة منها حالة المناصب الفردية ، حالات الوظائف التي تتطلب جنسا معينا بطبيعتها (كالقابلات ، الأعمال الشاقة ...) و من ثم فإن فرضية تطبيقها مستبعدة.

- إن تطبيق هذه القاعدة يجعل من الناحية القانونية فرضية المنازعات المرتبطة بإعلانات التوظيف الماسة بالمناصفة واردة ، فهل الدفع بعدم الدستورية هنا يقبل ، والنص على ما هو عليه غير دستوري ؟

وعليه، فإن صياغة المادة 36 من الدستور و ما تثيره من إشكالات، يدفعنا إلى القول هل يمكن أن نتصور وجود رقابة قضائية لحماية حقوق الأفراد في سوق التشغيل، لاسيما و أنها قاعدة قد تمس سلبا بحق الرجل في تولي الوظائف طبقا لمبدأ المساواة .

3/ الصياغة المرتبطة بحرية الصحافة:

إن المؤسس الدستوري وهو يوسع من دائرة الحرية الإعلامية أورد تعديلا دستوريا بالمادة 50 الفقرة 05 جاء فيه **"لا يمكن أن تخضع جنحة الصحافة لعقوبة سالبة للحرية"** وهو تعديل أراد من خلاله المؤسس الدستوري تكريس حرية الإعلام ولكنه بهذه الفقرة وقع في مخالفات خطيرة نوضحها كما يلي:

أ/إن هذه القاعدة فيها مساس بمفهوم العقوبة الأصلية للجنحة المنصوص عليها بموجب المادة 01/05 من قانون العقوبات (الأمر رقم : 156/66 المؤرخ في 18 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم)، التي تعتبر عقوبة الحبس في الجنحة عقوبة أصلية ، فكيف يخرج جنح الصحافة عن هذه القاعدة العقابية الأساسية؟ .

ب/إن هذا التعديل يفسح المجال لبعض الإعلاميين غير المحترفين وغير المهنيين للمساس بحرمة الحياة الخاصة للأفراد في مناصب معينة في مقابل دفع غرامات كعقوبات في أسوأ الحالات.

وعليه، ألا يمكن أن نتصور منازعات ورقابة قضائية على تطبيق هذا النص حماية لحريات وحقوق الأفراد ، ولكن بأية خصومة قضائية (الهيئة ، الإجراءات ، الأطراف....) وقد يكون الدفع بعدم الدستورية هو الحل المتاح حاليا.

ثانيا

دور القضاء في الرقابة على قرارات السلطة التنفيذية

وهنا لا أقصد المنازعات الإدارية التقليدية، بل قصدت إثارة بعض الملاحظات المرتبطة بالرقابة القضائية عن أعمال الإدارة في الحالات الاستثنائية، ثم بعض القرارات الصادرة عن رئيس الجمهورية باعتباره ممثلا للسلطة التنفيذية، وذلك كما يلي :

1/ دور القضاء في مجال الاستثناءات الواردة على مبدأ المشروعية:

اختلفت مواقف الدول إزاء رقابة القضاء على أعمال الإدارة عموما، فهناك دول لديها محاكم تقضي، لكن سلطان هذه المحاكم لا يمتد إلى رقابة تصرفات الحكام، الذين هم فوق القانون و فوق كل رقابة في هذه الدول يملك الحاكم عادة مقاليد كل شيء، وإذا وجدت بجانبه أجهزة ثانية تكون مجرد ديكور وظيفتها تحميل الصور القبيحة للحكم لكن فعاليتها محدودة إن لم تكن معدومة[6].

وهناك دول سارت في طريق الحضارة شوطا بعيدا فرسخت فيها المؤسسات الدستورية، وعرفت كل سلطة حقوقها وواجباتها التي يتعين أن تلتزم بها ولا تخرج عليها، وفي هذه الدول هناك تكامل بين السلطات الثلاث (التنفيذية . التشريعية . القضائية) كما أن هناك تفعيل لدور الرقابة على اختلافها (الشعبية، الإدارية، القضائية).

وإذا كان الفقه و القضاء الإداريين قد اعتبرا أن المساس بمبدأ المشروعية من قبل الإدارة يعرض أعمالها لرقابة القضاء الإداري بإلغائها، فإنه قد استقر على رفع حدة الرقابة في بعض المجالات التي انتهى إليها وهي:

- السلطة التقديرية للإدارة.
- الحالة الإستثنائية .
- أعمال الحكومة .

وعندما يتعلق الأمر بالرقابة على أعمال الإدارة فإن قداسة مبدأ المشروعية تفرض على الجميع حكاما و محكومين الخضوع للقانون بمفهومه الواسع، وإذا كانت السلطة التقديرية للإدارة تعفيها من رقابة المشروعية إلى رقابة الملاءمة حتى يفسح المجال أمامها لملاءمة أعمالها وتصرفاتها مع الوقائع بمقتضى ما منحها لها القانون من السلطة، فإنه وفي مجال **الحالة الإستثنائية** التي كانت في بدايتها نظرية أقرها مجلس الدولة الفرنسي في زمن الحرب، فإنه وفي حالة السلم فقد أثير جدل كبير في عديد من الدول العربية التي لم تنعم أجيال بها بالظروف العادية والتمتع بالحقوق والحريات المكرسة في دساتيرها بسبب استمرار اعلان حالة الطوارئ لسنوات طويلة وقد تحولت، للأسف الشديد من مبرر حماية أمن الدولة إلى حماية أمن السلطة الحاكمة، وهو ما جعلنا نعود إلى تحليل المواد 105 وما بعدها من الدستور المتعلقة بإعلان رئيس الجمهورية حالة الطوارئ أو الحصار أو الحالة الإستثنائية لإعطاء تصور حول ضوابط ممارسة هذا الحق.

بالرجوع إلى المادة 105 من الدستور نجد أن المؤسس الدستوري منح لرئيس الجمهورية، دون سواه، سلطة تقرير حالة الطوارئ أو الحصار بالشروط التالية:

- أن تكون هناك ضرورة أمنية ملحة من شأنها المساس بالأمن العام للدولة.
- أن يتم إعلان حالة الطوارئ أو الحصار لمدة محددة.
- أن يتم إعلانها بعد اجتماع المجلس الأعلى للأمن و استشارة رئيس مجلس الأمة ورئيس المجلس الشعبي الوطني ، والوزير الأول و رئيس المجلس الدستوري.

وعليـــــــــــه، يكون الدستور قد حدد ما يلي:

- إن رئيس الجمهورية يصدر مرسوما يعلن فيه حالة الطوارئ باعتباره **ممثلا للسلطة التنفيذية**.
- أن **الإختصاص الحصري** في إصدار المرسوم للرئيس دون سواه **فلا تفويض فيه**.
- أن يكون محل المرسوم قائم وهو **الحالة الأمنية الخطرة**.
- أن تتم **الإستشارة وجوبا** للهيئات المذكورة.
- أن يتم تحديد **المدة**.

وهي شروط دستورية تجعلنا نتساءل هل هذه الأعمال (إعلان حالة الطوارئ أو الحصار) محصنة من رقابة القضاء على اعتبار أنها وردت كاستثناء عن مبدأ المشروعية.

الجواب، في تقديرنا، أن المؤسس الدستوري منح هذه الصلاحيات لرئيس الجمهورية وقيده بالإجراءات المذكورة دون التلميح لأية منازعات يمكن أن تثار، وبذلك فنحن من منطلق **"أن الحرية المطلقة مفسدة مطلقة"** يمكن أن نثيرا تصورا وذلك كما يلي:

لا يمكن أن نقبل ، بحال من الأحوال، أن تتحول القاعدة إلى استثناء و الإستثناء إلى قاعدة ،فقد عاشت شعوب عربية عشرات السنين تحت وطأة " حالة الطوارئ "التي عطلت العمل بالدستور وحرمت الأفراد من التمتع بحقوقهم وحرياتهم وقضت على العمل الديمقراطي، فإذا كان مبرر المؤسس الدستوري، ومن قبله الفقه و القضاء الإداريين، هو ترجيع مصلحة الوطن والأمة على مصلحة الأفراد في ظروف استثنائية، فإنه لا يمكن التذرع لبعض الأنظمة الحاكمة، بأمن الوطن لتتحول الوسيلة إلى تأمين الأنظمة.

وعليـــــــــه نتساءل:

ما جدوى وضع ضوابط و شروط ممارسة رئيس الجمهورية لسلطة اعلان حالة الطوارئ ، فهل هذه الشروط و الإجراءات و جوهرية أم ثانوية ؟ فلا يعقل أن تكون إجراءات دستورية دون قيمة قانونية، فنظريا في حالة عدم احترام رئيس الجمهورية لتلك الإجراءات المحددة بالمادة 105 من الدستور يعتبر عمله غير مشروع ولا يمكن أن يتقرر عدم المشروعية دون تعرض العمل إلى الإبطال أو الإلغاء. والسؤال أمام أية جهة؟ وبأية إجراءات؟ و من لهم الصفة في الطعن؟

كل ذلك يقودنا إلى إبراز دور القضاء في حماية الحقوق و الحريات، ولكن بقضاء متخصص في المسائل الدستورية.

وفي نفس السياق، فقد توصل الفقه والقضاء الإداريين أيضا إلى إعفاء الإدارة من الرقابة القضائية فيما يعرف بأعمال السيادة أو أعمال الحكومة، سواء في تلك المرتبطة بعلاقة السلطة التنفيذية بالسلطة التشريعية أو في مجال العلاقات الدولية .

لكن ما يمكن إثارته بشأن تلك الإتفاقيات والمعاهدات التي تبرمها الدولة، كونها من أعمال سيادتها شريطة ألا تمس بأركان الدولة، وهو ما تعرض له مجلس الدولة المصري الذي ألغى معاهدة الإعتراف بجزيرتين للمملكة العربية السعودية على اعتبار أن التراب الوطني يشكل أحد أركان الدولة وكل عمل مهما كان من شأنه المساس به يكون موجبا للإلغاء و الإبطال.

خـــاتمة

كانت هذه ملاحظات سجلها الباحث حول مواطن الخلل المرتبطة بالمساس بالحقوق و الحريات مردها أحيانا إلى الدستور ذاته و أحيانا أخرى إلى التطبيقات الخاطئة فلا يمكن أن نسلم بالحرية المطلقة للسلطة التنفيذية إزاءها، ومن ثم وجوب التفكير في قضاء ذو طبيعة دستورية وإنشاء محاكم دستورية على غرار عديد الدول لا سيما وأن الرقابة السياسية لم تعد مجدية، فلا بد من إنشاء قضاء يكفل رقابة أكثر فعالية، وإن تولي محكمة دستورية أو هيئة خاصة ينص عليها الدستور فحص دستورية القوانين للتحقيق من مدى مطابقتها أو مخالفتها لقواعد الدستور من جهة، أو حتى الطعن في آراء المجلس الدستوري عندما لا يكون مبررا و مؤسسا بشأن مشاريع القوانين المعروضة عليه.

فالرقابة في فرنسا دستورية ذات صفة قضائية ، أما الولايات المتحدة الأمريكية فهي من أطلق الرقابة القضائية على دستورية القوانين، وذلك على إثر اجتهاد المحكمة الاتحادية العليا برئاسة القاضي "مارشال" سنة 1803 م في دعوى "ماربورى" ضد "مادسيون"[7].

الهوامش:

[1] التعديل الدستوري الصادر سنة 2008.

[2] André Hauriou , « Droit Constitutionnel et institution politiques » Edition Montchrestien , 1974 , P 293.

[3] دندن جمال الدين، "نظام الحصة كآلية لتعزيز المشاركة السياسية للمرأة في المجالس المنتخبة"، مجلة الإجتهادات للدراسات القانونية والإقتصادية، المجلد 07 العدد 06، لسنة 2018.

[4] محمد محمود العمار العجارمة، "الإطار الدستوري والقانوني للانتخابات النيابية في كل من الأردن، البحرين ومص". دراسة مقارنة، مقال منشور لمجلة دراسات دستورية، مجلة علمية متخصصة محكمة نصف سنوية تصدرها المحكمة الدستورية لمملكة البحرين، المجلد الأول، العدد الثاني، يناير 2014 م.

[5] الأمر قم: 03/06 المؤرخ في 15 يوليو 2006، المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العامة، ج ر، رقم 46 لسنة 2006.

[6] فاروق عبد البر، "دور مجلس الدولة المصري في حماية الحقوق و الحريات العامة"، الجزء الأول، 1988، مطابع سجل العرب، مصر، ص 08.

[7] انظر: سارة جليل الجبوري، "القضاء الدستوري في الوطن العربي تقييم التجربة"، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى 2016، بيروت، لبنان، ص53.

العلاقة بين الدستور والقضاء



الأستاذ الدكتور / محمد ناصر بوغزالة
جامعة الوادي

❋ ❋ ❋ ❋ ❋

مقدّمة:

منذ ظهور الكتابة والعامة يطالبون بضرورة كتابة ونشر القانون حتى يعلم به الكافة بحكم أن الحكام عبر الفترات الزمنية الماضية حكموا ارادتهم باعتبارها قانونا. ثم بعد أن ادركت الشعوب أن القانون أو القاعدة القانونية يتم التلاعب في علاقتهم بالحكام فإن لا بد لهذه الشعوب حتى تقدم تضحيات جسام من خلال الثورة ضد الطغيان والاستبداد من أجل الحرية والمساواة والعدل ذلك أن تاريخ الشعوب تاريخ دماء من أجل المطالبة بالحقوق والحريات الأساسية التي ظلت حكرا على جماعة دون أخرى عن طريق اصدار القوانين الجائرة أو تلك التي تحمل وتدافع عن ايديولوجية معينة.

وتاريخ اقرار الدساتير لا يخرج عن هذا الاطار العام التي اختلفت ابعادها بحسب ظهورها الأول الذي كان في شكل منحة أو عقد، وبفضل النضال المتواصل للشعوب تم الانتقال من هذه الفترة إلى فترة أخرى تسير نحو تجسيد الديمقراطية في المجالات السياسية والاقتصادية والاجتماعية النابعة من الدراسات الفكرية لمختلف الفقهاء الذي نظروا في هذا المجال ليصل إلى ما نحن عليه الآن.

هذه النظرة نبين لنا عبر التاريخ البشرية أن نشأة الدساتير ونشأة القضاء والحريات قد تأسست بمعزل عن بعضها البعض، رغم أن بعض المفكرين ربطوا بين هذه النواحي دون اللجوء إلى تفسير منطقي لسير الأحداث التاريخية من أطروحات أغلبها قائم على فرضيات معينة دون وجود سندي قوي يدعمها لذا فإن العناصر الثلاثة الجوهرية المتمثلة في الدستور والقضاء والحريات والحقوق العامة ستكون محور هذه الدراسة المتواضعة من خلال الوقوف على العلاقة التي تجمع بينها في الوقت الحالي وفي الفترات التاريخية السابقة.

وعليه فإن الاشكالية التي تقوم عليها هذه الدراسة تتمثل في مدى العلاقة بين الدستور والقضاء من خلال العصور القديمة مرور بالعصور الوسطى إلى العصر الحالي متناولين الحقوق والحريات العامة في إطار هذه العلاقة التي ظلت الشغل الشاغل للدراسات القانونية خاصة؟

وبناء على ما تقدم نتناول العلاقة بين الدستور والقضاء من خلال المحاور الآتية:

المبحث الاول: بداية ظهور العلاقة ونوعيتها

المبحث الثاني: صور العلاقة

المبحث الأول

بداية ظهور العلاقة ونوعيتها

تدور الفكرة العامة للموضوع حول تطور وظيفة الدولة التي نجم عنها ظهور الدساتير وتناولها لموضوع القضاء والحريات والحقوق العامة أوأن الفكرة تنطلق من بعد عكسي أن القضاء كان سببا في ظهور الحقوق والحريات والفصل فيها، لذلك فإن موضوع العلاقة بين الدستور والقضاء يؤدي إلى الرجوع إلى الأحداث التاريخية المرحلية لنشأة هذه العلاقة وكيف تطورت إلى الحال التي هي عليه اليوم.

وهذا يدعونا إلى تناول هذه الدراسة في المحورين التاليين:

المطلب الأول: المراحل الزمنية لبداية وجود العلاقة

المطلب الثاني: صراع الاتجاهات حول اقرار العلاقة وابعادها.

المطلب الأول

المراحل الزمنية لبداية وجود العلاقة

لقد تعددت المراحل التي مرت بها العلاقة بين الدستور والقضاء بين عصور قديمة وأخرى وسطى وأخرى حديثة ذلك أن الفاصل الزمني بين فترة وأخرى غير قائم على اساس موضوعي ثابت ذلك أن العصر الحديث مثلا غير محدد زمنيا بشكل دقيق بين موسع ومضيق ولذلك فإن هذا التحديد تقريبي فقط.

وعليه فإننا سنتناول دراسة هذه العلاقة في الفروع التالية:

الفرع الأول: غياب العلاقة

الفرع الثاني: ظهور العلاقة

الفرع الثالث: مضمون العلاقة.

الفرع الأول

غياب العلاقة

إذا رجعنا إلى الدراسات التاريخية القانونية فإننا نجد القضاء ظهر قبل الدستور في شكل نواميس تحكم المجتمع ثم في شكل تحكيم قائم على أساس ديني حيث كان لكل شيء تفسيراته الخاصة الذي يفيد لكل أمر آله، آله الجمال، آله الشعر، آله العدل.... الذي يقوم في جوهره على الصدفة (قطعة عجينة، أو خبز، اشعار) مواصفات من الغربان، ذلك أن الصراع بين البشر كان سابقا نشأة الدساتير، لذلك وجد القضاء في شكل تحكيم بدائي في ظل المجتمعات الأولى التي غالبا ما تحتكم إلى القوة وأحيانا إلى التحكيم.

أما إذا رجعنا للمدن اليونانية فإننا نجدها قد عرفت الدساتير التي اقتصرت في معظمها على تنظيم السلطة في الدولة، فضلا عن ذلك فإن السلطة التي تصدر القانون هي التي تصدر الدستور وبالتالي فإن التمييز بين القواعد القانونية العادية والقواعد الدستورية لم يكن واضحا.

ونفس الشيء نجده عند افلاطون في كتابه (جمهورية افلاطون) الذي انصب على العدالة عموما.

هذه النظرة كانت تقريبا نفسها التي أقرها ارسطو الذي جمع حوالي 158 دستورا من دساتير المدن اليونانية ولم يوضح في كتابه (دستور أثينا) الفرق بين الدستور والقانون فاكتفى بتناول المصطلح دون أن يبين ابعاده. غير أنه تناول مسألة في غاية الأهمية وهي التدرج بين قواعد القانون والدستور الذي ارجعه افلاطون إلى سبب أخلاقي وليس قانوني.

هذا المضمون الذي شهدته اثينا وباقي المدن اليونانية لم يختلف كثيرا عن الحالة التي عرفتها روما ذلك أن الامبراطورية كانت تتجلى في القانون والدستور دون الاستناد إلى أي ضابط يبررها، ذلك أن الامبراطور يمكن له تجاوز كل من القانون والدستور اللذان لا يمثلان قيدا حقيقيا على سلطته، ويصدق الأمر نفسه على القواعد العرفية السائدة[1].

وإذا رجعنا إلى مدونة جوستينيان نجدها قد جمعت الدساتير الامبراطورية والقوانين القديمة وكان هدفه من ذلك أن يسهل على المشرع والقاضي الرجوع إلى القواعد القانونية القديمة بدون صعوبات أولا، وثانيا ترسيخ القانون الروماني الذي كان يرى فيه تراثا عالميا شاهدا على عظمة روما وعبقريتهم القانونية ومن أجل بلوغ هذه الغاية المثلى شكل جوستينيان لجنة العشر هدفها جمع الدساتير الخاصة بالامبراطورية وذلك عام 528 م التي انهت عملها في العام الموالي ثم شكلت لجنة أخرى لجمع القانون القديم عام 530 والتي انجزت عملها بعد 3 سنوات وقد قام جوستينيان بعملية نشر الدساتير في نسخة جديدة معدلة عام 534 كما قام باصدار ما عرف حينها الدساتير الجديدة التي استهدفت حذف النصوص المتعارضة أو التي لم تعد مقبولة[2].

وتضم مجموعة جوستينيان 12 كتابا مقسمة تقسيما منهجيا (كل كتاب مقسم إلى ابواب والأبواب مقسمة إلى فقرات بحيث احتوت كل واحدة على دستور امبراطوري يذكر اسم الامبراطور وتاريخ ومكان صدوره.

أما الموسوعة القانونية فقد شكلت لها لجنة من كبار الاساتذة التي قامت بدراسة 275 مؤلفا ل 39 فقيها التي تم اصدارها 533 المكونة من 50 كتابا من اتباع نفس التقسيم السالف بحيث احتوت على (كل كتاب قسم إلى أبواب والأبواب قسمت إلى فقرات وفي كل فقرة ذكر اسم الفقيه وعنوان مؤلفه ورقم الكتاب....)[3]

ومجموعة جوستينيان تفرض بعض القيود على إرادة الحاكم التي أمردها إلى مبادئ العقل والقوانين الطبيعية التي تعد(أوامر الضمير) التي كان الامبراطور يتقيد بها وأحيانا يخالفها لكونه المفسر لها.

أما شيشرون في جمهوريته فقد تصدى لاشكال الدساتير وكان هدفه من ذلك البحث عن احسنها وكذلك الحال بالنسبة لكتابه القانون الذي لم ينته فيه باقرار صفة للدستور.

الفرع الثاني

العصر الوسيط

نميز في هذه المرحلة بين العصر الوسيط الاسلامي والعصر الوسيط الاروربي حيث اختلفت القواعد الخاصة بهما بالنظر لاختلاف طبيعة هذه القواعد المتعلقة بالحكم ومختلف القوانين العادية[4].

ونتناول هذه المسألة بالدراسة من خلال التطرق إلى العصر الاسلامي أولا، والعصر الاروربي ثانيا.

أولا: العصر الوسيط الاسلامي

تميز هذا العصر عن سابقه ولاحقه بأنه عرف قواعد فريدة من نوعها باعتباره رسالة سماوية تجلت فيها إرادة الرحمن من خلال القرآن والسنة كمنهج للحياة البشرية في مختلف المجالات لتنظيم متناه الدقة والأحكام الذي كان في عهد النبي والخلفاء الراشدين الذي جاء بعد تأسيس الدولة الاسلامية في المدينة المنورة والتي تحددت معالمها بشكل واضح فبرزت علاقة القاضي بالدستور إن جاز لنا أن نسمي القرآن والسنة بالدستور ذلك أن القاضي محكوم بمصادر رئيسية ممثلة في القرآن والسنة ومصادر احتياطية تشمل الاجماع والاجتهاد والقياس والمصالح المرسلة وشرع من قبلنا، الاستحسان....

فالقاضي مطالب باستبعاد والغاء كل القواعد التي تخالف القرآن والسنة الشيء الذي جعل التشريع الاسلامي واقعيا لأن الأحكام كانت تنزل حسب الحوادث التي يمر بها الناس مما جعل الناس يقبلونه وينفذونه خوفا من الله وطعما في الجنة واجتناب النار القائم على التسيير وعدم الحرج ومراعاة مصالح الناس، لذلك كانت وظيفة القاضي من أصعب الوظائف التي تتطلب الالمام بعلوم الدين والدنيا فضلا عن أن القضاء كان يشكل جزء من الولاية للحكام والولاة الذين كانوا يتخذون المساجد مقرا لهم للفصل في المنازعات إلى ان اصبحت هناك دارا خاصة للقضاء في عهد عثمان (رضي الله عنه).

وقد كان الرسول (ص) قاضيا ومشرعا ومنفذا للتشريع الاسلامي وهذه الخاصة برزت في عدة مناسبات تجلت فيها أحكام القضاء منها عندما أراد زيد بن ثابت أن يشفع للمرأة المخزومية التي سرقت التي قال بشأنها رسول الله (ص) (إنما أهلك الذين من قبلكم أنهم إذا سرق فيهم الشريف تركوه، وإذا سرق منهم الضعيف أقاموا عليه الحد، فوايم الله لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها).

وقوله (من جعل قاضيا بين الناس فقد ذبح بغير سكين)

وقوله (القضاة ثلاثة: واحد في الجنة واثنان في النار فأما الذي في الجنة فرجل عرف الحق فقضى به ورجل عرف الحق فجار في الحكم فهو في النار ورجل قضى للناس على جهل فهو في النار وقوله (ص) (إنما أنا بشر مثلكم وأنكم تختصمون إلي لعل بعضكم يكون الحن حجة من غيره فاقضي له على نحو ما اسمع فإنما اقضي له قطعة من نار).

وقوله (ص) (أمرت أن احكم بالظاهر والله يتولى السرائد)

وقوله (ص) (يجاء بالقاضي العدل يوم القيامة فيلقى من شدة الحساب ما يتمنى أنه لم بقضي بين اثنين في تمرة فقط)

واستمرت الأحكام على هذا المنوال في عهد الخلفاء الراشدين منها كتاب الفاروق رضي الله عنه إلى عبيدة عن ابي الجراح والذي كان واليا على الشام (أما بعد فإني كتبت اليك في القضاء الزم خصال خمس يسلم لك دينك وتأخذ بأفضل حظك:إذ حضر الخصمان فعليك بالبيانات العدول، والايمان

القاطعة تم اذن الضعيف حتى ينبسط لسانه ويجتري قلبه، وتعاهد الغريب، فإنه إذا طال حبسه ترك حاجته وانصرف إلى اهله، وإنما ضيع حقه من لم يرفق به وآس بينهم في لحظك وطرفك واحرص على الصلح ما لم يتبين لك القضاء والسلام)[5]

وورد نفس البعد بشكل أوضح في رسالة عمر رص الله عنه إلى أبي موسى الاشعري (بسم الله الرحمن الرحيم من عبد الله عمر أمير المؤمنين إلى عبد الله بن قيس، أما بعد فان القضاء فريضة محكمة وسنة متبعة فافهم إذ أدلى إليك وانفذ إذا تبين لك، فإنه لا ينفع حق لانفاذ له.

آس بين الناس في مجلسك ووجهك وعدلك حتى لا يطمع شريف في حيفك ولا ييأس ضعيف في عدلك البينة على من أدعى. واليمين على من أنكر، والصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا أحل حراما أو حرم حلالا. ولا يمنع قضاء قضيته بالأمس، فراجعت فيه نفسك، وهديت فيه لرشدك، أن ترجع إلى الحق، فإن الحق قديم لا يبطله شيء ومراجعة الحق خير من التمادي في الباطل.

الفهم فيما يتلجلج في صدرك مما ليس في كتاب الله ولا سنة ثم اعرف الاشياء والأمثال ثم قس الأمور عند ذلك واعمد إلى أحبها إلى الله واشبهها بالحق. واجعل لمن ادعى حقا غائبا أو بينة أمدا ينتهي إليه فإن حضر بينته أخذت له بحقه وإلا استحللت عليه القضاء فإن ذلك انفى للشك واجل للعمى وابلغ في العذر.

والمسلمون عدول في الشهادة بعضهم على بعض إلا مجلودا في حد أو مجربا عليه شهادة زور أو ضنينا في ولاء أو قرابة، فإن الله قد تولى منكم الرائد ودرأ عنك الشبهات واياك والقلق والضجر والتأذي بين الناس والتنكر للخصوم في مواطن الحق، التي يوجب الله بها الأجر ويحسن الذخر فإنه من يخلص نيته فيما بينه وبين الله تبارك وتعالى ولو على نفسه، يكفي الله ما بينه وبين الناس.

من تزين للناس فيما يعلم الله خلافه منه شأنه الله وهتك ستره، ما بدى فعله فما ظنك بثواب الأجر عند الله عز وجل في عاجل رزقه وخزائن رحمته والسلام[6].

وفي السياق نفسه تأتي رسالة على بن علي بن ابي طلب إلى الاشتر النخعي وإلى مصر: (انصف الله وانصف الناس من نفسك ومن خاصة اهلك ومن لك فيه هوى من رعيتك فإنك إلا تفعل تظلم، ومن ظلم عباد الله كان الله خصمه دون عباده ومن خاصمه الله ادحض حجته وكان لله حربا حتى ينزع ويتوب وليس شيء ادعى إلى تغيير نعمة الله وتعجيل نقمته من اقامته على ظلم فإن الله سميع دعوة المضطهدين وهو للظالمين بالمرصاد ثم اختر للحكم بين الناس أفضل رعيتك في نفسك ممن لا تضيق به الأمور ولا تمحكه الخصوم ولا يتمادى في الذلة ولا يحصر من الفيء إلى الحق إذا عرفه، ولا تشرف نفسه على طمع، ولا يكتفي بأدنى فهم دون اقصاه، واوثقهم في الشبهات، وآخذهم بالحجج، وأقلهم تبرما بمراجعة الخصوم وأصبرهم على تكشف الأمور واصرمهم عند اتضاح الحكم، ممن لا يزهيه إطراء ولا يستميله إغراء وأولئك قليل)[7].

يتبين مما سبق أن علاقة القضاء بالدستور (القرآن والسنة) هي علاقة خضوع بابعاد النصوص والاعراف المتعارضة والمتناقضة مع الدستور، وهذا لا يمنع القاضي من اللجوء إلى المصادر الاحتياطية إذا كان هناك بد. وهذا شيء من قليل.

ثانيا: العصر الوسيط الاوروبي

جاء علماء اللاهوت في هذه الفترة بفكر ديني لمعالجة كثير من المسائل، حيث جاء توما الاكويني متأثرا بأرسطو في كونه يرى القانون نابعا من العقل الذي يعد مصدره، فالقانون المطلق هو القانون الازلي الذي يجب أن يحكم الكون ذلك ان الله هو العقل المطلق فهو خالق الكون وحاكمه ثم يلي ذلك (العقل التأملي البشري) ثم القانون الوضعي الذي يجد مصدره في القانون الطبيعي.

وقد فرق توما الاكويني بين العقل المطلب الثابت الجوهري وبين القانون الطبيعي الثانوي (المختلف القواعد عبر الزمان والمكان) اختلاف الانسانية فنكون أمامثلاثة أنواع من القانون:

ا-القانون الأزلي الالهي

ب-القانون الطبيعي الذي يدركه الانسان في بحثه عن القانون الازلي

ج-القانون الوضعي وهو ما توصلت إليه الانسانية في بلورة القانون الطبيعي

هذا التدرج مرده غلى اختلاف القواعد لدى هذه الأصناف الثلاثة مشكلة هرما ومعبرة أن السلطة من الله. وهو ما جعل القاضي يلتزم بتطبيق الهرم والذي يكون العدالة كلما توقف عند الصنف الاول ثم يكون أقل شأنا في الصنف الثاني.

وبهذا المفهوم السلطة ثلاث: المبدأ – الكيفية – الاستعمال

وبشأن مبدأ السلطة مصدره الله أما الكيفية والاستعمال فتقومان على البشر.

وفي هذا الكلام لم يشر توما الاكويني إلى الدستور بل أشار إلى الحكومة والسلطة، فذهب يميز بين أنواع الحكومات باحثا عن أفضلها.

وقد كانت الدساتير في كثير من الأحيان تعرف بالقوانين الأساسية التي لم يكن لها سجل خاص يفرض حمايتها ويسهر على احترامها لأنها كانت غير ثابتة بحيث يتم تغييرها دون سند موضوعي وهو ما دفع أن هذه القوانين الأساسية تمثل سندا فقهيا يتمسك به الملك أو الخصوم مما يجعلها قابلة للتطبيق.

وفي ظل هذا الصراع القائم بين الملك وخصومه بين هيئات الدولة أو الشعب أراد كرومويل أن يقيد الملكية بدستور مكتوب عام1653 معتبرا نفسه حامي دستور انكلترا وايرلندا وسكوتلندا، مقرا دستورا ينظم حكومة الجمعية على اثر الصراع الشديد بين الملك شارل الأول والبرلمان الذي أدى إلى إعدام الملك وإلغاء الملكية ومجلس اللوردات وتأسيس حكومة جمعية مارست السلطة مدة 10 سنوات[8].

غير أن الدستور الذي دافع عنه كرومويل الذي أعده أحد ضباطه لم ينسجم مع تطلعات كرومويل الذي كان يفرض تقييدات واسعة الذي استغله لتدعيم سلطته لكنه سرعان ما تخلى عنه.

الفرع الثالث

العصر الحديث

في بداية هذا العصر فإن أغلب الكتابات اهتمت بالسلطة والحكومات ولم تهتم كثيرا بالدساتير التي كانت تسمى (القوانين الأساسية) بالنسبة للحكومة الملكية رغم أن مونتسيكيو أطلق على الباب السادس من كتابه الحادي عشر (في دستور انكلترا) ولكنه لم يعرف الدستور بل اكتفى بوصف المؤسسات الدستورية القائمة[9].

وقد ذهب روسو إلى استخدام القوانين الأساسية في كتابه الثالث من العقد الاجتماعي في الباب الثاني. كما وصف بولونيا في كتابه الرابع بأنها جسدت العقد الاجتماعي بعد 10 سنوات قائلا (بحكم القانون الطبيعي للمجتمعات، فإن الإجماع مطلوب بالنسبة لتكوين المجتمع السياسي وبالنسبة للقوانين التي تخص وجوده، إلا أن الإجماع المطلوب لإقامة هذه القوانين يجب أن يكون هو نفسه بالنسبة لإلغائها، وبهذا الطريقة سنجعل الدستور ثابتا والقوانين غير قابلة للتغيير بقدر ما يمكن أن نكون كذلك لأنه طبيعة المجتمع السياسي أن يفرض على نفسه قوانين لا يمكن الغاؤها)[10].

ولكن فكرة الدستور اتضحت في كتاب سيس الذي يعتبر أكبر منظر للثورة الفرنسية، الذي انتخب نائبا عام 1789 عن الطبقة الثالثة (البرجوازية) في مجلس الطبقات الاجتماعية التي تحولت غلى جمعية وطنية رغم أنه كان قسا الذي قضى على الثورة لأنه كان المهندس لانقلاب 1799 (برميز الشهير) بزعامة بونابرت وتوصل سيس إلى أن الدستور أداة لتقييد الحكام والمحكومين الذي يعد ضمانا للحريات والحقوق وهذا ما قاله أمام لجنة اعداد الدستور عام 1789 (أن كل اتحاد اجتماعي وبالتالي كل دستور سياسي لا يمكن أن يكون موضوعه غير ابانه، نشر وضمان حقوق الإنسان والمواطن، وممثلو الأمة الفرنسية يجب عليهم قبل كل شيء الاعتراف بهذه الحقوق، وعرضها المعلل يجب أن يسبق خطة الدستور باعتباره تمهيدة اللازم)[11].

وهذه الفكرة كانت دافعا أساسيا لإعلان الحقوق والحريات في مادته 16 التي ورد فيها أن كل مجتمع لا تتوفر ضمانات الحقوق أو لا يقر مبدأ الفصل بين السلطات يعد بدون دستور. وكتب سيس عن الطبقة الثالثة (أن القوانين الدستورية هي أساسية، لأن الهيئات التي توجد وتتصرف بمقتضاها لا يمكنها مطلقا أن تمس فالدستورية في كل جزء من أجزائه، ليس من صنع السلطات المؤسسة بل من صنع السلطة المؤسسة).

لذا فالمؤسسة التي تنشئ التعديل بامكانها أن تتولى تعديله أو توكله إلى جهة أخرى، فالدستور بهذه الكيفية ينظم علاقات السلطة فيما بينها في علاقاتها المتبادلة.

وبوجود الدساتير اتضحت العلاقة بين الدستور والقضاء العادي الذي يعبر عن مجرد سند للانشاء وتحديد الاختصاصات والصلاحيات وبهذا يكون الدستور مصدرا أساسيا للقضاء من حيث النشأة وممارسة العمل الذي يتضمن اعترافا بالدور الرئيس للقضاء في مجال الحقوق والحريات الأساسية[12].

ولكن هذه النظرة التي مفادها أن الدستور سابق على وجود الدولة وان القضاء سابق على وجود الدستور نظرة لا يسلم بها الكثير من الفقهاء، في ظل الاعتراف بان الدستور سابق على وجود الدولة فهو بهذا التحليل يسمو على الدولة والحكام الذين يمارسون السلطة باسم الشعب.

وقد اختلفت نشأة الدساتير حسب الفقه حيث يرى انصار العقد الاجتماعي أن الدستور عقد اجتماعي خلق الدولة وسلطاتها وقيدها فالدستور أعلى من الدولة ثم تأتي تبعا بعد ذلك القوانين التي تضعها الدولة.

غير ان دوجي انتقد هذه الفكرة قائلا: (أن تفسير المجتمع بالعقد هو حلقة مفرغة أن فكرة العقد لم تنشأ إلا عند الانسان إلا من اليوم الذي عاش فيه في مجتمع)[13].

إن ولادة الدولة قد تمت بعيدا عن القانون لأن وجود الدولة سابق على وجود القانون والعقد يفترض وجود الدولة.

هذه الفكرة كان محل خلاف عند بيردوا الذي يرى أن الدولة والدستور قد وجدا في وقت واحد فالدستور هو الوسيلة التي بواسطتها يتم انشاء الدولة.

ومع الأسف إذا كانت هذه الأطروحة صالحة لتقييد الدولة الحديثة الاستقلال في الانفصال عن المستعمر فإنها غير صالحة للدول الأخرى التي ظهرت قديما تم أن الدولة المستقلةحديثا البعض منها كان ذا سيادة قبل استعماره.

المطلب الثاني

صراع الاتجاهات حول إقرار العلاقة وأبعادها

إن عصر القرن العشرين هو عصر العدالة الدستورية خاصة بعد الحرب العالمية الثانية لأن أغلب الدول عرفت رقابة الدستورية التي شكلت دافعا نحو احترام الدستور وسموه وبذات الوقت تمثل تحولا ديمقراطيا لمؤسسات الدولة حيث أن كتابات كلسن وتلميذه اسمان تشكل منطلقا لرقابة الدستورية باعتبارها تكفل احترام الدستور ولا تتعارض كذلك مع الإرادة الشعبية (السيادة الشعبية وان القانون تعبير عن إرادة الشعب ولا سلطة تعلوه في أطار نظرية الهرم القانوني للقواعد القانونية التي نادى بها كلسن رغم أن الولايات المتحدة الأمريكية كانت سباقة في إقرار هذه الرقابة من خلال حكم ماربوري ضد ماديسون ويرجع ذلك إلى عاملين العامل الأول اجتهاد المحكمة العليا والعامل الثاني ظروف أوروبا الداعية إلى التخوف من رقابة الدستورية خاصة عند وصول هتلر إلى السلطة الذي تم بطريقة شرعية ثم انقلب على ذلك.

وعموما لدى إقرار الدول الرقابة اعتمدت مجموعة التجارب:

1-رقابة سياسية (عن طريق مجلس دستوري أو هيئة نيابية)

2-اعتماد رقابة قضائية عن طريق وجود جهاز قائم تضاف إليه رقابة الدستورية أو عن طريق استحداث جهاز خاص برقابة الدستورية فقط.

وانطلاقا من هذا المنطلق نتناول صراع إقرار رقابة الدستورية من عدمه من خلال تجارب بعض الدول في الفروع الآتية:

الفرع الأول: الولايات المتحدة الأمريكية

الفرع الثاني: فرنسا

الفرع الثالث: الجزائر

الفرع الأول

الولايات المتحدة الامريكية

وحتى يتسنى لنا فهم الدستور الأمريكي ومضمونه والصراع الذي دار حول مضمونه خاصة المحكمة العليا فإن هذا الدستور ينفرد في نشأته عن باقي دساتير العالم في كونه مرتبط بعوامل مميزة.

إن الولايات المتحدة بعد ثورة الولايات الثلاثة عشر وحصولها على استقلالها برز إلى الوجود دستور اتحادي عام 1787 الذي كان فيه المجال واسعا لفكرة التحرر الديمقراطي خاصة الأوراق الفيدرالية التي شكلت حدثا هاما ملئ بالابتكارات الدستورية مثل الاتحاد الفيدرالي والنظام الرئاسي والسلطة القضائية الممثلة في المحكمة الاتحادية العليا حيث شكلت أوراق الآباء الروحيون للدستور مثل هاملتون، ماديسون، جاي المنطلقات الحقيقية الفكرية للدولة ونظامها السياسي.

غير أن هذه المعطيات لا تمثل حقيقة ما حدث في الولايات المتحدة ذلك أن شارل بيرد أوضح في كتابه (التفسير الاقتصادي لدستور الولايات المتحدة الأمريكية) الصادر عام 1913 أن الدستور الأمريكي نابع من أبعاد اقتصادية صرفة دافع عنها كبار الرأسماليين لدى إعداد الدستور الذي انطلق من حق الملكية والديون المترتبة عن الأشخاص متوسطي الدخل التي تركت بصمات واضحة على انتخاب مندوبي مؤتمر فيلاديلفيا وهو ما جعل بيرد يقول أن وثيقة الدستور وثيقة اقتصادية أكثر منها سياسية.

هذا البعد هو الذي ميز مناقشات فيلاديلفيا وكذلك التصويت الشعبي على الدستور لأن أكثر الناخبين كانوا هم الممولون[14].

لكن الفقيه لامبير الفرنسي مع اعترافه بتأثير العاملين المالي والاقتصادي على الدستور ومضمونه إلا أنه لم يقلل من أهمية العامل القانوني المتمثل في القانون العرفي والسوابق القضائية. كذلك العامل السياسي والتاريخي، ذلك أن هذا الدستور يمثل انتصار للمحافظين الذين كان هدفهم إلا تلجأ البرلمانات إلى إلغاء ديون الطبقة الضعيفة من صغار المستثمرين تجاه كبار الملاك وهذا ما كان دافعا أساسيا لنشأة المحافظين الذين كان هدفهم تقوية الاتحاد على حساب الحد من صلاحيات الولايات من خلال نقاشات الاتحاديين للاستقلاليين انعكست كثيرا على غموض بعض أحكام الدستور الذي كان مدعاة للتفسير الذين استغله المحافظون الذين حكموا خلال 12 التي تبعت تأسيس الدولة الاتحادية.

لكن بعد عام 1800انكشفت خبايا الأمور من خلال وصول الجمهوريين إلى السلطة (جيفرسوت) الذي اصطدم مع رؤية الاتجاه المحافظ الذي كان يؤمن بالولايات الاتحادية وليس بالاتحاد المركزي.

وتجدر الإشارة إلى أن هاملتون وادامزو ماديسون الذين دافعوا كثيرا عن رقابة الدستورية حيث قال هاملتون (إن الأكثرية يمكن أن تستبد، وبالتالي فإن البرلمان غير معصوم عن الخطأ، ويمكن أن تعد تشريعات سيئة بدليل التشريع الاستعماري البريطاني)[15].

وقال أيضا (أن سلطة الحكم بعدم دستورية القوانين تعني أن السلطة القضائية أعلى مرتبة من السلطة التشريعية وتعني أيضا أن سلطة الشعب فوق الجميع والدستور هو الميثاق الذي يحكم الشعب والمشرعون هم نواب الشعب الذين يعملون بتفويض مؤقت وبموجب الدستور... أما في حالة مخالفتهم ذلك فإن السلطة القضائية تقوم بدورها الحيوي وذلك عن طريق القضاء بعدم دستورية التصرفات المخالفة وبطلانها وإلغاءها وهكذا تحمي السلطة القضائية الشعب ونوابه)[16].

وبذلك نادى هاملتون بفكرة سمو الدستور باعتباره القانون الأعلى الذي لديه الأفضلية على باقي القوانين وأنه لا معنى لسمو الدستور دون الاعتراف برقابة الدستورية خاصة أن دور المحكمة العليا الاتحادية خاضع لرقابة الشعب وممثليه.

هذه الفكرة تم إقرارها في الدستور الأمريكي بشكل ضمني في المادة 6 من الدستور المشكل من 7 مواد التي أكدت في فقرتها الثانية (....ولا يعتد بأي نص في دستور أو قوانين أية ولاية يكون مخالفا لذلك).

هذا النص يتكلم عن سمو الدستور دون وجود جهاز يكفل رقابة عدم التعدي عليه ولكنه لم يقر رقابة الدستور.

لذلك أكد هاملتون ضرورة منح المحكمة العليا أمر تفسير الدستور وأنه لا تخوف من القضاء ما دام أن الكونغرس بيده الحل وهو إقالة القضاة بالاتفاق مع الرئيس.

وبذلك ظلت هذه المرحلة تمثل اختلاف لدور القضاء بين الاتحاديين والجمهوريين. وقد قام القضاء الأمريكي على مرتكزات قانونية (القانون العرفي) ومرتكزاتقضائية (السوابق القضائية) وكان الهدف من ذلك تعزيز دور القضاء الفيدرالي في حماية الدولة الاتحادية من خلال ملء الفراغ القانوني كلما وجد لتقوية الاتحاد المركزي وتدعيم صلاحيات الحكومة على حساب الولايات والحريات الفردية عن طريق القانون العرفي والسوابق القضائية وهذا ما أكده القاضي الفيدرالي في حالة غياب نص تشريعي ينظم المسألة، فكانت الأداتان المذكورتان قد ساهمتا في اجتهاد القضاء أولا وتعزيز المؤسسات الاتحادية، ثانيا حيث أن المحكمة العليا تعاظم دورها القضائي في اختيار ما تشاء من السوابق البريطانية، فتفوت بذلك الحكومة المركزية في علاقاتها الخارجية وعلاقاتها بالولايات.

وما عزز هذه الظاهرة أن الولايات المتحدة التزمت الحذر من خلال الصراع بين فرنسا وبريطانيا، ذلك أن الاتحاديين تأثروا بالتجربة الانجليزية أما الجمهوريين فقد تأثروا بالتجربة الفرنسية من خلال مبادئ رجال الثورة الفرنسية والإصلاحات التي قاموا بها لذلك كان جورج واشنطن متخوفا من هذا الصراع وهو ما دفعه إلى إصدار إعلان الحياد عام 1793 الذي كان مجرد إعلان خال من أية قيمة قانونية تفرض عقوبة على مخالفيه وقد توقف الأمر بالقانون العرفي الانجليزي وسوابقه القضائية خاصة في المسائل الجزائية ابتداء من عام 1825 وهذا ما جعل الكسي دي توكفيل يقول في كتابه الديمقراطية في

أمريكا وان ما من حدث سياسي إلا وتكون للمحكمة العليا دور فيه ولذلك فإن القاضي الأمريكي هو من أهم القوى السياسية)[17].

ونتيجة لهذا الدور المميز للقضاء الفيدرالي أصبحت تنعت الولايات المتحدة في عام 1913 بحكومة القضاة وهذا ما جعل بيردو يقول (أن الدستور الأمريكي لم يعد في الواقع مطبق، فهو الآن موجود كرمز لا كقاعدة)[18].

أما الفقيه الانجليزي دايسي فيقول (يمكن الزعم بدون مبالغة أن العنصر العرفي في دستور الولايات المتحدة كبير كما هو في الدستور البريطاني)[19].

وهذا ما جعل الكاتب الامريكي لونفلي يقول (أن النظام الذي انشئ عن طريق الممارسة ليس هو النظام الذي توقعه الاباء المؤسسون)[20].

وهذا الدور المميز للقضاء يجد تفسيره القانوني في قرار ماربوي ضد ماديسون الذي وصفه الرئيس جيفرمون قائلا أن قرار 1803 يجعل أمريكا تحت استبداد اوليغارشيه. وهو نفس التخوف الذي اثير في فرنسا سابقا ثم تأكد عام 1929 وما بعدها في التجربة الامريكية لدى وصول روزفلت إلى السلطة.

وهذا كله يؤكد أن الدستور والجمعية التأسيسية التي أوجدته لم يجيبا عن الوجود القانوني للولايات تجاه الاتحاد مما كان دافعا للمحكمة العليا حتى تفصل الوضع لصالح الاتحاد الفيدرالي لأن التخوف الذي كان قائما مفاده أن الولايات يمكن مقاضاتها من قبل الأفراد أمام القضاء الاتحادي، غير أن مؤسسي الدستور قالوا أن الدستور لا يتضمن هذه الامكانية.

هذه الفرضية قامت فعلا في حكم ملشوم ضد ولاية فرجينيا الذي مفاده أن الولايات الثلاثة عشر كانت في ذمتها ديون من خواص الذين لجؤو إلى المحكمة العليا طالبين استيفاء تلك الديون منذ عام 1791، وكانت ولاية فرجينيا محل متابعة من دائنين (2) من مواطني كارولين الجنوبية وهو ما تضمنته المادة السادسة من الدستور الفيدرالي المعنون ب(الديون القومية (سمو الحكومة القومية) التي فصل فيها القاضي (جي)Jay الذي تضمن حكمه حق الأفراد في رفع دعاوى ضد الولايات وهو ما دفع ولاية فرجينيا تصدر قانونا تقضي فيه بالاعدام لكل موظف يطبق حكم المحكمة العليا[21].

اما ولاية ماساشوتس فقد اقترحت تعديلا دستوريا في نفس السنة يقضي بمعالجة هذه الوضعية أي الحد من تكرار اصدار هذه الأحكام، وهو ما جعل أغلب الولايات تتقدم بالتعديل الذي فحواه لا يمكن رفع دعاوى قضائية ضد الولايات من قبل مواطن ولايات أخرى أو من قبل أجانب.

وفي عام 1800 تم انتخاب جيفرسون رئيسا الذي كان انتكاسة للاتحاديين الذين كان دورهم يتنامى في تعزيز مكانة المحكمة العليا، الذين يدافعون كثيرا عن مصالح الاتحاد عن طريق تفسير النصوص الدستور بما تلاءم تطبيق برنامج الحكومة الاتحادية.

وقد تمكن الاتحاديون من تحقيق هذا المسعى بوصول جون مارشال من رئاسة المحكمة العليا الذي كان يشغل منصب وزير خارجية ادامز الذي استهدفت سياسته ايجاد تنظيم جديد للقضاء الذي كان مبرمجا عام 1801.

وقد عمد القاضي مارشال إلى إحداث تعديل في التنظيم القضائي لعام 1789 الذي كانت فيه رواتب القضاءغير مقنعة (6 قضاة) الذين من بينهم القاضي (جي) الذي رفض منصب رئاسة المحكمة العليا وكذلك بقية القضاة الذين كانوا يفضلون المناصب السياسية التي كانت رواتبها أفضل[22].

وقد لعب الكونغرس الامريكي دورا أساسيا في زيادة نفوذ القضاء الاتحادي من خلال قانون التنظيم القضائي الجديد الذي صدر في عهد الجمهوريين حيث عالج أغلب مشاكل القضاء بزيادة عدد المحاكم الاتحادية في الولايات وعالج مشكلة تفرغ القضاة المحكمة العليا ورفع من رواتب القضاة ولما اعيد النظر في التنظيم القضائي من جديد عام 1896 فإنه احتوى أغلب أحكامه من سابقه.

وكان فصل المحكمة العليا في القضايا قليلا في سنواتها الاولى التي قدرت بحوالي 10 أحكام في السنة فضلا عن تعيين القضاة الذي تسبب في عجز مالي للدولة، ثم أغلب القضاة كانوا نوابا أو شيوخا الذين فقدوا مناصبهم في انتخابات 1800 الذي كان الاتحاديون يشجعون مثل هذا النظام الذي يسمح للقاضي بأن يكون نائبا أو شيخا بذات الوقت.

وقد عمد الاتحاديون قبل أن يسلموا السلطة للجمهوريين إلى تعديل النظام القضائي ليكون عدد قضاة المحكمة العليا 6 إلى 5 (ذلك أن القاضي كوشينغ كان مسنا ومريضا) وحتى لا يستخلفه جيفرسون في التعيين أصبح القضاة 5، وهذا ما جعل قضاة المحكمة العليا تابعين للمحافظين لان ادامز عهد إلى تعيينهم في اليوم الأخير من عهدته بموافقة الكونغرس الذين أطلق عليهم (قضاة منتصف الليل)[23].

وبذلك استمرت هيمنة الاتحاديين على القضاء رغم ذهابهم مما أثار معارضة الرأي العام واستهجان الجمهوريين.

ولم تكن لجيفرسون نية في تصفية الاتحاديين من مؤسسات الدولة، إلا أنه وجد نفسه مضطرا لذلك خاصة في مجال القضاء الذي سيطر عليه الاتحاديون، فضلا عدم خيانة ولايته، لذلك كان يعترف باستقلالية القضاء ولكن كان لا يؤمن بقيادة لسلطات الدولة الاتحادية[24].

لذلك بادر بتنحية القضاة الاتحاديين الذين أبدو تخوفهم من المحافظين الذين منهم القاضي (شاس) الذي كان قاسيا فاقدا الشعبية، إلا أن هذا المسعى لم ينجح لأن الكونغرس رفض تنحيتهم، وبذلك خاب أمل الجمهوريين إلى أن أفلحوا في جعل القضاء بعيد عن السياسة.

وفي هذه الفترة بدأ النقاش الجدي حول الرقابة على دستورية القوانين عام 1802 تاريخ صدور التنظيم القضائي الجديد لأن الموضوع لم يفصل فيه من قبل الجمعية التأسيسية كما تقدم وكذلك من قبل الولايات.

الفرع الثاني

فرنسا

تجدر الإشارة إلى أن رجال الثورة الفرنسية كانوا يدخلون الاصلاحات السياسية على أجهزة الدولة التي تعرض لها القضاء بالغاء اعمالهم وهو السبب الذي دفع لتأخير الاعتراف برقابة الدستورية في السنوات الأولى من الثورة التي استمرت كذلك وان كانت الرقابة موجودة شكلا في شكل محتشم في السنة

الثامنة للثورة وكذلك عام 1852 ثم غيبت لنظر من جديد عام 1946 في شكل محتشم تحت تسمية اللجنة الدستورية. لذلك حرمت دساتير 1791، 1793، 1795 هذا النوع من الرقابة.

هذا التخوف مازال موجودا لدى الكثير من الشعوب والدول المتخلفة التي يحبذ حكامها هذه الرقابة باعتبارها قيدا على تصرفاتهم وصلاحياتهم لكونهم لا يؤمنون بديمقراطية المؤسسات القائمة على فكرة العدالة الدستورية والقانون الدستوري للحريات والقانون الدستوري للمسؤولية الجزائية للحكام المؤدية حتما لدولة القانون.

ما زال هذا النوع من الدراسات قليل الأهمية حيث أن المكتبات العربية تفتقر لمثل هده الدراسات.

وإذا عدنا إلى الوراء فإننا نجد دستور 1791 انتزع السلطة من الملك ليعطيها للبرلمان الذي الزم كل نائب أدى اليمين بالحفاظ على الدستور وألا يقدم أي اقتراح (مبادرة) يكون هدفها انتهاك الدستور.

ولما طرحت فكرة سمو الدستور اعترضتها فكرة القانون المطلق الصادر عن إرادة الشعب المنطلقة من السيادة الشعبية وهذا ما جعل فكرة سيسي تستبعد التي تقدم بها عام 1795 المستمدة من فكرة هاملتون الداعية لانشاء المحلفين الدستوريين التي اعترض عليها Thibeaudeau (أن هذه السلطة الوحشية (أي الجهاز الدستوري المختص بالرقابة الدستورية) ستكون كل شيء في الدولة بدل أن تواجه السلطات العامة بحارس لها فإننا سنضع عليها سيدا يستطيع تقييدها بشكل سهل)[25].

لذلك ظل السؤال مطروحا كيف يمكن الحفاظ على علوية (سمو) الدستور إذا لم يتم اقرار رقابة الدستورية خاصة في مواجهة القوانين العادية.

لقد ظلت هذه الفكرة بدون إجابة خلال قرن ونصف من الزمن إلى غاية وجود دستور 1958 رغم أن دستور 1946 تناول الرقابة باحتشام كبير اللذان قال عليهما Saint James (أن جميع الفنون قد انتجت الروائع، غير أن فن الحكم لم ينتج سوى صورة قبيحة، ومن هذه الصور القبيحة التي خففت التجربة البرلمانية الطويلة المدى اخطارها ومحاسنها بالتناوب يجب ان نعترف بأن دستوري عام 1946 وعام 1958 يعدا ن اسوأ الدساتير، كما يجب أن نتأكد أنهما لن يكونا الآخرين)[26].

ومرد ذلك أن رجال الثورة الفرنسية كانوا معادون للدستورية ومتخوفون منها التي وردت في فكر سيس، الذي قال (تعتبر السلطات اللامحدودة وحشا في السياسة حتى الشعب نفسه لا يملك السلطات المطلقة التي يحاول بعض الخادعين اقناعه بها فالقوانين أيا كانت تفترض امكانية مخالفتها ولذلك هناك حاجة حقيقية لفرض احترامها، والقوانين الدستورية يجب حمايتها أكثر من غيرها من المخالفات والانتهاكات: أنها تشكل جسما من القوانين الالزامية التي يجب الالتزام بها وعدم تجاوزها).

وحسب فكر سيس يتكون المحلفون من 108 أعضاء يعينهم البرلمان تتكفل على أن يجدد ثلثهم سنويا عن طريق الانتخاب الذين تكمن وظيفتهم في:

1-حماية الدستور خاصة في فترة التعديل الذي يجب أن يكون أساسها

2-تطوير الدستور للاستجابة للمتغيرات الذي تعده لهيئة كل 10 سنوات

3-تكوين هيئة محلفين بنسبة 10/1 من أعضاء البرلمان فيما عجز عنه القضاء أمام نتيجة لعدم وجود نص، أو رفض القضاء الفصل فيها.

إلا أن هذه الفكرة رفضت.

أما دستور 1791 فقد اعترف بالرقابة الذاتية: (تعتبر الجمعية التأسيسية أن الدستور وديعة يحميها الجسم التشريعي، الملك والقضاة وانتباه وحذر ارباب العائلات والزوجات والأمهات وحنان المواطنين الشباب وشجاعة كل الفرنسيين).

هذا الخطاب العام ورد في كل الدساتير الاولى حيث أن الشعب والسلطات يجب أن يتحدا للدفاع عن الدستور لمواجهة الطغيان.

هذه الفكرة وجدت في مشروع الجيرنديين التي تؤكد في المادة الثالثة التي ربطت الطغيان في حالة خرق الحقوق الطبيعية والمدنية والسياسية للانسان سواء من قبل الحكومة أو الأشخاص ولم تعترف دساتير 1814، 1830، 1948، 1875 رقابة الدستورية.

لكن سيس عاد واقترح في السنة الثامنة من الثورة انشاء مجلس شيوخ محافظ يتكون من 80 عضوا يعينون لمدى الحياة غير قابلين للعزل وظيفتهم الغاء الأعمال غير الدستورية التي تحال عليهم من tribunatأو الحكومة المادة 21.

أما الأعمال الصادرة عن المشرع فعلى المجلس البت في مدى دستوريتها (المادة 37).

وعاد عام 1852 تحت تسمية مجلس الشيوخ الذي انشأه نابليوم الثالث (لويس نابليون) ذلك ان مجلس الشيوخ هو المؤتمن على الميثاق الأساسي وعلى الحريات المتلاءمة مع الدستور) ويمارس هذا المجلس الصلاحيات التالية:

-يعد سلطة تأسيسية اضافية

-مفسر ومكمل للدستور

-يمارس رقابة الدستورية المحالة عليه من قبل الحكومة والمواطنين

-حق المجلس في الاعتراض على نشر القوانين التي تتعدى على الدين والأخلاق والعبادات والملكية ومبدأ المساواة وعزل القضاة.

-الاعتراض على القوانين التي تمس بالدفاع عن الاقليم.

وبذبك أصبح مجلس الشيوخ مدافعا عن النظام القائم وكأنه غرفة ثانية.

أما دستور 1946 فقد أنشأ اللجنة الدستورية التي يقتصر دورها على العشر الابواب الأولى من الدستور لذلك قال عنها جورج فيدال: (ان النظام القضائي الذي أنشأته المواد 91-93 من الدستور هو طريقة لحل سلمي للنزاع الذي يمكن أن ينشأ بين الجمعيتين التشريعيتين أكثر منه طريقة للرقابة على دستورية القوانين)[27].

فاللجنة الدستورية التي تم إنشاؤها ليس لها دور إلا حل الخلاف بين غرفتي البرلمان هذا ما قال ألان بوهر Poher 1951 وميشال دوبري اللذان أكدا على أن اللجنة الدستورية وظيفتها حل الخلاف بين

الغرفتين ولا علاقة لها بالدستورية. أما دستور 1958 فقد أسس الرقابة الدستورية الحقيقية وهذا ما جعل ميشال دوبري مهندس الدستور يقول بمناسبة عرض مشروع الدستور أمام مجلس الدولة: (ان إنشاء المجلس الدستوري يعبر عن الإرادة في إخضاع القانون أي قرار البرلمان إلى القواعد الدستورية العليا، وللمجلس المقترح مهام أخرى أهمها النظر في دستورية الأنظمة الداخلية للبرلمان والبت في الطعون الانتخابية.... وهكذا فأن الدستور ينشئ سلاحا فعالا ضد إمكانية انحراف النظام البرلماني)[28].

الفرع الثالث

الجزائر

إذا رجعنا إلى الدساتير الجزائرية لوجدنا تأثرا كبيرا بالتجربة الفرنسية من أولها حيث أن دستور 1963 جعل السلطة القضائية تحت اسم العدالة التي تمارس باسم الشعب في المادة 60 فضلا عن ذلك فإن هذا الدستور احتوى على ثلاثة مواد منظمة للقضاء حيث احتوت المادة 61 على حق الدفاع والمادة 62 على استقلالية القضاء حيث أكدت على أنه (لا يخضع القضاة في أداءهم لوظائفهم لغير القانون ومصالح الثورة الاشتراكية، ويضمن استقلالهم بموجب القانون وبمقتضى مجلس أعلى للقضاء).

فإذا كانت الفقرة الأولى من المادة مقبولة فإن آخرها يثير مشاكل كثيرا ذلك أن دور القاضي مرتبط بمصالح الثورة الاشتراكية وفي هذا تعد على حقوق الأطراف وتحيز القضاء إلى جانب مؤسسات الدولة.

وتجدر الإشارة هنا إلى ان العلاقة بين القضاء والدستور علاقة مصدر ذلك أن الدستور أوجد السند القانوني لنشأة القضاء وأوجد في ذات الوقت صلاحيات القضاء التي كانت محدودة جدا. فالقضاء وفق هذا التوجه مجرد وظيفة.

ثم أن الهيئة الثابتة ضمن السلطة القضائية المجلس الدستوري الذي تناوله الدستور في مادتين المادة 63 التي عالجت تشكيلة المجلس والمادة 64 تناولت صلاحية المجلس أما عن تشكيل المجلس فيتكون من رئيس المحكمة العليا ورئيس الغرفتين المدنية والادارية بالمحكمة العليا وثلاثة نواب يعينهم رئيس المجلس الوطني وعضوا يعينه رئيس الجمهورية وعليه فإن تمثيل السلطات في المجلس (3 أعضاء من القضاء، و3 أعضاء من البرلمان، وعضوا واحد من السلطة التنفيذية) يعبر عن هيمنة السلطتين التشريعية والقضائية على حساب السلطة التنفيذية والشيء الجيد في هذا رغم الأحكام المقتضبة فإن رئس المجلس ينتخب من ضمن أعضاءه.

أما صلاحيات المجلس فإنه يفصل في دستورية القوانين والأوامر التشريعية التي تحال عليه من رئيس المجلس الوطني ورئيس الجمهورية وهذا اجحاف كبير لأن رئيس البرلمان هو مشرع وكأنه يراقب عمله ان شاء حرك الدستورية فإن لم يشأ لا يحركها، وكان من المفروض إذا كان تحريك رقابة الدستورية وحيدة تمنح للقضاء وان كان هناك مجال ثان ان توكل لرئيس الجمهورية ثم أن هذه الرقابة قاصرة على القوانين والأوامر ولا تتعداها إلى التنظيم ولا إلى المعاهدات.

أما دستور عام 1976 فلم يعترف بالرقابة الدستورية واكتفى بالإشارة إلى السلطة القضائية لا لذي أطلق عليها الوظيفة القضائية وبذلك يكون هذا الدستور قد تبنى بشكل واضح المنهج الاشتراكي للتنمية حيث عالج الوظيفة القضائية في المواد (164-182) وأهم ما ورد في هذه المواد المادة 166 التي نصت (يساهم القضاء في الدفاع عن مكتسبات الثورة الاشتراكية وحماية مصالحها).

هذه المادة تجعل من القاضي مدافع عن القيم والمكتسبات الاشتراكية على حساب الافراد وهذا تحيز واضح لمؤسسات الدولة. رغم تأكيد المادة 175 أن القاضي محمي من كل أشكال التعسف والانحراف. ذلك أن وجود هذه المادة يتناقض مع المادة 175.

لذا فإن دستور 1976 أبقى العلاقة بين الدستور والقضاء علاقة مصدر وتحديد الاختصاصات فلا يوجد في دستور 1963 ولا دستور 1976 نص يعترف بالاجتهاد القضائي أو الاعتراف بدور فعال للسلطة القضائية ذلك ان الدولة في كلتا الدستورين يهيمن عليهما الحزب وينعكس ذلك على أجهزة الدولة وسلطاتها.

أما دستور 1989 فقد نظم في الفصل الرابع منه الوظيفة القضائية الذي ابقى على دور القاضي المدافع عن الثورة الاشتراكية وحمايتها ومن هذا الجانب فإن الاطار العام لهذا الدستور في مجال السلطة القضائية ابقى عليها بشكل عام ولا مجال لرقابة الدستورية.

غير أن تعديل 1996 الذي يعتبره البعض دستورا جديدا غير في مجال التسمية (السلطة القضائية) وتخلى عن دفاع القاضي عن الاشتراكية وأحدث محكمة عليا ومجلس دولة ومحكمة التنازع بغية توحيد أعمال القضاء وظهرت لأول مرة فكرة الاجتهاد القضائي الذي بقي مجرد شعار وتحول بذلك المجلس الاعلى الذي كان جهازا قضائيا معقبا على أعمال القضاة إلى جهاز إداري خاص بتعيين القضاة ونقلهم الذي يعتبر مجرد هيئة استشارية لرئيس الجمهورية في مجال حق العفو.

فضلا عن ذلك فإن هذا الدستور أسس لمجلس دستوري ضمن الباب الثالث المعنون بالرقابة والمؤسسات الاستشارية الذي أوكلت له مهمة رقابة دستورية المعاهدات والقوانين والتنظيمات والقوانين العضوية.

واستمر الوضع على ما هو عليه في تعديل 2016 الذي غير من تشكيلة المجلس الدستوري واضافة الحصانة على أعضائه الذين يجب أن يقوموا بأداء القسم واستحدث رقابة الدفع في مجال الحريات والحقوق الأساسية فقط.

ومهما يكن من أمر فإن رقابة الدستورية عن طريق مجلس دستوري ليست هي الحل الأمثل لذا ترتقب هيئة قضائية مستقلة تختص برقابة الدستورية يلجأ إليها الأفراد والمؤسسات على حد سواء في كل ما يتعلق بالمجال التشريعي (كل القوانين مهما كانت).

والملاحظ أن المراحل الاولى من قيام التجربة السياسية الجزائرية لم يؤمن فيها المشرع برقابة الدستورية إلى غاية عام 1996 نتيجة للاتجاه العام للدولة المتأثر بالنزعة الفقهية الرافضة لرقابة الدستورية والتي كانت قائمة في جميع الدول الاشتراكية.

وهذه الرقابة التي تم تأسيسها تقوم على أحداث مجلس دستوري، وهو حل مرغوب فيه متأثر إلى حد كبير بالتجربة الفرنسية التي كانت سائدة في كل دول المغرب العربي.

غير أن تونس والمغرب قد خالفتا هذه التجربة من خلال اقرارهما بمحكمة دستورية.

المبحث الثاني

التحول الكبير في العلاقة بين الدستور والقضاء

بوجود الدستور الأمريكي الذي يصنف بأنه الدستور الرائد في العصر الحديث الذي تناول في مادته السادسة الفقرة الثانية فإن الدستور يعد القانون الأعلى للبلاد، الذين يجب على القضاة الالتزام به ولو كان ذلك في مواجهة دساتير الولايات وقوانينها.

ويقع على مجلس الشيوخ ومجلس النواب ومختلف موظفي الولايات التنفيذيين والتشريعيين والقضائيين بالالتزام أيضا بالدستور.

ولذلك ظهر مبدأ سمو الدستور على باقي القوانين الاتحادية وقوانين الولايات ولم تظهر رقابة الدستورية إلى بعد حوالي 16 سنة من وجود الدستور التي تجلت بشكل أساسي في قضية ماربوري ضد ماديسون 1803.

ثم أن النمسا بفضل جهود كلسن الفكرية أسست رقابة الدستورية عام 1920 تتولاها محكمة عليا دستورية ثم انتقلت هذه التجربة إلى باقي الدول الاوروبية منها تشكيلوسلوفيكيا 1920 ثم توسعت إلى اسبانيا 1931 وباقي الدول الاوروبية.

إلا أن معاناة أوروبا من نظام هتلر كانت له آثار سلبية على الرقابة الدستورية وبشكل أخص على المبادئ الديمقراطية مثل سيادة البرلمان وسيادة الشعب والحقوق والحريات وخاصة النمسا التي كانت ضحية احتلال من قبل ألمانيا وتشيكلوسلوفاكيا الذي قضى على المحاكم الدستورية للتظهر من جديد بعد الحرب العالمية الثانية في النمسا 1945، واليابان 1947 وايطاليا 1946.

ثم أن كثيرا من الدول بعد السبعينات قد شهدت رقابة الدستورية لأنظمة دكتاتورية في الأصل وفي الدول العربية لتتعزز الرقابة في الدول كألمانيا والنمسا والسويد. ثم أن الدول الاشتراكية أثر سقوط النظام السوفياتي بعد عام 1989 ، أقدمت على تبني رقابة الدستورية بعدما كانت تعرف رقابة ذاتية قائمة على فكر كلسن التي تقوم بالرقابة السابقة واللاحقة للقوانين وفي ظل هذا التوجه تغيرت العلاقة بين القضاء والدستور. وهذا ما سنحاول الوقوف عنده من خلال المطلبين التاليين:

المطلب الأول: بداية التحول في دور القضاء (تجربة المحكمة العليا الأمريكية)

المطلب الثاني: صور العلاقة بين القضاء والدستور

المطلب الأول

بداية التحول في دور القضاء (تجربة المحكمة العليا الأمريكية)

كانت الفكرة السائدة عام 1800 تقتصر على أن المحكمة العليا لا يطبق القانون المتعارض مع الدستور، وبوصول جيفرسون أصبح الاتحاديون ينادون برقابة الدستورية والجمهوريون معارضون لها.

أما القضاة الاتحاديون فكانوا محرجين من هذا الصراع وكذلك التدخل لابعاد القوانين المتعارضة مع الدستور لأن زملائهم أصدروها . وفي هذا الصدد اعترف القاضي (شاز) رئيس المحكمة العليا بأنه ليس من حق المحكمة العليا والقضاء الاتحادي ممارسة رقابة الدستورية، وان المحكمة العليا هي الجهاز الوحيد الذي يملك هذه الرقابة.

ولما فتح النقاش حول هذا الموضوع عام 1802 بمناسبة اصلاح التنظيم القضائي الجديد عرف الكونغرس نقاشا مستفيضا بشأن رقابة الدستورية الذي ايد فيه الجمهوريون عدم الرقابة وألغو التنظيم القضائي لعام 1801 وعادوا لتنظيم 1789، مما تحررت معه الولايات على حساب السلطة الاتحادية عكس توجهات الاتحاديين.

وكما سبق أفلح الاتحاديون في ضمان القضاء نتيجة للتعيينات التي قام بها الرئيس ادامز التي من بينها تعيين جورج مارشال على رأس المحكمة العليا الذي كان معاديا لجيفرسون في توجهاته الذي ظل رئيسا لمدة 35 سنة الذي آمن من أن بقاء الاتحاد رهن السلطات الاتحادية من خلال القضاء الاتحادي الذي يضمن وحدة القانون في تحقيق الاستقرار ورعاية مسيرة الآباء، ذلك أن مؤسسات الولايات حسب مارشال لا يمكن أن تستمر في اداء عملها بشكل عاد أمام النزاعات التي يمكن تصادفها التي كانت في حاجة ماسة إلى مؤسسة تحميها، وهذه المؤسسة هي القضاء الاتحادي الحامي لمصالح الاتحاد.

غير أن المشكل الذي واجهه مارشال لدى توليه المنصب هو أنه اعترف بعدم دستورية للتنظيم القضائي لعام 1801 وكذلك التنظيم القضائي لعام 1789 الذي أعيد الرجوع إليه. فإن هناك مسألة تطرح بحدة مفادها من ينفذ عم الدستورية؟ فالمحكمة العليا لا تملك هذه الخاصية بموجب الصلاحيات التي تتمتع بها، كما ان أغلب القضاة كبار في السن الذين يعينون لمدى الحياة وكانت هذه فرصة لجيفرسون.

ولم تطرح قضية الدستورية أمام المحكمة العليا بشكل مباشر وإنما جاءت بمناسبة رفض تبليغ قرار إداري (تعيين ماربوري قاض من قبل الرئيس ادامز وآخرون).

وقد رفض وزير العدل ماديسون تبليغ التعيينات المتبقية التي لم تصل لأصحابه نتيجة للسرعة التي اتسمت بهاتعييناتادامز وقراراته.

وبقيت تلك التعيينات على مكتب الوزير في انتظار تعليمات الرئيس جيفرسون الذي علم بها فطلب من ماديسون تبلغ 25 منها فقط.

وكان ماربوري من بين الذين لم يتم تبليغهم فقام رفقة ثلاثة آخرين الذين تتوفر فيهم الشروط بطرح القضية على المحكمة الاتحادية في ديسمبر 1801، لذا طلبت المحكمة من ماديسون استفسارا ضمن مهلة محددة تحددت بجوان (7 أشهر) التاريخ الذي كان من المتوقع حضور الأطراف أمام المحكمة إلى انه تخلف إلى غاية عام 1803 (14 شهرا) بحكم أن الكونغرس ألغى دورة جوان خلال عامي 1802، و1803 لأن القضية لم تكن ذات أهمية كبيرة[29] وكان على المحكمة أن تختار أحد الحلين:

الحل الأول أن تعلن المحكمة عن اختصاصها في نظر القضية وهذا يثبت استقلال المحكمة وهذا يتناقض مع توجهات الاتحاديين الذين كما سلف أرادوا أن تكون المحكمة مسيطرة على الاتحاد وتقود مسيرته كما أرادها الآباء.

أما الحل الثاني أن تعلن المحكمة عدم اختصاصها وهذا ينال من قيمتها ومكانتها.

وانتهى الأمر بتبني الحل الأول بنوع من التعديل حيث أكد مارشال أن المحكمة العليا تسمو على السلطتين التشريعية والتنفيذية حسب المادة الثالثة من الدستور.

وكانت المسائل التي أثارها محامي ماربوري (شال لي) قد ركزت على الأوجه التالية:

1-حق القضاة المعينون من قبل الرئيس ادامز من التبليغ بالتعيين

2-إن الامتناع عن تبليغهم يفيد خرق القانون

3-ان مهمة القضاة هو تصحيح أخطاء السلطة التنفيذية.

ولما تناولت المحكمة العليا (مارشال) اعتبرت الاوجه المثارة تشكل خرقا للقانون أي لحقوق ماربوري ومن ثمة وجب تصحيحه، فهل تملك المحكمة العليا تصحيحه في مواجهة السلطة التنفيذية.

الجمهوريون وماديسون كانوا يعتقدون أن المحكمة لا تملك هذا الحق الذي يؤدي في حالة الاعتراف به إلى تدخل متواصل للقضاء في أعمال السلطات الأخرى لأن هذا يتعارض مع مبدأ الفصل بين السلطات الذي يقره الدستور.

وقد سلم مارشال أن ممارسة الرئيس لصلاحياته السياسية الموكولة له بموجب الدستور ليس من حق المحكمة النظر فيها تبعا للقاعدة الشهيرة القاضية بأن القضاء لا يتدخلون في المسائل السياسية.

أما الوضع المثار في قضية الحال يتعلق بقرار إداري صادر حسب القانون وموثق في الارشيف فإن من حق المحكمة أن تأمر السلطة التنفيذية بتنفيذ القرار، وفي هذا الشأن ميز مارشال ما بين المسائل السياسية الصرفة للرئيس التي لا دخل للقضاء فيها وبين المسائل الادارية للرئيس التي من حق القضاء التدخل فيها قائلا (فإذا ما اتخذ وزيرا محتجا بصلاحياته ووظائفه قرارا غير قانوني أدى إلى إلحاق الضرر بأحد الأفراد لا يمكننا الادعاء أو وظيفته بحد ذاتها تعفيه من الملاحقة وفقا للأصول العادية للمراجعة ... وقرار المحكمة بإلزام الوزير بالتنفيذ ليس موجها ضد وظيفته السياسية بل هو نتيجة حتمية لطبيعة الأمور)[30].

لا شك أن المحكمة بهذا الحكم كانت تقف ضد تعسف الإدارة، ولكن مشكلة تنفيذ حكم المحكمة كان يشكل طريقا مسدودا.

أما الإشكالية الثانية مفادها أن بإمكان مارشال أن يقضي بعدم دستورية التنظيم القضائي لعام 1789. وأنه كان يجب رفع القضية إلى المحكمة الاتحادية على مستوى الولايات وليس أمام المحكمة العليا لأن هذه الأخيرة محكمة استئناف، وهذا يعني أن قانون 1789 أخطأ في الاعتراف للمحكمة العليا في النظر في القضية مباشرة دون المرور بالمحاكم الاتحادية وقد كانت نية مارشال الوقوف على ثلاثة نقاط:

1-حق المحاكم في مراقبة أعمال السلطة التنفيذية

2-عدم تنفيذ المحكمة العليا لقانون 1789 في مجال الاوامر التنفيذية

3-حق المحكمة في رقابة الدستورية وحقها في عدم قبول قانون يتجاوز صلاحيات السلطة التنفيذية.

وكنتيجة لذلك توصل مارشال إلى أن المادة 13 من قانون التنظيم القضائي لعام 1789 متعارضة مع الدستور في مادته 2/3.

وعليه فإن الكونغرس لا يملك سحب بعض صلاحيات المحكمة، وعلى العكس يملك اضافة اختصاصات جديدة للمحكمة.

وقد طرح مارشال بعد ذلك سؤالا مهما مفاده هل يمكن لعمل متعارض مع الدستور أن يشكل قانونا للدولة؟ والجواب على ذلك معروف لأن العمل المخالف للدستور يجب ابطاله قائلا: (أن القانون المخالف للدستور باطلا وان المحاكم وبقية أجهزة الحكم ملزمة بهذا التدبير)[31] وظل هذا الحكم وحيدا لمدة 50 سنة.

وفي ظل هذه المعطيات تبين أن دور المحكمة العليا لم يكن قانونيا فقط بل كان سياسيا أيضا وهذا ما قاله روبير أ .دال (أن من يصف المحكمة العليا في الولايات المتحدة بأنها هيئة قضائية فحسب إنما يقلل من مغزاها ونفوذها في النظام السياسي الأمريكي لأنها هيئة سياسية أيضا لأنها تفصل في مسائل مختلفا عليها على مستوى السياسية القومية)[32].

والنظام الأمريكي كما سلف قائم على السوابق القضائية التي تقوم بدورها على مبدأ المعقولية حيث أن القضاة الأمريكيين محكومين بالسوابق القديمة إلا أذا اصطدمت بقاعدة جديدة مستمدة من مبادئ العقل والشعور بالعدالة ذلك أن مبادئ العدالة واجبة الإتباع إذا ما تعارضت مع القوانين.

مع العلم أن القضاة الأوائل في أمريكا مهما كانت اصنافهم لجأووا إلى الحقوق الطبيعية والعقد الاجتماعي كقيد وارد على الحكومة. لذا هناك مبدأ قائم في الولايات المتحدة يقضي بان القضاء مفروض أن يقضي في النزاع المعروض عليه بحجة عدم وجود نص يطبق على تلك الحالة فإن القاضي هنا يكون منكرا للعدالة التي هي وظيفته الأساسية.

وسلطة المحكمة ليست مطلقة فهي مقيدة بإرادة المشرع الدستوري التي يمكن أن يلغيها، وكذلك يمكن للمشرع أن يحد من سلطة المحكمة من خلال حركة التعيينات والعزل كما فصل روزفلت عام 1937 فالمحكمة متقيدة عموما بأحكام الدستور كما حددها واضعوه، ومن الصعب أن نفسر الدستور حسب واضعيه استحضار نواياهم خاصة في ظل عامل الزمن والتحولات المختلفة التي حدثت على المستوى القانوني والاقتصادي والسياسي والاجتماعي، أن مقاصد الأباء في الدستور الأصلي تصطدم مع الموضوعات الجديدة فمثلا كانت العبودية شيء عادي لدى صياغة الدستور ولدى صانعيه لكنها اصطدمت بواقع جديد وهو محاربة الرق داخليا ودوليا فجاء التعديل الثالث عشر 1868 لتقرير المساواة بين الجنسين.

ولدى وصول روزفلت عام 1932 الذي انتخبته كل الولايات إلا ستة الذي وجد مجتمعا تفشت فيه البطالة بشكل واسع 13 مليون.

هذه المرحلة أملت الاصلاحات على أثر الازمة الاقتصادية التي شهدها العالم ابتداء من عام 1929 حيث اقتنع الكونغرس والرئيس بضرورة تدخل الدولة.

وكانت المحكمة العليا شكلت آنذاك من (4 محافظين و 2 ليبراليين و 2 جمهوريين) التي وقفت في وجه الرئيس استنادا إلى وظيفة الدولة الحارسة واستنادا لعدم دستورية القوانين المتعلقة بالاصلاحات مما جعل الرئيس يؤكد في مؤتمر صحفي (ان الامة في خطر نتيجة موقف مسنين مازالوا يعيشون عصر عربات جياد المسافرين من خلال زجاج نظراتهم السميكة)[33].

هذا المؤتمر مكن الرئيس بمساعدة الكونغرس من اصدار قوانين جديدة شبيهة بتلك التي رفضتها المحكمة ماحي (1936-1937) غير أنه بعد انتخابات عام 1936 حصل الرئيس على تأييد كل الولايات ما عدا ولايتين، مما مكنه من المضي قدما إلى اصلاح المحكمة العليا من خلال اقدامه على تعيين بعض أعضاءها، إلا أن الكونغرس رفض في البداية مشروع الرئيس الخاص بتجديد أعضاء المحكمة ولكن المحكمة خضعت لارادة الناخبين، ففقدت جزء كبيرا من قوتها ومكانتها مما جعل روزفلت يترشح لمدة ثالثة عام 1940، ومدة رابعة عام 1944 الذي لم ينه ولايته وخلفه نائبه ترومان عام 1945.

المطلب الثاني

صور العلاقة بين القضاء والدستور

فضلا عما تقدم فإن تجارب الدول والفكر القانوني السائد فيها حتى في ظل الايديولوجية الواحدة حسب الصلاحيات التي يملكها القضاء، اعترف لهم الدستور أحيانا بالاجتهاد القضائي وأحيانا بدون هذا الاعتراف فإن القضاء شق طريقه واثبت وجودهبأنه جهاز له وزنه ضمن إطار النظام السياسي للدولة.

ومن خلال هذه النظرة اثبت القضاء لدى دول كثيرة أنه مجرد أداة لتطبيق القانون حيث لا مجال للاجتهاد لأن ذلك يتجاوز صلاحيات القاضي.

وعلى خلاف هذه النظرة لعب القضاء دورا أساسيا في المحافظة على الدستور وابعاد القوانين المتعارضة عن طريق رقابة الدستورية.

وانطلاقا مما تقدم نتناول حدود العلاقة بين الدستور والقضاء من خلال الفرعين التاليين:

الفرع الأول: القاضي المقيد (القضاء وظيفة)

الفرع الثاني: القاضي المتحرر (خالق القانون).

الفرع الأول: القاضي المقيد (القضاء وظيفة)

اعتمدت دول كثيرة هذا المنحى حيث يلقب فيها القاضي بفم الدستور التي تعني أن القاضي ناطق باسم الأحكام القضائية من خلال قراءة هذه الأحكام الخاصة بعدم الدستورية، وفي حالة وجود القاضي أمام صعوبة فإنه بإمكانه أن يرجع إلى الأعمال التحضيرية أو نية المشرع، فالقاضي في قيامه بهذا الدور لا

يخلق القانون ولا يكتشفه، بل يتأكد من وجوده بالدرجة الأولى عن طريق تفسير القاضي للقواعد الدستورية.

ومثاله ما قام به المجلس الدستوري الفرنسي في تصديه لعمل المرأة ليلا في قطاع الصناعات التي توصل فيها إلى ان المرأة تتمتع بحقوق خاصة تمنع عملها ليلا وإن ذلك لا يخل بقاعدة المساواة. وورد نفس التأكيد تقريبا لدى المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في جويلية 1991 التي أعلنت فيه أن دور القاضي يجب أن ينطلق من تحديد معنى النص في إطاره الصحيح عن طريق تفسيره للنص وفق معناه الصحيح من بين التفسيرات المتباينة التي تكون لديه أو أمامه وهذه ليست مسألة سهلة.

وتجدر الاشارة إلى أن الدساتير الاشتراكية أكدت على أن القضاء وظيفة أساسية لأنه ملتزم بخدمة الاشتراكية مثل المادة 166 من الدستور الجزائري لعام 1976.

وذهب اتجاه فرعي إلى ان القضاء مرفق عمومي مثل سائر الوظائف الأخرى وهو ما يجعل القضاء مجرد سلطة إدارية ويندرج الدستور الفرنسي في هذا الاطار الذي اعتبر القضاء مجرد مرفق خاضع لأحكام القانون الإداري وهذا مرده إلى ان رجال الثورة كما سلف كانوا يخشون أن يكون أعمالهم محل تقدير القضاء، بل أكثر من ذلك اعتبر القضاء في وقت من الاوقات (العدو الحميم الذي لا بد منه).

لذلك يعد القضاء حسب هذا التوجه مرفقا حكوميا تستعمله السلطة لفرض سياستها القضائية فضلا عن اعتباره مظهرا من مظاهر السيادة[34].

وقد انتقد (ريني ديفيد) و (جون هازارد) موقف القاضي السوفياتي السلبي في نظرهما، الحقوق السوفياتية تعد وجها من وجوه السياسة، وهي منفصلة انفصالا تاما عن أية فكرة تجعل العدالة في مرتبة الوحي المنزل، ولذلك فإنه يتطلب من القاضي دوما أن يتقيد بما استطاع إلى ذلك سبيلا بتفسير القانون السوفياتي تفسيرا حرفيا دون أن يتعداه أو يحاول أن يخلق تحت ستار التفسير، قواعد قانونية جديدة، فالمنهج التوجيهي السوفياتي لا يتحمل فرض الاجتهاد القضائي ولا يثري البحث الفقهي لأن هذين ينسجمان مع أوضاع البلاد التي يسودها النظام البرجوازي وهما يساعدان على تخفيف المساوئ وسد الثغرات التي تلازم التشريعات البرجوازية[35].

كما ان القضاء السوفياتي قضاء غير مستقل حيث أن القضاء مجرد موظفين للدولة فضلا عن فإن القاضي معين بعيد عن الانتخاب الذي يضمن إلى حد كبير الاستقلال الوظيفي ويؤيد هذه الفكرة البعض في قوله بأن (الاجتهاد هو مصدر تعسفي للقانون)[36].

واستنادا لوجهة النظر هذه فإن القاضي يكتفي بالكشف عن القواعد القانونية فقط التي يتوقف عندها ولا يتجاوزها إلى خلق القانون.

وقد عبر رئيس وزراء ديغول مهندس دستور 1958 عن دور القاضي الدستوري قائلا: (ليس من روح الحكومة البرلمانية وليس من التقاليد الفرنسية أن يعطي القاضي أي مواطن الفرد حق تفحص تبعة القانون)[37].

انطلاقا من هذا التصريح نفهم دور المجلس الدستوري والنية التي أسس من أجلها لذلك لم تعط فرنسا القاضي الدستوري سلطة تفسير الدستور بشكل صريح ولكن واقع العمل اثبت العكس، ذلك أن القيام برقابة الدستورية وإصدار القرارات بشأنها يتطلب تفسير الدستور ومختلف النصوص القانونية السارية المفعول، لكن هذا التفسير يطغى عليه الطابع لسياسي وهو ما حدث عام 1961 عندما كانت المادة 16 مطبقة التي في ظلها تقدمت الجمعية الوطنية بلائحة لوم إلى الحكومة التي أثارت خلافا كبيرا بين الجهتين فرفع الأمر إلى المجلس الدستوري ليحل الخلاف الذي قرر أنه غير مختص للقيام بهذا الدور ما دام أن الدستور لم يعطه هذا الاختصاص. فضلا عن وجود الدولة في حالة استثنائية معلنة ويلحق بهذا الأمر أن القاضي مراقب لأعمال البرلمان التي تحال على الأجهزة المكلفة برقابة الدستورية وهنا يكمن الفرق الحقيقي بين هذه الأجهزة التي قد تقتصر على تطبيق القانون فحسب أو تتعداه إلى خلق القانون.

الفرع الثاني: القاضي المتحرر (خالق للقانون)

هذه الصورة تحدث في أغلب الأحوال عن طريق التفسير انطلاقا من قاعدة المساواة بين الأجانب والمواطنين في إطار الفكر القانوني والأخلاقي والعقائدي والسياسي، وفي ظل هذه النظرة الشمولية يتم تفسير النص ليصل القاضي إلى خلق قواعد قانونية جديدة.

فيكون التفسير طريقة لتحرير القاضي أكثر في عمله حتى يخلق القانون، ومن أجل قيام القاضي بهذا الدور فإنه يقف على كل شيء يساعده على فهم النص القانوني التي من بينها نية المشرع الحاضرة والمستقبلية والأعمال التحضيرية وروح النص وتطور المجتمع.

وهذا هو السبب الذي من أجله يتصدى القاضي لأعمال البرلمان ليستبعد بعضها وتعديل بعضها سواء عن طريق إعادة الصياغة أو الحذف أو الاضافة عن طريق تصدي القاضي أعمال البرلمان أو الأعمال السلطة التنفيذية.

وقد يتعدى الأمر ذلك بارجاع العمل إلى البرلمان أو القبول الجزئي لمشروع القانون وعدم قبول الجزء المخالف للدستور عن طريق رقابة الدستورية أو رقابة المطابقة، ومثال قانون الانتخابات الألماني الذي جاء بعد توحيد الألمانيتين الذي تم التوصل إليه بعد مفاوضات مضنية الذي كان يقضي بأن كل حزب لا يحصل على 5% من أصوات الناخبين لا يمكن أن يمثل في البرلمان إلا إذا تحالف من حزب أو أحزاب أخرى حاصلة على نسبة تتجاوز 5 %غير أن المحكمة الدستورية بناء على تدخل حزب الخضر بينت أن هذا القانون غير دستوري رغم أنه تمت الموافقة عليه من الأكثرية والمعارضة باعتباره يخل بقاعدة المساواة بين مختلف الأحزاب[38].

ويدخل في صميم دور القاضي أن يسعى جاهدا حتى لا يبطل القانون بل يستهدف إبقاؤه مع تفسيره دون أن تكون نيته المسبقة الإلغاء والإبطال والتعديل والحذف أو إرجاعه إلى البرلمان مع توجيهات الجهات القضائية إلى البرلمان وما يجب فعله حتى يكون النص الدستوري مقبولا انطلاقا من ضرورة تحقيق الانسجام بين مختلف سلطات الدولة التي هي في الأصل أنها متعاونة وليست متنافرة لأن وظيفة

القاضي الدستوري هو حارس القانون وحارس الدستور من خلال تقدير الدستورية من عدمها للأعمال التي تعرض عليه.

إن الإعلانات البريطانية ابتداء من العهد الأعظم وقانون الحقوق وملتمس الحقوق 1628، 1689 وقانون العرش وقانون البرلمان كلها قوانين تعبر عن الدور الاجتهادي للقضاء والبرلمان، ولذلك فإن القضاء الانجليزي (قضاء المحاكم العليا) هو أكثر من أي قاضي آخر منشئ للقانون في إطار دوره المقر للحقوق والحريات الأساسية[39].

هذا الدور تأثر به القضاء الأمريكي فضلا عن ذلك فإن القضاء الأمريكي عرف ابتداء من عام 1875 تأسيس محاكم المتشاربة الذين يلجأ إليهم المتنازعون هروبا من شدة القانون وصرامته الذي يحقق العدالة التي يراها المواطنون أنها ظالمة القائمة على القانون العرفي أن المحاكم المتشاربة فإنها تقدم أساس على مخاطبة الضمير النابعة من القانون العرفي الذي يسود في حالة تعارضه مع القانون الوضعي وهذا ما اعترف به القاضي أدوار كوك الذي نفذ القانون الأعلى (القانون العرفي) في قضية بونهام الصادر عن محكمة كومونة بليز عام 1610 الذي توصل في حكمه عدم إدانة السيد بونهام المتابع بممارسة مهنة الطب دون رخصة فحكم القاضي ببطلان القانون الذي يدين السيد بونهام لكونه متعارضا مع القانون العرفي الملزم للسلطة القضائية والذي يشكل القانون الأساسي للمحكمة النابع من مثل العقل الإنساني لكن المحاكم تخلت عن هذا الدور لتظهر من جديد مع إصلاح 2005 الذي أقر بوجود هيئة قضائية جديدة مشكلة من قضاة مستقلون عن مجلس اللوردات ووزراء العدل التي تكمن مهمتها في التصدي لأعمال المحاكم (محكمة عليا)[40].

ويرجع تخلي بريطانيا عن هذه المحاكم لسببين:

الأول تنامي التشريع المنسجم مع القانون العرفي عموما وتطور النظام الديمقراطي القائم على سيادة البرلمان ما دام أن بريطانيا عرفت تنازلا سلميا للسلطة من مجلس اللوردات إلى مجلس العموم ومن الملك إلى الحكومة فأصبح بذلك البرلمان معبرا عن إرادة الشعب الحقيقي بينما حسمت هذه المسألة في أوروبا عن طريق التوازن خاصة فرنسا.

أما في الولايات المتحدة الأمريكية فإن القضاء يعتبر مصدر للدستور ومصدرا رئيسا على خلاف دول أمريكا اللاتينية التي جعلت دور القاضي مقصورا على تطبيق القانون وتفسيره حرفيا ويرى القاضي (باولو) رئيس محكمة القض أنه (عندما يكون النص غامضا وعندما تنهض شكوك في مداه ومعناه أو عندما يتعارض أو يتسع أو يضيق بمقابلته مع نص آخر أرى ان للقاضي حينئذ أوسع صلاحيات للتفسير)[41].

وفي الولايات المتحدة كما سبقت الإشارة أن القضاء خاصة في الفترات السابقة كانوا يسيطرون حتى على السياسة حيث يتمتع بنفوذ كبير لم يعرفه التاريخ من قبل حيث أن النصوص الصادرة عن البرلمان كان القضاة يتعرضون لها بعدم الدستورية لهذا قال القاضي (هولمز) (اعترف دون تردد بأن القضاة يشرعون ويجب أن يشرعوا)[42]. والذي مكن القضاة من أن تكون لهم المكانة هو التأثر بالتجربة

البريطانية القائمة على القانون العرفي والسوابق القضائية لذلك قامت المحكمة العليا في الولايات المتحدة بدور ريادي في مجال الاستنباط الأحكام حيث أن رقابة الدستورية عن طريق الدعوى الأصلية ورقابة الدفع والرقابة عن طريق الحكم التقريري من ابتكار القضاء.

وبذلك فإن دور القضاء في الولايات المتحدة يتجاوز دور القضاء الفرنسي حيث يقول ادوار لومبير (أن المثل الأمريكي يثبت لنا أن هذه الرقابة تتوقف عن ان تكون مجرد جزء من التنظيم الفيدرالي لتصبح هيئة رقابة قضائية على المشرع .....فإنها تغير جذريا طبيعة الدستور التي احتضنها فهي تحل محل الدساتير الجامدة التي أقامتها الجمعيات المؤسسات (التأسيسية) دساتير قضائية غاية في المرونة تعني باستمرار بعناصر جديدة بفعل التشريع الدستوري أو ..... هي تصنيف إلى الدستور القديم الشعبي، دستورا قضائيا أكثر حداثة وأكثر حيوية)[43].

وبذلك حل القضاء محل إرادة المشرع حسب البعض الذي يقول (ان طبيعة سلطة القضاء أو طبيعة وظيفتهم قد تغيرت فمن هيئة يفترض فيها أن تطبق القانون، أصبحت هيئة تراقب العمل التشريعي بل تمارس هذا العمل التشريعي أيضا)[44].

وقد تم التعبير عن هذه الفكرة بطريقة مختلفة قليلا (ان السلطة تعود من الآن فصاعدا إلى اوليغارشيه قضائية أنه حكم القضاء)[45].

الخاتمة

نخلص من هذا أن العلاقة بين الدستور والقضاء إذا كانت منعدمة في المجتمعات الأولى فإنها أصبحت واضحة في الوقت المكرسة من خلال أحكام قضائية وتعديلات دستورية أو دساتير جديدة لكن هذه النظرة ليست عامة في جميع الدول لأنها لم تقر قواعد موحدة في هذا الشأن فهي تتراوح بين الاتجاه المقر للرقابة بكل أبعادها وبين الاتجاه المحتشم لهه الرقابة الدستورية، والسبب في ذلك أن هناك بعض الدساتير تجعل السلطة القضائية مستقلة عن باقي السلطات الأمر الذي يدعو القضاء إلى الإبداع وخلق القانون بل أكثر من ذلك إلى تحديد مكانته في الدستور، والتجربة الأمريكية دليل على ذلك أن المحكمة العليا اعتبرت نفسها في بعض الفترات الزمنية أنها تسمو على باقي السلطات لأنها تتصدى لأعمال السلطتين التنفيذية والتشريعية بالإبطال والحذف والإلغاء والإضافة عن طريق تفسير الدستور الذي يعتبر حق تنفرد به المحكمة العليا.

أما تجارب دول أخرى فإن القضاء يكمن دوره في حماية الدستور فقط دون أن يساهم في خلق قواعد قانونية.

وأمام هذه الحقيقة فإننا نقترح بعض الملاحظات التي من شأنها أن تجعل العلاقة بين الدستور والقضاء منسجمة ولكن خلاقة للقانون:

1-نقترح أن تتحول التجربة الجزائرية من مجلس دستوري إلى محكمة دستورية لتلعب دورا أساسيا في حماية الدستور من جهة وأن يلعب أعضاؤها دورا مميزا في الاجتهاد القضائي الذي يفتح فيه المجال للدعوى الأصلية ودعوى الدفع بعدم الدستورية التي تنظر في النزاعات التي يرفعها الأفراد

والنزاعات التي ترفعها مؤسسات الدولة شريطة أن يتولى عضويتها خيرة رجال القانون من أساتذة جامعيين وقضاة ومحامون ذوي الخبرة لفترة تزيد عن 20 عاما وكفاءات عالية.

2-إيجاد نظام قانوني متميز لهذه المحكمة التي تتمتع باستقلالية كاملة وتقدير كبير من المجتمع ومؤسسات الدولة القائمة على أساس الانتخاب.

3-للمحكمة التي يتم إنشاؤها نظام قانوني يمكنها من أداء مهامها على أفضل وجه تمكن بالمثول أمامها لأي شخص ولو كان رئيس الجمهورية.

4-تبين مما سبق أن العلاقة المثلى للقضاء والدستور كانت في العهد الإسلامي حيث أن مخالفة الله والضمير عاملين أساسيين في نجاح العلاقة التي تقوم على أن هناك جزاء دنيوي وآخر أخروي للقضاة.

5-ضرورة التشدد في شروط تولية أعضاء هذه المحكمة الدستورية التي تمثل صفوة النخبة بتمكين الأساتذة الجامعيين من عضويتها عن طريق السماح بتنفيذ النصوص القانونية التي تحكم القضاء ذات العلاقة.

6التأكيد بشدة وقوة على الاجتهاد القضائي الذي يحرر القاضي من رقابة النصوص القانونية الجامدة والتي من شأنها أن تجعل القاضي متحجرا بعيد عن الابداع والخلق لقواعد القانون في ظل رقابة دستورية فعلية.

---

(1)- منذر الشاوي، الانسان والقانون، الذاكرة للنشر والتوزيع، بغداد الصدافية، 2015، ص 333.
(2)- د. علي محمود جعفر، تاريخ القوانين والشرائع، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 1982، ص 113.
(3)- المرجع نفسه، ص 114-115.
(4)- منذر الشاوي، المرجع السابق، ص 335.
(5)- عبد الغني بسيوني عبد الله، نظرية الدولة في الاسلام، الدار الجامعية، بيروت، 1976، ص 275.
(6)-المرجع نفسه، ص 274-275.
(7)-عبد الغني بسيوني عبد الله، المرجع السابق، ص 275-277.
(8)- زهير شكر، النظرية العامة للقضاء الدستوري، الجزء الاول، دار بلال، بيروت، 2014، ص 341.
(9)- منذر الشاوي، المرجع نفسه، ص 343.
(10)-المرجع نفسه، ص 344.
(11)- منذر الشاوي، المرجع نفسه، ص 347.
(12)-المرجع نفسه، ص 348.
(13)-المرجع نفسه، ص 352.
(14)- زهير شكر، المرجع السابق، ص 54.
(15)- المرجع نفسه، ص 57.
(16)-د. كريم يوسف أحمد كشاكش، الحريات العامة في الأنظمة السياسية المعاصرة، منشأة المعارف الاسكندرية، 1978، ص 428-429.
(17)- ChrestienLerat, La cour suprême des états Unis, pouvoirs et évolutions historiques, presses universitaires de Bordeaux, 4eme éditions, 1990, P 6.
(18)- أحمد العزي النقشبندي، تعديل الدستور دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، مؤسسة الوراق للنشر والتوزيع، الاردن، 2006، ص 199.
(19)-المرجع نفسه، ص 199.
(20)-المرجع نفسه، ص 206.
(21)-زهير شكر، المرجع السابق، ص 65.
(22)-المرجع نفسه، ص 68.
(23)-أحمد العزي النقسبندي، المرجع السابق، ص 254.
(24)- زهير شكر، المرجع السابق، ص 69.
(25)- المرجع نفسه، ص 401.
(26)- جاك دونديودي فاير، الدولة، ترجمة د. سموحي فوق العادة، مكتبة الفكر الجامعي، منشورات عويدا لبيروت، 1970، ص 34.

(27)- المرجع نفسه، ص 114.
(28)- المرجع نفسه، ص 115.
(29)- جاي م، فيتمان، النظام الامريكي، ترجمة د. أحمد أمين الجمل الجمعية المصرية لنشر المعرفة والثقافة العالمية، القاهرة، 2005، ص 37.
(30)- زهير شكر، المرجع السابق، ص 81.
(31)- المرجع نفسه، ص 92.
(32)- كريم يوسف أحمد كشكاش، المرجع السابق، هامش ص 437.
جاي م .فينمان، المرجع السابق، ص 26.
(33)- زهير شكر، المرجع السابق، ص 110.
(34)- حاشي يوسف، في النظرية الدستورية ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009، ص
(35)-أحمد العزي التقشبندي، المرجع السابق، ص 259-260.
(36)- أحمد مامي سرحالي، القانون الدستوري والنظم السياسية الاطار والمصادر، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 2002.
(37)-أحمد العزي التقشبندي، المرجع السابق، ص 268.
(38)-زهير شكر، المرجع السابق، ص 34.
(39)-المرجع نفسه، ص 48.
(40)- المرجع نفسه، ص 51.
(41)-أحمد العزي التقشبندي، المرجع السابق، ص 240.
(42)- Ardant PH et Mathieu B, Institutions politiques et droit constitutionnel, 2eme édition LGDJ, Paris, 2009, P 112.
(43)- المرجع نفسه، ص 310-311.
(44)-منذر الشاوي، القانون الدستوري، الجزء الثاني، مطبعة شفيق، بغداد، 1970، ص 20-21.
(45)- المرجع نفسه، ص 20.

الدفع بعدم دستورية القوانين في التشريع الجزائري



الأستاذ الدكتور / معراج جديدي
جامعة الجزائر

❋ ❋ ❋ ❋ ❋

مقدّمة:

يعد مبدأ عدم مشروعية القوانين من المبادئ الأساسية التي تفتح المجال للمتقاضي التظلم أمام هيئة هيئة دستورية عليا في الدولة وتطبيقا لهذا المبدأ نظمت مختلف دساتير الدول المغاربية[1] في التعديلات الحديثة أحكاما تنظم كيفيات وطرق لجوء أحد أطراف الدعوى إلى الهيئات الدستورية[2].

وبقراءة سريعة للمواد والفصول الدستورية والقوانين التنظيمية ذات الصلة يلاحظ القارئ بأنها متطابقة إلى حد بعيد مع بعض الاختلاف في الصياغة وفي استعمال المصطلحات وفي تسمية الهيئات الدستورية .

وفي هذا الصدد سنحاول بكل اختصار عرض ما ورد في الدساتير من مبادئ وما ورد في القوانين التطبيقية في محورين اثنين الأول يخص القواعد الموضوعية في الدساتير وفي القوانين التطبيقية والمحور الثاني يخصص للقواعد الإجرائية.

المحور الأول

القواعد الموضوعية لمبدأ الدفع بعدم الدستورية

تكرس دساتير كل الدول المغاربية هذا المبدأ في دساتيرها بعد التعديلات الحديثة وسنتعرض بعجالة أولا إلى الأحكام الدستورية ثم إلى الشروط الموضوعية لقبول أو عدم قبول الدفع.

أولاً- الأحكام الدستورية:

ففي دستور ليبيا تنص المادة 152 على أن: "الطعن أمام المحكمة يجوز لكل ذي مصلحة اللجوء للمحكمة الدستورية للطعن بعدم الدستورية سواء بطريق مباشر أو بالدفع الجدي بعدم الدستورية في دعوى منظورة أمام المحاكم وفق ما ينظمه القانون."

وفي دستور الجمهورية التونسية تنص الفقرة الرابعة من الفصل 120 على أن: " المحكمة الدستورية تختص دون سواها بمراقبة دستورية القوانين التي تحيل عليها المحاكم تبعا للدفع بعدم الدستورية بطلب من أحد الخصوم في الحالات وطبق الإجراءات التي يقرها القانون."

وفي دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية تنص المادة " : 188 يمكن إخطار

المجلس الدستوري بالدفع بعدم الدستورية بناء على إحالة من المحكمة العليا أو مجلس الدولة، عندما يدعي أحد الأطراف في المحاكمة أمام جهة قضائية أن الحكم التشريعي الذي يتوقف عليها مآل النزاع ينتهك الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور."

وفي دستور الجمهورية الإسلامية الموريتانية تنص(المادة 86 جديدة) في فقرتها الأخيرة: " يخول المجلس الدستوري اختصاص التعهد في شأن دعوى بعدم الدستورية أثيرت أثناء محاكمة وذلك متى دفع أحد الأطراف بأن القانون الذي يتوقف عليها مآل النزاع يمس بالحقوق والحريات التي يضمنها الدستور."

وفي دستور المملكة المغربية ينص الفصل 133 على: " تختص المحكمة الدستورية بالنظر في كل دفع متعلق بعدم دستورية قانون، أثير أثناء النظر في قضية، وذلك إذا دفع أحد الأطراف بأن القانون، الذي سيطبق في النزاع، يمس بالحقوق وبالحريات التي يضمنها الدستور .يحدد قانون تنظيمي شروط وإجراءات تطبيق هذا الفصل."

ثانياً- الشروط الموضوعية:

لقد اشترطت القوانين التطبيقية والمنظمة لقبول أو عدم قبول الدفع في الدول المغاربية توافر جملة من الشروط سنقتصر في هذا الصدد على قوانين كل من الجمهورية التونسية[3] الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية[4] والمملكة المغربية[5].

تتحد قوانين الدول الثلاثة في إيراد الشرطين الأول والثاني مع ملاحظة أن القانون التطبيقي الجزائري ينفرد بشرط جدية الوجه المثار.

1- أن يكون النص التشريعي الذي يدعي أحد أطراف الدعوى بعدم دستوريته يتوقف عليه مآل النزاع في الدعاوي العادية والدعاوي الإدارية إذ أنها تشكل أساس المتابعة في القضايا الجزائية في التحقيق والمحاكمة.

2- أن لا يكون النص التشريعي المثار بعدم دستوريته قد سبق التصريح بمطابقته للدستور باستثناء حالات تغير الظروف وهذا ما يثير الجدل بالنسبة للقوانين العضوية التي أقر المجلس الدستوري مطابقتها.

3- أن يتسم الوجه المثار بالجدية بمعنى أن المشرع قد أعطى للجهات القضائية بمختلف درجاتها التي يعرض عليها النزاع سلطة واسعة لقبول أو رفض الإثارة بعدم دستورية النص التشريعي خلال النظر في الدعوى.

وبهذه الشروط الواردة في المادة 08[6] والتي تطبق في كل المحاكم يجعل من الصعوبة وصول الإثارة بعدم الدستورية إلى المجلس الدستوري يمكن لقاضي الدرجة الأولى أن يقضي بعدم جدية الوجه المثار، مع الملاحظة بأن القاضي لا يجوز له إثارة الدفع تلقائيا بمناسبة القضايا المعروضة عليه التي تتعلق بالحقوق والحريات التي يضمنها الدستور وهي من صميم النظام العام.

المحور الثاني

القواعد الإجرائية لتطبيق مبدأ الدفع بعدم الدستورية

يهدف بالأساس مبدأ عدم الدستورية إلى السماح للمتقاضي في نزاع أصلي معروض على جهة قضائية يدعي أن القانون الذي يتوقف عليها مآل الدعوى غير دستوري يمس بحق أو حرية له يضمنها الدستور وذلك في إطار قواعد إجرائية تحددها القوانين الخاصة لكل دولة.

ففي الجزائر يشترط لرفع الدفع أمام القضاء العادي أو القضاء الإداري أن يكون بواسطة مذكرة مكتوبة منفصلة عن الدعوى الأصلية ومسببة.

وفي المملكة المغربية يرفع الدفع بعدم الدستورية بموجب مذكرة كتابية حددت المادة 05 الشروط التالية[7]:

1- أن تقدم المذكرة كتابيا بصفة مستقلة عن الدعوى الأصلية.

2- أن تكون موقعة من قبل الطرف المعني أو من قبل محام مسجل في جدول هيئات المحامين.

3- أن يقدم طالب الدفع رسما قضائيا (كفالة) يحدد مبلغها التشريع الجاري به العمل.

4- أن تتضمن المذكرة المقتضى التشريعي موضوع الدفع بعدم الدستورية، الذي يعتبره صاحب الدفع أنه يمس بحق من الحقوق أو بحرية من الحريات التي يضمنها الدستور.

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

6- أن يكون القانون موضوع الدفع هو الذي تم تطبيقه أو يراد تطبيقه من لدن المحكمة في الدعوى أو المسطرة أو يشكل أساسا للمتابعة، حسب الحالة.

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

8- يجب أن ترفق المذكرة بنسخ منها مساوية لعدد أطراف الدعوى.

أما في الجمهورية التونسية ينص الفصل 55 من القانون الأساسي[8]: "يقدّم الدّفع بعدم الدستوريّة بمقتضى مذكّرة مستقلّة ومعلّلة محررة من قبل محام مرسم لدى التعقيب تحتوي على عرض في بيان أسباب الدّفع مع تحديد مفصّل لأحكام القانون المطعون فيها

وفي هذا الصدد، قد بدأ تطبيق هذا المبدأ بالدفع أمام المجلس الدستوري الجزائري في القضية المعروضة والمتعلقة بعدم دستورية المادة 416 من قانون الاجراءات الجزائية.

الهوامـش:

(1) الدول المغاربية: ليبيا، الجمهورية التونسية، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، الجمهورية الإسلامية الموريتانية، المملكة المغربية.

(2) تسمية الهيئات الدستورية، المحكمة الدستورية في كل من الدول التالية: ليبيا، الجمهورية التونسية، المملكة المغربية والمجلس الدستوري في كل من: الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، الجمهورية الإسلامية الموريتانية.

(3) تونس، قانون أساسي عدد 50 لسنة 2015 مؤرخ في 03 ديسمبر 2015 يتعلق بالمحكمة الدستورية.

(4) الجزائر، قانون عضوي رقم 16-18 مؤرخ في 02 سبتمبر سنة 2018، يحدد شروط وكيفيات الدفع بعدم الدستورية.

(5) المغرب: القانون التنظيمي رقم 86.15 يتعلق بتحديد شروط وإجراءات الدفع بعدم دستورية قانون.

(6) المادة 8 من القانون العضوي رقم 16-18

(7) المادة 5 من القانون التنظيمي رقم 15-86 يتعلق بتحديد شروط وإجراءات الدفع بعد دستورية قانون.

(8) الفصل 55 من القانون الأساسي عدد 50 لسنة 2015 مؤرخ في 03 ديسمبر 2015 يتعلق بالمحكمة الدستورية.

الاختصاص الاستشاري لمجلس المحاسبة الجزائري



الأستاذ الدكتور / عبد الحليم مشري
مدير مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع

الأستاذة الدكتورة / حسينة شرون
مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع

كلية الحقوق والعلوم السياسية – جامعة بسكرة

❋ ❋ ❋ ❋ ❋

مقدّمة:

تتنامى قيمة الاستشارة يوميا بتنامي وتشعب مجالات الحياة، هذه الأخيرة التي أصبحت من السعة بمكان، حيث يعجز الفرد عن معرفة كل جوانب معيشته، ولعلنا لا نبالغ إن قلنا بأن العجز المعرفي أصاب حتى الدول رغم ما تمتلكه من مقومات بشرية ومادية، حيث بات من المعروف أن كل دول العالم بما في ذلك الدول القوية، تلجأ إلى أسلوب الاستشارة لربح الوقت والمال والجهد في تحقيق خياراتها وانجاز نشاطاتها، وهو ما دفع إلى ترقية الهيئات الاستشارية إلى مصاف المؤسسات الدستورية بالنظر إلى قيمتها الملموسة.

وتطلب الاستشارة في مجالات متعددة، منها الأمنية، والمجتمعية، والحقوقية، وغير ذلك الكثير، ولعل طلب الرأي في الأمور المالية، يكاد يكون احتياجا مشتركا لكل دول العالم، ذلك أن الاقتصاد الجيد هو محرك كل أنشطة الدولة، الأمر الذي يجعل اللجوء إلى الهيئات الاستشارية في المجال المالي من الضرورات المعاصرة، ولما كان مجلس المحاسبة الجزائري هو هيئة الرقابة العليا لمالية الدولة، فإن استشارته فيما يتعلق باختصاصه يعد بديهية لتطوير اقتصاد الدولة.

غير أن مجلس المحاسبة وإن كان مؤسسة دستورية، غير أن مجال اختصاصه الأساسي هو الرقابة البعدية لمالية الدولة، أما اختصاصه الاستشاري فلم تتم دسترته، وإنما تقرر بقواعد قانونية لم ترق لمصاف القواعد الدستورية، وهو ما دفعنا إلى البحث في اختصاصات المجلس الاستشارية، وبالنظر إلى تعدد اختصاصات مجلس المحاسبة بين إدارية وقضائية واستشارية، فإن التساؤل الرئيس للدراسة يدور حول ما يلي: هل وفرت الدول السبل الكفيلة للاستفادة من استشارة مجلس الدولة في مجال اختصاصه؟

للإجابة على هذا التساؤل الرئيس وما يتبعه من تساؤلات فرعية، قسمنا هذه الدراسة إلى محورين، تناولنا في الأول مقومات مجلس المحاسبة الجزائري (المبحث الأول)، ثم انتقلنا إلى الصلاحيات الاستشارية لهذا المجلس في (المبحث الثاني).

المبحث الأول

مقومات مجلس المحاسبة الجزائري

نجد أنه من المفيد الوقوف في هذا المبحث على إمكانيات مجلس المحاسبة كمؤسسة دستورية، من أجل البحث عن مقياس تقريبي لقدرته على تحمل الاختصاصات المسندة إليه، فنتعرف في البداية على ماهية مجلس المحاسبة كمؤسسة دستورية المطلب الأول)، حيث نتطرق بشكل موجز إلى القوانين المتعاقبة المرتبطة به، ثم هيكلته وتشكيلته البشرية، والمهام الموكلة إليه (المطلب الثاني)، وهذا كله من أجل التمهيد لموضوع الاختصاص الاستشاري لهذه المؤسسة.

المطلب الأول

تأسيس مجلس المحاسبة

لم يعرف دستور 1963 أي نصوص متعلقة بوظيفة الرقابة المالية، ويبدوا أن المؤسس الدستوري قد ترك هذا الدور للسلطة التنفيذية، الذي تجسد فعليا من خلال المرسوم 63 – 127 المتعلق بتنظيم مصالح وزارة المالية[1]، حيث تم إنشاء العديد من الهيئات التابعة لوزير المالية على غرار مجلس المحاسبة، المفتشية العامة للمالية، الوكالة القضائية للخزينة، وغيرها من الهيئات المختصة بممارسة وظيفة الرقابة المالية، المنصوص عليها في المادة 03 من هذا المرسوم، غير أن مجلس المحاسبة لم يتجسد على أرض الواقع، وتأكد هذا الأمر بصدور المرسوم 71 – 259[2] الذي ألغى المرسوم السابق، وأعاد تنظيم المصالح المركزية لوزارة المالية دون النص على مجلس المحاسبة[3].

ثم جاء بعد ذلك دستور 1976 الذي استحدث في فصله الخامس وظيفة الرقابة المالية وليس الفصل المتعلق بالوظيفة القضائية[4]، واعتبرها عامل رئيسي في مسيرة الثورة، وهي تندرج ضمن التنظيم المنسجم الذي تقوم به الدولة الاشتراكية ، ونص صراحة في المادة 190 على تأسيس مجلس المحاسبة، حيث جاء فيها: "يؤسس مجلس المحاسبة، مكلف بالرقابة اللاحقة لجميع نفقات العمومية للدولة والحزب والجماعات المحلية والجهوية والمؤسسات الاشتراكية بجميع أنواعها.

يرفع مجلس المحاسبة تقريرا سنويا إلى رئيس الجمهورية.

يحدد القانون قواعد تنظيم هذا المجلس وطرق تسييره وجزاء تحقيقاته"، غير أنه لم يتم تجسيد هذا النص الدستوري عمليا إلا بعد صدور القانون 80 – 05 المتعلق بممارسة وظيفة المراقبة من طرف مجلس المحاسبة[5]، حيث جاء في المادة 03 من هذا القانون أن مجلس المحاسبة هيئة ذات صلاحيات قضائية وإدارية مكلفة بمراقبة مالية الدولة والحزب والمؤسسات المنتخبة والمجموعات المحلية والمؤسسات الاشتراكية بجميع أنواعها، ويخضع في نشاطه لسلطة رئيس الجمهورية[6]، وحسب المادة 21 من ذات القانون فإن أعضاء المجلس قضاة يخضعون للقانون الأساسي للقضاء[7].

بصدور دستور 1989 حافظ مجلس المحاسبة على مركزه كمؤسسة دستورية رقابية مع تعديل طفيف في الصياغة يتماشى مع التحولات السياسية العميقة في الدولة، خصوصا ما تعلق بتكريس التعددية الحزبية، والتخلي عن النهج الاشتراكي، فأصبحت الفقرة الأولى من المادة 160 تنص على ما يلي:

"يؤسس مجلس محاسبة، يكلف بالرقابة البعدية لأموال الدولة، والجماعات الإقليمية، والمرافق العمومية..."، وهي ذات الصياغة التي حافظ عليها التعديل الدستوري لسنة 1996، في المادة 170 منه.

وقد عرفت الفترة التشريعية التي أعقبت دستور 1989، صدور قانونين متعلقين بمجلس المحاسبة، أولهما القانون 90 – 32 المتعلق بمجلس المحاسبة وسيره[8]، والذي عرف تضييقا كبيرا في مجال رقابة المجلس، حيث قصرها فقط على الهيئات الخاضعة في تسييرها لقواعد المحاسبة العمومية (المادتين: 03، 04)، كما تم تجريد هذه المؤسسة من صلاحياتها القضائية، حتى أن قضاتها أصبحوا غير خاضعين للقانون الأساسي للقضاء[9]، كما أن المجلس لم تصبح له أية صلاحية في توقيع الجزاءات بنفسه، وإنما يكتفي بتقديم عريضة أمام المحاكم الجزائية وفقا للإجراءات المنصوص عليها في المواد 59 إلى 67 من ذات القانون[10].

غير أن المشرع لم يلبث أن أعاد تنظيم مجلس المحاسبة مرة أخرة بموجب الأمر 95 – 20 المتعلق بمجلس المحاسبة[11]، حيث استرجع المجلس وظيفته القضائية[12] عند مراقبته للحسابات العمومية والتسيير المالي، وأصبح يمتلك سلطة توقيع الجزاءات دون اللجوء إلى جهات قضائية أخرى، كما وسع المشرع في كيفيات ممارسة الرقابة المالية، حيث أصبح دوره غير مقتصر على رقابة المطابقة، بل يتعدى ذلك لتقييم نوعية التسيير المالي للهيئات العمومية وفقا لمعايير اقتصادية، كما توسع المجلس هيكليا بإنشاء غرف إقليمية لمراقبة أموال الهيئات المحلية، إضافة للغرف الوطنية التي أصبحت تختص بمراقبة أموال الدولة من الهيئات الوطنية والوزارات والمصالح التابعة لها[13].

في الأخير تم تعديل الأمر 95 – 20 بموجب الأمر 10 – 02 المتعلق بمجلس المحاسبة[14] دائما، غير أن هذا التعديل انصب في شق منه على ضبط المصطلحات تماشيا مع التسميات الجديدة لبعض المراكز القانونية[15]. غير أن هناك بعض الجزئيات التي لا ينبغي أن تفوتنا، منها ما جاء في المادة 03 من هذا الأمر المعدلة للمادة 08، والتي أضافت فقرة تستبعد فيها بنك الجزائر من رقابة مجلس المحاسبة، لاعتبارات متعددة منها أنه لا يملك سجل تجاري لكي يصنف في مصاف البنوك التجارية، كما أن أعماله من قبيل الأعمال غير الخاضعة للرقابة الإدارية والقضائية، حيث يطغى على عمله التأثيرات السياسية، حيث أنه يعتبر القاطرة التي تقود السياسة النقدية للدولة، وأن مراقبة مجلس المحاسبة لعمله وفقا للمعايير المعتمدة لدى هذا المجلس سوف يؤدي لا محال إلى عرقلة عمله، وهذا فيه إضرار كبير بالمصلحة العامة.

أما آخر تعديل متعلق بمجلس المحاسبة فهو الصياغة الجديدة لنص المادة 192 من التعديل الدستوري لسنة 2016[16] حيث أصبحت على الشكل التالي: "يتمتع مجلس المحاسبة بالاستقلالية ويكلف بالرقابة البعدية لأموال الدولة والجماعات الإقليمية والمرافق العمومية، وكذا رؤوس الأموال التجارية التابعة للدولة.

يساهم مجلس المحاسبة في تطوير الحكم الراشد والشفافية في تسيير الأموال العمومية.

يعد مجلس المحاسبة تقريرا سنويا يرفعه إلى رئيس الجمهورية وإلى رئيس مجلس الأمة ورئيس المجلس الشعبي الوطني والوزير الأول.

يحدد القانون صلاحيات مجلس المحاسبة، ويضبط تنظيمه وعمله وجزاء تحقيقاته وكذا علاقته بالهياكل الأخرى في الدولة المكلفة بالرقابة والتفتيش".

ويكون بذلك مجلس المحاسبة قد حافظ على مركزه كمؤسسة دستورية بنص وحيد في الدستور، لم يتغير فيه إلا الاصطلاح الإيديولوجي، فبالمقارنة مع المؤسسات الدستورية الأخرى على غرار المجلس الدستوري، المجلس الوطني لحقوق الإنسان، الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته، المجلس الوطني الاقتصادي والاجتماعي، نجد أن النصوص قد تعددت بخصوص تفصيل مهامها، وبالنظر إلى أن مجلس المحاسبة هو المؤسسة الدستورية العليا للرقابة البعدية لأموال الدولة والجماعات الإقليمية والمرافق العمومية على حد تعبير المادة 02 من قانون مجلس المحاسبة، فإننا نجد أن هناك نوعا نت التقصير من قبل المؤسس في حق هذه المؤسسة، فهذه الصلاحيات الخطيرة والحساسة في ذات الوقت تستدعي تفصيلا أكبر على الأقل من حيث النصوص الدستورية.

يضاف إلى ذلك أن مجلس المحاسبة كهيئة قضائية لم يعامل مذلك على قدم المساواة مع بقية المؤسسات الدستورية القضائية (المحكمة العليا، مجلس الدولة، محكمة التنازع)، التي تم تنظيمها بموجب قوانين عضوية[17]، على خلاف نص المادة 141 من الدستور التي تؤكد على أنه: "...يشرع البرلمان بقوانين عضوية في المجالات الآتية:

- تنظيم السلطات العمومية وعملها،
- ...القانون الأساسي للقضاء، والتنظيم القضائي..."، وهو ما يجعلنا نقف على أن هناك نوع من التهميش لهذه المؤسسة.

المطلب الثاني

هيكلة مجلس المحاسبة وتشكيلته

يتشكل مجلس المحاسبة من ثمانية غرف ذات اختصاص وطني، وتسعة غرف ذات اختصاص إقليمي، ومجموع هذه الغرف هي الجزء الأساسي من الهيكل القضائي لمجلس المحاسبة، وهو ما يقع التركز عليه في هذه الدراسة[18]. وسوف نتطرق لهذه الغرف فيما يلي:

الفرع الأول

غرف مجلس المحاسبة ذات الاختصاص الوطني

حددت المادة 10 من النظام الداخلي لمجلس المحاسبة[19] اختصاصات الغرف الثمانية بشكل عام، ثم جاء القرار المؤرخ في 16 جانفي 1996، الصادر عن رئيس مجلس المحاسبة متضمنا تحديد اختصاصات الغرف بشكل مفصل، ومقتصرا على انشاء فرعيين في كل غرفة خلافا للمادة 12 من النظام الداخلي التي تنص على تقسيم كل غرفة إلى أربعة فروع، حيث تم تحديد مجال اختصاصات الغرف وفروعها على النحو التالي:

الغرفة	الفرع	المصالح الخاضعة للرقابة
الغرفة الوطنية للمالية	الفرعين	مصالح وزارة المالية
الغرفة الوطنية للسلطة العمومية والهيئات الوطنية	الفرع الأول	مصالح رئاسة الجمهورية، ومصالح رئاسة الحكومة، وزارة الدفاع الوطني، وزارة الداخلية والجماعات المحلية، الهيئات الوطنية
	الفرع الثاني	وزارة العدل، وزارة الشؤون الخارجية
الغرفة الوطنية للصحة والشؤون الاجتماعية والثقافية	الفرع الأول	وزارة الصحة والسكان، وزارة العمل والشؤون الاجتماعية، وزارة التكوين المهني، وزارة المجاهدين
	الفرع الثاني	وزارة الاتصال، وزارة الثقافة، وزارة الشبيبة والرياضة
الغرفة الوطنية للتعليم والتكوين	الفرع الأول	وزارة التربية، وزارة الشؤون الدينية
	الفرع الثاني	وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
الغرفة الوطنية للفلاحة والري	الفرع الأول	وزارة الفلاحة والغابات
	الفرع الثاني	وزارة الري والصيد البحري
الغرفة الوطنية للهياكل القاعدية والنقل	الفرع الأول	وزارة الأشغال العمومية، وزارة البناء والتعمير والتهيئات العمرانية
	الفرع الثاني	وزارة النقل
الغرفة الوطنية للتجارة والبنوك ومؤسسات التأمين	الفرع الأول	وزارة التجارة
	الفرع الثاني	البنوك، مؤسسات التأمين، شركات المساهمة
الغرفة الوطنية للصناعات والاتصالات	الفرع الأول	وزارة الصناعة، وزارة الصناعات الضفيرة والمتوسطة، وزارة السياحة والحرف التقليدية
	الفرع الثاني	وزارة الطاقة، وزارة البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية

المصدر: من إنجاز الباحثين – معلومات مأخوذة من الموقع الرسمي لمجلس المحاسبة (www.ccomptes.dz)

يبدوا جليا من خلال هذا الجدول ضخامة حجم الرقابة الممارسة من قبل الغرف الوطنية، حيث أن هناك بعض الغرف من تتكفل برقابة مالية لأربع وزارات كاملة، وما يزيد من ثقل هذه الرقابة هو

التعداد البشري المخصص لمعالجة مختلف العمليات المالية المعقدة، وهو ما سنوضحه من خلال الجدول التالي:

الغرفة	عدد القضاة	المدققين الماليين	ملاحظات
الأولى	10	04	تمت مراقبة 2068 حساب (1073 محاسب عمومي + 995 آمر بالصرف ومسير)
الثانية	12	02	(فرع واحد عملي)
الثالثة	11	02	
الرابعة	14	01	
الخامسة	/	/	(معلومات غير موجودة)
السادسة	08	04	
السابعة	09	/	(معلومات غير موجودة)
الثامنة	08	03	
المجموع التقريبي	72 قاضي	16 مدقق مالي	

المصدر: من إنجاز الباحثين – معلومات مأخوذة من الموقع الرسمي لمجلس المحاسبة (www.ccomptes.dz)

أمام هذا العدد الضئيل جدا من القضاة[20] هل يستطيع مجلس المحاسبة مراقبة كل العمليات المالية بشكل سنوي، حتى يتفرغ لإنجاز أعمال أخرى خارج نطاق الرقابة المالية البعدية؟ فبعملية حسابية بسيطة، وحسب ما يظهر من هذا الجدول أن لكل قاضي أكثر من 200 حساب، حسب إحصائيات الغرفة الأولى، والرقابة هنا منصبة على محاسبة عمومية لوزارات ومؤسسات ذات تفرعات مركزية وغير مركزية، ومؤسسات اقتصادية وطنية وغيرها، فلا نظن أن تعداد المئة قاضي كافي لمراقبة مالية الدولة، المراقبة التي يستطيع بعدها أن يراقب التسيير والشفافية وغيرها من المعايير الاقتصادية المعتمدة في الرقابة، وما هذا التقديم كله إلا لنقف على مدى المقدرة الهيكلية والبشرية لمجلس المحاسبة.

الفرع الثاني

غرف مجلس المحاسبة ذات الاختصاص الإقليمي

سوف نستعرض في البداية جدولا إحصائيا بخصوص غرف المحاسبة ذات الاختصاص الإقليمي، يتضمن التقسيم الإقليمي[21] الولايات التابعة لكل غرفة إقليمية، ثم نبين عدد البلديات التابعة لكل ولاية، لنصل إلى مجموع الحسابات محل المراقبة المالية بالنسبة لكل غرفة، ونبين ما يقابل هذه الحسابات من قضاة ومدققين ماليين وأعوان إدارة.

	الغرفة الإقليمية	الولايات	عدد البلديات	عدد الحسابات	القضاة	الأعوان والمدققين
01	الجزائر	- الجزائر - تيبازة	57 28	172	10	عوني إدارة (02)
02	البليدة	- البليدة - عين الدفلة - المدية - الشلف - الجلفة - تيسمسيلت	25 36 64 35 36 22	442	09	مدققين ماليين 11 عون إدارة
03	تيزي وزو	- تيزي وزو - بومرداس - البويرة - بجاية - برج بوعريريج - المسلية	67 32 45 52 34 47	560	09	12 عون إداري
04	عنابة	- عنابة - الطارف - قالمة - أم البواقي - سكيكدة - سوق أهراس - تبسة	12 24 34 29 38 26 28	389	14	مدقق مالي (01) 16 عون إداري
05	قسنطينة	- قسنطينة - ميلة - جيجل - خنشلة - سطيف	12 32 28 21 60	معلومات غير متوفرة	12	20 عون إداري

		- باتنة - بسكرة	38 33			
06	وهران	- وهران - مستغانم - معسكر - سعيدة - غليزان	26 32 47 16 38	323	11	مدقق مالي (01) 15 عون إداري
07	تلمسان	- تلمسان - عين تموشنت - النعامة - سيدي بلعباس - تيارت	53 28 12 52 42	379	11	مدقق مالي (01) 13 عون إداري
08	بشار	- بشار - تندوف - البيض - أدرار	21 02 22 28	150	11	10 أعوان إداريين
09	ورقلة	- ورقلة - تامنراست - الوادي - الأغواط - إليزي - غرداية	21 10 30 24 06 13	214	09	مدقق مالي (01) 10 أعوان إداريين

المصدر: من إنجاز الباحثين – معلومات مأخوذة من الموقع الرسمي لمجلس المحاسبة (www.ccomptes.dz)

بناء على الجدول السابق، نجد أن مجموع القضاة بين مستشارين ومحتسبين 96 قاضيا، موزعين على الغرف الإقليمية التسعة، يغطون أكثر من 2629 حساب (مع عدم احتساب حسابات الغرفة الإقليمية لقسنطينة)، أي بما يفوق 30 حساب لكل قاض، وهو ما يعطينا فكرة عن حجم العمل الرقابي

الذي يقوم به القضاة على مستوى الغرف الإقليمية، وبمقارنة بسيطة مع فرنسا، نجد أن عدد الغرف الجهوية يصل إلى 28 غرفة، يضاف إلى ذلك أنه لا تدخل ضمن رقابتها البلديات الصغيرة التي يقل عدد سكانها عن 2000 نسمة، وتقل إيراداتها عن مبلغ مليوني فرنك فرنسي (سابقا)، وعلى هذا الأساس لا يدخل ضمن رقابة الغرف الجهوية إلا ما نسبته 21 % من مجموع البلديات، أما البلديات الأخرى فتدخل ضمن الرقابة غير المباشرة للغرف الجهوية[22].

يضاف إلى هذه المهام المتعلقة بالمراقبة المالية البعدية للحسابات العمومية، أن مجلس المحاسبة يعقد جلساته في تشكيلات مختلفة لغرفه، وهذا حسب طبيعة القضايا المعروضة عليه، فوفقا للمادة 47 من قانون مجلس المحاسبة يجتمع المجلس للمداولة إما في:

- تشكيلة كل الغرف مجتمعة، وهذا للفصل في الاستئناف ضد قرارات الغرف، وكذا لإبداء الرأي في مسائل الاجتهاد القضائي والقواعد الإجرائية، ودراسة المسائل المتعلقة بتنظيم مجلس المحاسبة وسيره، وكل القضايا التي يرى فيها رئيس المجلس ضرورة لاستشارة هذه التشكيلة.

- تشكيلة الغرف وفروعها، وهذا من أجل الفصل في النتائج النهائية للتدقيقات والتحقيقات التي تخص المسائل التي تدخل في نطاق اختصاصها.

- غرفة الانضباط في مجال تسيير الميزانية والمالية، وتختص هذه الغرفة بالنظر في التصرفات المالية التي تشكل خرقا لقواعد الانضباط في مجال تسيير الميزانية والمالية[23]. وهذا حسب ما جاء في المواد 88 – 91 من القانون 95 – 20 المعدل والمتمم.

أمام هذه الاحصائيات والمهام المتعددة لمجلس المحاسبة، ومع النقص الواضح في عدد القضاة، وبالنظر إلى التشكيلات المختلفة التي تكون عليها غرف المجلس للنظر في مالية كل مؤسسات الدولة، نقف على حقيقة مفادها أن المجلس عاجز على الأقل من الناحية النظرية على تغطية كل هذه الصلاحيات المنوطة به، وهو ما يدفعنا للتساؤل باهتمام بالغ عن إمكانية قيامه بالمهام الاستشارية الموكلة له قانونا.

المبحث الثاني

الصلاحيات الاستشارية لمجلس المحاسبة

إضافة إلى الاختصاصات القضائية والإدارية لمجلس المحاسبة، فإن له اختصاصات استشارية نص عليها القانون، وقبل التطرق لهذه الاختصاصات لابد من الوقوف على ماهية الاستشارة، هذا في المطلب الأول، أما في المطلب الثاني فنتطرق إلى مجالات الاستشارة للمجلس، والتي تدور حول ثلاث مجالات أساسية حسب ما حدده القانون.

المطلب الأول

ماهية الاستشارة

لا تعد الاستشارة وليد اليوم في صناعة القرار واتخاذ الرأي، ولا أدل على ذلك من قوله تعالى: " فَبِمَا رَحْمَةٍ مِنْ اللَّهِ لِنْتَ لَهُمْ وَلَوْ كُنْتَ فَظّاً غَلِيظَ الْقَلْبِ لانْفَضُّوا مِنْ حَوْلِكَ فَاعْفُ عَنْهُمْ وَاسْتَغْفِرْ لَهُمْ وَشَاوِرْهُمْ فِي الأَمْرِ فَإِذَا عَزَمْتَ فَتَوَكَّلْ عَلَى اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُتَوَكِّلِينَ" (الآية 159 من سورة آل عمران)، كما

أنزل الله سبحانه وتعالى سورة كاملة اسمها سورة الشورى نظرا لعظم أمرها في تسيير شؤون البشر، وجاء فيها قوله جل جلاله: "وَالَّذِينَ اسْتَجَابُوا لِرَبِّهِمْ وَأَقَامُوا الصَّلاَةَ وَأَمْرُهُمْ شُورَى بَيْنَهُمْ وَمِمَّا رَزَقْنَاهُمْ يُنْفِقُونَ" (الآية 38 من سورة الشورى).

وسوف نحاول في هذا المقام التطرق لبعض التعريفات لبيان مفهوم الاستشارة، ثم ننتقل بعد ذلك لبيان مختلف أنواعها، (الفرع الأول) لنقف بعد ذلك على القيمة القانونية للاستشارة، وكذا الاجراءات المتبعة فيها، ثم نقوم في الأخير بإسقاط ذلك على الدور الاستشاري الذي يلعبه مجلس المحاسبة. (الفرع الثاني)

الفرع الأول

مفهوم الاستشارة

للاستشارة اصطلاحات متعددة في اللغة والقانون، منها الشورى، والمشورة، وطلب الرأي، وغيرها من المصطلحات المترادفة، وسوف نحاول بيان ماهية الاستشارة من خلال التطرق لتعريفها، ثم بيان مختلف أنواعها.

أولا: تعريف الاستشارة

المشورة في اللغة من شاورَ يشاور ، مُشاورةً وشِوارًا، فهو مُشاوِر، والمفعول مُشاوَر، وشاور فلانًا في الأمر: استشاره، طلب رأيَه ونصيحتَه فيه، ويقال شاور عقلَه ونحوَه: استرشد بشيء واتّخذه هاديًا له ومُوجِّهًا، والاسم هو الشُّورَى، ومنها الاستشارة والتشاوُر، ومجلس الشُّورَى: مجلس يتكون من أصحاب الرأي تستشيره الحكومة في شئون البلاد، والشورى: من التشاور وهو أخذ آراء الآخرين في أمر ما[24]، وهي تعني طلب النصح من خبير أو وجيه أو من جماعة لاتخاذ قرار أو لتنفيذ أمر ما.

وبالرجوع إلى القانون الوضعي نجد أن مصطلح "الاستشارة" أو "طلب الرأي"، قد تطور اليوم بفعل تطور الدولة، هذه الأخيرة التي زادت مهامها ووظائفها وتنوعت بتنوع مجالات تدخلها، الأمر الذي يجعلها تحتاج إلى خبرات متنوعة، من جهات مختلفة، في مجالات متعددة، فهي في عوز لقدرات وكفاءات علمية، وخبرات فنية، الأمر الذي انعكس بدوره على ماهية الاستشارة، التي انتقلت من الشكل البسيط غير المنظم إلى شكل آخر منظم، بل أن هناك هيئات قائمة بذاتها لا دور لها سوى تقديم المشورة في مجالات محددة، وهذا ما يطلق عليه في الفقه القانوني تسمية "الوظيفة الاستشارية"[25].

ويتلخص مضمون الوظيفة الاستشارية من الناحية الاصطلاحية، في إبداء الرأي والمشورة القانونية للدولة وإدارتها، وكذا اعداد وصياغة مشاريع القوانين المحالة إلى الهيئات الاستشارية من جهات الإدارة العامة[26].

وللاستشارة مدلولات مختلفة، ترتبط في عمومها بالقرارات الإدارية، حيث تسعى الإدارة إلى طلب المشورة من جهات ذات خبرة واختصاص قبل إصدار هذه القرارات، وهي كذلك استطلاع الرأي في مسألة ذات طابع فني قائم على تقليب وجهات النظر، أو يتطلبها رفع كفاءة الإدارة عند ممارسة نشاطها[27]. غير أن هذا المفهوم يضيق ويتسع بحسب الجهة الطالبة للاستشارة، أو الجهة المستشارة، فقد تطلب

الاستشارة من فرد كاستشارة المحام في مسألة قانونية، وقد تطلب الإدارة استشارة في مجال إصدار قرار أو تقديم مشروع قانون للبرلمان، أو غيرها من مجالات نشاطها الإداري.

وهناك من يذهب إلى أن الاستشارة هي: "مجموع الآراء الفقهية التي تصدرها الهيئات الاستشارية وفقا لقواعد علمية، فهي والحالة هذه هي أقل من مستوى القانون"[28]، غير أن ما يعاب على هذا التعريف من الناحية المنهجية هو ايراده للمصطلح المعرف في التعريف، فلا نعرف الاستشارة بأنها رأي صادر من هيئة استشارية، كما أن الآراء الاستشارية لا تصدر عن هيئات فقط، فقد تصدر عن أفراد، أو عن إدارات لا توصف بأنها هيئات استشارية.

بناء على ما تقدم وبالنظر إلى تعدد التعريفات المقدمة بخصوص مفهوم الاستشارة، فقد اخترنا التعريف الأقرب لدراستنا، والذي نرى بأنه يتفادى الكثير من النقائص الموجودة في تعريفات أخرى حيث أن الاستشارة وهي طلب الرأي، تعرف بأنها طلب النصح والتوجيه من فرد أو جماعة، أو هيئة استشارية أو هيئة ذات اختصاص استشاري، بغية ترشيد نشاط الإدارة.

ثانيا: أنواع الاستشارة

قد تكون الاستشارة نابعة عن رغبة الجهة المستشيرة، بدون إلزام من القانون، أو أنها مفروضة بقوة القانون، كما أن الأخذ بالرأي الاستشاري قد يكون اختياريا وقد يكون إلزاميا، ومن ثم يقسم الفقه الاستشارة إلى ثلاثة أنواع هي:

1 – الاستشارة الاختيارية:

وهي الصورة أو النوع الذي تطلب فيه الإدارة رأيا رغبة منها في ترشيد عملها، أي بشكل تلقائي، بمعنى أن القانون لا يلزمها بطلب الاستشارة نهائيا، أو أنه نص عليها بصيغة الجواز، أي بدون إلزام، وتكون للإدارة في هذه الصورة حرية كاملة في طلب الاستشارة أو عدم طلبها[29].

2 – الاستشارة الإجبارية:

خلافا للصورة السابقة فإن الاستشارة في هذه الصورة هي الحالة التي تكون فيها الإدارة مقيدة بموجب نص قانوني يلزمها بالرجوع إلى الجهة المستشارة، وإلا اعتل البناء القانوني لما يصدر عن هذه الإدارة من قرارات[30].

وفي كلتا الصورتين السابقتين لا تكون الإدارة ملزمة بالأخذ بما جاء في الرأي الاستشاري، بل إنها تستأنس به عند اتخاذ القرار أو النشاط محل الاستشارة.

3 – الاستشارة المطابقة:

في هذا النوع الأخير[31] من الاستشارة نجد أن الإدارة ملزمة من وجهين؛ فهي ملزمة بالرجوع إلى الهيئة المستشارة، وكذا ملزمة بالأخذ برأيها، فالاستشارة إلزامية مع الالتزام كذلك بالرأي الاستشاري، فلا يجوز للإدارة الخروج عنه أو مخالفته أو إهماله أو حتى تعديله، وفي هذه الحالة يبقى للإدارة كذلك حرية الاختيار، فهي إما تتخذ قرارها بناء على ما جاء في الرأي الاستشاري أو أن تعدل عنه تماما[32]، أي أن تعدل عن القرار أو النشاط محل الاستشارة.

الفرع الثاني

أهمية الاستشارة

مما لا شك فيه أن المشورة أمر محمود، خاصة إن طلبت من أهلها، غير أن الرأي الاستشاري إذا ما قدم، يتساءل الفقه عن قيمته من الناحية القانونية، وهذا ما سوف نتطرق إليه في النقطة الموالية، تمهيدا لمعرفة أهمية الاستشارة في عمل مجلس المحاسبة الجزائري.

أولا: القيمة القانونية للاستشارة

هناك خلاف فقهي وقضائي[33] حول طبيعة الرأي الاستشاري، بين من يذهب إلى أن العمل الاستشاري ذو طبيعة قضائية، ومن يعتبره بمثابة القرار الإداري، وهناك من يرى بأنه مجرد إجراء من الإجراءات الإدارية الداخلية، أما الاتجاه الغالب فهو الذي يضع الرأي الاستشاري تحت بند العمل القانوني التحضيري، مما لا يجعله محلا لأي نزاع قانوني.

وتأسيسا على ذلك نشير إلى أن ما يصدر عن مختلف الهيئات في المجال الاستشاري لا يحمل الصفة القضائي، حتى وإن كانت هذه الجهات قضائية، ومن ثم فإن الآراء الاستشارية لا تتمتع بالحجية المقررة للأحكام القضائية[34]، أي أنه غير ملزم للهيئات القضائية المختلفة بما في ذلك الجهة المصدرة للاستشارة، فلها أن تخالف ما جاء في الرأي الاستشاري من أحكام. غير أن هذه القاعدة غير مطلقة، ذلك بعض الهيئات قد تصدر آراء استشارية ملزمة للجهات الطالبة لفتواها، مع تفاوت في الالزام بين قانوني وأدبي[35].

من خلال أنواع الاستشارة التي سبق عرضها نجد أيضا أن الرأي الاستشاري لا يخرج عن كونه مجرد رأي لا يؤخذ به إلا على سبيل الاستئناس، فلا إلزام فيه سواء كانت الاستشارة اختيارية أو إجبارية[36]، غير أنه إذا نص القانون على الالتزام بما جاء في الرأي الاستشاري، وهو ما يتعلق بالاستشارة المطابقة، فإن مخالفة الرأي أو التعديل فيه يعد منافيا للقانون، فعلى الإدارة أن تلتزم كليا بالرأي، أو أن تصرف النظر عن الموضوع الذي طلب فيه الرأي تماما، ومن ثم إذا حدث أن وقع تعديل يجب الرجوع مرة أخرى لأخذ رأي الهيئة الاستشارية.

كما أن الرأي الاستشاري، وإن كان غير ملزم قانونا، فإن فيه من الالزام الأدبي ما يكفي لاتباعه والأخذ به، لأنه عادة ما يكون الرأي صادرا عن جهة مختصة، الأمر الذي يعطيها الأفضلية على سائر الإدارات العامة من حيث اطلاعها على تفاصيل الموضوع القانونية والتقنية والعملية، حيث أن رصيدها من حيث الخبرة يؤهلها لأن يكون رأيها محل ثقة واتباع، فالأخذ بالرأي الاستشاري في أي مجال عادة ما يجنبنا الوقوع في حالة عدم مشروعية النصوص أو عدم دستوريتها[37]، وإن حدث العزوف عما جاء في هذه الاستشارة أو مخالفتها، فالأكيد أن يحدث اختلال قانوني، وما ينجر عنه من منازعات تستدعي إعادة النظر في القرار أو القانون المعتل.

ثانيا: الاجراءات المتبعة في استصدار الرأي الاستشاري

بالرجوع إلى التشريعات المقارنة، نجد أن الوظيفة الاستشارية تمارس في أغلب الأحيان من تشكيلات متخصصة ومستقلة عن التشكيلات القضائية في الهيئات ذات الاختصاص المختلط (قضائي/ استشاري)، ولعل هذا الأمر يرجع إلى فكرة البحث عن فعالية أكبر في مجال ممارسة الوظيفة الاستشارية[38]، من حيث التفرغ والحياد الموضوعي، غير أن هذا الفصل الوظيفي قد يكون فيه مساس بمسألة الاستفادة من الخبرة، حيث أن الجانب العملي سواء كان إداريا أو قضائيا، يمكن المستشار من معرفة خبايا النصوص وعيوبها وإشكاليات تطبيقها.

ومهما يكن من أمر هذه التشكيلية سواء كانت منفصلة أو غير ذلك، فإنه يجب أن يحدد هيكلها وأعضاؤها (الرئيس، المقرر، الأعضاء، الأمانة...)، كما يجب ضبط وقت تقديم الاستشارات والرد عليها، حتى يتسنى للهيئة الاستشارية ضبط أجندة عملية تحترم فيها هذه المواعيد حسب مقدرتها الهيكلية والبشرية.

ونشير إلى أنه لا توجد إجراءات موحدة في استصدار الاستشارة، غير أنه يمكن الاستفادة من تجارب الكثير من الهيئات الاستشارية في المجال القانوني، والتي لا تكاد تخرج عن منهج متقارب، حيث تنصب الملاحظات على المشاريع المقدمة من حيث الشكل والموضوع.

فبالنسبة للملاحظات الشكلية، فنجدها تتعلق بداية بالجهة التي قدمت طلب الرأي الاستشاري، فيجب أن تكون مؤهلة قانونا لتقديم هذا الطلب، ثم التطرق إلى مجال الاستشارة من أنها تدخل ضمن اختصاصات الهيئة المستشارة، يأتي بعد ذلك مراجعة المقتضيات والتأشيرات الواردة في مشروع القانون أو القرار، فتقع مراقبة هذه المرجعيات من حيث صحة تواريخها، مضامينها، سريانها. يأتي بعد ذلك مرحلة مراجعة الصياغة، ليس فقط من الناحية اللغوية، وإنما يجب مراقبتها من حيث الوضوح، فيجب إزالة كل غموض عن النص، وكل تداخل بينه وبين نصوص أخرى، مع مراجعة النص المترجم إن وجد[39].

أما بالنسبة للملاحظات من حيث المضمون أو الموضوع، فتنصب بشكل أساسي على مراقبة مدى شرعية النصوص، حيث يجب أن لا تتعارض مع نصوص أسمى منها، فتتم المراقبة وفقا لمبدأ تدرج القوانين، وإذا كان الأمر متعلقا بقرار فيجب أن لا يخالف القانون، وهكذا، كما يجب أن لا تمس هذه النصوص بالتزامات الدولة الخارجية (الاتفاقيات المصادق عليها)[40].

بعد تقدير شرعية المادة المقدمة للاستشارة لابد من الانتقال إلى مسألة أهم، وهي مسألة الملاءمة مع مقتضيات المصلحة العامة، وكذا المحافظة على المراكز المكتسبة والحقوق والحريات، ناهيك عن التطويع التقني والمالي لهذا المقترح أو المشروع إذا كان هناك داع له.

ثالثا: قيمة الرأي الاستشاري الصادر عن مجلس المحاسبة

نصت المادة 17 من قانون مجلس المحاسبة على أنه: "يمكن رئيس الجمهورية أن يخطر مجلس المحاسبة بكل ملف أو مسألة ذات أهمية وطنية تدخل في نطاق اختصاصات المجلس.

ولهذا الغرض، يطلع مجلس المحاسبة رئيس الجمهورية بالتفصيل اللازم عن كل ذلك.

يطلع رئيس مجلس المحاسبة رئيس الجمهورية بأي مسألة تكتسي أهمية خاصة، وتدخل في نطاق اختصاصه، كلما رأى ذلك مفيدا".

كما جاء في المادة 18 من قانون مجلس المحاسبة المعدلة بمقتضى الأمر 10 – 02، أنه: "يستشار مجلس المحاسبة في المشاريع التمهيدية السنوية للقوانين المتضمنة ضبط الميزانية وترسل الحكومة التقارير التقييمية التي يعدها المجلس لهذا الغرض، بعنوان السنة المالية المعنية، إلى الهيئة التشريعية مرفقة بمشروع القانون الخاص بها".

كما تنص المادة 19 من ذات القانون على أنه: "يمكن استشارة مجلس المحاسبة في مشاريع النصوص القانونية المتعلقة بالمالية العمومية".

ونصت المادة 20 على أنه: "يمكن لرئيس المجلس الشعبي الوطني ورئيس مجلس الأمة أن يعرض على مجلس المحاسبة، دراسة الملفات ذات الأهمية الوطنية التي تدخل في نطاق اختصاص المجلس".

ونفس الصياغة جاءت بها المادة 21 من قانون مجلس المحاسبة بخصوص الوزير الأول، حيث جاء فيها: "يمكن للوزير الأول أن يعرض على مجلس المحاسبة، دراسة الملفات ذات الأهمية الوطنية التي تدخل في نطاق اختصاص المجلس".

هذه مجمل المواد التي تعرضت للاختصاص الاستشاري لمجلس المحاسبة، وما يلاحظ بداية أن الصلاحيات الاستشارية[41] المنصوص عليها في قانون مجلس المحاسبة 59 – 20 المعدل والمتمم، أي أن المؤسس الدستوري الجزائري لم يمنح المجلس هذه الوظيفة واكتفى بالنص على الدور الرقابي للمجلس، وإن كان هذا الأمر يمكن تبريره من أن الدور الاستشاري هو اختصاص ثانوي بالمقارنة مع الدور الرقابي الذي يمارسه المجلس، يضاف إلى ذلك أن مجلس المحاسبة ليس مؤسسة دستورية استشارية وإنما هو مؤسسة دستورية ذات اختصاص استشاري[42].

إلا أننا نرى بأن هذا الوضع يجب أن يكون محل مراجعة، خاصة أن هناك مؤسسات دستورية قضائية ذات اختصاص استشاري، أي أن الوظيفة الاستشارية بالنسبة لها هي اختصاص ثانوي، ومع ذلك أقر المؤسس باختصاصها الاستشاري في الدستور، وهو حال المجلس الأعلى للقضاء، إذ نصت المادة 175 من الدستور على أنه: "يبدي المجلس الأعلى للقضاء رأيا استشاريا قبليا في ممارسة رئيس الجمهورية حق العفو"، كما نص الدستور على مثل هذا النوع من الاختصاص بالنسبة لمجلس الدولة في المادة 136 التي جاء فيها: "...تعرض مشاريع القوانين على مجلس الوزراء، بعد رأي مجلس الدولة، ثم يودعها الوزير الأول حسب الحالة، مكتب المجلس الشعبي الوطني أو مكتب مجلس الأمة"، وكذا ما جاء في المادة 142 التي تنص على أنه: "لرئيس الجمهورية أن يشرع بأوامر في مسائل عاجلة في حالة شغور المجلس الشعبي الوطني أو خلال العطل البرلمانية، بعد رأي مجلس الدولة...".

يضاف إلى ذلك لا شك في أن النص على الاختصاص الاستشاري في الدستور يمثل ضمانة أساسية للجهة الاستشارية التي ترقى إلى مصاف المؤسسات الدستورية من جهة، والأهم من ذلك أنه

يمثل ضمانة لاحترام رأيها الاستشاري من جهة ثانية[43]، فهناك فرق لا محال بين الزامية الاستشارة المقرر بنص الدستور وتلك المقررة بنص القانون أو التنظيم[44].

يلاحظ كذلك على المواد 17 وما بعده من قانون مجلس المحاسبة، أن القانون 95 – 20 المعدل والمتمم قد منح صلاحيات استشارية محضة للمجلس في مشاريع القوانين المتعلقة بضبط الميزانية وكذا النصوص المتعلقة بقوانين المالية، غير أن هذه الاستشارة غير إلزامية ابتداء وانتهاء[45]. فكل النصوص جاءت كما هو ظاهر من صياغتها تفيد جوازية الاستشارة، بمعنى أن الاستشارة في اختصاص مجلس المحاسبة اختيارية، فيمكن للجهات المعنية بالاستشارة طلبها كما يمكن لها أن تحجم عن ذلك، فهي غير ملزمة بالطلب ابتداء، وهي غير ملزمة كذلك بالأخذ بما جاء في الاستشارة انتهاء في حالة طلبها.

ونرى أن هذا الأمر فيه تقصير كبير، خصوصا إذا علمنا أن عنصر "التكلفة المالية" يعد من العناصر المهمة في الصياغة التشريعية الجيدة، حيث أنه إذا كان مشروع القانون وما في حكمه فيه تكاليف على خزينة الدولة، فيجب بيان تلك التكلفة وأوجه انفاقها في المذكرة الإيضاحية المرفقة بمشروع القانون، كما يجب كذلك بيان انعكاسات تلك التكلفة المالية على الحلول المقترحة في المشروع، ذلك أن العامل المادي له تأثير مباشر أو غير مباشر على قبول مشروع القانون من عدمه، فبعدم وجود مخصصات مالية لدى خزينة الدولة، أو انها تؤثر بشكل كبير عليها، هذا سوف يؤدي حتما إلى عدم دخول التشريع حيز النفاذ[46]، ولا نجد جهة أجدر في مؤسسات الدولة على تقدير هذه المسألة من مجلس المحاسبة.

الملاحظة الثالثة التي نبديها على مختلف القوانين المتعاقبة على تنظيم مجلس المحاسبة، أنها لم تحدد بشكل واضح ودقيق الجهة التي تتلقى الاستشارة وترد عليها، وإن كان يمكن التمييز في هذا الصدد بين فرضيتين،

أولا في حالة ما إذا تعلق الأمر بالاستشارة المتصلة بقانون ضبط وتسوية الميزانية، حيث يعهد الاختصاص هنا إلى لجنة البرامج والتقارير[47].

أما الفرضية الثانية فهي تتعلق بالاستشارة المتصلة بقانون المالية السنوي و / أو التكميلي، فلم تحدد النصوص بخصوصها وبشكل صريح ومطلق الجهة المعنية بتلقي الاستشارة والرد عليها حيث تفتقر كليا إلى قواعد إجرائية، وإن كان من الممكن جد التعهد بها اختصاص الغرف مجتمعة حسب ما تنص عليه المادة 48 من الأمر 95 – 20 المتضمنة اختصاصات الغرف المجتمعة لمجلس المحاسبة، والتي جاء فيها: "يجتمع مجلس المحاسبة بتشكيلة الغرف المجتمعة من أجل ما يأتي:

- البت في المسائل المحالة عليه تطبيقا لهذا الأمر،
- إبداء الرأي في مسائل الاجتهاد القضائي والقواعد الإجرائية،

يمكن رئيس مجلس المحاسبة أن يستشير تشكيلة كل الغرف مجتمعة في مجال تنظيم المجلس وسيره، وكذا في كل المسائل التي يرى فيها ضرورة لاستشارتها".

كما أن المشرع لم يحدد الفترة أو المرحلة التي يعرض فيها طلب الرأي على المجلس، مثل ما هو معمول به في مجلس الدولة، أين يتم طلب الاستشارة قبل عرض المشروع على مجلس الوزراء حسب ما

جاء في المادة 136 من الدستور[48]. كما لم يحدد كذلك مدة الرد من قبل المجلس، ولا كيفية جلوسه للاستشارة، ولا كيفية توقيعها أو ارسالها النهائي للرأي، على غرار ما يقرره النظام الداخلي لمجلس الدولة الآن[49].

هذا الأخير الذي اعترضته ذات الصعوبات عند بداية عمله الاستشاري، بمادة وحيدة هي نص المادة 12 من القانون العضوي 98 – 01 المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله، فحاول المجلس الاجتهاد مستأنسا بالإجراءات المعمول بها أمام المؤسسات الدستورية الوطنية الأخرى، لاسيما المجلس الدستوري، كما اقتبس بعض النماذج من الأنظمة المقارنة، وتحديدا من طريقة عمل مجلس الدولة الفرنسي[50]، ثم جاءت بعد ذلك تفاصيل هذه الإجراءات في كل من المرسوم التنفيذي 98 – 261، المحدد لأشكال الإجراءات وكيفياتها في المجال الاستشاري أمام مجلس الدولة، وكذا النظام الداخلي للمجلس.

المطلب الثاني

مجالات استشارة مجلس المحاسبة

من خلال تمحيصنا للقوانين المتعددة ذات الصلة بمجلس المحاسبة الجزائري، وجدنا أن المجلس له ثلاث مجالات يستشار فيها، بداية من استشارته في قوانين المالية، ثم استشارته من قبل جهات محددة في مجالات ذات صلة باختصاصاته، وكذا استشارته في مسائل الاجتهاد القضائي والقواعد الإجرائية، وهذا ما سنحاول تفصيله من خلال الفروع التالية:

الفرع الأول

استشارة مجلس المحاسبة في قوانين المالية

جاء في المادة 19 من قانون مجلس المحاسبة أنه: "يمكن استشارة مجلس المحاسبة في مشاريع النصوص القانونية المتعلقة بالمالية العمومية"، فنلاحظ أنه إضافة إلى أن المشرع لم يحدد الجهة الطالبة للاستشارة ولا وقت تقديم طلبها كما أسلفنا، فإنه لم يحدد كذلك المقصود بعبارة "النصوص القانونية المتعلقة بالمالية العمومية"[51]. ومن هذه الصياغة العامة يمكن أن ينصرف مفهومها إلى القانون العضوي المتعلق بقوانين المالية[52]، وكذا قوانين المالية السنوية التي تعرض نهاية كل سنة على البرلمان، والقوانين المتصلة بها.

غير أنه بالرجوع للقانون العضوي 18 – 15 المتعلق بقوانين المالية، وكذا مختلف قوانين المالية السنوية المتعاقبة، لا نجد في ديباجتها، وتحديدا في فقرة المقتضيات والتأشيرات، ما يدل على أنه تم الأخذ برأي مجلس المحاسبة أو الرجوع إليه في صياغة هذه القوانين[53].

بالرجوع كذلك إلى نص المادة 18 من قانون مجلس المحاسبة التي سبق ذكرها، نجد بأن مجلس المحاسبة يستشار كذلك في مجال ضبط وتسوية الميزانية، حيث يأخذ رأيه في المشاريع التمهيدية للقوانين المتضمنة ضبط الميزانية[54]، ثم ترسل الحكومة التقارير التي يعدها المجلس بعنوان السنة المالية المعنية، إلى الهيئة التشريعية مرفقة بمشروع القانون الخاص بها.

غير أن المشرع أغفل تحديد مدد لإرسال هذه التقارير التي يعدها مجلس المحاسبة من قبل الحكومة، وبالتالي فإن لجنة البرامج التي تسهر على إعداد هذه التقارير غير مقيدة بآجال هي الأخرى، وبالنظر إلى النقص الكبير في عدد الموظفين في المجلس عموما، فإن هناك تأخر واضح وغير مقبول في المصادقة على قوانين تسوية الميزانية، ففي أحسن الأحوال تتم المصادقة عليه بعد مرور ثلاث سنوات من استنفاذ تطبيق قانون المالية المعني بقانون تسوية الميزانية، ونذكر على سبيل المثال أن القانون رقم 17 – 08 المؤرخ في 27 مارس 2017، يتضمن تسوية الميزانية لسنة 2014[55]، وبذلك يفقد قانون تسوية الميزانية أي قيمة له، ذلك أنه يجب المصادقة عليه للسنة المعنية قبل مباشرة وصياغة قانون المالية للسنة الموالية، وهذا حتى يستطيع النواب متابعة طريقة تنفيذ الميزانية، وتقييم النتائج المترتبة على تصويتهم على قانون مالية السابق من أجل الانطلاق من مناقشة قانون المالية الموالي.

الفرع الثاني

استشارة مجلس المحاسبة في المسائل ذات الصلة باختصاصه

على الرغم من تعدد النصوص الناظمة لهذا المجال من الاستشارة[56]، إلا أنه كان بإمكان المشرع اختصار هذه النصوص في نص واحد، يصاغ على الشكل التالي: "يمكن لكل من: رئيس الجمهورية، رئيس مجلس الأمة، رئيس المجلس الشعبي الوطني، الوزير الأول، أن يخطر مجلس المحاسبة بكل ملف أو مسألة ذات أهمية وطنية تدخل في نطاق اختصاصات المجلس".

ومما يلاحظ في هذا النوع من الاختصاص الاستشاري أنه مبني كذلك على الجواز، فالاستشارة اختيارية من قبل الجهات الأربعة المحددة في النصوص سالفة الذكر، حيث استهل المشرع كل المواد بعبارة "يمكن".

كما أن المشرع لم يحدد مجالات الاستشارة، واكتفى بإطلاق دلالات النص، من خلال عبارة "كل ملف أو مسألة ذات أهمية وطنية التي تدخل في اختصاصات المجلس"، فالمشرع لم يحدد الحالات والأوضاع التي يستشار فيها مجلس المحاسبة، وهو ما يجعل هذا المجال مفرغا من محتواه، خاصة وأنه لم يحدد كذلك الطريقة التي تطلب بها الاستشارة[57]، واكتفى بعبارة "الإخطار" بالنسبة لرئيس الجمهورية، وعبارة "يعرض" بالنسبة لبقة الجهات المعنية بالاستشارة.

الفرع الثالث

الاستشارات الداخلية في مجلس المحاسبة

بالوقوف مرة أخرى على المادة 48 من قانون مجلس المحاسبة، نجد أن مجلس المحاسبة في تشكيلة الغرف المجتمعة، يبدي رأيه في مسائل الاجتهاد القضائي والقواعد الإجرائية، والمقصود هنا بإبداء الرأي هو البحث عن توحيد عمل الغرف والفروع التابعة لمجلس المحاسبة عند اختلافها بخصوص تطبيق نص ما، وكذا سد الفراغ التشريعي إن وجد خصوصا إذا تعلق الأمر بقواعد إجرائية، وهذ قياسا على نظام الاجتهاد القضائي المعمول به في كل من المحكمة العليا ومجلس الدولة، حيث تنص المادة 171

من الدستور على أنه: "...تضمن المحكمة العليا ومجلس الدولة توحيد الاجتهاد القضائي في جميع أنحاء البلاد، ويسهران على احترام القانون...".

وعند بحثنا عن الاجتهاد القضائي لمجلس المحاسبة لم نجد الكثير[58]، إلا ما تعلق برأي له صدر سنة 2001، تحت رقم 01 – 97، حول كيفية تطبيق المادة 61 من الأمر 95 – 20، حيث تم النص فيها على إلزامية تقدير الحسابات، وأعطت للمجلس صلاحية إجبار المعنيين بهذه الحسابات بتقديمها في الآجال المحددة قانونا، وهذا عن طريق فرض غرامات مالية عليهم، لكن المشرع لم يحدد الإجراءات الواجب اتباعها في توقيع هذا النوع من الجزاءات، الأمر الذي دفع بمجلس المحاسبة إلى سد الفراغ الموجود على مستوى النص بالاجتهاد السالف ذكره، أين تم إخضاع عملية تقديم الحسابات لنفس الإجراءات والقواعد التي تحكم عملية مراجعة الحسابات، على اعتبار أن عملية تقديم الحسابات ما هي إلا مرحلة من مراحل مراجعة الحسابات[59].

كما تضيف الفقرة الأخيرة من المادة 48 السالف ذكرها، أنه يمكن لرئيس مجلس المحاسبة أن يستشير تشكيلة الغرف المجتمعة في مجال تنظيم المجلس وسيره، وكذا في كل مسألة يرى فيها ضرورة لاستشارة هذه التشكيلة، ونرى بأن هذه الفقرة لا تخرج عن إطار تنظيمي للمسائل الداخلية لمجلس المحاسبة، أين يستأنس رئيس المجلس بالرأي الجماعي للغرف المجتمعة في اتخاذ قرارات متعلقة بالتنظيم والتسيير أو غيرها من المسائل، والملاحظ أن رئيس المجلس ليس مجبرا هو الآخر على هذه الاستشارات، فالمشرع أشار كذلك إلى هذه الاستشارة على وجه الجواز.

خاتمة

كبير هو حجم المسؤولية الملقاة على عاتق مجلس المحاسبة الجزائري، من أنه المؤسسة الدستورية العليا في الرقابة البعدية على مالية الدولة، غير أن الواقع العملي لا يعكس هذا الوزن الدستوري الذي حباه به المؤسس كهيئة دستورية، ونلمس هذا الفرق بين الأماني النظرية والواقع العملي من المكانة الدستورية التي يحتلها المجلس، فهو لم يحض بنفس الاهتمام الذي تناله مؤسسات دستورية أخرى نظيرة له، على غرار المجلس الدستوري أو مجلس الدولة، وقد وقفنا على هذا الأمر من خلال جملة من النقاط لعل أهمها:

- نص دستوري وحيد يعكس نظرة اللاتوازن الشكلي بين مجلس المحاسبة وغيره من المؤسسات التي لا تضاهيه من حيث حجم وتعدد مسؤولياته.

- نظام قانوني مختلف لقضاة المجلس، جعل منهم خاضعين إلى نظام ترقية غير محفز بالمقارنة مع النظام الأساسي للقضاء، بل أنهم جردوا في فترة ما من صفتهم القضائية.

- إمكانيات مادية وبشرية محدودة جدا، وغير قادرة على تحقيق الأهداف المسطرة قانونا لهذه الهيئة، فبالنظر إلى عدد الغرف الوطنية والإقليمية، وبالنظر إلى عدد القضاة والمدققين الماليين التي لا تصل إلى تغطية الجزء اليسير من حجم الملفات والحسابات الواجب مراقبتها، لا نتوقع تغطية كل الاختصاصات الموكلة إلى مجلس المحاسبة.

بالنظر إلى كل المعطيات السابقة، وجدنا بأن المجلس عاجز عن أداء جيد لوظيفته الرقابية، وهي الوظيفة الأصلية، وهو ما يعطينا فكرة مسبقة عن مآل الوظيفة الاستشارية للمجلس، وهي ذلك الاختصاص الوظيفي الثانوي، وقد وقفنا في هذه الدراسة على جملة من الاختلالات التي نذكر منها:

- عدم دسترة الوظيفة الاستشارية، حيث ترك أمر تنظيمها للقانون، وهو ما يؤثر حتما على قيمة الاستشارة التي يقدمها المجلس.

- من بين كل أنواع الاستشارة المعمول بها، اختار المشرع الجزائري ابسط نظام، وهو الاستشارة الاختيارية، لتكون موطنا آخر من مواطن ضعف هذه الاستشارة، فلا هي ملزمة ابتداء ولا انتهاء.

- غياب كلي للقواعد الإجرائية الواجب اتباعها في الاستشارة، فحتى إن كانت هناك جهات ترغب في طلب الاستشارة، إلا أنها ستصدم ومجلس المحاسبة مع واقع غياب نصوص الإجراءات المنظمة للاستشارة.

- لاحظنا كذلك عدم وجود أي تشكيلة خاصة بإبداء الرأي لدى مجلس المحاسبة، والتعويل يقع فقط على مدى سلامة تفسيرنا لنص المادة 48 من قانون مجلس المحاسبة، التي نفهم منها ضمنيا بأن الغرف المجتمعة لها دور استشاري.

- على صعيد آخر، وهو مجالات الاستشارة، وجدنا أنه لا توجد استشارة لمجلس المحاسبة في أهم القوانين المتعلقة باختصاصات المجلس الأصلية، ألا وهو مجال قوانين المالية.

- لاحظنا كذلك تأخرا غير مقبول في تقديم قانون تسوية الميزانية، حيث يتأخر دائما عن الموعد الواجب تقديمه فيه حتى يصبح غير ذي جدوى، ونفس الأمر ينسحب على التقارير السنوية.

- كما أن غياب النشر لما يصدر عن مجلس المحاسبة، سواء ما تعلق بالتقارير أو الاجتهادات، أمر يجعل تقييم عمل المجلس يزداد صعوبة.

بالنظر إلى ما تقدم من ملاحظات وغيرها مما جاء في الدراسة، فإننا نقدم جملة من الاقتراحات علها تساعد في النهوض بهذه المؤسسة الدستورية المهمة لاستكمال دورها الاستشاري، نوجزها في النقاط التالية:

- لابد من دسترة الاختصاص الاستشاري لمجلس المحاسبة، حتى يضفى عليه نوع من الإلزام الأدبي في نظر الهيئات المستشيرة، غير أن نجاعة هذا الاقتراح مقترنة بتجسيد اقتراحات أخرى، فلا أهمية لدسترة هذا الاختصاص دون توفير ما يلي:

- توفير الهياكل اللازمة وتوسيع دوائر مجلس المحاسبة لتمس كل الأقاليم بالمعنى الدستوري للكلمة.

- يجب أن يصاحب هذا التوسع الهيكلي الإقليمي، زيادة في عدد الموظفين من قضاة ومدققين، أو حتى الاستعانة بخبرات خارجية على غرار نظام المستشارين في مهمة غير عادية في مجلس الدولة، كما يجب ضمان تساوي في الترقيات والحوافز المادية بين قضاة المجلس ونظرائهم في جهات أخرى.

- لابد من الفصل الوظيفي بين المهام الإدارية والقضائية للمجلس من جهة، والمهام الاستشارية من جهة أخرى.

- من الضروري النص على إلزامية الاستشارة بالنسبة للجهات المستشيرة، على الأقل فيما يخص قوانين المالية ذات الصلة المباشرة بالاختصاصات القضائية لمجلس المحاسبة، أين يمكنه الإفادة بشكل عملي في تطوير أداء بقية مؤسسات الدولة، وكذا تحسين صياغة النصوص القانونية.

- من الضروري تقديم التقارير وقوانين ضبط الميزانية في مواعيدها حتى تكون السلطات المختصة بالتشريع أو التنفيذ على إطلاع بالوضعية المالية الحقيقية للخزينة، وما إذا كانت متطابقة مع تطلعاتها، من أجل بناء قوانين المستقبل على قاعدة متينة.

- في الأخير نشير إلى أنه لابد من توسيع دائرة النشر وتعميمه، سواء ما تعلق بالتقارير أو الآراء الصادرة عن المجلس حتى يتمكن كل ذي صفة من الاستفادة من عمل المجلس.

الهوامش

(1) - المرسوم 63 – 127، المتعلق بتنظيم مصالح وزارة المالية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 23، 1963.

(2) - المرسوم 71 – 259، المتضمن تنظيم الإدارة المركزية لوزارة المالية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 90، الصادرة بتاريخ 05 نوفمبر 1971.

(3) - أمجوج نوار، مجلس المحاسبة: نظامه ودوره في الرقابة على المؤسسات الإدارية، مذكرة ماجستير في القانون العام، تخصص: المؤسسات السياسية والإدارية، جامعة قسنطينة، 2007، ص ص: 14 – 15.

(4) - مسعود شيهوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية: الهيئات والإجراءات أمامها، ج 02، الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، 1999، ص 232. بلقوريشي حياة، مجلس المحاسبة في الجزائر بين الطموحات والتراجع، مذكرة ماجستير في القانون فرع إدارة ومالية، جامعة الجزائر 1، 2012، ص 11.

(5) - القانون 80 – 05، المؤرخ في 01 مارس 1980، المتعلق بممارسة وظيفة المراقبة من طرف مجلس المحاسبة، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 10، الصادرة بتاريخ 04 مارس 1980.

(6) - خلوفي رشيد، قانون المنازعات الإدارية: تنظيم واختصاص القضاء الإداري، ج 01، الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، 2011، ص 177. أمجوج نوار، مرجع سابق، ص 16.

(7) - مسعود شيهوب، مرجع سابق، ص 233.

(8) - القانون 90 – 32، المؤرخ في 04 ديسمبر 1990، المتعلق بمجلس المحاسبة وسيره، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 53، الصادرة بتاريخ 05 ديسمبر 1990.

(9) - الأمر 95 – 23، المؤرخ في 26 أوت 1995، المتضمن القانون الأساسي لقضاة مجلس المحاسبة، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 48، الصادرة بتاريخ سبتمبر 1995.

(10) - خلوفي رشيد، مرجع سابق، ص 177. أمجوج نوار، مرجع سابق، ص ص: 21 – 22. مسعود شيهوب، مرجع سابق، ص 234.

(11) - الأمر 95 – 20، المؤرخ في 17 جويلية 1995، المتعلق بمجلس المحاسبة، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 39، الصادرة بتاريخ 23 جويلية 1995. صدر هذا القانون عن المجلس الوطني الانتقالي، الذي تأسس بموجب أرضية الوفاق الوطني (26 جانفي 1994)، التي أعقبت مرحلة توقيف الانتخابات، وجاءت لتسيير المرحلة الانتقالية في الجزائر. أنظر: أمجوج نوار، مرجع سابق، ص 20.

(12) - أعاد الأمر 95 – 20 صفة القاضي لأعضاء مجلس المحاسبة، غير أن المادة 30 من هذا الأمر تنص على أن حقوق أعضاء مجلس المحاسبة تحدد بنص خاص، أي أنهم لا يخضعون للقانون الأساسي للقضاء، وهذا ما يرى فيه البعض انتقاصا من قيمة قضاة مجلس المحاسبة. أنظر خلوفي رشيد، مرجع سابق، ص 177. مسعود شيهوب، مرجع سابق، ص 238. بلقوريشي حياة، مرجع سابق، ص 12.

(13) - أمجوج نوار، مرجع سابق، ص 24.

(14) - الأمر 10 – 02، المؤرخ في 26 أوت 2010، المتعلق بمجلس المحاسبة، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 50، الصادرة بتاريخ 01 سبتمبر 2010.

(15) - المادة 29، تنص على تغيير تسمية "رئيس الهيئة التشريعية" إلى رئيس المجلس الشعبي الوطني ورئيس مجلس الأمة. المادة 30 تعديل تسمية "رئيس الحكومة" إلى "الوزير الأول". المادة 110 تعديل مصطلح "قانون الإجراءات المدنية" بـ "قانون الإجراءات المدنية والإدارية"، وكذا تغيير "المحكمة العليا (الغرفة الإدارية)" بـ "مجلس الدولة".

(16) - القانون 16 – 01، المؤرخ في 06 مارس 2016، المتضمن التعديل الدستوري، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 14، الصادرة بتاريخ 07 مارس 2016.

(17) - القانون العضوي 98 – 01 مؤرخ في 30 ماي 1998، المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 37، الصادرة بتاريخ 01 جوان 1998. القانون العضوي 98 – 03 مؤرخ في 30 ماي 1998، المتعلق باختصاصات محكمة التنازع وتنظيمها وعملها، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 37، الصادرة بتاريخ 01 جوان 1998.

(18) - إلى جانب الغرف الوطنية والإقليمية، يحتوي مجلس المحاسبة على نظارة عامة تتولى مهام النيابة العامة، وكذا كتابة ضبط، ويضاف إلى الهيكل القضائي هياكل إدارية وتقنية تعمل على تسهيل مهام القضاة، وتوفير الظروف= =الملائمة لعملهم، يمكننا إجمالها في المصالح التالية: الأمانة العامة، قسم تقنيات التحليل والرقابة، قسم الدراسات ومعالجة المعلومات، مديرية الإدارة والوسائل، ديوان يتولى علاقات المجلس مع الأجهزة العمومية المركزية ومختلف المؤسسات الأجنبية للرقابة المالية، وكذا مكتب المقررين العامين للجنة البرامج والتقارير. أنظر أكثر تفصيلا: أمجوج نوار، مرجع سابق، ص ص: 34 – 35. خلوفي رشيد، مرجع سابق، ص 179. بلقوريشي حياة، مرجع سابق، ص 20 وما بعدها.

(19) - المرسوم الرئاسي 95 – 377، المؤرخ في 20 نوفمبر 1995، المتعلق بالنظام الداخلي لمجلس المحاسبة، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 72، الصادرة بتاريخ 26 نوفمبر 1995.

(20) - في مقابلة أجريت مع السيد رئيس مجلس المحاسبة، صرح فيها أن هناك نقص كبير في الموظفين، حيث أن عدد القضاة بين مستشارين ومحتسبين لا يتجاوز 170 قاضي، يضاف إليهم 54 مدقق مالي على كامل التراب الوطني، حتى أن غرفة الانضباط التي تعتبر بمثابة كعب أخيل لا يتواجد بها إلا 07 قضاة فقط، كما أنه من بين 10000 حساب عام موجود في الجزائر، لا يستطيع المجلس بالنظر إلى ضعف موارده البشرية إلا معالجة 600 حساب في السنة في كل دوائر المجلس. أنظر تفاصيل هذه المقابلة على:

Le rôle de la cour des comptes dans la lutte contre la corruption expliqué par son président, sur le lien : Algerie-Eco.com.

(21) - نلاحظ أن أنسب عبارة لهذا التقسيم هي "التقسيم الجهوي"، بدلا من "التقسيم الإقليمي"، ذلك أن التقسيم الإقليمي يفترض أن يكون على مستوى الولايات على أقصى تقدير.

(22) - أمجوج نوار، مرجع سابق، ص 29.

(23) - أنظر أكثر تفصيلا في: بلقوريشي حياة، مرجع سابق، ص ص: 31 – 32. أمجوج نوار، مرجع سابق، ص ص: 29 – 30.

(24) - قاموس المعاني: عربي – عربي، على موقع: https://www.almaany.com/ar/dict/ar-

(25) - بوستة ناسيمة، "صورية الوظيفة الاستشارية لمجلس الدولة في الجزائر"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، المجلد 02، العدد 02، نوفمبر 2016، ص 394.

(26) - صادق محمد علي الحسيني، "الوظيفة الاستشارية لمجلس شورى الدولة العراقي: دراسة مقارنة"، مجلة أهل البيت، جامعة أهل البيت، العدد 07، ص 106.

(27) - خالد الزبيدي، "الاستشارة في قضاء محكمة العدل العليا: دراسة مقارنة"، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية، المجلد 35، العدد 02، 2008، ص 346.

(28) - أحمد بوضياف، الهيئات الاستشارية في الإدارة الجزائرية، الجزائر: مؤسسة الكتاب الوطنية، 1989، ص 13.

(29) - أحمد حاكم، دور مجلس الدولة في العملية التشريعية: دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير في القانون الإداري المعمق، جامعة تلمسان، 2016، ص 96. بوستة ناسيمة، مرجع سابق، ص 395. آصف عساف وسعيد نحيلي، "تفعيل الدور الاستشاري لمجلس الدولة السوري"، مجلة جامعة البعث، المجلد 39، العدد 28، 2017، ص 27.

(30) - أنظر في هذا الصدد الصورة الاجبارية للاستشارة المطلوبة من مجلس الدولة الجزائري في: أحمد حاكم، مرجع سابق، ص 91. بوستة ناسيمة، مرجع سابق، ص 395. محمد الصغير بعلي، القضاء الإداري: مجلس الدولة، عنابة:= =دار العلوم، 2004، ص 188. عبد الرزاق زوينة، "الرأي الاستشاري لمجلس الدولة: ولادة كاملة ومهمة مبتورة..."، مجلة مجلس الدولة، الجزائر، العدد 01، 2002، ص 29. العربي بن علي بن عمارة، "دور الهيئات الاستشارية في حوكمة السياسات العامة في الدول المغاربي"، مجلة جيل الدراسات السياسية والعلاقات الدولية، مركز الجيل البحث العلمي، العدد 24، جويلية، 2019، ص ص 15 – 16.

(31) - هناك من يضيف نوع رابع هو ما يسمى بالرأي الموجه أو المفصح، وهنا تكون الجهة المستشيرة غير ملزمة بطلب الرأي، غير أنها إذا قامت بطلبه من الجهة المعنية تكون ملزمة بنتيجة، فهو موجه للإدارة بضرورة العمل به ومفصح عن الصائب والصحيح من حكم القانون. أنظر: آصف عساف وسعيد نحيلي، مرجع سابق، ص ص: 28 – 29.

(32) - خالد الزبيدي، مرجع سابق، ص 348. بوستة ناسيمة، مرجع سابق، 395. آصف عساف وسعيد نحيلي، مرجع سابق، ص 28.

(33) - على صعيد القضاء الإداري ذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى قبول الطعن ضد الاستشارة المطابقة الصادرة عن مجلس بلدي، غير أنه استقر على أن الاستشارة إجراء لا يمكن فصله عن القرار المتخذ، ولا يمكن أن تكون محلا للطعن، كما قضي بأنه لا يمكن توجيه دعوى إلغاء ضد الرأي الصادر عن هيئة استشارية...، ما لم يصدر قرار نهائي. وهو نفس مذهب مجلس الدولة المصري الذي أكد على أن الرأي هو مجرد قرار تحضيري لا يقبل الطعن بالإلغاء= =أمام القضاء. أنظر: خالد الزبيدي، مرجع سابق، ص 355. آصف عساف وسعيد نحيلي، مرجع سابق، ص 18 وما بعدها.

(34) - صادق محمد علي الحسيني، مرجع سابق، ص 111.

(35) - هذا حال الآراء الاستشارية الصادرة عن محكمة العدل الدولي الدائمة والحالية، فعلى الرغم من أن الرأي الاستشاري مبدئيا – من خلال تسميته – غير ملزم، ولا مجال لإجبار الدول على تنفيذ ما جاء في فتواها، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك، غير أن هذا الأمر لا يعني بأي حال من الأحوال تجريد الرأي الاستشاري (الفتوى) من أي قيمة إلزامية، فالواقع العملي أثبت أن الدول تتقيد عادة بهذه الآراء لما فيها من إلزام أدبي، كما أن هناك بعض الآراء الاستشارية الملزمة قانونا، أي عندما ينص القانون على الزاميتها، ومن ذلك الآراء التي تصدر عن محكمة العدل الدولي بصدد أحكام المحكمة الإدارية لمنظمة العمل الدولية، حيث تنص المادة 11 من النظام على كونها إلزامية. أنظر أكثر تفصيلا في الموضوع: عماد جليل عبد الله حيديري، القيمة القانونية للآراء الاستشارية لمحكمة العدل الدولية، رسالة ماجستير في القانون الدولي العام، جامعة بيروت العربية، 2016، ص 133.

(36) - محمد الصغير بعلي، مرجع سابق، ص 188. عبد الرزاق زوينة، مرجع سابق، ص 26. ناسيمة بوستة، مرجع سابق، ص 405.

(37) - أحمد حاكم، مرجع سابق، ص 100.

(38) - بوستة ناسيمة، مرجع سابق، ص 397.

(39) - أنظر أكثر تفصيلا: زوينة عبد الرزاق، مرجع سابق، ص ص: 27 – 28. ليث كمال نصراوين، "متطلبات الصياغة التشريعية الجيدة وأثرها على الإصلاح القانوني"، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، الكويت، السنة 05، العدد 02، ج 01، ماي 2017، ص 409 وما بعدها. أوراك حورية، مبادئ الأمن القانوني في القانون الجزائري وإجراءاته، أطروحة دكتوراه في القانون العام، جامعة الجزائر 1، 2018، ص 138 وما بعدها.

(40) - زوينة عبد الرزاق، مرجع سابق، ص ص: 28 – 29.

(41) - على الرغم من أننا وظفنا مصطلح "الاختصاصات الاستشارية" في عنوان الدراسة حسب ما هو دارج في الفقه والقضاء وحتى القانون، إلا أن الحقيقة أن مجلس المحاسبة لا يملك في مجال الاستشارة إلا صلاحيات فقط، وهذا بالنظر إلى أن مفهوم الاختصاص هو ما تنفرد به سلطة عامة من صلاحيات، أما الصلاحيات فهي مجموع السلطات المخولة لجهة معينة، مع منح ذات السلطات لجهة أو جهات أخرى. ومجلس المحاسبة بالنظر إلى طبيعة الاستشارة غير الملزمة التي يصدرها، وبالنظر إلى عدم التحديد الدقيق للمجالات التي يبدي فيها رأيه الاستشاري، يكون بذلك يملك صلاحية استشارية وليس اختصاص استشاري. أنظر الفرق بين الصلاحية والاختصاص في: أحمد غراب، "ضرورة التمييز بين مصطلحي الاختصاص والصلاحية في المجال القانوني"، مجلة العلوم الاجتماعية والانسانية، جامعة باتنة 1، العدد 37، ديسمبر 2017. غير أننا آثرنا استعمال مصطلح الاختصاص، بالنظر إلى أن مجلس المحاسبة هو أعلى هيئة في الرقابة البعدية على مالية الدولة، وبالتالي هو الجهة الأكثر تخصصا ودراية بكل ما يتعلق بقوانين المالية، ومن ثم نرى بأن استشارته يجب أن تكون حصرية في هذا المجال، فيكون مجلس المحاسبة هو صاحب الاختصاص الاستشاري الأصيل في المسائل المتعلقة بقوانين المالية.

(42) - المؤسسات الدستورية ذات الطبيعة الاستشارية تعتبر الاستشارة اختصاص أصيل لها، وهو سبب إنشائها، وهذه المؤسسات هي تلك المشار إليها في الفصل الثالث من الدستور تحت عنوان المؤسسات الاستشارية، وهي: المجلس الإسلامي الأعلى (م 195 – 196)، المجلس الأعلى للأمن (م 197)، المجلس الوطني لحقوق الإنسان (م 198 – 199)، المجلس الأعلى للشباب (م 200 – 201)، الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته (م 202 – 203)، المجلس الوطني الاقتصادي والاجتماعي (م 204 – 205)، المجلس الوطني للبحث الوطني والتكنولوجيات (م 206 – 207). أما المؤسسات الدستورية ذات الاختصاص الاستشاري، فالوظيفة الاستشارية بالنسبة لها هي وظيفة ثانوية إلى جانب وظيفتها الأصلية التي يمكن أن تكون إدارية أو قضائية، كما هو حال مجلس الدولة، المجلس الدستوري،= =المجلس الأعلى للقضاء. أنظر

الفرق بين المؤسسات الاستشارية والمؤسسات ذات الاختصاص الاستشاري في: شوقي يعيش تمام، محاضرات في مقياس مجلس المحاسبة، جامعة بسكرة، 2019، ص ص: 61 – 62.

(43) - خالد الزبيدي، مرجع سابق، ص 349.

(44) - أحمد حاكم، مرجع سابق، ص 92. خالد الزبيدي، مرجع سابق، ص 349.

(45) - مسعود شهوب، مرجع سابق، ص ص: 239 – 240.

(46) - ليث كمال نصراوين، مرجع سابق، ص ص: 407 – 408.

(47) - تنص المادة 54 من الأمر 95 – 20 على ما يلي: "تكلف لجنة البرامج والتقارير بالتحضير والمصادقة على ما يأتي:"

- التقرير السنوي الموجه إلى رئيس الجمهورية والهيئة التشريعية.

- التقرير التقييمي للمشروع التمهيدي لقانون ضبط الميزانية.

- مشروع البرنامج السنوي لنشاط مجلس المحاسبة..."

(48) - شوقي يعيش تمام، مرجع سابق، ص 63.

(49) - في البداية جاء المرسوم التنفيذي 98 – 261 المؤرخ في 29 سبتمبر 1998، المحدد لأشكال الإجراءات وكيفياتها في المجال الاستشاري أمام مجلس الدولة، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 64، 1998، تطبيقا لنص المادة 41 من القانون العضوي 98 – 01، غير أن مواده اتسمت بالعمومية، وأحالت بدورها على النظام الداخلي لمجلس الدولة، الذي كانت تنص مواده من 77 إلى 112 على الجهات المخطرة لمجلس الدولة، طبيعة الرقابة على النصوص المعروضة، الإجراءات المتبعة في الدور الاستشاري لمجلس الدولة إلى غاية التقرير النهائي إلى الأمين العام للحكومة. أنظر: أحمد حاكم، مرجع سابق، ص 114 وما بعدها. وقد تم تعديل هذا النظام مؤخرا بموجب النظام الداخلي لمجلس الدولة المؤرخ في 19 سبتمبر 2019، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 66، الصادرة بتاريخ 27 أكتوبر 2019. حيث تضمنت المواد من 114 إلى 138 أي 24 مادة خاصة بالإجراءات المتعلقة بالمهمة الاستشارية لمجلس الدولة، منها ما هو متعلق ببيان الاختصاص الاستشاري، ومنها ما هو متعلق باللجنة الاستشارية وتشكيلتها، ثم كيفية الاستعانة من خبرة خارجية في الاستشارة، فالإجراءات العادية (المقرر، التعاون مع القطاعات المعنية، الجلسات، المصادقة والتصويت واعداد التقرير النهائي)، ثم الإجراءات في حالة الاستعجال، وأخيرا رأي مجلس الدولة النهائي وتوقيعه وكيفية إرساله.

(50) - زوينة عبد الرزاق، مرجع سابق، ص 27.

(51) - حيث كان ينص القانون 80 – 05 الملغى في مادته 09 صراحة على أن مجلس المحاسبة يبدي رأيا استشاريا لرئيس الجمهورية فقط في المشاريع التمهيدية المتضمنة للنصوص المتعلقة بتنظيم الحسابات وتسييرها ومراقبتها، أي أن الاستشارة لم تكن متعلقة بقوانين المالية. أنظر: شوقي يعيش تمام، مرجع سابق، ص 63.

(52) - القانون العضوي 18 – 15 المؤرخ في 02 سبتمبر 2018، المتعلق بقوانين المالية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 53، الصادر بتاريخ 02 سبتمبر 2018.

(53) - شوقي يعيش تمام، مرجع سابق، ص 63.

(54) - قانون ضبط الميزانية أو قانون تسوية الميزانية جاء تعريفه في المادة 08 من القانون العضوي 18 – 15 المتعلق بقوانين المالية بقولها: "القانون المتضمن تسوية الميزانية هو الوثيقة التي يثبت بمقتضاها تنفيذ قانون المالية للسنة وقوانين المالية التصحيحية بنفس السنة"، وإن كان هناك جانب من الفقه يرى بأن قانون تسوية الميزانية مجرد عمل إداري لا يرقى لأن يعتبر قانونا، ذلك أن الهدف منه هو مجرد التحقق من المبالغ التي حصل تنفيذها فعلا خلال سنة مالية معينة، بإظهار ما تم تحصيله في باب الإيرادات، وما تم صرفه في باب النفقات، فهو بذلك غير مؤثر في تسوية الميزانية أو عدم تسويتها، فدوره أنه تقرير كاشف لا غير. إلا أننا نرى بأن القانون العضوي 18 – 15 السالف الذكر قد حسم هذه المسألة في نص المادة 04 منه التي تنص على أنه: "يكتسي طابع قانون المالية:

1 – قانون المالية للسنة،

2- قوانين المالية التصحيحية،=

=3 – القانون المتضمن تسوية الميزانية".

إضافة إلى أن هذا القانون، أي قانون تسوية الميزانية، يتخذ الصفة الشكلية للقوانين بصدوره في شكل قانون مع مصادقة البرلمان عليه. أنظر: شوقي يعيش تمام، مرجع سابق، ص 64. بقالم مراد، "مكانة قوانين ضبط الميزانية في الجزائر: دراسة مقارنة"، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، جامعة الشلف، المجلد 04، العدد 01، 2018، ص 235 وما بعدها.

(55) - القانون 17 – 08 المؤرخ في 27 مارس 2017، المتضمن تسوية الميزانية لسنة 2014، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 21، الصارة بتاريخ 02 أفريل 2017. أنظر أمثلة أخرى في: شوقي يعيش تمام، مرجع سابق، ص 65.

(56) - أنظر المواد: 17، 18، 19، 20، 21 من قانون مجلس المحاسبة. نشير في هذا الصدد إلغاء المادة 22 من القانون سالف الذكر في تعديل سنة 2010، المتعلقة باستشارة مجلس المحاسبة من قبل رئيس المجموعة البرلمانية.

(57) - شوقي يعيش تمام، مرجع سابق، ص 65.

(58) - لا يقتصر عدم النشر في مجلس المحاسبة على الآراء فقط، وإنما يتعداه إلى عدم نشر التقارير، على الرغم من أن المادة 16 من القانون 95 – 20 تنص صراحة في فقرتها الثالثة على النشر الكلي أو الجزئي للتقرير في الجريدة الرسمية، غير أنه من الناحية العملية لم يتم نشر إلا تقريرين فقط، المتعلقين بسنة 1995، وسنتي 1996 – 1997، أنظر: التقرير السنوي لمجلس المحاسبة، لسنة 1995، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 76، الصادرة بتاريخ 19 نوفمبر 1997. وكذا: التقرير السنوي لمجلس المحاسبة، لسنتي 1996 - 1997، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 12، الصادرة بتاريخ 28 فيفري 1999. ونلاحظ كذلك طول المدة التي تفصل بين سنة التقرير وتاريخ النشر.

(59) - أمجوج نوار، مرجع سابق، ص 107. شوقي يعيش تمام، مرجع سابق، ص 70.

الطبيعة القانونية لقرار إرسال الدفع بعدم دستورية القوانين



الدكتور/ جمال رواب

جامعة خميس مليانة

❋ ❋ ❋ ❋ ❋

مقدّمة:

لقد شكلت أحكام المادة 188 من الدستور وكذا قانون عضوي رقم 18-16 مؤرخ في 22 ذي الحجة عام 1439 الموافق 2 سبتمبر سنة 2018، الذي يحدد شروط وكيفيات الدفع بعدم الدستورية لاسيما الفصل الثاني منه المعنون بشروط وكيفيات ممارسة الدفع بعدم الدستورية، مادة خام أسالت الكثير من الحبر من قبل الباحثين ورجال القضاء والقانون بالتحليل والتمحيص، ورغم ذلك فإن الموضوع لازال قابلا للإثراء من خلال الخوض في أدق تفاصيله، فرأيت أنه من المناسب جدا البحث في الطبيعة القانونية للإرسال في محاولة لرفع اللبس عن هذه المرحلة الأساسية من مراحل سير الدفع والتي تشكل المنطلق والحلقة الأهم في سلسلة الاجراءات المتعلقة بهذه المادة، وهي مرحلة ارسال الدفع بعدم الدستورية من طرف قاضي الموضوع إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة –حسب الحالة-، هذه المرحلة التي يمارس من خلالها قاضي الموضوع دور المصفاة الأولى لمدى وإن كان يمكن تقديم الدفع مباشرة أمام المحكمة العليا خلال خصومة تنظر فيها أول وآخر درجة عملا بأحكام المادة 01/02 كطلب التعويض عن الحبس المؤقت غير المبرر طبقا لنص المادة 137 من قانون الاجراءات الجزائية وكذا التحقيق ضد أعضاء الحكومة طبقا للمادة 573 من قانون الاجراءات الجزائية.

لتأتي المرحلة الثالثة والأخيرة التي تختتم بفحص الدفع والبت فيه من طرف المجلس الدستوري.

ما يهمنا في هذا السياق المرحلة الأولى المتعلقة بإرسال الدفع بعدم الستورية، التي تضمنتها المادتين 07 و 09 من القانون العضوي رقم 18-16، وما هي طبيعته القانونية؟

أولاً

شروط ممارسة الدفع بعدم الدستورية أمام الجهة القضائية

على ضوء أحكام المادة 188 من الدستور، وكذا أحكام القانون العضوي 18-16 المحدد لشروط وكيفيات الدفع بعدم الدستورية، هماك جملة من الشروط يجب توافرها لممارسة الدفع بعدم دستورية القوانين أمام الجهات القضائية، وهي باختصار:

1- أن يقدم الدفع من طرف المتقاضين:

لقد اشترط المؤسس الدستوري في نص المادة 188 أن يتم الدفع من طرف أحد المتقاضين بنصها على أنه " **يمكن إخطار المجلس الدستوري بالدفع بعدم الدستورية...، عندما يدعي أحد الأطراف في المحاكمة أمام جهة قضائية أن الحكم التشريعي الذي يتوقف عليه مآل النزاع ينتهك الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور**"، كما نصت المادّة الثانية من القانون العضوي 18-16 على أنه :"**يمكن إثارة الدفع بعدم ...، من قبل أحد أطراف الدعوى الذي يدعي أن الحكم التشريعي الذي يتوقف عليه مآل النزاع ينتهك الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور.**

وعلى الرغم من أن الدفع بعدم الدستورية هو من مقتضيات النظام العام فإنه ذو **طبيعة خاصة مرتبط بالنظام التشريعي**، يمكن أن يطرح أمام أي جهة قضائية بل وحتى أمام المحكمة العليا، كما يطرح في أي مرحلة كانت عليها الدعوى، ومتعلق بالنظام العام.

كما لا يمكن إثارته من طرف القاضي تطبيقا لنص المادة 4 من القانون العضوي 18-16 التي أكدت صراحة على أنه: "**لا يمكن أن يثار الدفع بعدم الدستورية تلقائيا من طرف القاضي** "، رغم كونه ينتج عن اعتماد دعوى عينية يُتوخّى فيها تحصيل مصلحة عامة مؤداها مخاصمة نص تشريعي مخالف للدستور، ومع ذلك فإنّ المؤسس الدستوري أبقى تفعيل حق الدفع مقترنا بالدفاع عن مصلحة ذاتية للمتقاضين، حيث لا وجود للدعوى الدستورية الناجمة عن إثارة الدفع بمعزل عن الدعوى القضائية المرتبطة بالدفاع عن حقوق المتقاضين[1]، ولذلك يبقى إثارة مسألة الدفع متوقفا أساسا على طلب أطراف النزاع فقط[2].

ونشير في هذا السياق أن هناك بعض التشريعات تسمح للقاضي بإثارة عدم دستورية قانون من تلقاء نفسه كالتشريع المصري، حيث يجوز للقاضي المصري إذا تراءى له عدم دستورية نص في القانون الواجب التطبيق على الدعوى أن يوقف الفصل فيها ويحيلها بغير رسوم للمحكمة الدستورية العليا للفصل فيها، كما يجوز للمحكمة الدستوريا العليا ذاتها التصدي عند مباشرتها لمهامها للنصوص غير الدستورية[3]، حسب ما تنص عليه الفقرة الأولى من المادة 29 من قانون المحكمة الدستورية العليا، بالمقابل يحظر التشريع الفرنسي على القاضي إثارة مسألة الأولوية الدستورية باستثناء النيابة العامة إن كانت طرفا أساسيا في الدعوى[4].

2- انصراف الدفع لحماية حقوق وحريات المتقاضي:

لقد ربط المؤسس الدستوري صحة تقديم الدفع بانصراف الأخير للطعن في دستورية حكم تشريعي لافتراض مساسه الأكيد بالحريات والحقوق التي يكفلها الدستور للمتقاضي، مقتديا في ذلك كما سبقت الاشارة اليه بنظيره الفرنسي الذي ضمنّ هذا الشرط في نص

المادة 61-1 المتعلقة بمسالة الأولوية الدستورية، وكرسّه لاحقا في نص الفقرة الأولى من المادة 23 من القانون العضوي رقم 09-1523 المنظّم لشروط تطبيق مسألة الأولوية الدستورية، بحيث تُستثنى كل الأحكام التشريعية الخارجة عن نطاق الحقوق والحريات من إعمال آلية الدفع، كونها من قبيل الاحكام المتعلقة باختصاصات السلطات أو تنظيم المؤسسات والمرافق العمومية أو تنظيم مجالات التجارة والاقتصاد أو التعاون الدولي وغيرها من المسائل التي ليس لها علاقة بحقوق وحريات الأفراد[5].

كما كرّس اجتهاد المجلس الدستوري الفرنسي هذه القاعدة في العديد من قراراته، وحدّد نطاق ممارستها في إطار تفعيل أحكام المادة 61-1 من الدستور[6]، حيث حصر سلطة القضاء في إحالة طلبات الدفع على المجلس الدستوري المتعلقة بالأحكام التشريعية المنطوية على انتهاك لحقوق الأفراد والحريات فقط، المنصوص عليها في الدستور، وديباجة دستور1946، والمبادئ الأساسية المعترف بها في قوانين الجمهورية، وإعلان حقوق الانسان والمواطن لعام1789.

3- ارتباط الدفع بدعوى أصلية في الموضوع:

يرتبط تفعيل الدفع بعدم الدستورية بوجود دعوى مسبقا في الموضوع أي بوجود نزاع قضائي، حيث تنسجم قراءة نص المادة 188 من الدستور مع وجود دعوى معروضة مسبقا أمام الجهات القضائية "**... عندما يدّعي أحد الأطراف في المحاكمة أمام جهة قضائية...**"، و هو ما أكدته المادّة 2 من القانون العضوي 18-16 بنصها على أنه "**يمكن إثارة الدفع بعدم الدستورية ...، من قبل أحد أطراف الدعوى الذي يدعي أن الحكم التشريعي الذي يتوقف عليه مآل النزاع ينتهك الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور...**".

حيث يتبيّن خلال سير الدعوى إمكانية الدفع بعدم دستورية حكم تشريعي مرتبط بسير إجراءات الدعوى، لذلك يكون الدفع المثار دفعا فرعيا ذو صلة بدعوى أصلية يجري نظرها بمناسبة نزاع أو خصومة أمام القضاء، وهو ما يكسب الدفع طابعا تبعياّ حيث لا يمكن إثارته مباشرة أو بمعزل عن دعوى في الموضوع.

4- ارتباط الدفع بالنظر في دستورية حكم تشريعي

ينبغي لصحة ممارسة الدفع توجيه الطعن للنظر في دستورية قانون باعتبار الأخير هو مناط الرقابة على الدستورية وقد استخدم المؤسس الدستوري في الجزائر عبارة **حكم تشريعي** في المادة 188 من الدستور والمواد 2 و 8 من القانون العضوي 18-16، وهي نفسها المعتمدة من قبل المؤسس الدستوري الفرنسي في نص المادة 61-1 من الدستور، أو في القانون العضوي رقم09-1535 المتعلق بشروط تطبيق

هذه المادة، يبدو من خلال هذا المصطلح **(أي مصطلح حكم تشريعي)** اتساع مجال إثارة الدفع لمخاصمة دستورية كل نص تشريعي يستجيب للمعيار الشكلي، أي كل الأدوات القانونية التي لها صفة التشريع، كالقوانين العضوية والعادية والأوامر أو القوانين الاستفتائية باعتبارها منتجة لأحكام تشريعية يمكن ينظر في دستوريتها المجلس الدستوري، لكن في واقع الأمر هذا النص يثير تساؤل حول كيفية تحديد مجال الأحكام التشريعية الخاضعة لرقابة الدفع، فبالنظر للتجربة الفرنسية فإن المراد من الحكم التشريعي القوانين العادية فقط، بحكم خضوع القوانين العضوية لرقابة المطابقة[7]، مما لا يسمح بإعادة عرضها من جديد على المجلس الدستوري بما يستقيم وشرط الجدّة[8] أما بالنسبة للقوانين الاستفتائية، فاجتهاد المجلس الدستوري في فرنسا ذهب إلى أن الرقابة على دستورية القوانين الاستفتائية تنحصر في رقابة صحة الاستفتاء فقط، بحكم أنها صادرة مباشرة عن إرادة الشعب، لذلك لا يسوغ إثارة رقابة لاحقة لها[9]، على العكس من ذلك نجد نظام الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين في مصر يشمل القوانين واللوائح، و من ثم يكون تطبيقه أوسع من تطبيق الدفع بعدم الدستورية في فرنسا[10].

كما يمكن استثناء القوانين الاستفتائية كذلك من نطاق ممارسة رقابة الدفع لدلالتها المباشرة والصريحة الصادرة عن إرادة الشعب.

ثانياً

شروط تقديم الدفع بعدم الدستورية

لقد حددت المادة 6 من القانون العضوي 18-16 المتعلق بتحديد شروط وكيفيات الدفع بعدم الدستورية شروط استيفاء الدفع لمقتضياته الشكلية بنصها على أنه: "**يقدم الدفع بعدم الدستورية، تحت طائلة عدم القبول، بمذكرة مكتوبة ومنفصلة ومسببة**".

وعليه فإن شروط تقديم الدفع بعدم الدستورية هي كالتالي:

1- تقديم الدفع كتابة:

لقد اشترط المشرع الجزائري في نص المادة 6 المشار اليها أعلاه **أن يتم بواسطة مذكرة مكتوبة**، لكنه لم يبين الجانب الشكلي لهذه المذكرة من تحديد للعناصر والبيانات التي يجب أن تتوافر فيها، وهو نقص أرى أنه من الواجب تداركه، ونشير هنا إلى أن المشرع الفرنسي حظر قيام القاضي بتنبيه المتقاضين لتصحيح شكل الدفع[11].

وفي نفس السياق تشترط اغلب الأنظمة والقوانين التي تبنت آلية الدفع بعدم الدستورية توقيع المحامي على مذكرة الدفع، بحيث يقع هذا الأخير تحت طائلة البطلان إذا لم يكن كذلك ، بالتالي فشرط توقيع محامي على طلب الدفع بعدم الدستورية من النظام العام في اغلب الدول التي تؤطر قوانينها هذا الدفع، بينما في المشرع الجزائري وتجنبا لتعارض النصوص القانونية[12] فقد نص صراحة في نص المادة 5 من القانون العضوي 18-16 على أنه: "**مع مراعاة الأحكام المنصوص عليها في هذا القانون العضوي،**

تطبق أحكام قانون للإجراءات المدنية والإدارية وقانون الإجراءات الجزائية أمام الجهات القضائية التي يثار أمامها الدفع بعدم الدستورية".

وقد وفق إلى حد كبير في ذلك، لأن الدفع بعدم الدستورية، من المفروض أن يتبع الدعوى الأصلية بخصوص ما تتطلّبهُ من موضوع الاستعانة بمحام، فتكون إجبارية الاستعانة بمحام في الحالة التي تُوجب الدعوى الأصلية ذلك[13]، في حين يكون للمعني بالأمر الحق في توقيعها، إذا كانت الدعوى الأصلية التي أُثير بمناسبتها الدفع بعدم الدستورية معفية من تطبيق قاعدة الاستعانة الوجوبية بمحام، أي وُجوب تبعية مذكرة الدفع بعدم الدستورية للدعوى الأصلية.

2- أن تكون المذكرة منفصلة:

يجب أن تكون **مذكرة الدفع بعدم الدستورية منفصلة عن مذكرة الدعوى الأصلية**[14]، بمعنى أنه لا يجوز تقديم الدفع بعدم الدستورية مع الطلب الأصلي، و لا يجوز تقديمه مع طلب آخر أو دفع آخر يختلف عنه في الطبيعة والمضمون، وهذا أمر منطقي ذلك أن الجهة التي سيرسل إليها أو يحال عليها الدفع لا اختصاص لها بموضوع الدعوى التي اثير بشأنها الدفع، لذا وجب ارسال المذكرة فقط، منفصلة عن النزاع الاصلي، باعتبار أنها محور المسألة الدستورية المعروضة عليه[15].

3- يجب تسبيب الدفع:

كما يجب أن يكون الدفع مسببا أي ذكر مبررات واسباب تقديمه، بمعنى آخر يجب أن تضمين مذكرة الدفع ببيان أوجه الخرق أو المساس المحتملة بالحقوق أو الحريات التي قد تترتب على اعمال النص محل الدفع الذي يتوقف عليه مآل النزاع أو يكون أساسا للمتابعة.

4- أن تكون متزامنة مع الدعوى الأصلية:

هذا الشرط وإن سكت عنه المشرع الجزائري إلا أنه شرط منطقي ومتطلب، فلا يعقل اثارة الدفع الا بالتزامن مع الدعوى الأصلية.

5- الرسوم القضائية:

لقد سكت المشرع الجزائري كذلك عن مسألة خضوع أو عدم خضوع مذكرة الدفع بعدم الدستورية للرسوم القضائية أو لا، باعتبار أن الدفع قد يكون من المدعي كما قد يكون من المدعى عليه، ولو أن الراجح في اعتقادنا أنها ترسل دون رسوم قضائية لارتباطها بالدعوى الأصلية، لذلك يستحسن النص صراحة على أن ارسال الدفع يكون دون رسوم.

على العموم، فيما عدا الشروط المنصوص عليها في المادة 188 من الدستور والمادة 6 من القانون العضوي 18-16 لم يرد نص تشريعي يتطلب شروط شكلية أخرى، لذا يخضع الدفع بعدم الدستورية للشروط الشكلية العامة الاخرى المنصوص عليها في المادة 13 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية من حيث تقديمه من صاحب الصفة والمصلحة و في المواعيد المقررة قانونا.

عليه فالمشرع الجزائري وتجنبا لتعارض النصوص القانونية[16] فقد نص صراحة في نص المادة 5 من القانون العضوي 18-16 على أنه: "**مع مراعاة الأحكام المنصوص عليها في هذا القانون العضوي، تطبق أحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية وقانون الإجراءات الجزائية أمام الجهات القضائية التي يثار أمامها الدفع بعدم الدستورية.**

ثالثاً

شروط ارسال الدفع بعدم الدستورية وطبيعته القانونية

سأحاول أن أستعرض في هذا الجانب، مسألة شروط التي يجب توافرها لاستصدار قرار إرسال الدفع بعدم دستورية القوانين، ثم التطرق للطبيعة القانونية لقرار الإرسال.

1- شروط إرسال الدفع بعدم دستورية القوانين من قبل الجهة القضائية:

نصت المادة 8 من القانون العضوي 18-16 على أنه: "**يتم إرسال الدفع بعدم الدستورية، إذا تم استيفاء الشروط الآتية:**

- **أن يتوقف** على الحكم التشريعي المعترض عليه مآل النزاع أو أن يشكل أساس المتابعة.
- ألا يكون الحكم التشريعي قد سبق التصريح بمطابقته للدستور من طرف المجلس الدستوري باستثناء حال تغير الظروف.
- أن يتسم الوجه المثار **بالجدية.**

1-1- ارتباط الحكم التشريعي بجوهر النزاع:

جاء في نص المادة 188 من الدستور أن يكون الحكم التشريعي محل الدفع حاسما في سير الخصومة، وهو ما عبّر عليه المؤسس بصيغة "يتوقف عليه مآل النزاع" للدلالة على أهميته الاكيدة في حسم النزاع القائم، وهو ما أكد عليه أيضا في المادة 8 من القانون العضوي 18-16 "... أن يتوقف على الحكم التشريعي المعترض عليه مآل النزاع أو أن يشكل أساس المتابعة..."، مسايرا في ذلك المؤسس الدستوري نظيره المغربي الذي اعتمد في الفصل 133 من الدستور عبارة: "**... أنّ القانون الذي سيطّبق على النزاع...**" بينما لم ينص عليه المؤسس الدستوري الفرنسي في المادة61-1 المتعلق بمسألة الأولوية الدستورية، لكنه نص عليه صراحة في القانون العضوي رقم2009-1523 المتعلق بشروط تطبيق هذه الأخيرة أي حيث جاء في مقدمة نص المادة 23-1 منه على أن الدفع يجب أن يمس جوهر وأساس النزاع.

تصب الجدوى من تحديد هذا الشرط في ترشيد سبل استعمال الدفع بعدم الدستورية، حتى لا يتم إثارته تلقائيا بمناسبة أي نزاع قائم أمام القضاء مما ينجم عنه تشتيت طريق سير الدعوى وإطالة إجراءات النظر فيها، الأمر الذي يفرض استبعاد كل الدفوع الصورية وغير المؤسسة على أسانيد قوية، التي تفتح السبيل لممارسة الدفوع الكيدية وإغراق كاهل المجلس بتبعة الفصل فيها، والتي يمكن المواصلة في سير الدعوى والفصل في مآلها بمنأى عن تداعياتها وتأثيرها.

1-2- لم يسبق التصريح بمطابقته للدستور من طرف المجلس الدستوري:

إن القوانين العضوية تخرج من نطاق تطبيق الدفع بعدم الدستورية لخضوعها المسبق لرقابة المطابقة حسب الفقرة الأخيرة من نص المادة 141 والفقرة 2 من نص المادة 186 من الدستور، فضلا على كون المادة 191 من الدستور التي نصت على أنه :"... **تكون آراء المجلس الدستوري وقراراته نهائية وملزمة لجميع السلطات العمومية والسلطات الإدارية والقضائية**"، تكون قد حصّنت نتائج رقابة المجلس من آراء وقرارات من كل سبل الطعن وجعلته ملزما لكافة السلطات مما يستحيل معه المبادرة بإثارتها من جديد، باستثناء حال تغير الظروف لو أن هذه العبارة التي تبرر الدفع بعدم الدستورية رغم سبق صدور رأي المجلس الدستوري بدستورية النص، جاءت عامة دون تحديد في نص المادة 8 من القانون العضوي 18-16، ولو أننا نميل صراحة إلى موقف المجلس الدستوري الفرنسي في حكمه الصادر بتاريخ 2009/12/03 الذي فسر اصطلاح تغير الظروف التي يمكن أن يؤدي تغيرها إلى اعتبار النص التشريعي المنظور أمام القضاء غير دستوري بأنها الظروف القانونية، المتمثلة في التغير الذي يمكن أن يطرأ على القاعدة الدستورية التي سبق و أن قضى المجلس بدستورية الحكم التشريعي استنادا عليها، أو الظروف الواقعية التي من شأنها أن تؤثر في النص المدفوع بعدم دستوريته بالشكل الذي يجعله متعارضا مع الدستور[17].

1-3- التأكد من جدية الدفع:

المقصود بالجدية هو تأكد من أن النص التشريعي موضوع الدفع هو الذي سيطبق أو يتوقف عليه مآل النزاع أو يشكل أساس للمتابعة، وقد أكدت المادة 8 من القانون العضوي 18-16 على ضرورة أن يتسم الوجه المثار بالجدية، وهو أهم شرط يرتكز عليه الدفع بعدم الدستورية، أي يجب أن يتمتع الدفع بالطابع الجدّي بمعنى أن تكون دواعي ومسوغات تقديمه قائمة، والمقصود بالجدية هنا كمصطلح قانوني هو تأكد قاضي الموضوع من كون الدفع منتج في الدعوى أو غير منتج و هنا منتج الذي هو مصطلح قضائي ليس في الرقابة على دستورية النص التشريعي من حيث كونه دستوري أم لا؟ بل تقدير النص موضوع الطعن هل يتوقف عليه مآل النزاع أم لا؟، بمعنى آخر هل يتوقف عليه الفصل في النزاع أم لا؟، وهذا ما أكد عليه المجلس الدستوري في رأييه المتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي الذي يحدد شروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية، والذي أكد من خلاله على أن دور الجهات القضائية تقتضي أن يتقيد القضاة، عند ممارسة صلاحياتهم في إطار الدفع بعدم الدستورية، بالحدود التي تسمح فقط بتقدير مدى توفر الشروط المنصوص في القانون العضوي من عدمها دون أن يمتد ذلك إلى تقديرهم لدستورية الحكم التشريعي المعترض عليه من قبل أحد أطراف النزاع[18]، وهو ما يتفق ومقاصد المادة 188 من الدستور، لان القضاء العادي أو الإداري لا يعتبر إلا همزة وصل بين الأفراد المتقاضين

والمجلس الدستوري في مجال تجسيد وفاعلية آلية الدفع بعدم الدستورية، و لا يجب أن يتعدى ذلك إلى الرقابة الدستورية[19].

فضلا استجابته لمعيار الجدّة أي ألا يكون الدفع قد سبق تقديمه للنظر أمام المجلس الدستوري إعمالا لمبدأ قوة الشيء المقضي فيه.

2- الطبيعة القانونية لإرسال الدفع بعدم الدستورية:

والذي يأخذ إحدى صورتين:

الصورة الأولى: قرار بإرسال الدفع صادر عن محكمة أو مجلس قضائي[20].

الصورة الثانية: الاعتراض على قرار رفض ارسال الدفع بمناسبة الطعن ضد القرار الفاصل في النزاع أو جزء منه[21].

1.2.3. القرار بإرسال الدفع صادر عن محكمة أو مجلس قضائي

بعد أن تتأكد الجهة القضائية المثار أمامها الدفع بعد الدستورية من إستفائه للشروط القانونية[22]، فإنها تبت في مسألة إرسال الدفع بعدم الدستورية بإرسال الدفع أو رفض إرساله، وقد استعمل المشرع الجزائري -الذي كان دقيقا جدا- عبارة **إرسال الدفع** التي تقابلها بالفرنسية **La transmission de l'exception** ، أي تبنى نظام الارسال هو المصطلح الادق والاسلم، والذي يؤكد بوضوح طبيعته القانونية بأنه **عمل اداري** يقوم به قضاة الموضوع على مستوى الدرجة الأولى أو الثانية وليس قضائي، وما يؤكد ذلك أيضا أنه يكون بموجب **قرار** مهما كانت الجهة القضائية التي صدر عنها، فإستعمال لفظ **قرار** تأكيد آخر على أن ارسال الدفع يعتبر عمل ذو طبيعة إدارية وهو ما يتلاءم ويستقيم مع آلية الدفع بعدم الدستورية، فدور القاضي يقتصر على دراسة توفر شروط الارسال من عدمها فقط دون أن تمتد وظيفته للفصل في دستورية أو عدم دستورية الحكم التشريعي المدفوع ضده.

ونص المادّة 9 من القانون 18- 16 على أن **قرار إسال الدفع غير قابل لأي طعن** يؤكد مرة أخرى على أن هذا القرار له مواصفات العمل الإداري و لا يعتبر على الاطلاق عمل قضائي ولا حتى ولائي ذلك أن الأعمال القضائية والأعمال الولائية هي في الاصل قابلة للطعن وفق القانون.

كذلك نص المشرع الجزائري في المادة 9 فقرة 2 على أنه: "....ولا يمكن أن يكون محل **اعتراض** إلا بمناسبة الطعن ضد القرار الفاصل في النزاع أو في جزء منه..."

وهنا أيضا تأكيد صريح على أنه ذو طبيعة ادارية كون الاعتراض من موجبات القرار الاداري لأنه تنفيذي ونحن لما نعترض فإننا على تنفيذ القرار.

كما يجب على قضاة الموضوع الفصل فورا في قرار الارسال، بمعنى أن دراسة قاضي الموضوع لمذكرة الدفع بعدم الدستورية يجب أن تتم **فوراً**، و عبارة **فوراً** طبقا لرأي المجلس الدستوري تفيد معنى **في الحين** وتقابلها بالفرنسية **San délai** التي تعني في الأصل **عدم التقيد بميعاد محدد**، لكن المشرع الجزائري استعمل هذه الكلمة وكان القصد منها – **طبقا لرأي المجلس الدستوري**[23]- أنه على الجهة

القضائية التي يثار أمامها الدفع بعدم الدستورية أن تفصل فيه **بصفة أولوية و مستعجلة** بعد التأكد من مدى توفر شروط الدفع، وكلمة **فورا** في إعتقادي رغم عدم تطابقها مع الترجمة باللغة الفرنسية، لكنها تبقى الادق تعبيرا وأنها تخدم نظام الدفع بعدم الدستورية ويمكن أن تنعكس عليه ايجابا لأن دراسة توفر شروط الدفع بعدم الدستورية من عدمها بشكل عقلاني وكافي من طرف القاضي، بالتالي الفورية هي المدة الزمنية المعقولة والكافية حسب طبيعة كل قضية.

كما يجب على الجهة القضائية أن تفصل في ارسال الدفع بعدم الدستورية من عدمه بقرار مسبب، أي يجب تضمين القرار بمختلف الاسباب القانونية التي دفعت للأخذ بهذا المنحى دون غيره، وقبولها إرسال الدفع بعدم الدستورية أو رفض إرساله، أي ذكر اسباب القبول أو الرفض، كل ذلك طبعا بعد التأكد من تحقق شروط الدفع بعدم الدستورية، وتسبيب القرار هو أيضا من موجبات العمل الإداري.

ولا يمكن ارسال الدفع بعد الدستورية إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة إلا **بعد استطلاع رأي** النيابة العامة أو محافظ الدولة، **Après avis** ، دون أن تحدد كيفيات هذا الاستطلاع أو الهدف والغاية المرجوة منه ونتائجه ومدى تأثيره في مآل إرسال الدفع بعدم الدستورية، ولو أن رأي النيابة العامة أو محافظ الدولة هو مجرد إجراء إجباري ولا يشترط أن يكون **رأي مطابق** **Avis Conforme** ، بحيث يجب المرور عليه كإجراء جوهري تقدم من خلاله النيابة العامة او محافظ الدولة رأيهما مكتوبا كما يمكنهما تقديم طلبات، لكن هذا الرأي لا يلزم قضاة الموضوع في شيء إلا كإجراء يجب التقيد به، وإلا أعتبر قرار مشوبا بعيب مخالفة الاجراءات، مع إحتفاظ قاضي الموضوع بسلطته التقديرية في ارسال الدفع من عدمه.

وفي ذات السياق أشير إلى الجهة القضائية التي تبت في قرار ارسال الدفع بعدم الدستورية يجب أن تقتصر على القضاة فقط، فإذا كانت تشكيلة الجهة القضائية تضم مساعدين غير قضاة كالمحلفين مثلما هو عليه الشأن في محكمة الجنايات والمحاكم التجارية والاجتماعية، فإنهم يستبعدون وتفصل دون حضورهم لأنه عمل قانوني وليس فصل في الوقائع.

بعد توافر جملة الشروط والمقتضيات السالف الاشارة إليها يوجه القرار بإرسال الدفع بعدم الدستورية مع عرائـــــض الأطراف ومذكراتهم إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة -حسب الحالة- خلال 10 أيام من صدوره، وفي حالة رفض ارسال الدفع بعد الدستورية، يبلغ هذا القرار للأطراف ولا يكون قابلا للطعن، إلا بمناسبة الطعن ضد القرار الفاصل في النزاع أو جزء منه .

2-1- الاعتراض على رفض ارسال الدفع بمناسبة الطعن ضد القرار الفاصل في النزاع أو جزء منه:

لقد منح المشرع للأطراف طريقا للاعتراض على قرار رفض إرسال الدفع بعدم الدستورية و هو تأكيد آخر على أنه عمل ذو طبيعة ادارية – مثلما سبقت الاشارة اليه- وذلك بمناسبة الطعن في القرار

الفاصل في النزاع أو جزء منه أمام الجهات القضائية الأعلى درجة، حيث تعتبر هذه الصورة بمثابة استثناء أقره المشرع في الحالة التي ترفض فيها الجهة القضائية ارسال الدفع بعدم الدستورية للمحكمة العليا أو مجلس الدولة –حسب الحالة- حيث أعطى للأطراف الحق في الاعتراض على قرار رفض ارسال الدفع بمناسبة الطعن في القرار الفاصل في النزاع أو في جزء منه، ولم يحدد المشرع طبيعة هذا الطعن، وعليه يستوي أن يكون هذا الطعن في القرار الفاصل في النزاع أو في جزء منه وفق الطرق العادية كما يمكن أن يكون الطعن وفق الطرق غير العادية .

زيادة على الشروط الموضوعية الواردة في نص المادة 08 من القانون العضوي رقم 18-16، يجب أن يتم الاعتراض بموجب مذكرة مكتوبة ومنفصلة (مستقلة) ومسببة، وهي ذات الشروط الشكلية يجب أن يتضمنها الدفع بعدم الدستورية الواردة في نص المادة 06 من القانون العضوي رقم 18-16، بحيث يجب أن يتم هذا الاعتراض بواسطة مذكرة كتابية، مع مراعاة أن تكون هذه المذكرة منفصلة عن مذكرة الطعن، ولا يجوز تقديمه مع طلب آخر أو دفع آخر يختلف عنه في الطبيعة والمضمون، وهذا أمر منطقي ذلك أن الجهة التي سيرسل إليها الدفع غير مختصة بموضوع الدعوى التي اثير بشأنها الدفع، لذا وجب ارسال المذكرة فقط، منفصلة عن النزاع الاصلي، باعتبارها محور المسألة الدستورية المعروضة عليه.

الخاتمة:

في الأخير و بناء على ما تقدم، يمكن التأكيد على أن قرار أرسال الدفع بعدم الدستورية هو عمل إداري محض، وأعتقد أن المشرع الجزائري استطاع من خلال المادة 07 و المادة 09 من القانون العضوي 18-16 أن يصيغ لنفسه نمط قانوني خالص فيما يخص إرسال الدفع بعدم الدستورية من طرف قضاة الموضوع كمصفاة أولى مخالفا بذلك العديد من التجارب القانونية المقارنة وعلى رأسها التجربة الفرنسية التي تعتبر نموذج في هذا المجال، بالتالي نستطيع و بفخر أن نسميها تجربة جزائرية بامتياز.

الهوامـش:

(1) عليان بوزيان، آلية الدفع بعد الدستورية و أثرها في تفعيل العدالة الدستورية ، مجلة المجلس الدستوري ا، العدد 2 ، 2013، ص 77.

(2) صرح الأستاذ Bertrand Mathieu ، الأمين العام للمجلس الدستوري الفرنسي ، بأنّ:
"La question de constitutionalité est à la disposition du justiciable, mais rien ne l'oblige à la poser. Mais si elle l'est, le juge doit répondre car on ne peut pas laisser sans réponse la demande d'abrogation formulée par le justiciable".
Voir: Marc GUILLAUME, Secrétaire général du Conseil constitutionnel, La question prioritaire de constitutionnalité, www.conseil-constitutionnel.fr,

(3) أ. د. شريف يوسف خاطر، المسألة الدستورية الأولية، دراسة مقارنة، دار الفكر و القانون، المنصورة، مصر،2015، ص 66

(4):. Marc GUILLAUME, op cit, p4

(5) نبالّي فطة، دور المجلس الدستوري في حماية الحقوق والحريات، أطروحة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، 2012، ص255.

(6) Marc GUILLAUME, op cit.

(7) Voir : Article 46 de la constitution Française du 4 Octobre 1958, modifiée par les lois… et la Loi n° 2008-724 du 23 juillet 2008.

(8) Article 23-2 Loi organique n° ; 2009- 1523 relative à l'application de l'article 61-1 de la constitution. Alinéa 2, op cit.

(9) Voir: Henry ROUSSILLION, Le Conseil Constitutionnel, 4e édition, Dalloz, Paris, 2001, p108.

(10) أ. د. شريف يوسف خاطر، المرجع السابق، ص 65.

(11) أ.د. شريف يوسف خاطر، المرجع السابق ، ص 134.

(12) حميداتو خديجة، الدفع بعدم الدستورية في ظل التعديل الدستوري الجديد لسنة 2016، دفاتر السياسية والقانون،عدد18،جانفي 2018، ص335.

(13) على مستوى المحكمة في دعاوى الحجر فقط يلزم القانون المدعى عليه المحجور عليه توكيل محام ويلزم القاضي بتوكيل محام من تلقاء نفسه ان لم يستطع المدعى عليه ذلك اما المجلس فالتمثيل بمحام وجوبي امام جميع الغرف عدا مادتي شؤون الاسرة والاجتماعي المحكمة الادارية كذلك وجوبي ويعفى من ذلك الادارت العمومية امام المحكمة العليا ومجلس الدولة وجوب توكيل محام معتمد لديهما مع استثناء الادرات العمومية كذلك المواد 10، 483، 538، 815، 826 من قانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008 المتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية، والمادة 10 من القانون العضوي 98-01 المؤرخ في 4 صفر عام 1419 الموافق 30 مايو 1998 يتعلق باختصاصات مجلس الدولة و تنظيمه وعمله المعدل والمتمم، بالإضافة إلى المادة 292 من الأمر 66- 155 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966 المتضمن قانون الاجراءات الجزائية المعدل و المتمم، والمادة 54، 67 من القانون رقم 15-12 المؤرخ في 28 رمضان 1436 الموافق 15 يوليو 2015 المتعلق بحماية الطفل ، ماعدا ذلك فتمثيل الخصوم بمحام ليس واجبا، و عليه في حالة التمثيل بمحامي فهذا الأخير هو من يوقع المذكرة، أما في الحالات التي يباشر فيها الشخص الخصام بنفسه فهو من يوقع مذكرة الدفع بعدم الدستورية .

(14) رأي رقم 03/ر.ق.ع/م.د/18، ج. ر.ج .ج ، عدد 54.

(15) أ.د شريف يوسف خاطر ، المرجع السابق، ص 133

(16) حميداتو خديجة المرجع السابق ، ص 335.

(17) المرجع نفسه ، ص 149 .

(18) رأي رقم 03/ر.ق.ع/م.د/18، ج. ر.ج .ج ، عدد 54

(19) أ. سعوداوي صديق، آلية الدفع بعدم الدستورية كضمانة لإعلاء الدستور "دراسة في تحليل المادة 188 من الدستور الجزائري" مجلة صوت القانون، الجزاء1، عدد07، 2017،ص 155.

(20) تنص المادّة 07 من القانون العضوي 18 – 16 على أنه : تفصل الجهة القضائية فورا وبقرار مسبب ، في إرسال الدفع بعدم الدستورية إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة .....

(21) تنص المادة 02/09 من القانون العضوي رقم 18-16 على أنه : ... يبلغ قرار رفض إرسال الدفع بعدم الدستورية إلى الأطراف، ولا يمكن أن يكون محل اعتراض إلا بمناسبة الطعن ضد القرار الفاصل في النزاع أو في جزء منه ويجب أن يقدم بموجب مذكرة مكتوبة ومنفصلة ومسببة.

(22) تنص المادة 06 من القانون العضوي 18-16 على أنه : يقدم الدفع بعدم الدستورية، تحت طائلة عدم القبول، بمذكرة مكتوبة ومنفصلة ومسببة.

تنص المادة 08 من القانون العضوي 18-16 على أنه : يتم إرسال الدفع بعدم الدستورية، إذا تم استيفاء الشروط الآتية:

- أن يتوقف على الحكم التشريعي المعترض عليه مآل النزاع أو أن يشكل أساس المتابعة.
- ألا يكون الحكم التشريعي قد سبق التصريح بمطابقته للدستور من طرف المجلس الدستوري باستثناء حال تغير الظروف.
- أن يتسم الوجه المثار بالجدية .

(23) رأي رقم 03/ر.ق.ع/م.د/18، ج. ر.ج .ج ، عدد 54

الرقابة القضائية على أعمال السلطة الوطنية المستقلة للانتخابات



الدكتور / عبد العالي حاحة الأستاذة الدكتورة / آمال يعيش تمام
كلية الحقوق والعلوم السياسة
جامعة بسكرة

❋ ❋ ❋ ❋ ❋

مقدّمة:

استجاب المشرع الجزائري تحت وطأة وضغط الحراك الشعبي الذي انطلق يوم 22 فيفري 2019 إلى أهم مطالبه والمتمثلة في استحداث سلطة مستقلة للانتخابات مهمتها الإشراف على العملية الانتخابية من بدايتها إلى نهايتها، تنظيما وإشرافا ورقابة، مستبعدا الإدارة بصورة نهائية منها.

وإنشاء سلطة وطنية مستقلة للانتخابات ترتب عنه بالضرورة مراجعة القانون العضوي للانتخابات رقم 10/16 بما يتلاءم وعمل هذه السلطة الجديدة.

وقد استحدثت السلطة المستقلة لتحل محل الأجهزة والهيئات الموجودة سابقا، بما فيها الإدارة الممثلة في وزارة الداخلية والخارجية والاتصال والعدل، وكذا الهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات، حيث أصبحت السلطة لمستقلة تحتكر العملية الانتخابية برمتها.

وتعتبر السلطة المستقلة تتويجا لعمل هيئة الوساطة والحوار أو كما تسمى بمجموعة الستة(06) والتي خلصت في نهاية تقريرها الذي رفع لرئيس الدولة إلى ضرورة تعديل قانون الانتخابات وإنشاء سلطة مستقلة تعني بالإشراف على الانتخابات تكون مستقلة عضويا ووظيفيا عن السلطة التنفيذية والسلطة القضائية.

وهو ما تم فعلا من خلال صدور القانونين العضوين رقم 07/19 و08/19 على التوالي واللذين عرضهما وزير العدل بدل وزير الداخلية على غرفتي البرلمان وتم قبولهما والموافقة عليهما ومن ثم إصدارهما.

انطلاقا مما سبق جاءت هذه الورقة لتجيب عن تساؤل في غاية الأهمية هو: **إلى أي مدى تخضع أعمال السلطة الوطنية المستقلة للانتخابات لرقابة القضاء بما يضمن إجراء انتخابات حرة ونزيهة؟**

للإجابة على الإشكالية المطروحة ارتأينا إتباع الخطة التالية:

أولا: الأحكام العامة للسلطة الوطنية المستقلة للانتخابات

ثانيا: صلاحيات السلطة الوطنية المستقلة للانتخابات محل الرقابة القضائية

ثالثا: مدى خضوع أعمال السلطة الوطنية المستقلة للانتخابات لرقابة القضاء

أولا

الأحكام العامة للسلطة الوطنية المستقلة للانتخابات

تعتبر السلطة الوطنية المستقلة للانتخابات والمنشئة مؤخرا بموجب القانون العضوي رقم 07/19[1] والتي حلت محل الهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات تتويجا لسلسة من اللقاءات التي قامت بها لجنة الوساطة والحوار، لأن الهيئة الأخيرة والتي تم دسترها مؤخرا في ظل التعديل الدستوري لسنة 2016[2] لم تعد ترق لمستوى طموحات وتطلعات الشعب الجزائري ولا يمكن لها أن تضمن إجراء انتخابات حرة ونزيهة.

ويطرح في هذا المجال تساؤل يتعلق بمدى دستورية إنشاء سلطة جديدة تعني بالانتخابات في ظل وجود هيئة عليا منصوص عليها في الدستور لم يطرأ عليها أي تغيير أو تعديل؟

للإجابة على هذا التساؤل لا بد من استعراض أهم العناصر بالمتعلقة بالسلطة الوطنية المستقلة للانتخابات فيما يلي:

1- الطبيعة القانونية للسلطة الوطنية المستقلة للانتخابات

بالرجوع للقانون العضوي رقم 07/19 وخصوصا مواده من 01 إلى 05 يمكننا تحديدي طبيعة السلطة المستقلة وهم خصائصها فيما يلي:

أ- عدم تبعية السلطة المستقلة لأي سلطة من السلطات الثلاث

إن أهم ما يميز هذه السلطة هو استقلاليتها وهو ما أشارت إليه المادة الأولى من القانون العضوي رقم 07/19 ، والاستقلالية نقصد بها هنا هو عدم تبعيتها لأي جهة أو سلطة كانت، فهي مستقلة عن السلطات الثلاث التشريعية والقضائية والتنفيذية على عكس بعض السلط التي توضع لدى رئيس الجمهورية أو الوزير الأول أو احد الوزراء وبالتالي فهي سلطة فريدة من نوعها في التشريع الجزائري ولا يوجد لها مثيل من حيث تكريس الاستقلالية الحقيقية في هذه السلطة بانفصالها وعدم خضوعها لأي سلطة أخرى.

ب- تمتع السلطة الوطنية المستقلة للانتخابات بالاستقلالية

إن الاستقلالية نعني بها أمرين هو عدم تبعية السلطة المستقلة لأي سلطة من السلطات الثلاث الموجودة في الدولة، ومن ناحية أخرى هو تمتعها بالشخصية المعنوية كعنصر ضروري لتجسيد هذه الاستقلالية.

ونظام السلطات المستقلة هو أسلوب جديد للتسيير لجأ إليه المشرع الجزائري من أجل إضفاء الاستقلالية على هيئة من الناحية العضوية والوظيفية.

هذا وتظهر الاستقلالية من خلال تمتعها بالشخصية المعنوية، وهو ما أكدته المادة 02 من القانون العضوي رقم 07/19 والتي نصت على تمتع السلطة بالشخصية المعنوية والاستقلال الإداري والمالي وهو عنصر ضروري لتجسيد الاستقلالية لهذه السلطة التي لا تتبع أي سلطة أخرى في الدولة.

وفي هذا الإطار أيضا أكدت المادة 45 من نفس القانون المذكور أعلاه على تزويد السلطة المستقلة بميزانية تسيير خاصة بها وتتولى هذه الأخيرة إعدادها وتوزيع اعتماد ومتابعة تنفيذها بالتنسيق مع المصالح المعنية. ورئيس السلطة هو الأمر بالصرف ميزانيتها.[3]

ج- السلطة المستقلة تعني بالانتخابات في جميع مراحلها.

المطلع على المادة الأولى من القانون العضوي رقم 07/19 المنظم لهذه السلطة يجد بأنها سلطة متخصصة في الانتخابات فقط، وهي المسؤولة حصريا وبدون منازع عن الإشراف الكامل على جميع مراحل العملية الانتخابية بداية من التنظيم و الفرز إلى إعلان النتائج، وهذا بخلاف الهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات سابقا والتي كانت تستأثر ببعض المهام في إطار العملية الانتخابية تتعلق اغلبها بالإشراف والرقابة، دون التنظيم والتحضير واللتين كانتا من اختصاص الإدارة، وهما مرحلتان مهمتان في أي مسار انتخابي.

وعليه فان المشرع حسنا عندنا قام بسحب بساط تنظيم وتحضير العملية الانتخابية من السلطة التنفيذية ممثلة في وزارة الداخلية والخارجية ومنحها للسلطة المستقلة التي أصبحت تضطلع بدور اكبر أهمية في هذا الشأن فهي المشرف على كل العملية الانتخابية برمتها منذ التحضير والتنظيم إلى الإشراف والرقابة.

وقد أكدت المادة 49 من قانون العضوي رقم 07/19 على ضرورة تحويل صلاحيات السلطة الإدارية العمومية في مجال تحضير وتنظيم الانتخابات إلى السلطة المستقلة.

ولأجل تسهيل عمل السلطة المستقلة يتم وضع الأعوان المكلفين بالانتخابات على مستوى البلديات والولايات تحت تصرف السلطة المستقلة.

2- مدى دستوري السلطة الوطنية المستقلة للانتخابات

إن أهم إشكالية تؤرق المشرع الجزائري حاليا تتعلق بمدى دستورية السلطة المستقلة للانتخابات والتي أنشأت بموجب القانون العضوي رقم 07/19 ، في حين التعديل الدستوري لسنة 2016 نص في مادته 194 على هيئة أخرى هي الهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات.

كما طرح بعض الفقه إشكالية تتعلق بمدى جدوى إنشاء سلطة تعني بمجال الانتخابات في ظل وجود هيئة عليا مدسترة مؤخرا فقط تهتم هي أيضا بالرقابة على الانتخابات[4]، فلا فائدة تذكر حسبهم من تعدد أجهزة الإشراف ومراقبة الانتخابات، فكان بالإمكان الاكتفاء بالهيئة المكرسة بموجب الدستور.

ومن ثم فحسب اعتقادهم فإنشاء سلطة جديدة لم ينص عليها الدستور هو خروج ومخالفة صريحة له من شأنها أن تجعل السلطة المستقلة هيئة غير شرعية وغير دستورية.

إن المتأمل حقيقة في حرفية النصوص الدستورية الموجودة يصل إلى قناعة مفادها عدم دستورية السلطة المستقلة بحكم عدم النص عليها دستوريا، كما أن الهيئة المنصوص عليها في المادة 194 أصبح مصيرها مجهولا وغامضا، لأنها لم تلغى صراحة فأحكام الدستور كما هي، كما أن القانوني العضوي الناظم لاختصاص السلطة الوطنية المستقلة لم يشر إليها من قريب أو بعيد.

لكن الأمر والوضع الاستعجالي الذي تعيشه البلاد يمكن أن يبرر إنشاء هذه السلطة المستقلة في هذا الوقت بالذات دون المرور على تعديل الدستوري الذي يحتاج إلى وقت طويل والى جلسات حوار قد تستغرق الكثير من الزمن وقد تفوت فرصة إجراء انتخابات حرة ونزيهة وشفافة.

لذلك فالأمر يكن تفسيره بكون الأوضاع الاستثنائية تسمح للمشرع بتبني تشريعات استثنائية ولا تعد انتهاكا للدستور والقوانين سارية المفعول، فمبدأ المشروعية في ظل الأوضاع غير العادية يتوسع ليشمل بعض القواعد القانونية التي توضع لمعاجلة بعض الاختلالات والمسائل التي تتميز بالضرورة والاستعجال.

كما أن الذي تولى مهمة وضع السلطة الوطنية المستقلة هي لجنة الوساطة والحور التي انبثقت عن الحراك الشعبي والذي زكى هذه الهيئة لتولى نيابة عنه صياغة ما تراه من القوانين مناسبا لهذه الوضع الحساس الذي تمر به الجزائر، فهي بمثابة هيئة تأسيسية تختص بوضع ما تراه ملائما من قوانين وتنظيمات لتأطير هذه المرحلة الاستثنائية من عمر الدولة الجزائرية.

وعليه يمكن تصنيف إنشاء السلطة المستقلة والقانون العضوي المؤطر لها في هذه الخانة، أي خانة الأعمال الاستثنائية التي تحتاج إلى تدخل استثنائي وعاجل مما يجعلها وفق هذا الوصف تتصف بنوع من الشرعية.

3- تنظيم السلطة الوطنية المستقلة للانتخابات

تتكون السلطة الوطنية المستقلة للانتخابات من مجلس ومكتب ورئيس وأمانة تقنية يديرها أمين عام، كما أن للسلطة امتدادات على مستوى المحلي تتمثل في المندوبيات الولاية والمندوبيات البلدية.

أ- مجلس السلطة الوطنية المستقلة للانتخابات

يعد المجلس هيئة مداولة للسلطة المستقلة وهو يتكون من 50 عضو ينتمون لتشكيلات متعددة[5] منهم 20 عضو من كفاءات المجتمع المدني و10 أعضاء من الكفاءات الجامعية و4 قضاة من المحكمة العليا ومجلس الدولة ومحاميان وموثقان ومحضران قضائيان و5 كفاءات مهنية و03 شخصيات وطنية[6].

والملاحظ على هذه التشكيلة أنها متنوعة بحيث تشمل بصورة أساسية الكفاءات الجامعية والمهنية وفعاليات المجتمع المدني وفي هذا التنوع ضمانة لأداء مهامها على أكمل وجه.

هذا ويتولى المجلس فور تنصيبه إعداد نظامه الداخلي وينعقد باستدعاء من رئيسه أو بطلب من ثلثي أعضائه.

ب- مكتب الرئيس

يساعد الرئيس في أداء مهامه مكتب يتكون من 08 أعضاء من بينهم نائبا الرئيس اللذين يستخلفا أحدهما الرئيس في حالة الغياب أو المانع المؤقت[7].

هذا وينتخب أعضاء مكتب السلطة المستقلة من بين أعضاء المجلس لفترة لا تتجاوز سنتين.

ج- الرئيس

ينتخب رئيس السلطة المستقلة من طرف أعضاء المجلس الخمسين بأغلبية الأصوات خلال اجتماعه الأول وفي حالة تساوي الأصوات يعتبر فائزا المرشح الأصغر سنا.

أما مهامه فقد وضحتها المادة 33 من القانون العضوي رقم 07/19 كما يلي:

– تمثيل السلطة المستقلة أمام مختلف الهيئات والسلطات العمومية، وهو الناطق الرّسمي لها،

– تنفيذ مداولات مجلس السلطة المستقلة،

– تعيين نائبي (2) الرئيس من بين أعضاء مكتب السلطة المستقلة،

– تعبئة أعضاء المندوبيات الولائية والمندوبيات البلدية والممثليات الدبلوماسية والقنصلية، خلال فترة لعمليات الانتخابية وفترة مراجعة القوائم الانتخابية، ونشرهم عبر التراب الوطني وفي الخارج،

– استدعاء اجتماعات مجلس ومكتب السلطة المستقلة، وترؤسها،

– الإعلان عن النتائج الأولية للانتخابات.

كما أضافت المادة 34 بعض المهام لرئيس السلطة المستقلة تتمثل في التوقيّع على محاضر المداولات وقرارات السلطة المستقلة، ويضمن تبليغها ومتابعة تنفيذها، ويخطر الجهات المعنية بذلك.

د- المندوبيات المحلية للسلطة المستقلة والممثليات الدبلوماسية في الخارج:

وفقا للمادة 37 من القانون العضوي رقم 07/19 ينشئ مجلس السلطة المستقلة مندوبيات على مستوى الولايات والبلديات والممثليات الدبلوماسية والقنصلية في الخارج.

1- المندوبيات الولائية للسلطة الوطنية المستقلة للانتخابات

وتتشكل المندوبيات الولائية على مستوى الولايات بقرار من رئيس السلطة الوطنية من 03 إلى 15 عضوا بحسب عدد البلديات وتوزيع الهيئة الناخبة.

2- المندوبيات البلدية للسلطة الوطنية المستقلة للانتخابات

تحدد تشكيلة المندوبية البلدية على مستوى كل بلدية بمناسبة كل استشارة انتخابية بقرار من رئيس السلطة المستقلة، بناء على اقتراح منسقي المندوبيات الولائية وبعد مصادقة مكتب السلطة المستقلة. وتمارس المندوبية البلدية مهامها تحت سلطة منسقها وتحت إشراف منسق المندوبية الولائية المختصة إقليميا.

3-مندوبيات الممثليات الدبلوماسية والقنصلية:

وفقا للمادة 39 من القانون العضوي رقم 07/19 يحدد رئيس السلطة تشكيلة مندوبيات الممثليات الدبلوماسية والقنصلية وتنظيمها وسيرها بالتنسيق مع السلطات المستقلة.

ثانيا

صلاحيات السلطة الوطنية المستقلة للانتخابات محل الرقابة القضائية

بالرجوع للقانون العضوي رقم 07/19 يتضح أن السلطة الوطنية تضطلع بعدة مهام في مجال الانتخابات وأهمها هو تجسيد وتعميق الديمقراطية الدستورية وترقية النظام الانتخابي المؤدي للتداول السلمي والديمقراطي على ممارسة السلطة.

وفي سبيل تحقيق الهدف المذكور أعلاه تحتكم السلطة الوطنية المستقلة لمبدأ سيادة الشعب عن طريق انتخابات حرة ، شفافة تعددية نزيهة تعبر عن إرادة الشعب واختياره الحقيقيين[8].

كما تضمن لكل مواطن تتوفر فيه الشروط القانونية للانتخاب حق التصويت بحرية وبدون أي تمييز أو تحيز.

كما تتولى السلطة المستقلة إبداء الرأي في كل ما يتعلق بمشاريع القوانين والتنظيمات ذات الصلة بالانتخابات، وكذا التحسيس في مجال الانتخابات، ونشر ثقافة الانتخاب، والمساهمة في ترقية البحث العلمي في المواضيع الانتخابية بالتعاون مع مراكز البحث والهيئات المتخصصة، وإعداد ميثاق للممارسات الانتخابية الحسنة والعمل على ترقيتها لدى كل فاعلي المسار الانتخابي.

وقد أصدرت السلطة المستقلة ميثاق أخلاقيات العمل الانتخابي وتم التوقيع عليه مؤخرا في فندق عين بنيان بالجزائر العاصمة من طرف مرشحي الانتخابات الرئاسية.

والملاحظ أن السلطة المستقلة أصبحت صاحبة الاختصاص الأصيل في مجال الانتخابات التي كانت في السابق تتولاها السلطة العمومية ممثلة في وزارة الداخلية بمساعدة وزارة الخارجية ووزارة العدل وإشراف الهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات.

وبالإضافة إلى هذه الصلاحيات العامة في مجال الوقاية والتحسيس تستأثر السلطة الوطنية المستقلة بالعملية الانتخابية برمتها بداية من مرحلة التحضير والإعداد مرورا بعملية استقبال الملفات والتصويت وانتهاء بالفرز وإعلان النتائج، ويمكن إجمالها عموما في مرحلتين أساسيتين قبل الاقتراع وبعده، وفيما يلي تفصيل ذلك:

1- مهام السلطة الوطنية المستقلة للانتخابات قبل عملية الاقتراع

تتولّى السلطة المستقلة تحضير الانتخابات وتنظيمها وإدارتها والإشراف عليها، ابتداء من عملية التسجيل في القوائم الانتخابية ومراجعتها مرورا بكل عمليات تحضير العملية الانتخابية وعمليات التصويت والفرز والبت في النزاعات الانتخابية، طبقا للتشريع الساري المفعول إلى غاية إعلان النتائج الأولية[9].

وتتخذ السلطة المستقلة كل الإجراءات والتدابير التي تضمن تحضير وإجراء الانتخابات بكل نزاهة وشفافية وحياد دون أي تمييز بين المترشحين، وتتولى في هذا الشأن، لاسيما القيام بالتدابير الواردة في المادة 08 من قانون العضوي رقم 07/19 وهي كما يلي:

– مسك البطاقية الوطنية للهيئة الناخبة والقوائم الانتخابية للبلديات والمراكز الدبلوماسية والقنصلية في الخارج وتحيينها بصفة مستمرة ودورية، طبقا لأحكام القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات،

– استقبال ملفات الترشح لانتخابات رئيس الجمهورية والفصل فيها طبقا لأحكام القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات،

– تسخير وتعيين مؤطري مراكز ومكاتب التصويت،

– إعداد بطاقات الناخبين وتسليمها لأصحابها،

– اعتماد ممثلي المترشحين مراقبي العمليات الانتخابية في مراكز ومكاتب التصويت،

– تحديد أماكن تعليق ملصقات المترشحين وكل ما يتعلق بإشهار الحملة الانتخابية، وضمان توزيعها العادل والمنصف داخل كل دائرة انتخابية،

– توزيع قاعات الاجتماعات والهياكل على المترشحين بعدالة وإنصاف، وبالقرعة عند الاقتضاء، لاحتضان تجمعات الحملة الانتخابية،

– التوزيع العادل والمنصف للحيّز الزمني المخصص للمترشحين في وسائل الإعلام الوطنية السمعية البصرية بالتنسيق مع سلطة الضبط المشرفة على السمعي البصري،

– تسهيل عمل المؤسسات الإعلامية والصحفيين لمتابعة مختلف مراحل العمليات الانتخابية، بالتنسيق مع الجهات.

– التنسيق مع الجهات المختصة للعمليات التي تندرج في إطار البعثات الدولية لملاحظة الانتخابات واستقبالهم وانتشارهم ومرافقتهم،

– ضمان حماية البيانات الشخصية الخاصة بالناخبين والمترشحين طبقا للتشريع المعمول به،

– تكوين وترقية أداء أعوان ومؤطري العمليات الانتخابية،

- توفير الوثائق والعتاد الانتخابي طبقا للقانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات،

– إعداد قائمة مراكز ومكاتب التصويت والتكفل بتحيينها وتوزيع الهيئة الناخبة عليها.

- تتدخل السلطة المستقلة تلقائيا في حالة خرق أحكام هذا القانون العضوي والقانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات والأحكام التنظيمية ذات الصلة[10].

- تتلقى السلطة المستقلة كل عريضة أو تبليغ أو احتجاج متعلق بالعملية الانتخابية وارد من الأحزاب السياسية المشاركة في الانتخابات أو مترشح وتنظر وتفصل فيها طبقا لأحكام التشريع الساري المفعول[11].

- تخطر السلطة المستقلة السلطات العمومية المعنية بأي ملاحظة أو خلل أو نقص يسجل، مرتبط بنطاق اختصاصها، من شأنه التأثير على تنظيم العمليات الانتخابية وسيرها[12].

- تخطر السلطة المستقلة الأحزاب السياسية المشاركة في الانتخابات والمترشحين أو ممثليهم المؤهلين قانونا بأي تجاوز صادر عنهم عاينته خلال مختلف مراحل العمليات الانتخابية.[13]

- تتخذ السلطة المستقلة، عند معاينة كل مخالفة تسجل في مجال السمعي البصري، التدابير الضرورية بشأنها، طبقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما.[14]

- عندما ترى السلطة المستقلة بأنّ أحد الأفعال المسجلة أو تلك التي أُخطرت بشأنها تكتسي طابعا جزائيا، تقوم فورا بإخطار النائب العام المختص إقليميا بذلك[15].

2- صلاحيات السلطة الوطنية المستقلة للانتخابات بعد عملية الاقتراع

للسلطة الوطنية المستقلة للانتخابات صلاحيات كثيرة بعد عملية الاقتراع نذكر من بينها:

– الإشراف على عملية فرز الأصوات،

- تمكين ممثلي المترشحين من استلام نسخ من مختلف المحاضر، طبقا لأحكام القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات،

- إعلان النتائج الأولية للانتخابات،

- مراقبة تمويل الحملات الانتخابية والسهر على مطابقته للقوانين سارية المفعول،

- نشر تقريرا مفصلا عن كل عملية انتخابية خلال أجل أقصاه 45 يوما من تاريخ الإعلان الرسمي عن النتائج النهائية، يصادق عليه مجلس السلطة المستقلة بحضور منسقي المندوبيات[16].

-تفصل السلطة المستقلة، بموجب قرارات، في المسائل الخاضعة لمجال اختصاصها وتبلّغها بكل وسيلة مناسبة إلى الأطراف المعنية[17].

ثالثا

مدى خضوع أعمال السلطة الوطنية المستقلة للانتخابات لرقابة القضاء

بالرجوع للقانون العضوي رقم 08/19[18] المتعلق بنظام الانتخابات نجده ينص على تحويل كل مهام السلطة العمومية في مجال الانتخابات إلى السلطة المستقلة، التي أصبحت حاليا المسؤولة عن جميع مراحل العملية الانتخابية بداية من التحضير والإعداد انتهاء بالفرز وإعلان النتائج وهو ما ترجم عمليا بمناسبة إشرافها على الانتخابات الرئاسية المزمع إجراؤها يوم 12 ديسمبر 2019.

والسؤال المطروح في هذا المجال هو: ما مدى خضوع أعمال السلطة الوطنية المستقلة للانتخابات لرقابة القضاء خاصة وأنها سلطة جديدة ومستقلة عن باقي السلطات الثلاث؟

إن المشرع لم يشر بوضوح لهذه المسألة خاصة وأنه قد يتخلل بمناسبة أداء صلاحياتها وأعمالها في مجال الانتخابات في مختلف مراحلها بعض المنازعات التي يمكن إثارتها من الناخبين أو المترشحين أو الأحزاب السياسية أو ممثليهم القانونيين.

هذا وقد يثور تساؤل آخر يتعلق: بالجهة القضائية المختصة بنظر هذه المنازعات فهل هي القضاء العادي أم الإداري أم الدستوري؟.

بالرجوع إلى قانون الانتخابات الجديد رقم 08/19 نجده ينص في مختلف مواده على خضوع أعمال السلطة الوطنية المستقلة للانتخابات لرقابة القضاء بنوعيه العادي والإداري باعتبارها قد حلت محل السلطة العمومية المسؤولة سابقا عن تنظيم الانتخابات والإشراف عليها، ولذلك فالمسؤولية أيضا تنتقل من هذه الأخيرة إلى السلطة المستقلة التي تبقى أعمالها خاضعة لرقابة القضاء.

هذا وتخضع أعمال السلطة المستقلة لرقابة المجلس الدستوري أيضا باعتباره صاحب الاختصاص الأصيل للنظر في الطعون الانتخابية وفيما يلي بيان ذلك:

1- الرقابة على إعداد القوائم الانتخابية ومراجعتها: اختصاص أصيل للقضاء العادي

توصلنا أعلاه أن العملية الانتخابية برمتها تشرف عليها السلطة الوطنية المستقلة للانتخابات من بدايتها إلى نهائيتها، بما فيها مرحلة القيد في القائمة الانتخابية والتي تعتبر أولى هذه المراحل وهذا ما تؤكده المادة 15 من القانون العضوي رقم 08/19 المتعلق بنظام الانتخابات "يتم إعداد القوائم ومراجعتها

الدورية أو بمناسبة كل استحقاق انتخابي في كل بلدية من طرف لجنة بلدية لمراجعة القوائم الانتخابية تعمل تحت إشراف السلطة الوطنية المستقلة للانتخابات".

والملاحظ أن هذه المرحلة الأولى من مراحل العملية الانتخابية قد تسجل بعض الطعون الانتخابية والاحتجاجات من قبل الناخبين، وهي لا يمكن بأي حال من الأحوال أن تخرج عن منازعتين أساسيتين إما قد تتعلق بالتسجيل أو الشطب من القائمة الانتخابية.

وقد سمحت المادة 18 من القانون العضوي 08/19 لكل مواطن أغفل تسجيله في قائمة انتخابية أن يقدم تظلمه إلى رئيس اللجنة البلدية لمراجعة القوائم الانتخابية ضمن الأشكال والآجال المنصوص عليها في هذا القانون العضوي.

أما المادة 19 من القانون العضوي رقم 10/16[19] فقد أعطت الحق لكل مواطن مسجل في إحدى القوائم الانتخابية في تقديم اعتراض معلل لشطب شخص مسجل بغير حق أو لتسجيل شخص مغفل في نفس الدائرة ضمن الأشكال والآجال المنصوص عليها في هذا القانون العضوي.

وحسب المادة 20 من القانون العضوي 08/19 يجب تقديم الاعتراضات على التسجيل أو الشطب المذكورين في المادتين 18 و19 من هذا القانون العضوي خلال العشرة أيام الموالية لتعليق إعلان اختتام العمليات المذكورة في المادّة 17 من هذا القانون العضوي.

ويخفّض هذا الأجل إلى خمسة أيام، في حالة المراجعة الاستثنائية.

تحال هذه الاعتراضات على اللجنة المنصوص عليها في المادّتين 15 و16 هذا القانون العضوي، التي تبتّ فيها بقرار في أجل أقصاه ثلاثة أيام.

كما يجب على رئيس اللجنة البلدية لمراجعة القوائم الانتخابية أو رئيس الممثلية الدبلوماسية أو القنصلية أن يبلّغ قرار اللجنة في ظرف ثلاثة أيام كاملة، إلى الأطراف المعنية، بكل وسيلة قانونية.

هذا ويمكن حسب المادة 21 من القانون العضوي 10/16 للإطراف المعنية **تسجيل الطعن** في ظرف خمسة (05) أيام كاملة ابتداء من تاريخ تبليغ القرار.

وفي حالة عدم التبليغ يمكن تسجيل الطعن في اجل ثمانية (08) أيام كاملة ابتداء من تاريخ الاعتراض.

ويسجل هذا الطعن بمجرد تصريح لدى أمانة الضبط ويقدم أمام **المحكمة المختصة إقليميا** أو **محكمة الجزائر** بالنسبة للجالية الجزائرية المقيمة بالخارج التي تبت فيه بحكم في اجل أقصاه خمسة (05) أيام دون مصاريف الإجراءات وبناء على إشعار عاد يرسل إلى الأطراف المعنية قبل ثلاثة (03) أيام.

ويكون حكم المحكمة غير قابل لأي شكل من إشكال الطعن.

ويلاحظ مما سبق أن القضاء العادي هو المختص وحده بنظر المنازعات المتعلقة بالتسجيل أو الشطب من القائمة الانتخابية والتي تشرف عليها السلطة الوطنية المستقلة للانتخابات.

وسبب إحالة مثل هذه المنازعات لاختصاص القضاء العادي دون القضاء الإداري أمر يجد تفسيره حسب بعض الفقه في كون مثل هذه المنازعات يطبق عليها القاضي أحكام القانون المدني أو الأسرة بحكم

أن منازعاتها تتعلق بالأهلية أو الموطن أو الجنسية... وهي من المسائل التي يستأثر بدراستها والفصل فيها القاضي العادي، لذلك فالأولى إحالتها للقاضي العادي دون القاضي الإداري[20].

فليس من الحكمة في شيء إحالة منازعة ما لاختصاص القاضي الإداري ثم إلزامه بالاحتكام وتطبيق القانون الخاص على المنازعة.

2- الرقابة على تعيين أعضاء مكاتب التصويت: اختصاص حصري للقضاء الإداري

وفقا للمادة 30 من القانون العضوي 08/19 يعين أعضاء مكتب التصويت والأعضاء الإضافيين ويسخرون بمقرر من المندوب الولائي للسلطة الوطنية المستقلة للانتخابات من بين الناخبين المقيمين في إقليم الولاية باستثناء المترشحين وأقاربهم وأصهارهم إلى غاية الدرجة الرابعة والأفراد المنتمين إلى أحزابهم بالإضافة إلى الأعضاء المنتخبين.

هذا وتنشر قائمة أعضاء مكاتب التصويت والأعضاء الإضافيين بمقر المندوبية الولائية والمندوبية البلدية للسلطة الوطنية المستقلة للانتخابات ومقر الولاية والمقاطعة الإدارية والدوائر والبلديات المعنية، خمسة عشر يوما، على الأكثر، بعد قفل قائمة المترشحين، وتسلّم إلى الممثلين المؤهلين قانونا للأحزاب السياسية المشاركة في الانتخابات وللمترشحين الأحرار، بطلب منهم في نفس الوقت مقابل وصل استلام، وتعلق في مكاتب التصويت يوم الاقتراع.

ويمكن أن تكون هذه القائمة محل تعديل في حالة اعتراض مقبول، ويجب أن يقدم هذا الاعتراض كتابيا للمندوبية الولائية للسلطة الوطنية المستقلة للانتخابات ويكون معللا قانونا خلال 05 أيام الموالية لتاريخ التعليق والتسليم الأولي للقائمة.

ويبلّغ قرار الرفض إلى الأطراف المعنية في أجل ثلاثة أيام كاملة، ابتداء من تاريخ إيداع الاعتراض.

ويكون هذا القرار قابلا للطعن أمام المحكمة الإدارية المختصة إقليميا في أجل ثلاثة أيام كاملة، ابتداء من تاريخ تبليغ القرار.

وتفصل المحكمة الإدارية المختصة إقليميا في الطعن في أجل خمسة (05) أيام كاملة، ابتداء من تاريخ تسجيل الطعن ويكون القرار غير قابل لأي شكل من أشكال الطعن.

يبلّغ قرار المحكمة الإدارية فور صدوره إلى الأطراف المعنية وإلى المندوب الولائي للسلطة الوطنية المستقلة

للانتخابات قصد تنفيذه.

3- الرقابة على صحة الترشيحات لرئاسة الجمهورية: اختصاص طبيعي للمجلس الدستوري

إن من أهم اختصاص للسلطة الوطنية المستقلة للانتخابات هو استقبال التصريح بالترشح لرئاسة الجمهورية والذي كان في السابق اختصاص حصري للمجلس الدستوري والذي كان يستقبل الملفات ويبت في مدى صحتها ويعلن قائمة المترشحين المقبولين لخوض غمار الانتخابات من عدمها وأحكامه نهائية غير قابلة لأي شكل من أشكال الطعن.

أما الوضع حاليا فقد تغير لصالح السلطة المستقلة التي أصبحت وفقا للمادة 139 من القانون العضوي 18/19 تختص باستقبال التصريح بالترشح لرئاسة الجمهورية والذي يودع شخصيا لدى رئيس السلطة المستقلة مقابل وصل تسليم ويرفق هذا التصريح بملف حددته بالتفصيل المادة أعلاه.

وقد وضحت أيضا في هذا الشأن المادة 140 من القانون المذكور أعلاه أن التصريح بالترشح يودع في ظرف الأربعين (40) يوما على الأكثر الموالية لنشر المرسوم الرئاسي المتضمن استدعاء الهيئة الناخبة.

وعلى السلطة المستقلة أن تفصل في صحة الترشيحات لرئاسة الجمهورية بقرار معلل تعليلا قانونيا في أجل أقصاه سبعة(07) أيام من تاريخ إيداع التصريح بالترشح.(المادة 141 ق ع 08/19).

هذا ويبلّغ قرار السلطة الوطنية المستقلة للانتخابات إلى المترشح فور صدوره، ويحق له في حالة الرفض، الطعن في هذا القرار لدى المجلس الدستوري في أجل أقصاه ثمان وأربعون(48) ساعة من ساعة تبليغه.

كما ترسل السلطة الوطنية المستقلة للانتخابات قراراتها المتعلقة بالترشيحات مرفقة بملفات الترشح في أجل أقصاه أربع وعشرون(24) ساعة من تاريخ صدورها، إلى المجلس الدستوري الذي أصبح بمثابة درجة ثانية مهمته النظر في مدى توافر شروط الترشح من عدمها والنظر في الاعتراضات والطعون المقدمة من قبل المترشحين المرفوضة ملفاتهم من قبل السلطة المستقلة.

وعليه فالمجلس الدستوري يوافق بقرار على القائمة النهائية للمترشحين لانتخاب رئيس الجمهورية بما في ذلك الفصل في الطعون، في أجل أقصاه سبعة(07) أيام من تاريخ إرسال آخر قرار للسلطة المستقلة، مع مراعاة أحكام المادة 103 من الدستور.

وينشر قرار المجلس الدستوري في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.

والملاحظ ما سبق استعراضه أن المشرع منح مجلس الدستوري سلطة التعقيب والرقابة على أعمال السلطة الوطنية المستقلة للانتخابات فيما يتعلق بصحة الترشيحات لرئاسة الجمهورية وكذا النظر في الطعون المرفوعة من قبل المترشحين المرفوضة ملفاتهم من قبل السلطة المستقلة.

كما قلص المشرع أجل دراسة المجلس الدستوري للملفات وإعلان القائمة النهائية للمقبولين إلى 07 أيام بدل 10 أيام في القانون الانتخابي القديم.

وحسنا فعل المشرع حسب اعتقادنا بمنح سلطة الرقابة للمجلس الدستوري باعتباره صاحب الاختصاص الطبيعي لمثل هذه المنازعات ذات الطابع الدستوري والسياسي في آن واحد وبالنظر للمركز الذي يحتله منصب رئيس الجمهورية الذي يقتضي إحاطته بضمانات أكثر موضوعية وحياد.

4-الرقابة على صحة عمليات التصويت المتعلقة بالانتخابات الرئاسية: مجال أصيل للمجلس الدستوري.

إن عمليات التصويت والاقتراع من بين المراحل الأكثر إثارة للمنازعات والاحتجاجات بحكم أهمية هذه العملية وانعكاساتها المباشرة على تحديد الفائز في الانتخابات، لذلك أولاها المشرع في قانون الانتخابات لسنة 2016 أهمية بأن خصص لها المادة 172 منه لكيفية تسوية الطعون المتعلقة بها[21].

وعليه فإنه يحق لكل مترشح أو ممثله المؤهل قانونا في حالة الانتخابات الرئاسية، أن يطعن في صحة عمليات التصويت بإدراج احتجاجه في محضر الفرز[22] الموجود في مكتب التصويت. **ويخطر المجلس الدستوري فورا بهذا الاحتجاج للنظر فيه**.

ويجب أن يتضمن الإخطار نفس المعلومات المتعلقة بالاحتجاج المسجل في محضر الفرز، ويمكن أن يرفق الطعن بكل الوسائل المبررة له ويتم بمبادرة من صاحبه وعلى نفقته.

الخاتمة

من خلال ما تم تناولناه في هذا العرض توصلنا إلى أن المشرع أعطى السلطة الوطنية المستقلة للانتخابات صلاحيات حصرية تتعلق بالإشراف على كل العملية الانتخابية ورقابتها من بدايتها إلى نهايتها ساحبا البساط من الإدارة كليا، وفي سبيل القيام بهذه المهمة الجسيمة منحها شخصية معنوية واستقلال مالي وإداري، بل أكثر من ذلك منحها استقلالية مطلقة وكاملة عن باقي السلطات الثلاث في الدولة، فهي لا تتبع أي سلطة مثل باقي السلط الموجودة في الدولة والتي تتبع إحدى هيئات السلطة التنفيذية وفي هذا ضمانة لأداء مهامها على الوجه الصحيح.

كما زودها بجملة من الصلاحيات التي تنهض بها قبل العملية الانتخابية وبعدها بما يضمن إجراء انتخابات حرة ونزيهة وفي يكرس للتحول الديمقراطي.

وبناء على ما سابق يمكن وضع جملة من النتائج فيما يلي أهمها:

- إن السلطة المستقلة تعني فقط بتنظيم والإشراف والرقابة على الانتخابات الرئاسية فقط دون باقي العمليات الانتخابية الأخرى كالانتخابات المحلية والتشريعية.

- إن القضاء بأنواعه العادي والإداري والدستوري يختص بالنظر في الطعون الانتخابية المتعلقة بالعمليات التي تقوم بها السلطة المستقلة للانتخابات وفي هذا لا يوجد أي اختلاف بينها وبين السلطة العمومية التي كانت أعمالها وقراراتها خاضعة لرقابة القضاء بمختلف أنواعه ودرجاته.

- هناك قصور كبير في تنظيم السلطة الوطنية المستقلة للانتخابات التي لا تختلف في هذا الشأن كثيرا عن الهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات ولذلك هناك حاجة إلى إعادة تنظيمها خاصة على المستوى المحلي.

وعلى ضوء هذه النتائج يمكن رصد التوصيات والاقتراحات التالية:

- على المشرع إعادة النظر في تعديل الدستور بدسترة السلطة المستقلة وإلغاء الهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات.

- يجب إعادة النظر في صلاحيات السلطة المستقلة بتوسعها لتشمل التنظيم والإشراف والرقابة على الانتخابات بمختلف أنواعها محلية كانت أو تشريعية أو رئاسية وذلك بإعادة النظر في قانون الانتخابات الحالي رقم 10/16 .

- إعادة النظر في تشكيلة اللجان الانتخابية البلدية والولائية بجعل رئاستها للمندوب المحلي للسلطة الوطنية المستقلة للانتخابات وليس للقضاء الذي يجب أن يحتفظ بالعضوية فقط.

- ضرورة منح أعضاء السلطة الوطنية المستقلة حصانة أثناء أداء مهامهم مثلهم مثل أعضاء البرلمان بغرفتيه.

الهوامش:

[1] القانون العضوي رقم 07/19 المؤرخ في 14 سبتمبر 2019 **المتعلق بالسلطة الوطنية المستقلة للانتخابات**، ج ر ج ج عدد 55 لسنة 2019.

[2] القانون رقم 01/16 المؤرخ في06 مارس 2016 **يتضمن التعديل الدستوري**، ج ر ج ج، عدد14 لسنة 2016.

[3] –المادة 47 من القانون العضوي رقم 07/19.

[4] لمزيد من التفصيل أنظر: حاحة عبد العالي، يعيش تمام آمال، **الإشراف القضائي على العملية الانتخابية كآلية لضمان التحول الديمقراطي**"، مداخلة في الملتقى الدولي حول" النظام الانتخابي ودوره في تجارب التحول الديمقراطي في بلدان المغرب العربي "المنظم من طرف الجمعية الموريتانية للعلوم السياسية بالتعاون مع كلية العلوم القانونية والاقتصادية بجامعة نواكشوط، يومي 8 و9 أفريل 2016، ص.18.

[5] أنظر المرسوم الرئاسي رقم 266/19 المؤرخ في : 02 أكتوبر 2019 **المتضمن تقليد رئيس وأعضاء مجلس السلطة الوطنية المستقلة للانتخابات في مهامهم**، ج ر ج ج عدد 61 لسنة 2019.

[6] ويتم انتخاب أعضاء المجلس عن طريق الانتخاب من بين النظراء.

[7] المادة 30 من القانون العضوي رقم 07/19.

[8] المادة 06 من القانون العضوي رقم 07/19.

[9] المادة 07 من القانون العضوي رقم 07/19.

[10] المادة 11 من القانون العضوي رقم 07/19.

[11] المادة 12 من القانون العضوي رقم 07/19.

[12] المادة 13 من القانون العضوي رقم 07/19.

[13] المادة 14 من القانون العضوي رقم 07/19.

[14] المادة 16 من القانون العضوي رقم 07/19.

[15] المادة 17 من القانون العضوي رقم 07/19.

[16] المادة 10 من القانون العضوي رقم 07/19.

[17] المادة 15 من القانون العضوي رقم 07/19.

[18] القانون العضوي رقم 08/19 المؤرخ في 14 سبتمبر 2019 المعدل والمتمم للقانون العضوي رقم 10/16 المؤرخ في 25 أوت 2016 **المتعلق بنظام الانتخابات**، ج ر ج ج عدد 55 لسنة 2019.

[19] القانون العضوي رقم 10/16 المؤرخ في 25 أوت 2016 **المتعلق بنظام الانتخابات** ، ج ر ج ج عدد 50 لسنة 2016.

[20] عمار بوضياف، **المرجع في المنازعات الإدارية** ، القسم الثاني، دار جسور، الجزائر، 2013،ص.255

[21] ولقد أحال المشرع وفقا للمادة أعلاه للتنظيم لتبيان كيفية تطبيق هذه المادة،

وقد صدر في هذا الإطار: القرار المؤرخ في 24 أكتوبر 2019 **المحدد لكيفيات الطعن في صحة عمليات التصويت المتعلقة بالانتخابات الرئاسية**، ج ر ج ج عدد 65 لسنة 2019.

[22] يجب ان يتضمن محضر الفرز في الخانة المخصصة للاحتجاجات المعلومات التالية:

- لقب واسم وعنوان وتوقيع صاحب الاحتجاج
- رقم بطاقة هويته وتاريخ ومكان إصدارها.
- لقب المترشح واسمه
- مضمون الاحتجاج.

أنظر المادة 03 من المؤرخ في 24 أكتوبر 2019 **المحدد لكيفيات الطعن في صحة عمليات التصويت المتعلقة بالانتخابات الرئاسية**.

تجسيد مبدأ التقاضي الإداري على درجتين ضمانة لتحقيق عدالة قضائية



الدكتور / بشير محمودي الدكتورة / ريم سكفالي
كلية الحقوق والعلوم السياسية – جامعة الوادي

❋ ❋ ❋ ❋ ❋

مقدّمة:

إن العدالة القضائية لا تقوم إلا بتكريس مبادئها في النصوص القانونية ، و أهم ما يميز قانون الإجراءات المدنية و الإدارية أنه نص على أغلب المبادئ التي تعتبر ركيزة هامة للوصول إلى عدالة حقيقية ، و من بين هذه المبادئ مبدأ التقاضي على درجتين إذ جاء في المادة السادسة منه : " المبدأ أن التقاضي يقوم على درجتين ما لم ينص القانون على خلاف ذلك "، و مضمون هذا المبدأ ، أن النزاع ينظر مرتين في البداية أمام محكمة الدرجة الأولى و للمحكوم عليه حق الاستئناف في حكمها أمام محكمة الدرجة الثانية أو الاستئنافية . و تتجلى أهمية هذا المبدأ في أهمية ذات طبيعة وقائية و أخرى ذات طبيعة علاجية.

فبالنسبة للأولى فتكمن في أن مبدأ التقاضي على درجتين يسعى إلى تحفيز قضاة الدرجة الأولى على بذل أكثر عناية و حرص ، حتى يكون حكمهم غير معرض للنقد من الدرجة الثانية ، و هذا طبعا في صالح المتقاضي الذي يعتبره ضمانة ضد الأخطاء المحتملة لقضاة الدرجة الأولى و هو ما يضمن سلامة الأحكام القضائية.

أما الأهمية الثانية و نقصد العلاجية فإن هذا المبدأ يمنح طمأنينة للمتقاضي و يحقق عدالة قضائية حقيقية ، لأن حكم محكمة الدرجة الأولى يحتمل الخطأ ، و بالتالي يقوم الاستئناف على استدراك ذلك و العمل على تفادي الوقوع في هذه الأخطاء ، كون القضاء كعمل إنساني يحتمل الخطأ و الصواب و بالتالي فإن هذا المبدأ يعطي فرصة لتصحيح ما فات منها.

لكن من خلال دراستنا هذه سنسلط الضوء على هذا المبدأ في المادة الإدارية و عليه نطرح التساؤل الآتي: إلى أي مدى يمكن تجسيد مبدأ التقاضي على درجتين في المادة الإدارية؟ .

المحور الأول

ضمانات مبدأ التقاضي الإداري على درجتين

لقد سعى المشرع الجزائري إلى تكريس نظام الازدواجية القضائية و مضى نحو إصلاح المنظومة القضائية و محاولة إقامة نظام قضائي مزدوج على مستوى الهيئات و على مستوى الإجراءات، حيث يعتبر قانون الإجراءات المدنية و الإدارية نقلة نوعية في تجسيد ازدواجية إجرائية ، لكن بالرغم من كل هذا فإن

مبدأ التقاضي الإداري على درجتين يحتاج استقلالية القاضي الإداري (أولا) وكذا ضرورة تكوينه المتخصص (ثانيا) .

أولا

استقلالية القاضي الإداري

من حيث القانون الذي يخضع له و من حيث كيفية تعيينه:

1 . خضوع القضاة لقانون واحد: يخضع قضاة المحاكم الإدارية و مجلس الدولة على غرار قضاة القضاء العادي للقانون الأساسي للقضاء. حيث تنص المادة 2/3 من القانون رقم 98 . 02 المتعلق بالمحاكم الإدارية[1] على ما يلي: "يخضع قضاة المحاكم الإدارية للقانون الأساسي للقضاء" .

وقد أضافت المادة 2 من القانون العضوي رقم 04 .11 المتضمن القانون الأساسي للقضاة[2] :

"يشمل سلك القضاء:

. قضاة الحكم و النيابة العامة للمحكمة العليا و المجالس القضائية و المحاكم التابعة للنظام القضائي العادي .

. قضاة الحكم و محافظي الدولة لمجلس الدولة و المحاكم الإدارية

. القضاة العاملين في:

*الإدارة المركزية لوزارة العدل.

*أمانة المجلس الأعلى لقضاة.

*المصالح الإدارية للمحكمة العليا و مجلس الدولة.

*مؤسسات التكوين و البحث التابعة لوزارة العدل.

و بهذا يكون المشرع قد اعتمد على توحيد القانون الذي ينظم كل القضاة باختلاف طبيعة المنازعة التي ينظرون فيها[3] .

2 . كيفية تعيين القضاة: بما أن القانون الأساسي للقضاء يسري على كل قضاة الجهات القضائية، فإن طريقة تعيينهم كذلك لا تختلف، و يتم تعيين القضاة بموجب مرسوم رئاسي يستمد أساسه الدستوري من المادة 92 من التعديل الدستوري لسنة 2016[4] في الفقرة الثامنة منه. وحسب المادة 174 من التعديل الدستوري أعلاه فإنه يتم تعيين القضاة بموجب إجراء مداولة وفقا للمادة 3 من القانون العضوي رقم 04 . 11 التي جاء فيها: "يعين القضاة بموجب مرسوم رئاسي بناءا على اقتراح من وزير العدل، و بعد مداولة المجلس الأعلى للقضاء، على أن يتم توظيف قضاة من بين حاملي شهادات المدرسة العليا للقضاء" .

ثانيا

التكوين المتخصص للقاضي الإداري

1 . عدم إقرار تكوين متخصص للقاضي الإداري: على الرغم من الاختلاف الشديد بين طبيعة المواد الإدارية و المسائل العادية، إلا انه لا فرق في تكوين قاضي إداري يفصل في المواد الإدارية و يوازن بين

المصلحة العامة و المصلحة الخاصة، والقاضي العادي الذي يفصل في المصالح الخاصة بين الأطراف ذات العلاقة المتكافئة، وعليه يبقى القاضي المكلف بالرقابة على مشروعية أعمال الإدارة غير قادر على مواجهة الإدارة العامة بحكم تكوينه غير المتخصص[5].

حيث أن القاضي المختص في فرع واحد من فروع القضاء ، يمكنه الإلمام بنوع محدد ، هذا يساعده في الكشف عن مقاصد المشرع و خفايا النصوص و بالتالي قدرته على الفصل في الخصومات في أسرع وقت ممكن و منه تحسين جودة الأحكام و القرارات القضائية .

حيث يبدأ تكوين الطلبة القضاة بالمدرسة العليا للقضاء لمدة ثلاث سنوات[6]، بعدما كانت مقتصرة على سنتين[7].

وحسب نص المادة 35 من القانون العضوي رقم 04 . 11 فإن تكوين القضاة لا يقتصر على تكوينهم القاعدي بل يمتد إلى التكوين المستمر للقضاة العاملين و هو ما أكدته المادة 43 منه :"يخضع للتكوين المستمر كل القضاة الموجودين في حالة خدمة". حيث يهدف هذا التكوين حسب المادة 42 إلى تحسين المدارك العلمية للقضاة الموجودين في حالة خدمة[8]، حيث حظي القضاة العاملون بالإضافة إلى التكوين المستمر إلى تكوين تخصصي سوا داخل الوطن و خارجه[9] .

لكن بالرغم من هذا التحسن النوعي في سلك القضاء، إلا أنه لابد من الاهتمام بتخصص القاضي لاسيما القاضي الإداري لما في ذلك من اثر بالغ في تحسن اجتهاداتنا القضائية.

2 . **ضرورة إقرار تكوين متخصص للقاضي الإداري:** إن كان التكوين الموحد لم يطرح إشكالا في ظل تبني نظام وحدة القضاء ، فإن الأمر ليس كذلك بقيام قضاء إداري مستقل، يستوجب وجود قضاة متخصصين في المنازعات الإدارية و عليه لابد من إعادة النظر في تكوين القضاة على المستوى الجامعي و على مستوى المدرسة العليا للإدارة .

أ . **على المستوى الجامعي:** في ظل تطبيق نظام (LMD) تم تبني نظام التخصص الذي بموجبه يتم توجيه الطلبة إلى تخصصات القانون العام أو القانون الخاص، وذلك بغية تأهيل الفئة الأولى من تولي وظائف القضاء الإداري، لكن تم تقليص سنوات تدريس الليسانس من أربع سنوات إلى ثلاث سنوات، مع تكثيف في المواد دون أن يستطيع الطالب الإلمام بكل المواضيع، وعليه نرى بأن هذا التخصيص غير كاف الذي يدرس فيه الطالب مادة القانون الإداري في سنتين فقط.

ب . **على مستوى المدرسة العليا للقضاء:** إن التكوين المتخصص للقضاة له انعكاسات إيجابية على فعالية و نوعية النشاط القضائي ، و هذا الأخير يرتبط بدرجة كفاءة القائمين على هذه الوظائف ، لهذا لابد من الاهتمام بالجانب البشري قبل كل شيء[10].

لكن نجد أن الطالب المتخرج لا يمكنه أن يتولى مباشرة وظيفة قاضي إداري إلا بعد ترقيته لرتبة مستشار[11]. بالإضافة إلى أن البرنامج الدراسي بالمدرسة يأخذ طابع القانون الخاص نظرا لقلة المواد المتعلقة بالقضاء الإداري، و كأن المتخرج يتولد لديه شعور بأنه قاضي عادي (عدلي) لا علاقة له بالقضاء الإداري[12].

المحور الثاني

إشكالات مبدأ التقاضي الإداري على درجتين

يطرح مبدأ التقاضي الإداري على درجتين إشكالية القرارات الصادرة عن مجلس الدولة بعد نظره في الاستئناف أولا و كذا قراراته الصادرة عنه ابتدائيا و نهائيا و تأثيرها السلبي على هذا المبدأ (ثانيا) .

أولا

التأثير السلبي للقرارات الصادرة عن مجلس الدولة بعد نظره في الاستئناف على مبدأ التقاضي الإداري على درجتين

استنادا لما جاء في المادة 10 من القانون العضوي 98 . 01 المتعلق بمجلس الدولة فإنه :"يفصل مجلس الدولة في استئناف القرارات الصادرة ابتدائيا من المحاكم الإدارية في جميع الحالات ما لم ينص القانون على خلاف ذلك".

وتضيف المادة 2 من القانون رقم 98 . 02 المتعلق بالمحاكم الإدارية[13]، على أن "أحكام المحاكم الإدارية قابلة للاستئناف أمام مجلس الدولة ما لم ينص القانون على خلاف ذلك" .

بالإضافة إلى المادة 2 من القانون العضوي رقم 11 . 13[14] المعدل و المتمم للقانون العضوي رقم 98 . 01 التي تنص على :"يختص مجلس الدولة بالفصل في استئناف الأحكام و الأوامر الصادرة عن الجهات القضائية الإدارية ، و يختص أيضا كجهة استئناف في القضايا المخولة له بموجب نصوص خاصة"[15].

ومن كل ما سبق نفهم أن مجلس الدولة هو الجهة القضائية الاستئنافية بالنسبة لكافة الأحكام و الأوامر الصادرة عن المحاكم الإدارية.

بالإضافة إلى أنه يمثل الهيئة المقومة لأعمال الجهات القضائية الإدارية و يضمن مع المحكمة العليا توحيد الاجتهاد القضائي في جميع أنحاء البلاد و يسهران على احترام القانون[16] .

وبهذا يكون المشرع قد حول مجلس الدولة من محكمة قانون إلى محكمة وقائع ينظر في الطعن بالإستئناف.

فكان من الأجدر احتفاظ مجلس الدولة بدوره الذي منحه إياه المؤسس الدستوري و إسناد قضاء الاستئناف لجهة قضائية أخرى التي كان من الممكن إسنادها للغرف الجهوية الخمسة (الجزائر، وهران، قسنطينة، بشار، ورقلة) المستحدثة سابقا ، و تحويلها إلى محاكم إدارية استئنائية ، فهذا يعمل على تبني مبدأ التقاضي على درجتين و استكمال درجات التقاضي في النظام القضائي الإداري بالإضافة إلى تخفيف الضغط على مجلس الدولة من الملفات المعروضة عليه ، مما يجعل مستشاري هذه الهيئة يتفرغون لمهامهم الدستورية المتمثلة في النقض و الاجتهاد.

ولابد من الإشارة إلى إشكالية عدم إمكانية مجلس الدولة من الطعن بالنقض ضد القرارات الصادرة عنه، كما جاء في قراره الصادر بتاريخ 23 . 09 . 2002[17] في قضية (ش م) ضد مديرية التربية لولاية باتنة حيث جاء في تسبيبه ما يلي: "حيث أنه من غير المعقول و غير المنطقي أن يقوم مجلس الدولة

بالفصل في الطعن بالنقض المرفوع أمامه ضد قرار صادر عنه، إن المقرر قانونا أن الطعن بالنقض يكون أمام جهة قضائية تعلو الجهة التي أصدرت القرار محل الطعن".

وفي قرار آخر صادر بتاريخ 20 . 01 . 2004[18] جاء في تعليله: "لا يمكن رفع طعن بالنقض أمام مجلس الدولة ضد قرار صادر عنه".

وهو لا يختلف عن تبريره لقراره الصادر بتاريخ 19 . 07 . 2012[19] : "...فإن القرارات الصادرة عنه كجهة عليا للقضاء الإداري و جهة الاستئناف الوحيدة المقومة لأعمال جميع المحاكم الإدارية موضوعا و قانونا تكتسي طابعا نهائيا مطلقا لا يجوز الطعن فيها عن طريق النقض".

وهو ما يؤثر سلبا لا محالة على مبدأ التقاضي على درجتين.

ثانيا

التأثير السلبي للقرارات الصادرة ابتدائيا و نهائيا عن مجلس الدولة على مبدأ التقاضي الإداري على درجتين

يمكن لمجلس الدولة أن يكون جهة قضائية إدارية أول و آخر درجة في بعض الحالات التي رأى عدم جواز تعدد درجات التقاضي بالنسبة لها ، أو بسبب امتداد نشاطها على كافة أرجاء الوطن بحيث لا يمكن أن ينعقد اختصاص النظر فيها للمحاكم الإدارية[20].

وذلك استنادا للمادة 9 من القانون العضوي 11 . 13 المذكور أعلاه ، التي جاء فيها: "يختص مجلس الدولة كدرجة أولى و أخيرة بالفصل في دعاوى الإلغاء التفسير و تقدير المشروعية في القرارات الإدارية الصادرة عن السلطات الإدارية المركزية و الهيئات العمومية الوطنية و المنظمات المهنية الوطنية ، كما يختص أيضا بالفصل في القضايا المخولة له بموجب نصوص خاصة". و جاء كذلك في المادة 901 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية[21]. التي جاء فيها: "يختص مجلس الدولة بدرجة أولى و أخيرة بالفصل في دعاوى الإلغاء و التفسير و تقدير المشروعية في القرارات الإدارية الصادرة عن السلطات الإدارية المركزية كما يختص بالفصل في القضايا المخولة له بموجب نصوص خاصة".

ولكن المقارنة البسيطة بين النصين يتبين أن المشرع قد ضيق من مجال اختصاص مجلس الدولة بموجب قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

بالإضافة إلى أنه يؤثر سلبا على مبدأ التقاضي على درجتين الذي يعتبر من أهم مبادئ النظام القضائي ، لأن الاعتراف لمجلس الدولة بالنظر و الفصل كدرجة أولى و أخيرة سيعمل على خرق طريق عادي من طرق الطعن لأن القرارات الصادرة عنه كأول و آخر درجة غير قابلة للطعن بالنقض ، لذا لابد من إعفاء مجلس الدولة كذلك من هذه المهمة ، ليتفرغ أكثر للإجتهاد والنقض، كما سبق ذكره .

خاتمة

حاولنا من خلال هذه المداخلة ، الإحاطة بموضوع التقاضي على درجتين في المادة الإدارية و ذلك من خلال إبراز ضمانات تجسيد هذا المبدأ ، الذي لا يمكن أن يقوم إلا في كنف قضاء مستقل و الأكثر من ذلك قضاء إداري مستقل، و الذي ينجر عنه ضرورة إقرار تكوين متخصص للقاضي الإداري الذي يعد

أساس قيام نظام ازدواجية قضائية أولا ثم ركيزة لتجسيد مبدأ التقاضي على درجتين في المادة الإدارية ثانيا ، لأن القاضي الإداري هو الذي يفصل في القرارات الإدارية، و أهم من ذلك فهو منبع الاجتهادات القضائية التي تحتاج إلى كفاءة و إلمام بالمواضيع المتخصصة في المجال الإداري ، بالإضافة إلى ضرورة الإلتفات إلى إشكالات التقاضي الإداري على درجتين التي تكمن في القرارات الصادرة عن مجلس الدولة بعد نظره في الاستئناف، و كذا القرارات الصادرة عنه ابتدائيا و نهائيا ، و خلصنا إلى جملة من الاقتراحات و هي:

. ضرورة استكمال درجات التقاضي في النظام القضائي الجزائري.

. إستحداث محاكم إدارية استئنافية بتحويل الغرف الإدارية الجهوية الخمسة المستحدثة سابقا إلى محاكم استئنافية.

. تخفيف العبء عن مجلس الدولة لصالح محاكم إستئنافية لتوسيع صلاحياته الأصلية كقاضي نقض و التي تعتبر وظيفته الأصلية.

. إعفاء مجلس الدولة من النظر في القضايا ابتدائيا و نهائيا.

الهوامش:

(1) القانون العضوي رقم 98 . 01 ، المؤرخ في 30 ماي 1988 المتعلق باختصاصات مجلس الدولة و تنظيمه و عمله ، جريدة رسمية عدد37 المؤرخة في 01 جوان 1998 .

(2) القانون العضوي رقم 04 . 11 المؤرخ في 06 . 09. 2004 المتضمن القانون الأساسي للقضاء ، جريدة رسمية عدد 57 الصادرة بتاريخ 08 . 09 . 2004 .

(3) . كان النظام القانوني للقضاة الإداريين مباشرة بعد الاستقلال يختلف عن النظام القانوني للقضاة العاديين وفقا للنظام الفرنسي ، حيث كان القضاة الإداريون يتلقون تكوينا من المدرسة الوطنية للإدارة و القضاة العاديون يتلقون تكوينا من المركز الوطني للدراسات القضائية مع ممارسة المهنة بصفة منفصلة ، فالقاضي الإداري يخضع لنظام قانوني خاص ، و القاضي العادي ينتمي لقانون الوظيف العمومي .

(4) لقانون رقم 16 . 01 المؤرخ في 06 . 03 . 2016 المتضمن التعديل الدستوري ، جريدة رسمية عدد 14 الصادرة بتاريخ 07 . 03 . 2016

(5) ماحي هني موسى ، طبيعة النظام القضائي الجزائري ، و مدى فعاليته في مراقبة أعمال الإدارة ، بحث مقدم لنيل شهادة الماجستير ، معهد الحقوق و العلوم الإدارية ، بن عكنون ، جامعة الجزائر ، 1985 ، ص 151 .

(6) . مرسوم تنفيذي رقم 2000 . 184 ، مؤرخ في 12 جويلية 2000 المتعلق بتنظيم المعهد الوطني للقضاء و سيره و حقوق الطلبة و واجباتهم ، ج ر عدد 41 .

(7) مرسوم تنفيذي رقم 90 . 139 و قلصت لسنة واحدة بموجب المرسوم التنفيذي رقم 99 . 154 مؤرخ في 20 جويلية 1999 ، المتعلق بتنظيم المعهد الوطني للقضاء و سيره و حقوق الطلبة و واجباتهم ، ج ر عدد 49 الصادرة بتاريخ 25 جويلية 1999 .

(8) المادة 44 من القانون العضوي رقم 04 . 11 .

(9) مصطفى بن جلول ، استقلالية القضاء الإداري في الجزائر ، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام جامعة الجزائر 2012 ، ص 200 .

(10) عبد الكريم بودريوة ، القضاء الإداري في الجزائر ، الواقع و الآفاق ، مجلة مجلس الدولة ، العدد 6 لسنة 2005 ، ص 19 .

(11) المادة 3 من القانون رقم 98 . 02 المؤرخ في 30 ماي 1998 المتعلق بالمحاكم الإدارية ، ج ر عدد37 . تلزم أن تتشكل المحكمة من ثلاثة قضاة على الأقل من بينهم الرئيس برتبة مستشار .

(12) مصطفى بن جلول ، المرجع السابق ، ص 203 .

(13) القانون رقم 98 . 02

(14) القانون العضوي رقم 11 . 13 المؤرخ في 30 ماي 1998 المتعلق بالمحاكم الإدارية ، جريدة رسمية عدد 37 المؤرخ في 01 جوان 1998 .

[15] يكون هذا التعديل قد توافق مع أحكام المادة 902 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية .

[16] المادة 171 من التعديل الدستوري لسنة 2016 .

[17] مجلس الدولة ، الغرفة الأولى ، قرار صادر بتاريخ 23 . 09 . 2002 ، يحمل رقم 007304 ، مجلة مجلس الدولة ، العدد 2 ، لسنة 2002 ، ص 155 .

[18] مجلس الدولة ، الغرفة الأولى ، قرار صادر بتاريخ 20 . 01 . 2004 يحمل رقم 011052 ، مجلة مجلس الدولة ، العدد 8 لسنة 2006 ، ص 175 .

[19] مجلس الدولة ، قرار صادر بتاريخ 19 . 07 . 2012 ، يحمل رقم 072652 مجلة مجلس الدولة ، العدد 10 ، لسنة 2012 ص 172 .

[20] جازية صاش ، نظام مجلس الدولة في القضاء الجزائري ، أطروحة دكتوراه ، جامعة الجزائر ، 2007 . 2008 ، ص 286 .

[21] قانون 08 . 09 المؤرخ في 25 فيفري 2008 ، المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، جريدة رسمية عدد 21 المؤرخ في 23 أفريل 2008.

تغير الاجتهاد القضائي وأثره على الأمن القانوني



الدكتور / أحمد سعود
جامعة الوادي

الأستاذ / ياسين بن عمر
كلية الحقوق والعلوم السياسية
جامعة ورقلة

❋ ❋ ❋ ❋ ❋

مقدّمة:

الأمن القانوني من أكثر المفاهيم تداولا في المجالين القانوني والقضائي على حد سواء حاليا، خاصة إذا تعلق الأمر بتسليط الضوء على نظام قانوني أو قضائي معين، أو نقد قاعدة قانونية منذ وضعها، سواء من طرف المشرع أو المجتهد القضائي.

يعتبر الأمن القانوني من مبادئ القانون، يتوخى منه أن يسود ويستغرق التشريع، سواء كان تشريعا أساسيا، أو عاديا، أو فرعيا، لكونه عنصرا من عناصر شيوع الثقة في المجتمع، وبصفة عامة مبدأ من مبادئ دولة القانون التي من سماتها الأساسية سيادة حكم القانون وفصل السلطات واستقلال القضاء، وضمان حماية ناجعة للحقوق والحريات الأساسية للأفراد والجماعات.

فكثيرا ما يوجه النقد للمشرع في سن القوانين أو التشريعات، وذلك من عدة أوجه، ككثرة النصوص وتضخمها، أو طولها وحشوها الزائد أو ربما لعدم وضوحها، أو ربما لعدم استقرارها وزعزعتها المستمرة بحجة الحفاظ على النظام العام[1]، أو التراجع عن قانون أو اجتهاد قضائي مستقر، وتبني تشريع جديد بأثر رجعي في الزمان.

كل هذه العوامل تؤدي إلى عدم الثقة لدى الأفراد أو أصحاب المراكز القانونية في المجتمع الذي يعيشون فيه.

هذه الأوضاع قد تشكل في مجملها مصدر تهديد حقيقي للأمن القانوني وهو ما يستدعي البحث عن تشريعات تبعث على الاطمئنان بما يضمن تطبيقا سلسا لها من طرف القضاء.

هذا الأخير الذي يسهر على تطبيق القاعدة القانونية وملاءمتها بما له من سلطة تفسير و توضيح الغموض وترجيح التعارض في النصوص القانونية الموجودة بين يديه، ولكن عند بحثه في تفسير النصوص أو إزالة التعارض قد يتراجع عن اجتهاد سابق استقر عليه ونقضه مما يشكل زعزعة استقرار القاعدة القانونية، وتأتي هذه الورقة لتبيان علاقة الأمن القانوني بالقضاء، و كيف يؤثر العمل القضائي في القاعدة القانونية وهل الدور الذي تقوم به المحاكم من خلال الاجتهاد القضائي يمس بالأمن القانوني؟.

وللإجابة على الإشكالية القانونية يتوجب ضبط خطة البحث كالتالي:

المبحث الأول: ضوابط مبدأ الأمن القانوني

المطلب الأول: ضبط مفهوم الأمن القانوني

المطلب الثاني: ضوابط احترام مبدأ الأمن القانوني

المبحث الثاني: تأثير الاجتهاد القضائي على مبدأ الأمن القانوني

المطلب الأول: علاقة الاجتهاد القضائي بمبدأ الأمن القانوني

المطلب الثاني: الاجتهاد القضائي ضرورة حتمية تحتاج إلى تنظيم

المبحث الأول

ضوابط مبدأ الأمن القانوني

تتناول دراسة مبدأ الأمن القانوني عدة مواضيع تتعلق بالقانون خاصة فيما يمس استقرار القاعدة القانونية و تأثير التعديلات التشريعية المستمرة، و تضارب الاجتهاد القضائي على مسألة الثقة في القانون، ولا شك أن معرفة االقيمة القانونية لمبدأ الأمن القانوني تعطي فكرة عن أهميته من بين المبادئ القانونية المتفرعة عنه مثل مبدأ الفورية، عدم رجعية القاعدة القانونية، المحاكمة العادلة و غيرها من المبادئ.

المطلب الأول

ضبط مفهوم الأمن القانوني

بدأ الاهتمام بمفهوم الأمن القانوني مع تزايد الدور الاقتصادي والتنموي للقاعدة القانونية، وارتبط بمسألة تضخم النصوص القانونية، حيث أصبح القانون يشكل خطرا على الأمن القانوني و من هنا أصبحت الحاجة إلى احترام مبدأ الأمن القانوني، وفي هذا العنصر نتناول بالدراسة فهم الأسس التي يقوم عليها فكرة الأمن القانوني، والاستثناءات التي ترد عنه.

أولا: تأسيس فكرة الأمن القانوني

إن الأمن القانوني يعني كل ضمان وكل نظام قانوني للحماية يهدف إلى تأمين ودون مفاجآت حسن تنفيذ الالتزامات وتلافي أو على الأقل الحد من عدم الوثوق في تطبيق القانون، وبالتالي فهو مرتبط بمسألة الثقة وتعني ثقة المواطن في القانون واطمئنانه لمجرى الأمور على أساس التوقع[2].

ويعتبر الرأي الغالب أن فكرة الثقة في القانون هي الأساس الحقيقي لمبدأ الأمن القانوني، فقد أسسته محكمة العدل للمجموعة الأوروبية في قرارها بتاريخ 06-04-1962 عل فكرة الثقة المشروعة، وقوامها أن يكون القانون واضحا ودقيقا حتى يمكن للفرد أن يعرف حقوقه وواجباته ويتخذ موقفه على

ضوء ذلك، كما اعترفت به المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان منذ سنة 1981 بربطه بعنصر التوقع القانوني[3].

ويمكن القول أن الأمن القانوني يترجم المتطلبات اللازمة لجودة القانون وقابليته للتوقع، فهو معيار على جودة نظام قانوني في وقت معين، وعلى هذا الأساس فهو يقوم على عنصرين مهمين:

- الثقة

- قابلية القانون للتوقع (عدم المفاجآت): ويقصد به أن الأمن القانوني يجب أن يفهم على أنه يقوم على اجتناب سرعة تغيير أحكام القانون التي تؤدي إلى مفاجأة المخاطبين بالقاعدة القانونية وتربكهم بخصوص ما أبرموه من عقود وما أنجزوه من تصرفات قانونية، ويكون ذلك بوضوح القاعدة القانونية المطبقة، وهذا ما أشار إليه مجلس الدولة الفرنسي بالقول:"إن مبدأ الأمن القانوني يقتضي أن يكون المواطنون دون كبر عناء في مستوى تحديد ما هو مباح وما هو ممنوع من طرف القانون المطبق للوصول إلى هذه النتيجة، ويتعين أن تكون القواعد المقررة واضحة، مفهومة فلا تخضع في الزمان إلى متغيرات متكررة أو غير متوقعة[4].

وبالمقابل يجب ألا نغفل عن أن الأمن القانوني يهدف إلى جعل القانون يساير تطور حاجات الناس ويكفل ثقتهم في تلبية رغباتهم، فوصف الأمن (La Securité) لا تعني احتفاظ القاعدة القانونية بوضعها وبقاءها على حالها وإلا أصبحت تفيد الجمود ولا تلبي احتياجات أفراد المجتمع وهو ما يتنافى مع ما تتميز به القاعدة القانونية بوصفها قاعدة اجتماعية.

وهذا يقتضي أن كل شخص له الحق في استقرار القاعدة القانونية وأن يكون في مأمن من التعديلات المفاجئة التي يمكنها أن تؤثر على ذلك الاستقرار[5] أن يكون في مأمن ، غير أن الأمن القانوني لا يعني الاستقرار التام لقاعدة القانونية، لأن حركية القانون مسألة ضرورية لاستمرار القاعدة القانونية في القيام بوظيفتها، وبمعنى آخر فإن انعدام الأمن القانوني (l'insecuritéjuridique) شر لابد منه في كل نظام قانوني وكل ما يمكن القيام به هو إنزاله إلى الحدود الدنيا والحفاظ على درجاته المعقولة التي لا تزعزع الثقة في القانون[6].

ثانيا: الأثر الرجعي للقانون تقييد لمبدأ الأمن القانوني

يرد على خاصية الأمن القانوني التي تميز القاعدة القانونية استثناء يتعلق برجعية القانون للماضي، وبالتالي تطبق القوانين بأثر رجعي على حالات ومراكز ناشئة في ظل قوانين قديمة مما يمس بأبرز خاصية للقانون ووهو خاصية الاستقرار والتي يقوم عليها الأمن القانوني (La sécurité juridique) إلا أن هذه الرجعية تطبق في حدود واستثناءات و ذلك في حالتين:

1-تحقيق المصلحة العامة

عندما يرى المشرع من رجوع القانون إلى الماضي من وراءه تحقيق مصلحة عامة فينص عليه صراحة في القانون الجديد برجوعه على حالات سابقة لصدوره، و هنا يكون التفاضل بين التمسك بمبدأ الأمن القانوني أو تحقيق المصلحة العامة، و طبعا فإن الأفضلية لتحقيق المصلحة العامة.

إلا أن رجوع القانون على وقائع سابقة يجب ألا يقود استعماله على نحو يؤدي بتفضيل خصم عن خصم آخر في حال قيام نزاع أمام القضاء، لأن ذلك يدعم مصلحة طرف على آخر و هو ما يمس بمبدأ الأمن القانوني، و يدل على ذلك وقائع قضية عرضت على القضاء الفرنسي تتعلق بنزاع حول مراجعة بدل إيجار تجاري، حيث تمسك المستأجر باجتهاد قضائي يفسر المادة 38- L145 من القانون التجاري في حين أن المؤجر تمسك بقانون جديد لا يتطابق مضمونه مع الاجتهاد، وقد بحثت محكمة النقض في مسألة رجعية أو عدم رجعية هذا القانون و إمكانية تطبيقه على النزاع و اهتدت إلى أنه لم يظهر في القانون و لا في الأعمال التحضيرية أن سببا ملحا متعلقا بالمصلحة العامة أملى على المشرع تصحيح تفسير القضاء للمادة 38-L145 حتى يكون القانون رجعي، و رفضت محكمة النقض تطبيق القانون الجديد[7].

2- القواعد الآمرة

و التي تتعلق بالنظام العام، و التي تسري على الوقائع الجديدة و الوقائع السابقة التي ظلت آثارها منتجة في ظل القانون الجديد، ويدعم هذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر في 2003/03/26 والذي جاء فيه: "يسري القانون الجديد الصادر بتخفيض الحد الأقصى لسعر الفائدة بما له من أثر فوري على ما يستحق من الفوائد ابتداء من نفاذه على العقود المبرمة قبل هذا النفاذ، وأن قضاة الموضوع عندما جعلوا للقانون القديم أثرا مستمرا بالنسبة للآثار الجارية للعقود التي أبرمت قبل سريان القانون الجديد وألزموا الطاعن بدفعه نسبة الفائدة خلافا للحد الأقصى المقرر للفائدة حسب القانون الجديد قد خرجوا على القاعدة العامة المنصوص عليها في المادة 07 من القانون المدني دون استنادهم إلى نص خاص يسمح بهذا الخروج مما يعد ذلك خطأ في تطبيق القانون يعرض قضاءهم للنقض"[8]، فلأن الحد الأقصى لسعر الفائدة هو من النظام العام فإن القانون يسري بأثر فوري حتى على العقود الجارية التنفيذ والتي أبرمت في ظل القانون السابق.

المطلب الثاني

ضوابط احترام مبدأ الأمن القانوني

إن مسألة تطوير النصوص والقواعد القانونية قد تمس بالأمن القانوني إذا ما أسيء استخدامها وبالتالي فإنه يتعين وضع ضوابط لاحترام الأمن القانوني، فالأمن القانوني لا يمنع التحول و لكن عند الاقتضاء يتعين اتخاذ إجراءات إعلام وقائي وتدابير انتقالية تضمن توفير الأمن القانوني، و لذلك فإن تحقق الأمن القانوني على أرض الواقع يرتبط تقليديا بالخضوع إلى شرطين اثنين: الشكلية والموضوعية[9].

1-فالخضوع للشكلية هو أن تصدر القاعدة القانونية عن السلطة المخول لها دستوريا مع وجوب اتباع إجراءات محددة دستوريا عند إصدارها لتلك النصوص.

2-أما الخضوع الموضوعي وهو أن تكون تلك النصوص والقواعد تتماشى في موضوعها مع القاعدة الدستورية[10].

وقد اتبعت التشريعات المقارنة استراتيجيات تعتمد عليها عند الحاجة إلى تطوير النظم القانونية بما يضمن عدم المساس بالأمن القانوني، فقد قرّر مجلس الدولة الفرنسي لتحقيق الأمن القانوني بشأن النصوص القانونية وجوب توفر شرطين أساسيين:

- جودة القاعدة القانونية: و هي التي تقنن بوضوح المنع و الإباحة.
- قاعدة مستقرة و متوقعة ، ولكن دون أن تكون جامدة ولا يتيح كذلك مجالا لرجعة القانون.

ووضع مجلس الدولة الفرنسي توصيات بشأن انعدام الأمن القانوني في تقريره لسنة 2006 حيث عرض الأسباب و الدوافع الحقيقية التي تساعد على انعدام الأمن القانوني ومن بين التوصيات التي جاء بها ضرورة إرفاق أي نص قانوني جديد بدراسة سابقة وشاملة له مع تحليل أسباب صياغته و آثاره على النظام القانوني ككل و على حقوق الأفراد و مراكزهم القانونية بصورة خاصة.

وبالفعل فقد جاء القانون العضوي الفرنسي الصادر بتاريخ 2009/04/15 في المادة 08 بالنص على وجوب إلحاق كل مشروع قانون بدراسة مسبقة لمناقشة أسباب و ظروف وضع القاعدة القانونية و آثارها الاقتصادية و المالية و الاجتماعية[11].

المبحث الثاني

تأثير الاجتهاد القضائي على الأمن القانوني

في هذا المبحث نتناول مسألة تضارب الاجتهاد القضائي مع مبدأ الأمن القانوني و حدود احترامه، و كيف يتأثر تغير الاجتهاد بتطور الأحكام القضائية وتأثيرها في استقرار اجتهاد قضائي سابق.

المطلب الأول

علاقة الاجتهاد القضائي بمبدأ الأمن القانوني

لطالما ارتبط مفهوم الاجتهاد القضائي بالقانون، و كان دور القاضي الكشف عن التطبيق الصحيح للقانون، إلا أنه أحيانا يصبح هذا الاجتهاد اعتداء على مبدأ الأمن القانوني.

أولا: أهمية الاجتهاد القضائي في تطوير القاعدة القانونية

تعتبر وظيفة القضاء أسبق في الوجود تاريخيا من فكرة قواعد القانون سواء تعلق الأمر بالقواعد العرفية أو بالقواعد التشريعية، و تعد وظيفة خلق القواعد القانونية جزء من وظيفة القضاء، و قد قيل "إن القضاء هو مشرّع وقت الأزمات"[12].

ولا ينكر أحد أن للاجتهاد القضائي في مجال القانون دور بالغ الأهمية وأثره لا يقل في أهميته عن دور التشريع نفسه، فالتشريع بما يتميز به من عمومية وتجريد لا يضع إلا حلولا وسطى ولا يخصص حلولا فردية لكل النزاعات و هذا ما يجعل من الاجتهاد القضائي مصدرا مستقلا و مساويا لباقي مصادر القانون حتى و إن لم ينص القانون على ذلك[13]، فمن خلاله يضمن الاجتهاد القضائي للتشريع ملاحقة تطورات المجتمع من خلال تطبيق النصوص القديمة بروح جديدة[14].

إن هذه الأهمية التي يحظى بها القضاء هي ما جعلت مفهوم الأمن القانوني يرتبط عادة بالقضاء فيقال مبدأ الأمن القانوني و القضائي لإظهار الطابع الحمائي للقضاء في سهره على تطبيق القانون و حماية

الحقوق[15]، لكن بالرغم من هذا الارتباط الوثيق بين القضاء و الأمن القانوني في كونه يحمي و يسهر على تطبيق القانون إلا أن القواعد التي يقوم عليها كل من المفهومين مختلفة لحد النقيض.

إن القاعدة القانونية كأداة للضبط والتنظيم تتميز عادة بطابعها الواقي من المنازعات و لكن يمكن كذلك وعند الاقتضاء إثارتها أمام القضاء لتلعب دورها كقاعدة لحل النزاع بين الأطراف وهنا يبرز دور القضاء في حماية مبدأ الأمن القانوني فالقانون الحي هو الذي تصنعه المحاكم لذا يطلق على الاجتهاد القضائي بأنه "كلام القانون الحي La parole vivante du droit "[16]، ويشكل الاجتهاد القضائي مصدرا يغذي النظام القانوني، فإذا كان التشريع يرتبط بالقانون فالاجتهاد القضائي يرتبط بحياة القانون، وبمعنى آخر يشكل القانون الحي المتحرك.

ثانيا: اختلاف الطبيعة بين المفهومين

إن مبدأ الأمن القانوني والذي يميزه الوضوح والثبات وإمكانية التوقع بخلاف الاجتهاد القضائي الذي لا يقوم على أساس الثبات و التوقع، بل يعتمد كأصل عام على الرجعية.

وإذا كان المفهومان متناقضين من حيث الطبيعة و الخصائص فهل العلاقة علاقة تكامل بحيث أن كلا منهما يكمل الآخر أم تضاد تقوم على أن كلا منهما يلغي الآخر؟.

وحتى نجيب على هذا السؤال لا بد أولا أن نفصل في طبيعة الاختلاف من حيث عنصرين رئيسين : الرجعية – اللا توقع.

1- خاصية الرجعية

إن ما يميز الاجتهاد القضائي هو رجعيته للماضي وعدم تقيده بتاريخ الوقائع والأحداث وهو ما يتنافى مع مبدأ عدم الرجعية التي تميز القاعدة القانونية والتي يترتب عنها الاستقرار في الأثر القانوني، فرجعية الاجتهاد القضائي تعني تطبيق الاجتهاد الجديد على كل الوقائع دون مراعاة لتاريخ وقوعها سواء قبل أو بعد الاجتهاد الجديد، ومن هنا نلاحظ أنه يمكن أن يمس بمبدأ الأمن القانوني، و هو ما نجده واضحا في قرار صادر عن الغرفة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية حول مسألة تقدير المسؤولية المدنية للطبيب، فالاجتهاد القضائي السابق كان ينص على أن قيام المسؤولية المدنية للأطباء لإخلالهم بالتزام بذل عناية و هذا الاجتهاد صدر في عام 1982، إلا أنه في سنة 1999 تغير الاجتهاد حيث أصبح يعتبر قيام المسؤولية المدنية للأطباء نتيجة إخلالهم بالتزام تحقق نتيجة والذي اعتنقته الغرفة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية و طبقته على وقائع سابقة[17].

وفي نفس السياق أصدرت محكمة النقض الفرنسية اجتهادا جديدا في سنة 2002 يتعلق باشتراط المقابل المالي لصحة شرط عدم المنافسة المنصوص عليه في عقد العمل المبرم في سنة 1996 وبالتالي القضاء ببطلان عقد العمل وهذا تطبيقا للأثر الرجعي للاجتهاد القضائي[18].

إن رجعية الاجتهاد القضائي بالرغم من تأثيرها السلبي على استقرار المراكز القانونية و الأمن القانوني إلا أنها من جهة أخرى مؤشر لحيوية و فعالية القاعدة القانونية ومرفق القضاء من جهة ثانية، و يترتب على هذا استبعاد فكرة الأمن القانوني و عدم الاعتراف بأي حق مكتسب من جراء اجتهاد قضائي

سابق، وهو ما أكدته محكمة النقض الفرنسية في كثير من الأحكام[19]، ولا شك أن هذه الأثر ينقض ما يقوم عليه الأمن القانوني و يعارضه.

2- خاصية اللاتوقع في الاجتهاد القضائي

بالرغم من ايجابية الاجتهاد القضائي في وضع حلول مناسبة للنزاعات المطروحة إلا أنه يبقى يعاني من سلبيات أبرزها أن الاجتهاد القضائي لا يمكن أن يكون قابلا للتوقع، فالقاضي يحكم بالنظر إلى الوقائع والظروف المتميزة بها كل قضية على حدى، كما أن له مطلق الحرية في تأويل وقائع القضية و مطلق السلطة التقديرية في فهم الوقائع المحيطة به، مما يجعل اختلاف الأحكام أمرا مألوفا في العمل القضائي[20]، و تغير الاجتهاد القضائي هو بمثابة تفسير أحسن للقانون متى رأى القاضي ذلك، بغض النظر عن ما يلحق التفسير الجديد من أثار لا يتوقعها الخصوم.

وما يوضح ذلك قرار أول للمحكمة العليا بتاريخ 29-04-2003 اعتبرت فيه أن ظرفي سبق الإصرار و الترصد من الظروف الشخصية يتعلقان بالفاعل الأصلي للجريمة ولا يؤثران إلا بالنسبة لمن تتصل به، وورد فيه:"حيث أن ظرفي سبق الإصرار والترصد يخصان الفاعل الأصلي وحده، و من ثم فإن معاقبة الشريك بهما يشكل خطأ في تطبيق القانون".

ثم ما لبثت المحكمة العليا أن تراجعت عما ذهبت إليه، حيث أصدرت قرارا بتاريخ 13-04-2004 يستفاد منه أن سبق الإصرار والترصد ظرفان موضوعيان وليس شخصيين، و على هذا الأساس رفضت المحكمة العليا نقض حكم يقضي بإدانة متهمين من أجل الاشتراك في القتل مع سبق الإصرار والترصد رغم ما أثاره الدفاع من أنهما ظرفان شخصيين و استشهد بقرار المحكمة العليا السابق[21].

لا شك أن تغيير الاجتهاد السابق قد يؤثر في مسألة توقع الخصوم لمسار القضية والحكم فيها، مما يضعهم تحت عنصر المفاجأة وهو مخالف لما يقوم عليه الأمن القانوني، إلا أن هذا التأثير السلبي محصور في وقت النزاع الحاضر فقط إذ أن تطبيق الاجتهاد القضائي في المستقبل يحقق إيجابيات أكثر من الضرر الحاصل في تطبيقه لأول مرة إذ يكشف عن عيوب القاعدة القانونية وينبه المشرع على مسألة إعادة صياغتها من جديد.

وبالتالي يمكن القول أن القضاء يكشف عن عيوب القاعدة القانونية من خلال الاجتهاد فإن كان هذا الدور يمس بمراكز الأشخاص و توقعاتهم في وقت النزاعات المعروضة على القضاء فإنه يعطي تفسيرا أحسن من خلال الاجتهاد الجديد وتطويرا للقانون بما يتيح تطبيقا أفضل للقانون وفق تطور احتياجات الأفراد و المجتمع.

المطلب الثاني

الاجتهاد القضائي ضرورة حتمية تحتاج إلى تنظيم

إن تأثير الاجتهاد القضائي على مبدأ الأمن القانوني كبير باعتبار أن الاجتهاد القضائي هو وسيلة لتفسير النصوص القانونية و توضيحها، إلا أنه في حال عدم استقرار الاجتهاد القضائي أو تراجعه أو تناقضه مع اجتهاد آخر يعتبر عاملا سلبيا في تحقيق الأمن القانوني إذ يتأثر كل منهما بالآخر، إلا أن تأثير

عدم وضوح القاعدة القانونية (عيب الصياغة) أكثر سلبا من تأثير الاجتهاد القضائي المتغير على مبدأ الأمن القانوني وذلك في حالة احتواء النص على عبارات مرنة مطاطة تحتمل عدة تفسيرات مما يجبر القاضي عل التضحية بمبدأ الأمن القانوني لإدراكه أن التفسير أو الاجتهاد السابق لم يعد مناسبا للنزاع المعروض عليه.

ومع هذا فإن ضرورة الاجتهاد القضائي تقتضي ألا يتم الحجر على المحاكم في تطوير اجتهادها أو منعها من التراجع عن اجتهاداتها السابقة بعلة احترام مبدأ الأمن القانوني، وهو ما قررته محكمة النقض الفرنسية التي نصت بأنه:"لا يمكن لأحد أن يتمسك بحق مكتسب استنادا إلى اجتهاد قضائي قار"[22].

وبالتالي يتعين عدم اعتبار توحيد الاجتهاد القضائي غرضا في ذاته بل وسيلة للتطبيق السليم للقانون وملأ الفراغ الذي يعتريه وتفسير الغموض الذي يشوبه ولا يتحقق ذلك سوى عن طريق مواكبة التشريع للاجتهاد القضائي، فعن طريق الاجتهاد القضائي يضمن تكيف القانون مع التطورات والحاجات الجديدة.

ويتبين أنه من غير الممكن توحيد الاجتهاد القضائي وعدم منطقية الدعوة إلى توحيد الاجتهاد بحجة الأمن القضائي إذ أنه ينافي طبيعة الاجتهاد القضائي القائم على التغيير والتبديل، إلا أنه يمكن التخفيف من سلبيات عدم استقرار الاجتهاد القضائي من خلال التركيز على تأطير عملية الاجتهاد.

أولا: تأطير عملية الاجتهاد القضائي

يمكن للقضاء أن يؤطر عملية الاجتهاد بضوابط تسهم في تحقيق الجودة وتقلل من حدة الآثار السلبية على الأوضاع القائمة، وفيما يتعلق بالتراجع عن الاجتهادات القضائية السابقة فإن محكمة النقض الفرنسية تلجأ إلى اتباع طريقتين:

1-أن يتم الإعلان مسبقا عن النية في تغيير اجتهاد المحكمة، من خلال الإعلان في تقريرها السنوي عن تغيير الاجتهاد مستقبلا، و ذلك لإعلام الفاعلين والإدارات بهذا التغيير الذي يقتضيه تطوير الحلول القانونية إلى أن يتم إصلاح التشريع من قبل المشرع[23].

2-الحد في الزمان من سلبيات الأثر الرجعي للاجتهاد القضائي الجديد.

وعموما فإنه و لتلافي تأثير التغير في الاجتهاد القضائي على الأمن القانوني تتوفر آليات أخرى تعمل على تنظيم و تأطير عملية الاجتهاد القضائي ومنها:

- الإعلام ونشر الاجتهاد القضائي: والذي من خلاله يمكن المتقاضين من توقع نتيجة الأحكام المنتظر صدورها في النزاعات مما يساهم في تحقيق الأمن القضائي[24].

إن نشر القرارات القضائية هو الضامن الأول لتوحيد الاجتهاد القضائي، و يتعين العمل على تفادي نشر قرارات تتضمن اجتهادا قضائيا تم التراجع عنه ومن باب أولى تفادي نشر قرارات تتضمن اجتهادين قضائيين متعارضين.

- اتباع طريق الغرف المجتمعة أو المختلطة أمام المحكمة العليا لتوحيد الاجتهاد القضائي[25]، أو تخويل النيابة العامة إمكانية الطعن بالنقض لصالح القانون، أو تعميم نظام القضاء الجماعي، فضلا عن توفير التكوين الجيد للقضاء لضمان جودة الأحكام[26].

ثانيا: واقع الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا

إضافة إلى وظيفة الرقابة التي تمارسها على الأحكام التي تصدرها الجهات القضائية بمناسبة الطعن بالنقض التي ترفع إليها، تقوم المحكمة العليا بإقرار اجتهاد قضائي بشأن مسائل قانونية تطلب حلولا، فتنص المادة 171 فقرة 02 من دستور 2016:"تضمن المحكمة العليا ومجلس الدولة توحيد الاجتهاد القضائي في جميع أنحاء البلاد ويسهران على احترام القانون".

إن هذه المهمة المنوطة بالمحكمة العليا بدرجة أولى ومجلس الدولة ثانيا تجعلنا نتساءل عن مدى إلزامية الاجتهاد القضائي سواء بالنسبة للمحاكم الدنيا أو حتى إلزاميته بالنسبة للمحكمة العليا في حالة تغيير اجتهاد قضائي سبق أن قُرر؟ وهل الرجوع عن اجتهاد قضائي عملية متروكة للقضاة باختيارهم أم تخضع لإجراءات وضوابط؟.

بموجب القانون العضوي رقم 12/11 تنعقد المحكمة العليا في هيئة الغرف المجتمعة عندما يكون من شأن القرار الذي سيصدر عن إحدى الغرف تغييرا في الاجتهاد القضائي[27]، وهذا النص لا يلزم الوجوب لانعقاد غرف المحكمة العليا في المسائل المتعلقة بتغيير اجتهاد قضائي سابق مما يجعل الإجراء اختياريا، فهو لا يتعدى أن يكون مسألة ذات طابع تنظيمي، فهل يعمل به؟.

إن من واقع عمل المحكمة العليا يستخلص أن الإجراءات المنصوص عليها في القانون قصد إجراء تغيير في الاجتهاد القضائي غير معمول بها في الغالب، ولا هي ملزمة لقضاة المحكمة العليا، فهي على سبيل الاختيار[28]، فكثيرا ما يلاحظ تغييرا في الاجتهاد القضائي بموجب قرار صادر عن غرفة وحيدة من غرف المحكمة العليا.

ومن المسائل التي تحول الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا بخصوص الخلع، حيث كان الاجتهاد يقضي بفك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع بعد موافقة الزوج، ثم أصبح من الممكن للزوجة أن تخالع نفسها بالإرادة المنفردة، وهو الذي قضت به غرفة الأحوال الشخصية منفردة من دون دعوة المحكمة العليا للغرف مجتمعة كما ينص عليه القانون[29].

3-الأمن القضائي و حجية الشيء المقضي فيه

إن صدور حكم نهائي حائز لقوة الشيء المقضي فيه يشكل حماية واستقرارا للمراكز القانونية وتكريسا لمبدأ الأمن القانوني والأمن القضائي، فلا يجوز رفع دعوى جديدة بنفس الأطراف ونفس الموضوع أمام القضاء لسبق الفصل فيها، و هو ما نصت عليه المادة 338 من القانون المدني.

إلا أن المشرع الجزائري وخلافا لباقي التشريعات منع القاضي من إثارة سبق الفصل في النزاع من تلقاء نفسه حيث تنص الفقرة الأخيرة من المادة 338 ق م "...لا يجوز للمحكمة أن تأخذ بهذه القرينة تلقائيا" وهذا من شأنه أن يؤثر على استقرار الأحكام وبالتالي التأثير بالسلب على مبدأ الأمن القانوني.

خاتمة

إن جودة أي نظام قانوني يقاس بمدى تكيفه مع الأوضاع الاجتماعية والسياسية والاقتصادية للمجتمع، و بالتالي فإنه يفرض عليه أن يكون متطورا باستمرار من دون أن يمنعه هذا من مراعاة مبدأ الأمن القانوني فيه، و ذلك بالأخذ بالحسبان الإجراءات الشكلية الجوهرية والأساسية التي تسبق أو تصاحب أو تلحق أي تعديل أو إلغاء أو زيادة في نصوص ومواد القانون، فالقاعدة القانونية هي بمثابة الدواء والقضاء بمثابة الطبيب الذي يصف الدواء.

في نهاية الورقة البحثية يمكن أن نستنتج ما يلي:

1- تتقاطع الغاية بين القانون والقضاء في حرص كل من المشرع والقاضي على احترام مبدأ الأمن القانوني، فبالنسبة للمشرع يكون العمل بالنصوص القانونية بأثر فوري حفاظا على استقرار المعاملات والمراكز القانونية المترتبة عنها، و يستثنى من ذلك إذا دعت المصلحة العامة ضرورة رجوعه على وقائع سابقة لصدوره، أما بالنسبة للقاضي فعدوله عن اجتهاد سابق هو من صميم عمله ولا يمكن حجره عن تحسين اجتهاده لأنه في نهاية الأمر يفسر القانون و لا ينشئه، وهذا لا يمنع من أن يراعي إجراءات تسبق تغيير اجتهاده حتى يكون التغيير مدروسا وليس عشوائيا.

2- لا يمكن توحيد الاجتهاد القضائي بدعوى الأمن القانوني والقضائي إذ أنه ينافي طبيعة الاجتهاد القضائي القائم على التغيير والتبديل، لكن يمكن التخفيف من سلبيات عدم استقرار الاجتهاد القضائي من خلال التركيز على تأطير عملية الاجتهاد.

3- إذا توصل القاضي إلى ضرورة تعديل الاجتهاد القضائي السابق باجتهاد آخر يتواءم مع تطور المجتمع، فيكون التضحية بمبدأ الأمن القانوني في سبيل مسايرة تطور المجتمع.

ونخلص في نهاية هذه الورقة إلى جملة من التوصيات أسفر عنها البحث وهي:

1- تعديل المادة 338 من القانون المدني بجعل الدفع بسبق الفصل في الموضوع يثيره القاضي من تلقاء نفسه.

2- مواكبة التشريع للاجتهاد القضائي من خلال ملأ الفراغ للنصوص القانونية و التي يكشف عنها الاجتهادات القضائية.

3- جعل إجراءات تغيير اجتهاد قضائي سابق للمحكمة العليا في صفة اللزوم بدل الخيار.

الهوامش:

(1) - مثل النصوص المتعلقة بتنظيم الجانب الاقتصادي كالجباية، و رفع الرسوم أو تنظيم السلع المستوردة والمحظورة ...

(2) - عبد المجيد غميجة، مبدأ الأمن القانوني وضرورة الأمن القضائي، مجلة الملحق القضائي، العدد 42، ماي 2009، ص 09.

(3) - المرجع نفسه، ص 06.

(4) - تقرير مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ: 2006/03/24، أنظر: www.conseil-etat.fr

(5) - عبد المجيد غميجة، مرجع سابق، ص 09.

(6) - عبد الرحمان اللمتوني، الاجتهاد القضائي والأمن القانوني، مجلة الملحق القضائي، المعهد العالي للقضاء، الرباط، 2014، ص12.

[7] - صاري نوال، التفرقة بين الأثر الرجعي للقانون و رجعية الاجتهاد القضائي، مداخلة في الملتقى الوطني حول الأمن القانوني، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، ديسمبر 2012، ص- ص 03-04.

[8] - المجلة القضائية، العدد 02 السنة 2002 ، ص217.

[9] - عبد المجيد غميجة، مرجع سابق، ص19.

[10] - أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق و الحريات، ص22.

- [11]Loi organique n° 2009-403 du 15/04/2009 relative l'application des articles 34-1,39 de la- constitution .

[12] - محمد عبد النباوي، تعميم الاجتهاد القضائي مساهمة في خدمة العدالة، مجلة سلسلة الاجتهاد القضائي، عدد 02، مراكش، ماي 2011.

[13] - يختلف موضوع الاجتهاد القضائي بين مصادر القانون باختلاف النظم القانونية، ففي النظام الأنجلوسكسوني يمكن للقضاء فيها أن يضع قواعد عامة وملزمة ويعد ما يصدر عن القضاء من قرارات واجتهادات مصادر رسمية للقانون، أما بالنسبة للنظم القانونية اللاتينية التي لا يتمتع فيها القضاء بسلطة وضع قواعد عامة وملزمة كما هو الحال في النظام الفرنسي والنظم القانونية العربية التي تتبعه حيث يعتبر الاجتهاد القضائي مجرد استئناسا ولا يعد مصدرا من المصادر الرسمية القانون.

[14] - محمد عبد النباوي، مرجع سابق، ص 01.

[15] - عبد الرحمن الملتوني، مرجع سابق، ص 25.

[16] - صاري نوال، المرجع السابق، ص04.

[17] - المرجع نفسه، ص 02 .

- [18]Voir: Cass Civ 1 11/06/2009 , Cass Civ 1 21/03/2000

[19] - بلحمزى فهيمة، الأمن القانوني والحقوق والحرات الدستورية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، 2018/2017، ص 98.

[20] - أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي العام، دار هومة ، 2017، ص233.

[21] - حامد شاكر محمود الطائي، العدول في الاجتهاد القضائي (دراسة قانونية تحليلية مقارنة)، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، 2008، ص19.

- [22]Cass.civ 09/10/2001 , Gazette de palais 2001

[23] - عبد المجيد غميجة، المرجع سابق، ص 03.

[24] - بلحمزى فهيمة ، المرجع السابق، ص110.

[25] - انظر المادة 18 من القانون العضوي رقم 11-12 المؤرخ في 26 يوليو 2011 الذي يحدد تنظيم المحكمة العليا وعملها و اختصاصها.

[26] - عبد المجيد غميجة، المرجع سابق، ص29.

[27] - من بين القرارات التي غيرت الاجتهاد الساري قرار الغرفة المجتمعة بتاريخ 1997/02/18 المتعلق بضرورة الشكلية الرسمية في العقود المتضمنة بيع قاعدة تجارية، منشور بالمجلة القضائية، عدد 01، 1997، ص- ص 10،13.

[28] - بوبشير محند أمقران، تغيير الاجتهاد القضائي بين النص و التطبيق، مداخلة في الملقى الوطني حول الأمن القانوني، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، ديسمبر 2012، ص 08.

[29] - القرار الصادر بتاريخ 21-07-1992، ملف رقم 82603، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص 2001، ص134.

حدود استقلالية السلطة القضائية في الجزائر



الدكتور / عمار زعبي ط. دكتواره / زهرة عليم
كلية الحقوق والعلوم السياسية
جامعة الوادي جامعة برج بوعريريج

❋ ❋ ❋ ❋ ❋

مقدّمة:

إن مبدأ الفصل بين السلطات يأتي في صدارة مبادئ دولة القانون في الدول التي تبنت مبادئ التنظيم السياسي لكن في دول العالم الثالث نجد له مدلول آخر يثيرا لكثير من التساؤلات عن موقعه، فقد اعترف الفقه الحديث بالإجماع بأن الأنظمة التي أفرزها تطبيق مبدأ الفصل بين السلطات فقد مميزاته الأساسية والمتمثلة في التخصص الوظيفي والتوازن المؤسساتي بين السلطات والذي نادى به الفقيه مونتسكيو كإحدى ركائز النظام الدستوري الكلاسيكي.

أما في الجزائر فهو موضوع يشغل كل الباحثين وطلبة الجامعات ومسألة جوهرية تطرح في أغلب المواعيد السياسية وتثير اهتمام كل الرأي العام أمام المشاكل التي يعاني منها النظام السياسي الجزائري والتغيرات التي يشهدها في كل المجالات، فالغموض الذي يشوب المبدأ جعل تطبيقه يخلق إختلاف كبير بين دول أخذت بالفصل المرن وأخرى أخذت بالفصل المطلق أو الشبه مطلق، إلاّ أن الأمر يزداد تعقيدا في الجزائر، فالفصل بين السلطات يقضى بالضرورة الموازنة والاستقلالية ما لا نجده بتاتا في النظام السياسي الجزائري.

فمنذ أول دستور عرفته الجزائر إتجه المؤسس نحو تقوية مكانة مؤسسة الرئاسة لتتدعم بعد ذلك بصدور الدساتير الأخرى المتعاقبة لتجسد هيمنتها على كافة السلطات في الدولة خاصة دستور 1996 وعبر كل تعديلاته فقد اتجه صراحة نحو تحقيق تفوق عضوي ووظيفي للسلطة التنفيذية حتى على القضاء التي من المفترض أن يتمتع باستقلالية مطلقة عنها ومنع أي وجه لتدخلها فيه، المسألة التي من شانه أن تؤثر على أداءه للمهام الموكلة له بالتالي المساس المباشر بحقوق وحريات الأفراد باعتبار أن هذه السلطة هي الكفيلة بضمانها ما يدفع بنا لطرح الإشكال التالي: **إذا كان من مقومات دولة القانون تحقيق استقلالية القضاء فعليا عن باقي السلطات خاصة السلطة التنفيذية ،فما هي حدود استقلالية هذه السلطة في الجزائر على ضوء التعديل الدستوري لسنة 2016؟**

المبحث الأول

غياب مبدأ استقلالية القضاء عضويا عن مؤسسة الرئاسة

لقد سايرت الجزائر معظم الأنظمة والدول التي عملت على تخويل السلطة التنفيذية صلاحيات واسعة تمكنها من السيطرة على مؤسسة القضاء، غير أن ما تميزت به الجزائر هو تعميق هذه الصلاحيات بشكل محسوس وذلك باعتبار رئيس الجمهورية القاضي الأول في البلاد، ومنحه سلطة رئاسة أعلى جهة قضائية في الدولة تمكنه من التحكم في المسار الوظيفي للقضاة في ظل تهميش وتجاهل ضمانات استقلاليتهم لتحقيق فعالية في أداء مهامهم[1] **(المطلب الأول)**.

كما أن القضاء في الجزائر لم يصل بعد إلى مرتبة السلطة التي يفترض أن تقف بالند أمام باقي السلطات خاصة، وهي مقيدة بتغلغل السلطة التنفيذية في هياكلها وتسييرها فلا يمكن أن نتوقع منها أي دور في تجسيد أهداف ومبادئ دولة القانون[2]. فتخويل هيئة منتمية للسلطة التنفيذية مهمة الإشراف على أعلى جهة قضائية في الدولة يتضمن نوع من التناقض وما ينص عليه الدستور من استقلالية تامة للسلطة القضائية مع الحرص على عدم خضوعها إلاّ لسلطان القانون، بالنظر للمجال الواسع الذي يحتمل أن تؤثر فيه هذه الهيئة على القضاة والعمل القضائي ككل **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول

تجاهل ضمانات استقلالية القضاة

إن الجهة المعنية بتعيين القضاة في الجزائر هي المجلس الأعلى القضاء[3]، ذلك حسب نص المادة 155 من دستور 1996 طبقا للشروط التي يحددها القانون المنفذ لهذا النص الذي يخول هذه الصلاحية للسلطة التنفيذية باعتبار أن رئيس هذا الجهاز يكون رئيس الجمهورية.

خلافا للعديد من الدول لم ينص القانون الجزائري على أيّة ضمانة للقضاة لا في الدستور لا في القانون الأساسي القضاء، سواء فيما يخص عدم القابلية للعزل والنقل **(الفرع الأول)** أو احترام ضمانات التأديب[4] **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول

عدم تكريس ضمانة عدم القابلية للعزل والنقل

إن المقصود بهذه الضمانة حظر عزل أو وقف أو نقل وإحالة أي قاضي للتقاعد إلاّ في حدود الشروط المنصوص عليها في القانون، ما يمنح له اطمئنان على منصبه والوقوف في وجه التدخل المحتمل للسلطة التنفيذية في مهامه.

إلاّ أن هذا لا يعني جعل منصب القاضي أبديا وغير قابل للمساس مطلقا باعتبار أنّه معمول لأداء وظيفة القضاء لا الوظيفة معمولة له بوجه الخصوص، فالمبدأ فقط ألاّ تترك أخلاقه وأخطاءه وحالته الصحية للسلطة التقديرية لرئيسه، وإنمّا يستوجب في كل حالة دراستها بموضوعية من طرف لجنة مختصة تضمن الاستقلال والحياد.

لكن بالرغم من الأهمية البالغة التي تكتسيها هذه الضمانة إلاّ أن المؤسس الدستوري أغفلها، وتدركا لذلك من طرف المشرع على ضمانة أقل منها من حيث الفعالية تتمثل في استقرار القضاة وجعلها تشمل قضاة الحكم فيما عدا اللذين ليس لهم 10 سنوات أقدمية[5]، غير أن القانون الأساسي للقضاء يسمح بالمساس بهذه الضمانة حتى بالنسبة للذين تجاوزت أقدميتهم 10 سنوات إذ تلزمهم قبول الوظيفة في المنصب المقترح حتى استفادتهم من الترقية، رؤساء الجهات القضائية حتى لو توفرت فيهم مدة 10 سنوات المشترطة، وقضاة التحقيق.

إن المشرع الجزائري لم يميز بين مركز قضاة الجهات القضائية العادية والإدارية إلاّ أن القانون 98-01[6] المتعلق بمجلس الدولة ينص في المادة 3/2 منه على تمتع المجلس باستقلالية في ممارسة اختصاصاتهكما تنص المادة 2/3 من القانون 98-02[7] المتعلق بالمحاكم الإدارية على خضوع قضاة هذه الجهة للقانون الأساسي للقضاء.

إن كثرة الاستثناءات التي أوردها المشرع على ضمانة استقرار القضاة يجعل مضمونها يكاد ينعدم إن لم نقل منعدم[8].

الفرع الثاني

عدم احترام ضمانات التأديب

يعتبر كل خطأ أو تقصير يرتكبه القاضي إخلالا بواجباته يستحق التأديب عليه إذ يمكن لوزير العدل أن يتخذ عقوبتي الإنذار والتوبيخ، كما يمكن لرؤساء المجالس القضائية والنواب العامين في حدود اختصاصاتهم أن يوجهوا أيضا الإنذار للقضاة،أمّا العقوبات الأخرى هي من اختصاص المجلس الأعلى للقضاء.

فإذا بلغ وزير العدل أن قاضيا ارتكب خطأ جسيم سواء تعلق الأمر بإخلاله بواجب مهني أو اقترافه جريمة من جرائم القانون العام المخلة بشرف المهنة، ولا تسمح بإبقائه في منصبه حيث يتولى إصدار قرار بإيقافه عن العمل فورا، إلاّ أن المشرع أحاط وقف القاضي ببعض الضمانات حتى لا يستعمل كوسيلة لتهديد استقلال القاضي.

كون عدم تقييد السلطة التنفيذية في مجال تأديب القضاة يجعل كل الضمانات الأخرى دون فائدة والمتمثلة أساسا في عدم نشر قرار الإيقاف واستمرار القاضي الموقف في الحصول على مرتبه لمدة 6 أشهر الموالية تبدأ من يوم صدور قرار الإيقاف مع وجوب الفصل في الدعوى التأديبية في مدة 6 أشهر هذه.

لكن ما يلاحظ أن الضمانات المذكورة لا تعدوا أن تكون واجهة شكلية لإستقلال القضاء إذ كثيرا ما تنتهك في الواقع العملي، ما يبينه عدم وجود معيار يقيد وزير العدل في تقدير مدى جسامة الخطأ المرتكب والذي أدى لإيقافه، كما أن القانون لم يقرر أي جزاء على إفشاء سرية إجراء الإيقاف ما يسمح بالتشهير بسمعة القاضي، غير أن ما جاء به المشرع في القانون الجديد فيما يخص هذا المجال هو إعادة

القاضي لمنصبه بقوة القانون في حالة عدم البث في الدعوى التأديبية في أجل ستة أشهر عكس القانون القديم[9].

كما أن إغفال المشرع في القانون الأساسي للقضاء النص على أهم ضمانة من شأنها تفادى التعسف في استعمال حق تأديب القضاة، والمتمثلة في واجب إعادة القاضي لمنصبه الأصلي بعد إثبات براءته سمح في الواقع في تقرير نقل القضاة إلى جهات قضائية نائية في شكل عقوبة مقنعة، والقاضي ملزم بتنفيذ القرار وإلاّ تعرض لإجراء تأديبي يمكن أن يصل حد العزل[10].

المطلب الثاني

حدود فعالية المجلس الأعلى للقضاء أمام هيمنة وزارة العدل

إن المشرف التقليدي على القضاة هي وزارة العدل وهي جهاز تابع للسلطة التنفيذية غير أن معظم الدول قد أنشأت هيئة خاصة لإدارة المسار المهني للقضاة، يكون هؤلاء أعضاء فيه بدرجات متفاوتة يطلق عليه تسمية المجلس الأعلى للقضاء.

لكن رغم أن هذا المجلس أنشئ بهدف ضمان أداء فعال في إدارة مسار القضاة المهني مع تحقيق استقلالية أكبر لهم بحمايتهم من أي تأثيرات، نلاحظ أن الواقع يثبت عكس ذلك **(الفرع الأول)** ويثبت أيضا أن وزارة العدل تفرض سيطرتها على هذا المجال بفضل المهام والسلطات الواسعة التي تتمتع بها في ذلك **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول

عدم فعالية المجلس الأعلى للقضاء

يعد إنشاء هيئة مستقلة تقوم بدور الوساطة بين السلطة القضائية والتنفيذية بمثابة أحسن ضمان لاستقلالية أعضاء السلطة القضائية، حيث تأخذ على عاتقها مهمة التداول في القرارات الهامة المتعلقة بالقاضي وترقيته وانضباطه، إلاّ أن تشكيلة المجلس الأعلى للقضاء في الجزائر تصرح بغير ذلك بحيث تعكس هيمنة رئيس الجمهورية عليه من خلال اضطلاعه بتعيين أغلبية الأعضاء، وإمكانية التأثير في البعض الأخر[11] ما يجعل مسؤولية القضاة أمام المجلس مسؤولية شكلية[12] وتبقى المسؤولية الحقيقية أمام رئيس الجمهورية.

تزداد مظاهر تحكم السلطة التنفيذية في المجلس الأعلى للقضاء من خلال إشراف نائب رئيس المجلس[13]على تسيير المكتب الدائم للمجلس، والذي يرأسه ويساعده في ذلك موظفان من وزارة العدل يعيينهما بنفسه[14].

بحيث يبدوا من خلال تشكيلة المجلس الأعلى للقضاء أنّه أنشأ من أجل تخويله إدارة المسار المهني للقضاة، بضمان تمثيلهم من جهة والحرص على ضمان تحكم وسيطرة السلطة التنفيذية بواسطة وزارة العدل عليه.

بالتالي من غير المعقول الحديث عن ضمان استقلال القضاء بواسطة مجلس يشكو نفس المشكلة، فمركزه ودوره لا يعبران عن وجود سلطة قضائية مستقلة حقيقة ولا عن استقلال عضوي للقضاة تجاه الجهاز الوزاري الذي هو في تبعية له كأي مرفق عام آخر.[15]

الفرع الثاني

هيمنة وزارة العدل على المجلس الأعلى للقضاء

إن إشراف وزارة العدل على السلطة القضائية من خلال عدة صلاحيات يجعل استقلالية هذه السلطة محل جدل، نظرا للمجال الواسع الذي تؤثر فيه على القضاة والعمل القضائي بقرارات مختلفة كالإعلان عن الترقيات، الندب، الإحالة على المجلس التأديبي وممارسة المتابعة ضدهم أمام المجلس الأعلى للقضاء، بالتالي المشاركة في أغلب القرارات المتعلقة بإدارة مسارهم المهني[16].

فهناك جانب يرى أن الدور الذي تحتله وزارة العدل على مستوى المجلس الأعلى للقضاء لا يمكن بأي حال من الأحوال أن يؤثر على استقلال القضاء، مادام دورها يتوقف عند حدود التسيير الإداري لجهاز القضاء[17].

غير أن المعطيات التي تثبتها الممارسة العملية تدحض هذا الرأي باعتبار أن هيمنة السلطة التنفيذية يطال كل جوانب السلطة القضائية ويتحكم فيها بشكل يوفر لها مكانه متفوق في النظام الدستوري الجزائري ككل.

المبحث الثاني

تراجع سلطة القضاء لصالح السلطة التنفيذية

لا تقتصر أوجه تدخل السلطة التنفيذية في عمل القضاء في الظروف العادية بل يتجلى هذا التدخل في الشؤون القضائية أيضا في الظروف الاستثنائية، ويشكل ذلك وجه من أوجه إنتهاك حقوق الإنسان[18].

كما أن محدودية الرقابة التي تمارس من قبل السلطة القضائية على أعمال السلطة التنفيذية تفقدها فعاليتها، بحيث تعد مسألة استبعاد أعمال تقوم بها باعتبارها الإدارة المركزية للدولة تحت طائلة تعلقها بسيادة الدولة من رقابة القضاء دليل على ضعف هذه المؤسسة **(المطلب الأول)**.

بالرغم من أن دستور 1996 قد كرس الازدواجية القضائية إلاّ أن المؤسس الدستوري مع كل التعديلات التي مست القضاء الإداري على وجه الخصوص لم يوفر له وسائل فعلية لفرض تطبيق أحكامه على الإدارة، بالإضافة لتبعيته العضوية للسلطة التنفيذية ممثلة في وزارة العدل ما يجعل من القاضي الإداري الجزائري في مركز ضعيف في مواجهة الإدارة وامتيازاتها العامة اللامحدودة، بالتالي إثبات لخضوعه لها في ظل عدم جدوى مواجهة تحكمها **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول

حدود صلاحيات القضاء في مواجهة السلطة التنفيذية

يملك رئيس الجمهورية في الظروف العادية بعض الوظائف القضائية التي تساهم بشكل كبير في التأثير على العمل القضائي باعتباره القاضي الأول في البلاد، بالتالي الحلول محل السلطة القضائية كما له حق التدخل في اختصاصاتها بشكل واسع في الظروف الاستثنائية فقد خول له جملة من التدابير ذات الصيغة القضائية بحجة اتخاذ إجراءات وقائية أو استعجالية لاستتاب الأمن[19] **(الفرع الأول)**، والأخطر من ذلك إفلات هذه الأعمال من رقابة القضاء سواء في الظروف العادية أو غير عادية من الاعتداءات التي تطال حريات وحقوق الأفراد من طرف السلطة التنفيذية**(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول

تأثير السلطة التنفيذية على العمل القضائي

يعبر عن الاستقلال الوظيفي للقضاة بقاعدة عدم خضوعهم سوى للقانون وحمايتهم من كل أشكال الضغوط والتدخلات والمناورات التي قد تضر بأدائهم لمهامهم، أو تمس نزاهتهم في إصدار الأحكام ما تضمنه الدستور الجزائري لسنة 1996.

إلا أن الممارسة تصرح في عدة حالات عن التأثير الواسع للسلطة التنفيذية في وظيفة القضاء، مستعينة في ذلك بعدة آليات كالتبعية المطلقة لأعضاء النيابة العامة وخضوعهم لإشراف وزير العدل الذي يستغل هذه التبعية العضوية والوظيفية في الكثير من الأحيان من أجل توجيه أوامر وتعليمات للنيابة العامة قصد مضاعفة المتابعات الجزائية أو الحد منها بهدف تنفيذ برنامج الحكومة الذي من المفروض أن تصاغ سياسة الحكومة ضمن قوانين تصدر عن البرلمان وتصبح واجبة التنفيذ من قبل القضاء[20].

كما تتدخل السلطة التنفيذية أو بالأحرى رئيس الجمهورية في السلطة القضائية من خلال إزالة العمل الذي قام به القضاة في إصدار الحكم والعقوبة على الجاني حسب تقديره الشخصي[21].

بالإضافة إلى ذلك فقد منح المؤسس الدستوري لرئيس الجمهورية سلطة تخفيض العقوبات حسب نص المادة 77 فقرة 9 باعتباره القاضي الأول في البلاد في إطار ممارسته للسلطة السامية المنصوص عليها في المادة 72 من دستور 1996، وحتى استبدالها ما يشكل تعديا صارخا على مهام السلطة القضائية أو إن صح التعبير حلول لمؤسسة الرئاسة محل القضاء[22] باعتبار أنّها تلغي أحكام صادرة عن جهات قضائية تمثل صاحبة الاختصاص الأصيل.

غير أن رئيس الجمهورية بالرجوع لنص المادة 156 من الدستور ملزم باستشارة المجلس الأعلى للقضاء فيما يخص الطلبات والاقتراحات المقدمة من طرف رئيس الجمهورية حول العضو، ما يدفعنا للتساؤل فيما لو كان هذا الشرط تقييدا لحدود سلطة رئيس الجمهورية في ممارسته لهذه الصلاحية؟

بالرغم من عدم وضوح المشرع في هذه المسألة إلاّ أنّه يفهم ضمنيا عدم إلزامية رأي المجلس الأعلى للقضاء في ممارسة رئيس الجمهورية لحق العفو،بالتالي له السلطة التقديرية الواسعة في إعماله لهذا

الاختصاص ما يقلص بشكل كبير من استقلالية السلطة القضائية، ويجعل أعماله رهن إرادة رئيس الجمهورية الذي يستطيع استبدالها أو إلغائها.

حتى وإن كانت آراء المجلس الأعلى للقضاء ملزمة فإن هذا لا يعني تقييد سلطات رئيس الجمهورية بالنظر لهيمنته على تشكيلة المجلس وهو ما يعد انتهاك وخرق واضح لمبدأ الفصل بين السلطات.[23]

إن السلطات الواسعة التي تتمتع بها السلطة التنفيذية في الظروف الاستثنائية تكون في الأصل للسلطة القضائية وبالأخص للقضاة وكل الضمانات التي من الأجدر أن يتمتع بها المتهم غير مكرسة،بالتالي ينجر عن ذلك مساس بحقوق الإنسان وبمصداقية القضاة من خلال عدم مشاركتهم في الإجراءات الاستثنائية عن طريق الرقابة على احترامها وفي مختلف التصرفات المتخذة من طرف السلطة التنفيذية.[24]

الفرع الثاني

إفلات السلطة التنفيذية من رقابة السلطة القضائية

تعتبر رقابة السلطة القضائية لأعمال السلطة التنفيذية بمثابة أفضل ضمان لحماية حقوق وحريات الأفراد ومنع السلطات الإدارية من التعسف وذلك عن طريق إلغاء هذه الأعمال أو تعويض من تضرر جراء ترتيبها لآثارها القانونية، فتكريسا لذلك خول المؤسس لسنة 1996[25] للسلطة القضائية حق النظر في القرارات الصادرة عن السلطات الإدارية منها قرارات رئيس الجمهورية باعتبار أنه رئيس السلطة التنفيذية، إلاّ أن إعمال الرقابة من الناحية الواقعية يبدوا مستحيلا بالنظر للمكانة السامية التي يتمتع بها.

إن السلطة التنظيمية المستقلة التي يمارسها رئيس الجمهورية حسب نص المادة 125 من الدستور تعد خروجها عن نطاق التشريع البرلماني،كونها مستمدة من الدستور وليست تفويضا من البرلمان وهي في نفس مستوى القواعد القانونية الصادرة عن السلطة التشريعية بالتالي مستبعدة من الرقابة القضائية وخاضعة للرقابة الدستورية ما يمنح لرئيس الجمهورية مجال واسع لممارستها بكل حرية في ظل عدم إجبارية خضوعها لهذا النوع من الرقابة، وعزوف أصحاب اختصاص الإخطار عن تحريكها بالنظر للمركز المرموق لمؤسسة الرئاسة وسيطرتها على باقي السلطات[26].

كما تصطدم هذه الرقابة بنظرية أعمال السيادة المستبعدة كليا من رقابة القضاء بالرغم من عدم وجود نص صريح إلاّ أن القضاء أقر بوجودها بموجب بعض القرارات الصادرة عن المحكمة العليا أخذا في ذلك بمعيار تحديد هذه الأعمال على سبيل الحصر وهي:

- الأعمال المنتظمة للعلاقة بين الحكومة والبرلمان.
- الأعمال التي تجريها الدولة لتنظيم علاقاتها بدولة أخرى.
- الأعمال التي تتخذها الدولة للدفاع عن إنتمائها وماليتها[27].

إن عدم إخضاع السلطة التنفيذية والأعمال التي يقوم بها رئيس الجمهورية لرقابة السلطة القضائية كونها أحد الأسس التي تقوم عليها دولة القانون الحديثة، يوحي بعدم رغبة المؤسس الدستوري في إقامة سلطة قضائية مستقلة وتأكيد لهيمنة مؤسسة الرئاسة.

إن كانت أعمال رئيس الجمهورية واسعة في الظروف العادية فإنها تزداد توسعا في الظروف غير عادية بشكل لا محدود، خاصة في مجال الضبط الإداري بحسب الحالة المعلنة ما ينطوى عنه تقييد كبير لممارسة الحقوق والحريات بموجب ما خول لمؤسسة الرئاسة من صلاحيات لاتخاذ كل التدابير التي تراها مناسبة،إلاّ أنها لا تخضع إلى رقابة السلطة القضائية سواء رقابة ملائمة أو فحص لمشروعيتها كون أن رئيس الجمهورية في هذه الظروف يملك السلطة التقديرية.

إن تبني المؤسس الدستوري للرقابة السياسية للقوانين دون الرقابة القضائية يفرغ عملية الرقابة من محتواها بالنظر لرقابة المجلس الدستوري التي تبقى مقيدة بإجراء الإخطار بالتالي هذا يفسح المجال لرئيس الجمهورية باتخاذ كل ما يراه مناسبا من قرارات ما يشكل خطر كبير على حقوق وحريات الأفراد، باعتبار أن القضاء من المفروض أنّه حامي هذه الأخيرة في حال مساس السلطة السياسية لها[28].

المطلب الثاني

ضعف القاضي الإداري أمام امتياز الإدارة العامة

رغم تكريس المشرع لمجموعة من الضمانات لاستقلال القضاة وحمايتهم من كل أشكال تدخل السلطة التنفيذية في توجيه عمل القضاة، وجعل القاضي الإداري ينحاز للإدارة عن طريق عدم تمكينه من سلطات تجاه الإدارة العامة ومنع التدخل في أعمالها بتوجيه الأوامر إليها لإلزامها بالقيام بفعل أو الامتناع عنه **(الفرع الأول)**، والاكتفاء بإصدار أحكام إلغاء قراراتها أو تفسيرها أو فحص مشروعيتها والتي تلقى تجاوز لها وعدم تنفيذيها **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول

حظر توجيه أوامر للإدارة

تعتبر مسألة توجيه الأوامر للإدارة من طرف القضاة من المسائل الشائكة التي أثارت العديد من الدراسات ولا تزال إلى حد الساعة تثير مشكلة في القانون الجزائري، حيث أن القاضي الإداري غير قادر على حمل الإدارة العامة على تنفيذ الأحكام التي يصدرها فيما يخص التنفيذ العيني، وأكثر من ذلك يلاحظ أنّه عند إصداره لأحكامه يراعي مصالح الإدارة العامة مهمشا بذلك مصلحة الفرد كون أنّه لم يتجاوز عقبة خضوعه للسلطة التنفيذية[29].

فبالرغم من أخذ الجزائر بمبدأ الفصل بين السلطات الذي يقر بالسلطة القضائية كمؤسسة مستقلة بكيانها عن باقي السلطات، إلاّ أنّه لا شيء تغير بخصوص سلطات القاضي الإداري في مواجهة الإدارة.

إذ بقي دوره ينحصر على إلغاء القرارات غير مشروعة وتفسيرها أو فحص مدى مشروعيتها والتعويض عنها في حالة الضرر، ولا تتعدها إلى التدخل في أعمال الإدارة بتوجيه الأوامر إليها لإلزامها بالقيام أو الامتناع عن فعل ما، باستثناء حالات التعدي التي يمكن فيها للقاضي توجيه أمر للإدارة لوضع حد لها عن طريق الاسترجاع وحتى في مجال وقف التنفيذ لا تعتبر سلطات القاضي مطلقة.

يعود السبب في منع توجيه القاضي أمرا للإدارة في كون ذلك تدخل في العمل الذي اتخذته الإدارة، وإبعاده عن المقصود الذي أردته ما لا يمكن للسلطة التنفيذية بمركزها المرموق أن تقبله.

كما أن الممارسة العملية تثبت أن سكوت القاضي الإداري عن كل التجاوزات الخطيرة التي تقوم بها الإدارة العامة ما هو في الواقع إلاّ تعبير عن خضوعه للسلطة التنفيذية، ما يؤثر على العمل القضائي على مستوى مجلس الدولة خاصة، بحيث لا يؤدي دوره في صنع القرار وعدم قدرته على مواجهة الإدارة المتمثلة في السلطة التنفيذية رغم أن القانون في الكثير من الحالات يمكنه من ذلك[30].

نصل إلى أن رفض القضاء توجيه أوامر للإدارة كان عملا بالمبدأ الذي استقر عليه الاجتهاد القضائي سواء على مستوى مجلس الدولة أو المحكمة العليا سابقا، فبالرغم من عدم وجود نص صريح يمنع القاضي من ذلك إلاّ أن ق.إ.م.إ الجديد (08-09) قد نص صراحة على إمكانية القاضي أن يأمر الإدارة مصدرة القرار بتقديم قرارها في أول جلسة إذا امتنعت عن تسليمه للمتقاضي[31] غير أن ذلك لا يعد إلزاما لها، بحيث نجد أنّه كثيرا أو إن صح التعبير دائما تمتنع الإدارة عن تنفيذ أمر القاضي[32].

الفرع الثاني

تجاوز السلطة التنفيذية للقرارات القضائية

لقد نصت المادة 145 من الدستور أنّه على كل أجهزة الدولة المختصة القيام في جميع الظروف بتنفيذ أحكام القضاء، غير أن الصيغة التنفيذية لهذه الأحكام تختلف من القضاء العادي للإداري حيث في القضاء العادي نلاحظ تدخل النيابة العامة والسلطات العمومية لتنفيذها بالقوة، أمّا القضاء الإداري تغيب هذه الجهات ولا تتدخل لإجبار الإدارة على التنفيذ.

المؤكد أن هذا التميز ناجم عن إشراف السلطة التنفيذية على وسائل التنفيذ الجبري لأحكام القضاء، وعدم إمكانية إلزامها استعمال هذه الوسائل ضد أجهزتها ما يسمح للإدارة بالامتناع عن تنفيذ الأحكام والقرارات الصادرة عن السلطة القضائية وتجاوزها[33].

كما تصطدم مسألة تنفيذ الأحكام القضائية الصادرة ضد الإدارة بعقبات سواء تلك المتضمنة إلزاما ماليا لنص المشرع على عدم جواز الحجز على الأموال العامة لمساسها بالمصلحة العامة، حيث بالرغم من إمكانية تنفيذها عن طريق الخزينة العمومية إلاّ أنّه في حالة تعسف أمين الخزينة ورفضه ذلك لم ينص المشرع على جزاء تأديبي ضده ولم يقرر وسيلة أخرى للمتضرر للحصول على تعويضه المالي.

بالإضافة للأحكام المتضمنة إلزاما عينيا فإن المشرع لم يقرر أي وسيلة تسمح بإجبار السلطة التنفيذية على تنفيذ أحكام القضاء النهائية لكونها السلطة التي تحتكر حق استعمال القوة العمومية المكلفة بالتنفيذ الجبري، وما كان يزيد الأمر خطورة قبل صدور القانون 08-09 هو قيام مجلس الدولة بتحديد سلطته في مواجهة الإدارة وذلك بإقرار قاعدة عدم جواز حمل الإدارة على تنفيذ التزاماتها تحت غرامة تهديدية، ما أكد حدود سلطة وصلاحيات القضاء في مواجهة السلطة التنفيذية وضياع الثقة فيه من طرف الأفراد في قدرته على حماية حقوقهم[34] من تعسف الإدارة صاحبة الامتياز.

غير أن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد 08-09 مكن القاضي الإداري من فرض غرامة مالية على الإدارة من أجل حملها على تنفيذ أحكام الجهات القضائية الإدارية حسب نصوص المواد من 980 إلى 988 التي نظمت كيفية ذلك، لكن تبقى مسألة تصفيتها صعبة من الناحية العملية لعدم إمكانية إثبات الضرر المادي من جهة كما أن استعمال القضاة لسلطتهم التقديرية بشكل يجعل التعويض المقضي به رمزيا يحول دون حصول المتقاضي على حقوقه من جهة أخرى.

كما خول القانون 08-09 الجديد للقاضي سلطة توجيه أوامر للإدارة للتنفيذ في نفس الحكم الصادر في الموضوع، وتوجيه أمر لها لإصدار قرار لتنفيذ الحكم[35] والنص على عقوبات جزائية في حالة عرقلة التنفيذ من طرف الموظف العام.

صحيح أن ق.إ.م.إ الجديد لسنة 2008 قد عزز من سلطات القاضي الإداري نوعا ما وحرره نسبيا إلاّ أن السؤال المطروح يبقى حول إمكانية إصدار أحكام قضائية ضد الإدارة خاصة المركزية؟

إن القاضي الإداري في السابق يحتمي وراء عدم وجود نصوص قانونية تلزم الإدارة تنفيذ أحكام وقرارات السلطة القضائية وعدم وجود وسائل تجبرها على ذلك، إلا إن هذا المبرر بعد تعديل ق.إ.م.إ 08-09 غير وارد واستمرار الحال على ما كان له سبب واحد هو تحقيقه لأغراض سياسية مهمشا بذلك دوره في تطبيق القانون بإعتباره أنّه موظف تابع للسلطة القضائية وأصبح يبحث عن إرادة السلطة التنفيذية ويجسدها ولا يريد أن يستقل عنها ما يلاحظ جليا في عدم تطبيقه للقانون في القضايا ذات الطابع السياسي.

لا يمكن تصور قضاة مستقلين في ظل غياب استقلاليتهم خاصة في بلدان العالم الثالث، حيث مازالت السلطة التنفيذية هي الممثل الوحيد الذي يؤدي دور المحرك في المجتمع والساحة السياسية، ولا يمكن تصور قضاة مستقلين دون أن يؤمن هؤلاء بهذا الاستقلال حيث لا تكفي النصوص القانونية وحدها لتحقيق ذلك لأنّه قبل كل شيء ينطلق الأمر من القضاة نفسهم ما لا نجده في القاضي الجزائري[36].

خاتمة

إن تفوق السلطة التنفيذية في النظام السياسي الجزائري يعود لآليات تبنها المؤسس لفرض تدخل السلطة التنفيذية المباشر وغير مباشر في أجهزة ووظائف باقي مؤسسات الدولة تتدعم بواقع الممارسة العملية التي تأكد هيمنتها المطلقة في تسيير شؤون الدولة.

فالمسألة ليست مسألة نصوص قانونية يجب إحداث تغيرات فيها وإنّما الأمر يتعلق بواقع الممارسة العملية، بحيث حتى لو تم تكريس كل ضمانات الاستقلالية وفرض التوازن بين السلطات الثلاثة سيضل الواقع يصرح بعكس ذلك كون أن المشكل يبقى في مدى وعي الشعب من جهة وهؤلاء المسؤولين ومدى تمسكهم بمبادئهم ونزاهتهم وضرورة تحلهم بالحياد من جهة أخرى فالتغيير يجب أن يتم بالدرجة الأولي في هذه المسألة، بحيث على المواطن سواء كان عاديا أو ممثلا في السلطة إدراك ضرورة إحداث تغيير جذري ضرورة بناء دولة قانونية بالمفهوم الحديث تستند لمبادئ الديمقراطية.

الهوامش:

(1)- عبد الحميد يوسف، مبدأ الفصل بين السلطات في ظل النظام الدستوري الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في الحقوق "فرع قانون دستوري"، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2009-2010، ص 160.

(2)- شباح فتاح، تصنيف الأنظمة السياسية الليبرالية على أساس مبدأ الفصل بين السلطات- دراسة حالة -النظام السياسي الجزائري، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2007-2008، ص 195.

(3)- إن طريقة تعيين القضاة تتوقف إلى حد بعيد على المبدأ الدستوري الذي ترتكز عليه الدولة فالأخذ بمبدأ سيادة الشعب يتلاءم مع الأخذ بالإنتخاب، والأخذ بمبدأ الفصل بين السلطات يستوجب انتخابهم من طرف الشعب أو تعيين السلطة القضائية بنفسها لهم، أمّا نظام تعاون السلطات يسمح بتدخل السلطة التنفيذية في ذلك مع إمكانية تبني نظام مختلط يعمد إلى تقديم الشعب لقوائم تقوم السلطة التنفيذية بتعيين القضاة بناء عليها، ولعل أهمية ذلك تكمن في ضرورة الموازنة بين حقوق السلطة التنفيذية وإستقلالية السلطة القضائية بالحفاظ على إختصاصات الأولى مع الوقف الضروري لتحكم الثانية.

(4)- غير أن القانون الأخير نص على ضمانة أقل وقام المشرع بحصر مجالها في أضيق الحدود، ففي ظل غياب هذه الضمانات ونقصها نجد الواقع العملي يظهر صورية تطبيقها إذ كثيرا ما تهدر ولا تحترم.

(5)- فيما يخص أعضاء النيابة العامة في النظام القانوني الجزائري لا يتمتعون بضمانة إستقرار القضاء عكس الأنظمة القانونية لعدة دول أخرى وذلك إستنادا إلى إعتبار النيابة العامة جهاز أصلي في السلطة القضائية.

- لأكثر تفصيل راجع: بوبشير محند أمقران، السلطة القضائية في الجزائر، دون طبعة، دار الأمل للنشر والتوزيع، تيزي وزو، 2002، ص 47.

(6)-القانون العضوي 98-01 المتعلق بإختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله، ج ر عدد 37 صادر بتاريخ 1998/07/01، معدل ومتمم بموجب القانون العضوي 11-13 المؤرخ في 2011/07/26،ج ر عدد 43 صادر بتاريخ 2011/08/03.

(7)-القانون 98-02 المؤرخ في 1998/04/30 المتعلق بالمحاكم الإدارية، ج ر عدد 37 صادر بتاريخ 1998/06/01.

(8)- ذبيح ميلود، مبدأ الفصل بين السلطات في النظام الدستوري الجزائري، د ط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،2009، ص 120.

(9)- القانون القديم لم ينص على إعادة القاضي لمنصبه في حال عدم جدولة دعواه التأديبية في أجل 6 أشهر المحددة لذلك بقوة القانون، بل ترك المجال مفتوح أمام السلطة المعنية للتعسف في إستعمال هذا الحق بل وأبعد من ذلك كانت الممارسة العملية تثبت أن حتى الراتب الشهري للقاضي كان يخضع للتخفيض.

(10)-بوبشير محند أمقران، السلطة القضائية...، المرجع السابق، ص 51 و52.

(11)- يتولى رئيس الجمهورية بموجب القانون تعيين 6 أعضاء في المجلس الأعلى للقضاء من ذوي الكفاءات وهذا العدد يساوي النصف تقريبا، فبالنظر لكيفية إتخاذ القرارات في المجلس نجد أن له دور كبير ومحوري في توجيهها والموافقة عليها ما يجعل المجلس تحت وصاية السلطة التنفيذية بطريقة غير مباشرة.

(12)- عبد الحميد يوسف، مبدأ الفصل بين السلطات...، المرجع السابق، ص 163 و 164.

(13)- إن إسناد نيابة رئاسة المجلس الأعلى للقضاء في كل القوانين السابقة وكذلك في القانون العضوي الأخير إلى وزير العدل يثير الإنتقاد، إذ من المفروض أن تسند مثلا إلى الرئيس الأول للمحكمة العليا مما كان من دون شك سيكرس إستقلالية أكبر لهذه الهيئة في مواجهة السلطة التنفيذية، ومن ثم لكل الجهاز القضائي.

- للاستزادة راجع: قاضي أنيس فضيل، دولة القانون و دور القاضي الإداري في تكريسها في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون العام "فرع المؤسسات الإدارية و السياسية"، جامعة منتوري، قسنطينة، 2009-2010 ، ص 144.

(14)- شباح فتاح، تصنيف الأنظمة السياسية...، المرجع السابق، ص 195.

(15)- بوبشير محند أمقران، السلطة القضائية...، المرجع السابق، ص 57.

-في نفس الصدد: سجل المجلس الأعلى للقضاء في دورته العادية لسنة 2008 دراسة ما يقارب 50 طلب استقالة، تقدم بها قضاة عبروا من خلالها عن إستحالة الإستمرار في العمل في ظل الوضع الذي تشهده الهيئة القضائية والذي يطبعه التدخل في صلاحيتهم والتعرض لضغوطات خارجية، كما كشفت ذات الدورة على إستمرار العمل بمعيار الولاء خلال عملية النقل والترقية.

(16)- بوبشير محند أمقران، السلطة القضائية...، المرجع السابق، ص 53.

- في ذات الموضوع: نرى أنه من المفترض وتفاديا لتحكم وسيطرة وزارة العدل بالتالي سيطرة السلطة التنفيذية على المجلس الأعلى للقضاء، إلغاء هذه الوزارة كحل يضمن إستقلالية حقيقية للقضاء بما أنّها تقوم بمهام هي في الأصل من إختصاص المجلس والسلطة القضائية.

(17)- سعد عيد العزيز، أجهزة و مؤسسات النظام القضائي الجزائري، دون طبعة، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1998، ص 34.

(18)- إن مفهوم حقوق الإنسان لا يجب أن يكون مجرد شعار وإنّما يجب تكريسه بوضع آليات من أجل تفعيله من الناحية العملية، بحيث أن دولة القانون ليست مسألة خطب وإنّما هي مسألة تحتاج إلى بناء مؤسسات الدولة بطريقة جدية على أساسا الإختيار الشعبي.

(19)-أن هذه التدابير تعتبر تدخلا واضحا لرئيس الجمهورية في إختصاصات السلطة القضائية كونها تؤثر على الإستقلال الوظيفي للقضاة، وذلك بتجريدهم من صلاحيتهم المتمثلة في الحكم على الأشخاص في إطار محاكمة عادلة منصفة ما ينجر عنه مساس بمبدأ الفصل بين السلطات أثناء الظروف الإستثنائية، ومن جملة هذه التدابير تلك التي لا تخضع لرقابة القضاة وتوسيع صلاحيات السلطة التنفيذية على حساب السلطة القضائية صاحبة الإختصاص الأصيل.

(20)- أهم مثال حول ذلك جريمة إستخراج الرمل دون رخصة التي أدت لإستنزاف البحر والوديان من رملها وبدلا من سعي السلطة التنفيذية لإيجاد حل موضوعي للظاهرة أو تعديل النصوص المجرمة لذلك قصد تسليط العقوبة التي تتناسب مع خطورته، قامت بالضغط على النيابة العامة من أجل حثها على محاكمة المتورطين وفق إجراءات التلبس وحمل قضاة الحكم على تكييف الفعل على أنّه جنحة سرقة بدل تكييفه طبقا للقانون كمخالفة إستخراج الرمل بدون رخصة.

- للاستزادة راجع: بوبشير محند أمقران، السلطة القضائية ...، المرجع السابق، ص 61.

(21)- شيخي شفيق، الإستقلال الوظيفي للقضاة في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون العام "فرع تحولات الدولة"، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011-2010، ص 67.

(22)-بلحاج صالح ، المؤسسات السياسية والقانون الدستوري في الجزائر من الإستقلال إلى اليوم، د ط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010، ص 208.

(23)- عبد الحميد يوسف، مبدأ الفصل بين السلطات...، المرجع السابق، ص 165 و166.

(24)- شيخي شفيق، الاستقلال الوظيفي...، المرجع السابق، ص 69.

(25)- أنظر المادة: 161 من المرسوم الرئاسي رقم 438/96، المتضمن دستور 28 نوفمبر 1996، المؤرخ في 7 ديسمبر 1996، جريدة رسمية عدد 76، الصادر في 8 ديسمبر 1996، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 02-03 المؤرخ في 10 أفريل 2002 جريدة رسمية عدد 25، الصادر في 14 أفريل 2002، المعدل و المتمم بموجب القانون رقم 08-19 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008، جريدة رسمية عدد 63، الصادرة في 16 نوفمبر 2008، المعدل و المتمم بموجب القانون رقم 16-01 المؤرخ في 6 مارس 2016، جريدة رسمية عدد 14، الصادر في 7 مارس 2016.

(26)- عبد الحميد يوسف، مبدأ الفصل بين السلطات...، المرجع السابق، ص ص 167-169 .

(27)- بوبشير محند أمقران، السلطة القضائية...، المرجع السابق، ص ص 76-78.

(28)- عبد الحميد يوسف، مبدأ الفصل بين السلطات...، المرجع السابق ، ص 169 و170.

(29)- شيخي شفيق، الإستقلال الوظيفي...، المرجع السابق، ص 86.

(30)- شيخي شفيق، انعدام الاستقلال الوظيفي...، المرجع السابق، ص 99.

(31)- راجع المادة: 819 من القانون 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، ج ر عدد 21، صادر بتاريخ 2008/04/23.

(32)- قاضي محمد أنيس، دولة القانون...، المرجع السابق، ص 204.

(33)-بوبشير محند أمقران، السلطة الفضائية...، المرجع السابق، ص ص 83-85.

(34)-بوبشير محند أمقران،السلطة القضائية...،المرجع السابق، ص 86 و87.

(35)- شيخي شفيق، إنعدام الإستقلال الوظيفي...، المرجع السابق، ص ص 109-111.

(36)-شيخي شفيق، إنعدام الإستقلال الوظيفي...، المرجع السابق، ص 118.

أثر الدفع بعدم الدستورية في الكشف عن عدم الاختصاص السلبي للبرلمان



الدكتور / محمد الأخضر كرام
جامعة الوادي

الدكتور / عبد العزيز برقوق
المركز الجامعي تيبازة

❋ ❋ ❋ ❋ ❋

مقدّمة:

ولدّت معاناة الشعوب من نير استبداد الملوك والحكام عقيدة راسخة بالثورة عليها واسترجاع السيادة للشعب منها، ذلك ما تجسد بجلاء ووضوح في الثورتين الفرنسية والأمريكية اللتين تعتبران منارتين في طريق كفاح الشعوب لنيل حقوقها. وحتى لا تتكرر مأساة الشعوب ومعاناتها من جديد ظهر نظام الحكم النيابي الديمقراطي الذي تم تقوية السلطة التشريعية للحد من تسلط السلطة التنفيذية بموجب مبدأ الفصل بين السلطات، منعا لتجاوز السلطة مجال اختصاصها والاعتداء على اختصاص سلطة أخرى، أو حتى قيام الحكام باعتماد قوانين تنتهك حقوق الإنسان وحرياته. ورغم ذلك كله فلا تزال هناك العديد من الخروقات التي تطغى فيها السلطة التنفيذية على اختصاص السلطة التشريعية مما ينتج عنه انتهاك الحقوق والحريات أحيانا.

وقد سبق وأن انتهينا في بحثنا السابق حول تأثير هيمنة السلطة التنفيذية على الوظيفة التشريعية على شخصية المشرع الجزائري[1] إلى أن مسببات هذه المشكلة خليط من تغول السلطة التنفيذية بفعل طبيعة النظام السياسي الجزائري من جهة؛ وعجز السلطة التشريعية عن القيام بالمهام الموكلة إليها بفعل هشاشة تركيبتها وضعف تأثيرها من جهة ثانية. هذا الضعف الذي انجر عنه إما القيام بتشريع قوانين معيبة دستوريا لكونها تتجاوز ما هو مقرر من حقوق وحريات بموجب الدستور، أو الامتناع عن تشريع قوانين تكفل تلك الحقوق والحريات وتضمن احترامها. وهذا ما يعبر عنه الفقه الدستوري بمصطلح عدم الاختصاص السلبي للبرلمان.

ولسد العجز الذي يتسم به عمل البرلمان في الجزائر تم إقرار العديد من الآليات التي تكفل الحصول على نصوص تشريعية سليمة. تتلافى كل النقائص والسلبيات التي نتجت عن انفراد السلطة التنفيذية بالعمل التشريعي خلال الفترة السابقة. وفي ما نراه أن إقرار فكرة الدفع بعدم الدستورية وتبنيها في الدستور الجزائري يعد واحدا من الآليات الكفيلة بسد تلك الثغرات. هذه الوسيلة التي بدأت ثمار اعتمادها في النضوج بشكل جلي في القرار الصادر عن المجلس الدستوري مؤخرا بخصوص عدم دستورية المادة 401 من قانون الإجراءات الجزائري.

والإشكالية التي تطرحها هذه الورقة البحثية هي: كيف يشكل الدفع بعدم الدستورية أداة للكشف عن عدم الاختصاص السلبي للبرلمان؟

وبناء على ما سبق سنحاول في هذه المداخلة التعرض إلى مشكلة عدم الاختصاص السلبي للبرلمان بالتوضيح والتدقيق لها كظاهرة تشوب عمل السلطة التشريعية في كل البلاد الديمقراطية في المحور الأول، في حين يخصص المحور الثاني لتوضيح الطريقة التي يبرز فيها الدفع بعدم الدستورية هذه الظاهرة مما يضمن جودة النصوص التشريعية وخلوها من كل مخالفة للدستور. وهو ما سيجري تفصليه وفق الخطة التالية:

المحور الأول: عدم الاختصاص السلبي للبرلمان مظهر لعجز البرلمان وتقصيره

أولا: الأساس الفقهي لفكرة عدم الاختصاص السلبي للبرلمان

ثانيا: مفهوم عدم الاختصاص السلبي للبرلمان

المحور الثاني: الدفع بعد الدستورية وسيلة لتدارك عدم الاختصاص السلبي للبرلمان

أولا: الدفع بعدم الدستورية صمام أمان للمنظومة القانونية

ثانيا: الدفع بعدم الدستورية دعم للديمقراطية وصون للحقوق والحريات

ثالثا: لماذا لا يتوسع الدفع بعدم الدستورية إلى الرقابة على الامتناع التشريعي؟

المحور الأول

عدم الاختصاص السلبي للبرلمان مظهر لعجز البرلمان وتقصيره

لما كان البرلمان هو السلطة الأصيلة المختصة بالتشريع، فينبغي عليه القيام بهذه المهمة على أكمل وجه لاسيما في النظم التي تعتمد الثنائية المجلسية التي تجمع بين الحضور الشعبي من خلال نواب مجلس الشعب وتواجد كفاءات في مختلف التخصصات من خلال كفاءات مجلس الأمة. ولكن رغم ذلك لا يسلم أداء البرلمان ولا يوفق دائما في تشريع قوانين تتوافق مع تطلعات الشعوب وتضمن حقوقها وحرياتها. وهذا الإخفاق هو ما يعبّر عنه باصطلاح عدم الاختصاص السلبي للبرلمان.

وحتى نتمكن من توضيح فكرة عدم الاختصاص السلبي للبرلمان باعتباره مظهرا من مظاهر عجز أو تقصير للبرلمان سنقوم بتحديد الأساس الفقهي له ومن ثم تحديد مفهومه أولا، ثم نحاول تمييزه عن ما يشابهه من مصطلحات قد تعد أيضا من قبيل المظاهر التي يتجلى فيها تقصير البرلمان أو عجزه.

أولا

الأساس الفقهي لفكرة عدم الاختصاص السلبي للبرلمان

يرجع الفضل في صياغة فكرة عدم الاختصاص السلبي بشكل عام إلى الفقيه الفرنسي "ادوارد لافريير" الذي استخلصها من مراجعته لعدد من القرارات الصادرة عن مجلس الدولة في فرنسا في نهاية القرن التاسع عشر ، حيث استنتج لافريير من تلك القرارات إمكانية اعتبار هذه الفكرة وجها مستقلا أو جديدا من أوجه الطعن في القرارات الإدارية[2].

انطلق لافريير في التعبير عن فكرته من فكرة معاكسة لها تماما تتعلق بالأساس بتجاوز سلطة إدارية حدود اختصاصها والتطاول على اختصاص سلطة أخرى مما يجعلها غير مختصة ولكن بصفة

إيجابية أي أنها تدخلت فيما لا يحق لها التدخل فيه. وإثر ذلك تساءل لافريير عن مدى إمكانية وقوع الحالة العكسية أي عدم قيام السلطة بأداء ما هو موكل إليها من واجبات أو اختصاصات معبرا عن فكرته بتسمية عدم الاختصاص السلبي في مقابل تجاوز السلطة المعبر عنه بعدم الاختصاص الإيجابي.

وعلى ضوء تحليله لعدد من قرارات مجلس الدولة الفرنسي التي أعملت فيها هذه الفكرة ضمنا كسند ألغى من خلاله المجلس عددا من القرارات المطعون فيها أمامه . خلص لافريير في الختام إلى نتيجة مفادها أن قيام سلطة ما بالتواني عن القيام بما أوكل إليها من اختصاصات بحجة أنها غير مختصة أمر في غاية الخطورة ينبغي التصدي له مثلما يتم التصدي للحالات التي تتجاوز فيها السلطة حدود اختصاصها[3].

وسرعان ما لاقت هذه الفكرة جدلا واسع النطاق في أوساط الفقه بين مؤيد لها ومعارض. فقد تبنى رافاييل البير هذه الفكرة ودافع عنها في كتابه الرقابة القضائية على الإدارة عن طريق دعوى تجاوز السلطة معتبرا أن رجل الإدارة الذي يرفض اتخاذ قرار هو من اختصاصه مدعيا خطأ بأنه خارج اختصاصه هو في حقيقة الأمر متنكر لاختصاصه. وقد ارتكب عدم اختصاص سلبي يماثل تماما تجاوز السلطة الذي يعتبر عدم اختصاص إيجابي. وتواصل انتشار هذه الفكرة لدى عدد من الفقهاء من أمثال فرانسوا جازييه وغيره.

لكن اللافت في الأمر هو التغير الذي شهده هذا المعنى فقد تحول الفقه الإداري من الاكتفاء باعتباره مسألة تماثل تجاوز السلطة تأسيسا على عدم المشروعية لتصبح بعد ذلك فكرة مرتبطة بالحقوق والحريات والنظام العام انطلاقا من أن ارتباط اختصاص السلطة الإدارية بالنظام العام وذلك التوصيف استوجب قيام القاضي بإثارة هذا الدفع من تلقاء نفسه وفي أي مرحلة من مراحل الدعوى.

ولما كان الحال على هذه الشاكلة في فقه القانون الإداري بوصفه المحضن الأول لهذه الفكرة ومنطلق تطبيقها في أحكام القضاء الإداري. فإن انتقال تطبيقها إلى القضاء الدستوري لم يبتعد كثيرا عن تأصيلها السابق. حيث اعتبر فقهاء القانون والقضاء الدستوريين فكرة الفصل بين السلطات الأساس الذي يمكن أن تؤسس عليه فكرة عدم الاختصاص السلبي في المجال الدستوري[4].

فالتزام كل سلطة بحدود اختصاصاتها الموضحة بموجب الدستور يولد تماسك ووحدة السلطة داخل الدولة، وأما قيام سلطة بالتدخل في صلاحيات سلطة أخرى فيعتبر أمرا غير مقبول يؤثر في ديمقراطية الدولة وشفافية الحكم فيها. وتلك غاية تسعى كل الدول إلى بلوغها، من خلال السهر على قيام كل سلطة بجميع الاختصاصات المعهود بها إليها على أكمل وجه ودونما تقصير أو إخلال.

وينتج عن ذلك كله أن تقصير البرلمان في القيام بالمهام المناطة به بحكم الدستور سواء بالامتناع عن القيام بها وإفساح المجال للسلطة التنفيذية للحلول محله في أدائها، أو قيامه بتلك المهام وفق أسلوب يتعارض مع القواعد الدستورية لاسيما تلك المرتبطة بالحقوق والحريات[5].

ويبنى هذا المعنى سالف الذكر على فكرة الانفراد التشريعي التي تجعل البرلمان السلطة المختصة بصفة أصيلة في مباشرة مهمة التشريع، هذه الفكرة التي تستند أساسا إلى مبدأ الفصل بين السلطات الذي يقصر بالمقابل وظيفة السلطة التنفيذية على تنفيذ القوانين وعدم التدخل في عملية سن القوانين

إلا في الحدود المقررة بموجب الدستور، ويحدد من جهة أخرى عمل السلطة القضائية في تطبيق القوانين فيما يعرض عليها من نزاعات دونما ابتداع قواعد جديدة لم تتوجه إليها الإرادة الصريحة أو الضمنية للمشرع[6].

ولا ينحصر أثر مبدأ الانفراد التشريعي على عدم تدخل السلطتين القضائية والتنفيذية في الوظيفة التشريعية المقررة للبرلمان وحده بموجب الدستور بل أنه يستوجب أيضا قيام البرلمان بمهمة التشريع على أكمل وجه. وكل إخلال مهما كانت صورته سيوقعه في مخالفة للدستور، فإذا ما ترك البرلمان مهمة التشريع للسلطة التنفيذية فإنه يعد قد خالف الدستور الذي تنص مواده على أن هذه المهمة تخص البرلمان لا السلطة التنفيذية، وهذا ما يجعلنا تحديدا أمام فكرة عدم الاختصاص السلبي للبرلمان.

وقد يبدو معنى فكرة عدم الاختصاص السلبي للبرلمان موضوعا فنيا دقيقا يتعلق بالأساس بضمان جودة أداء السلطة التشريعية فحسب ولكن حقيقة الأمر أنه على قدر بالغ من الأهمية، لكونها مسألة تمس عمل أغلب البرلمانات المعاصرة التي تستولي فيها الحكومة على توجيه دفة التشريع وفقا لما يتوافق مع تصوراتها وتوجهاتها من منطلق فكرة الأغلبية بالنسبة للنظم التي يمسك فيها حزب واحد زمام الحكومة والبرلمان، ومن منطلق الإمّعية في الدول التي يعاني فيها البرلمان هزالا في الحضور والأداء يجعله دائما في انتظار ما تمن به عليه الحكومة –وفق رؤيتها- من مشاريع قوانين.

ثانيا

مفهوم عدم الاختصاص السلبي للبرلمان

يجب التنويه في البداية إلى أن مصطلح عدم الاختصاص السلبي للبرلمان مصطلح فرنسي في أصله يرجع بالأساس الفضل في استخدامه الأول إلى الأستاذ جان ريفيرو خلال تعليقه على بعض أحكام المجلس الدستوري الفرنسي في موضوع اختصاص البرلمان بوظيفة التشريع. ولكن مضمون الفكرة بشكل العام يرجع في أصله إلى الفقهاء الألمان وانتقلت منهم إلى الفقهاء الإيطاليين الذين نقلوها بدورهم إلى المحاكم الدستورية الإيطالية ومنها إلى المحكمة الدستورية الألمانية وعبرها إلى مختلف المحاكم الدستورية في أوروبا[7].

وأما عدم الاختصاص السلبي للبرلمان من الناحية الاصطلاحية فيظهر عند عدم قيام البرلمان بمباشرة الاختصاصات الدستورية المخولة إليه بموجب الدستور، إما من خلال الامتناع عن القيام بوظيفته التشريعية بصفة كاملة وصريحة أو من خلال الإفراط في تبني صيغ عامة للقوانين تفوض لاحقا السلطة التنفيذية بتكملتها وتفصيلها. وعند وقوع هذه الحالة يعد البرلمان قد خالف الدستور الذي أفرده أساسا بمكنة القيام بالتشريع دون سواه[8].

وعدم الاختصاص السلبي للمشرع بمعناه السالف ذكره يتشابه مع عدد من المصطلحات المشابهة له المعروفة في الحقل الدستوري مثل: عدم الاختصاص الإيجابي للبرلمان، الإغفال التشريعي، القصور التشريعي.

ويعد عدم الاختصاص الإيجابي للبرلمان أقرب تلك المصطلحات لعدم الاختصاص السلبي من حيث التركيبة اللغوية، لكنه رغم ذلك يحمل المعنى المعاكس له من حيث المضمون. فإذا كان عدم

الاختصاص السلبي يعني عدم قيام البرلمان بالوظيفة التشريعية الموكلة إليه بموجب الدستور. فإن عدم الاختصاص الإيجابي للبرلمان يعني قيام البرلمان بتجاوز ما قرره له الدستور من مجالات وحدود للتشريع ،والمبادرة بتشريع قوانين خارج نطاق اختصاصه.

وأما الإغفال التشريعي: فهو مفهوم يكاد يتطابق مع مفهوم عدم الاختصاص السلبي من حيث المعنى العام باعتباره الغياب الكلي أو الجزئي للقوانين الناتج عن إهمال المشرع القيام بتنظيم الموضوعات بطريقة محددة وواضحة وشاملة [9]، وذلك ما جعل العديد من المؤلفين يعتبرونه صورة من صوره من أمثال فافرو وأحمد فتحي سرور وعيد أحمد الغفلول[10]. ولكنه في الحقيقة يختلف عنه تماما في الأساس الذي يقوم عليه كل منهما والموضوع الذي يعالجه فالإغفال ينظر إليه من أنه إهمال المشرع للقيام بأداء ما أوكل إليه من مهام دستورية وأما عدم الاختصاص السلبي للبرلمان فيعني تنازله عن ذلك الاختصاص لجهة أخرى[11].

وأما اصطلاح القصور التشريعي فيختلف بدوره عن عدم الاختصاص السلبي للبرلمان من حيث أنه يعبر عن عدم كفاية النص القانوني الموجود لمعالجة وتغطية المسألة المستهدفة بالتشريع، أو عدم مواكبة النص التشريعي لتطورات الحياة الاجتماعية والسياسية[12]. مما يجعل النص في كلتا الحالتين تشريعا قاصرا إما بسبب عدم تناول مستجدات معينة أو أن هذا النص قد تجاوزه الزمن مما يستوجب تعديله وتحديثه.

وبهذا المعنى المذكور يقترب القصور التشريعي من مفهوم عدم الاختصاص السلبي للبرلمان بل وقد يعتبره البعض صورة من صوره. لكن الحقيقة بخلاف ذلك فعدم الاختصاص السلبي للبرلمان عمل سلبي متجسد في امتناع البرلمان عن القيام بما هو موكل اليهم بموجب الدستور، وأما عدم القصور التشريعي فهو سلوك إيجابي يتعلق بقيام البرلمان بعمل إيجابي في سن القوانين لكنه لا يبذل العناية الكافية في عمله مما يجعله يشرع قوانين قاصرة. ويظهر أيضا التمييز بين الأمرين في نوعية الأحكام الصادرة في كل منهما فتكون الأحكام الخاصة بعدم الاختصاص السلبي للمشرع إيعازيه، في حين تكون الأحكام الخاصة بالقصور أحكاما مضيفة[13].

وحسما للخلاف يمكننا أن نقدم تعريفا لعدم الاختصاص السلبي للبرلمان بأنه عبارة جامعة تشمل كلا من الإغفال التشريعي والقصور التشريعي وهي معاكسة لمعنى عدم الاختصاص الإيجابي للبرلمان. فهو يتمثل إذا في امتناع البرلمان عن القيام باختصاصه الأصيل في التشريع على الوجه المطلوب دستوريا، إما بعدم القيام بها وتفويض غيره من السلطات للقيام بها، أو القيام بها على نحو قاصر ينتج منظومة قانونية تفتقر إلى الحداثة والتجانس.

وخلاصة القول فإن الخلاف بين الفقهاء في ما يخص التسميات أو المعاني لا يحول دون اعتبار مسألة عدم الاختصاص السلبي للمشرع بمعناها الدقيق أو بتطابقها مع فكرتي الإغفال التشريعي والقصور التشريعي ظاهرة تعزز الضعف الذي يتسم به عمل البرلمان مما يحتم تقويم ذلك العجز من خلال الآليات المتاحة وفي مقدمتها آلية الدفع بعدم الدستورية.

المحور الثاني

الدفع بعد الدستورية وسيلة لتدارك عدم الاختصاص السلبي للبرلمان

يعتبر الدفع بعدم الدستورية أداة ناجعة يقرها الدستور لمصلحة المتقاضين بهدف تأمين الرقابة البعدية للنصوص القانونية من حيث موافقتها للدستور، أي أنها بشكل أقرب صمام أمان يمكّن من تنقية المنظومة القانونية الوطنية من كل نص معيب بعدم الدستورية، وفي مقدمة تلك النصوص القانونية المعيبة تلك القوانين التي تنال من حقوق الإنسان وحرياته المكفولة بموجب الدستور، وذلك ما يجعل في اعتماد الدفع بعد الدستورية صونا للحقوق والحريات وتجسيدا للديمقراطية. ولكن ما نطمح إليه لا يتوقف عند هذا الحد بل يمكننا أن نأمل ونتطلع ليصبح الدفع بعدم الدستورية ليس مقصورا فقط على دستورية القوانين الموجودة ولكن نأمل أن يتعداه لإجبار المشرع على سنّ قوانين تكرس تلك الحقوق والحريات في الوقت الذي يمتنع عن سنها إما تهاونا أو تنفيذا لإملاءات السلطة التنفيذية.

أولا

الدفع بعدم الدستورية صمام أمان للمنظومة القانونية

يقصد بأنّ الدفع بعدم الدستورية صمام أمان الذي يضمن عدم مخالفة جميع نصوص المنظومة القانونية الجزائرية للدستور. هو أنه المصفاة النهائية التي تمنع تسرب أيًا من تلك النصوص المخالفة للدستور للنفاذ مما يجعل الحقوق والحريات المكفولة دستوريا عرضة للانتهاك.

فجميع أشكال الرقابة التي يقوم بها المجلس الدستوري وفقا للمادتين 186 و 187 من الدستور. بدء برقابته السابقة التي تشمل إبداء رأيه في مدى دستورية المعاهدات والقوانين والتنظيمات، وكذا الرقابة الوجوبية التي يتولاها تجاه القوانين العضوية بعد مصادقة البرلمان عليها، ناهيك عن رأيه في مدى مطابقة النّظام الدّاخليّ لكلّ من غرفتي البرلمان للدّستور. والشأن ذاته بالنسبة لرقابته اللاحقة المقررة له بواسطة الإخطار الذي يقوم به رئيس الجمهورية أو رئيس مجلس الأمة أو رئيس المجلس الشعبي الوطني أو الوزير الأول. أو خمسين نائبا من المجلس الشعبي الوطني أو ثلاثين عضوا في مجلس الأمة[14]... كل تلك الأشكال رغم وجاهتها لا تشكل محكًا حقيقيًا لدستورية تلك القوانين..

إن المحك الحقيقي الذي يوضّح بحق مدى دستورية القوانين لا سيما تلك المرتبطة بالحقوق والحريات هو الواقع العملي. ذلك الواقع الذي سيجلي بوضوح مدى اعتبار تلك القوانين داعمة للحقوق والحريات أم مقيدة لها-ونحن هنا- لا نقصد الخروقات الفجّة والواضحة التي تتكفل الأشكال السابقة من الرقابة التنبيه إليها والحيلولة دون بقائها من خلال إخطار المجلس الدستوري بشأنها.

وإنما المقصود في هذا المقام هو تلك المسائل المرتبطة بالحياة اليومية للمواطنين خلال ممارستهم للحقوق والحريات المخولة لهم بموجب الدستور. تلك التي لا تكشفها أشكال الرقابة السابقة لدقتها أو حتى أنها قد تتعمد عدم طرحها وإثارتها بناء على أوامر وتوجيهات السلطة. وإنما تظهر بشكل مباشر في عمل السلطة القضائية نتيجة اجتهاد المحامين في السعي نحو تأكيد حقوق موكليهم. وبشكل غير مباشر في

نقاشات الأساتذة والمتخصصين في بحوثهم ومؤتمراتهم التي تستعينون خلالها بالتحليل والتركيب والمقارنة بين مختلف المنظومات القانونية وعمل الجهات القضائية في مختلف الدول.

فالدفع بعدم الدستورية إذا يعتبر الوسيلة المثلى التي يمتلكها المتقاضي في الاحتجاج بعدم دستورية النص القانوني المراد تطبيقه عليه في الدعوى التي هو طرف فيها. فهو من ناحية أخرى يعتبر وسيلة للكشف عن عدم الاختصاص السلبي للبرلمان في شكله الذي يقترب إلى معنى القصور التشريعي.

ثانيا

الدفع بعدم الدستورية دعم للديمقراطية وصون للحقوق والحريات

ليس الدفع بعدم الدستورية الأسلوب الوحيد المكرس لرقابة الدستورية في الجزائر، بل أن المؤسس الدستوري في دستور 1996 أقر نوعا آخر من الرقابة الدستورية هو الرقابة عن طريق الإخطار الذي كان يضطلع به آنذاك رئيس الجمهورية أو رئيس محلس الأمة أو رئيس المجلس الشعبي الوطني. وألحق بهم الوزير الأول، و خمسين نائبا من المجلس الشعبي الوطني أو ثلاثين عضوا في مجلس الأمة بموجب نص المادة 187 من الدستور في التعديل الدستوري لسنة 2016[15].

والحقيقة أن إقرار هذا النوع من الرقابة وإن كان مقصورا على هاته الجهات يعد مكسبا حقيقيا من الناحية النظرية. لكنه يصطدم في الواقع بعقبة كؤوده تنطلق من كون هاته الجهات هي التي قد تسهم قصدا بدرجة أولى أو عن إهمال بالدرجة الثانية في سنّ قواعد قانونية تفتقر إلى الدستورية وتجسّد عجز السلطة التشريعية عن القيام بالدور المناط بها على الوجه الصحيح وهذا ما ينتج من جهة أخرى وقوع عدم الاختصاص السلبي للمشرع.

فالسبب الرئيسي الذي يجعلنا نعتبر ما ورد في المادة 188 من الدستور انتصارا للحقوق والحريات وتعزيزا للديمقراطية هو في حقيقة الأمر نتاج الربط بين نقاط أساسية ثلاثة هي : الدفع بعدم الدستورية وفكرة عدم الاختصاص السلبي وهيمنة السلطة التنفيذية على عمل البرلمان.

إن ما يجعل الدفع بعدم الدستورية طريقا جديدا يبشر بالخير، كونه يمكّن من توقيع مراقبة حقيقية لمدى جودة النص التشريعي وموافقته للدستور وخصوصا في الحالات التي تتعمد فيها السلطة التنفيذية المسيطرة على زمام التشريع - في ظل تبعية البرلمان وعجزه عن القيام بالوظيفة التشريعية على نحو صحيح- تمرير قوانين تنتهك الحقوق والحريات المقررة بموجب الدستور من جهة، ومن جهة ثانية الوقوف في وجه سنّ أي قوانين تكرّس ما أكد عليه الدستور من حقوق وحريات.

ثالثا

لماذا لا يتوسع الدفع بعدم الدستورية إلى الرقابة على الامتناع التشريعي؟

رغم أن مسألة الرقابة على دستورية القوانين برمتها كانت محل خلاف بين الفقهاء من حيث مدى تأثيرها على مبدأ الفصل بين السلطات الذي يعد أساسا من أسس النظم الديمقراطية التي تستهدف تحقيق رفاهية الشعوب وإشراكها في تصريف شؤون الحكم في بلدانها. والحقيقة أنه لا مانع من وجود

تلك الرقابة لاستحالة تحقق الفصل المطلق بين السلطات ناهيك عن استقلالية السلطة القضائية بشكل عام والقضاء الدستوري بشكل خاص يعد أكبر ضمان لتحقيق تلك الغاية[16].

فإذا كان الدفع بعدم الدستورية هو الوسيلة التي يتوقى من خلالها المتقاضون تطبيق قوانين مخالفة للدستور عليهم، فإنه بالمقابل يعد وسيلة مثلى للكشف عن أي عدم اختصاص سلبي للبرلمان. وفقا للمعنى الثاني الموضّح في المحور الأول أو ما يمكن التعبير عنه أيضا بفكرة القصور التشريعي أو وجود نصوص قانونية في المنظومة القانونية تشكل قيدا على الحقوق والحريات المكفولة بموجب الدستور.

فقد أكدت المادة 191 من الدستور بأنه حالما يمارس الدفع بعدم الدستورية يعد القرار الصادر عن المجلس الدستوري باعتبار نص تشريعي ما غير دستوري، يفقد ذلك النّصّ أثره ابتداء من تاريخ اليوم الذي يحدّده قرار المجلس الدستوري. على أن المادة أقرت تحصين قرار المجلس من أي إمكانية للطعن فجعلت آراءه وقراراته نهائية وملزمة تكون آراء المجلس الدستوري وقراراته نهائية وملزمة لجميع السلطات العمومية والسلطات الإدارية والقضائية..

فبهذا المعنى وهذا الأثر يصبح الدفع بعدم الدستورية وسيلة مثلى لمجابهة عدم الاختصاص السلبي للمشرع في صورة القصور التشريعي. ولكن ألا يمكن أن نفكر في أبعد من ذلك؟ فهل يمكن أن نتوقع مستقبلا أن يمتد الدفع بعدم الدستورية إلى مساءلة البرلمان عن عدم الاختصاص السلبي في صورته الأولى أي عدم قيامه بالتشريع الذي يكفل احترام الحقوق والحريات المقررة بموجب الدستور الذي منحه مكنة التشريع وبصفة أصيلة.

صحيح أن هذا قد يبدو غريبا نوعا ما لكننا أن قمنا بتحليل منطقي للأمر لوجدناه ممكنا. فقيام المجلس الدستوري بإصدار قرار يضع حدا لتطبيق نص قانوني غير دستوري ناتج عن خطأ البرلمان في القيام بعمل إيجابي وهو تشريع نص ينتهك الحقوق والحريات ويخالف الدستور، فلماذا لا نسائله عن ارتكاب فعل سلبي وهو الامتناع عن سن قوانين تحمي الحقوق والحريات تاركا فراغا تشريعيا فيما يخصها أو تفويضه سلطته في التشريع لغيره الذي قد يتعمد بدوره عن التشريع عمدا أو يشرع قوانين تمس بالحقوق والحريات.

ولن يكون اعتماد هذا النوع من الرقابة سابقة جزائرية لأن العديد من الدول تعتمده تحت مسمى الرقابة على الامتناع التشريعي. فهذا الدستور البرتغالي في مادته 283 ينص على دستورية هذا النوع من الرقابة حيث جاء في المادة أنه :" يمكن للمحكمة الدستورية بناء على طلب من رئيس الجمهورية أو من وسيط العدالة في حال انتهاك حقوق وحدات الإدارة المحلية، أو من رؤساء المجالس التشريعية المحلية ، أن تراجع وتراقب حالات انتهاك الدستور عن طريق الامتناع عن اتخاذ التدابير التشريعية اللازمة لوضع القواعد الدستورية موضع التطبيق"[17].

وعلى الرغم من أن المادة السالفة قد حصرت الأمر فيما يخص رئيس الجمهورية والنائب العام ورؤساء المجالس المحلية إلا أن هذا لا يمكنه أن يحول دون اعتمادها كأساس للدفع بعدم دستورية امتناع المشرع على القيام بوظيفة التشريع. فالأمر سيان فالإخطار في الجزائر كان ولا يزال حكرا على جهات

مخصوصة داخل الدولة لكنه كمّل بالدفع بعدم الدستورية فما المانع أن يشمل الدفع بعدم الدستورية فكرة الامتناع عن التشريع كمخالفة للدستور.

الخاتمة

في نهاية هذه المداخلة نؤكد على أن إقرار الدفع بعدم الدستورية هو في حد ذاته إنجاز مهم ومحطة هامة في البناء الديمقراطي في الجزائر. لكونه تكريسا لأسلوب يضمن سلامة المنظومة القانونية الجزائرية من كل مخالفة للدستور. لا سيما وأن المؤسس الدستوري قد فك الحصار عن هذا الاختصاص الذي كان حكرا على جهات قد تكون جميعها تنتمي إلى تيار واحد ينظر إلى الأمر من وجهة نظره وبرامجه وسياساته.

ولكن إحالة هذا الأمر إلى المتقاضين وطنيين كانوا أم أجانب بواسطة السلطة القضائية التي تتمتع بالاستقلالية هو أمر يعد انتصار للحقوق والحريات ويفتح صفحة جديدة في مسيرة الدولة الجزائرية نحو الديمقراطية الحقّة لتصبح بحق دولة قانون ومؤسسات.

ومن جهة أخرى فإن الدفع بعدم الدستورية سيحرك بعضا من الكساد الذي يشهده عمل البرلمان لا سيما أنه سيخلصه من كل القيود المفروضة عليه من السلطة التنفيذية خلال ممارسته للوظيفة التشريعية.

وان كان لنا أن نقدم في هذا المقام مقترحا فلماذا لا يعمم الدفع بعدم الدستورية إلى الحالات التي يمتنع فيها البرلمان عن سن قوانين تحمي الحقوق والحريات يلزمه الدستور بالتشريع فيها .

الهوامش:

[1] محمد الأخضر كرام والأزهر لعبيدي، انعكاس هيمنة السلطة التنفيذية على الوظيفة التشريعية على شخصية المشرع الجزائري، مداخلة مقدمة للملتقى الدولي حول علاقة السلطة التنفيذية بالسلطة التشريعية المنعقد بكلية الحقوق في جامعة ورقلة 2018.

(2) عيد أحمد الغفلول، فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع، دار النهضة العربية، ط2، القاهرة، 2003. ص 01.

(3) عيد أحمد الغفلول، المرجع السابق، ص3.

(4) محمد ماهر أبو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستورية القوانين-دراسة تطبيقية-، المركز القومي للإصدارات القانونية، ط2، القاهرة 2013. ص 76.

(5) عيد أحمد الغفلول، المرجع السابق، ص3ص 36-37.

[6] عيد أحمد الغفلول، المرجع السابق، ص37.

(7) عيد أحمد الغفلول، المرجع السابق، ص 43.

(8) بالجيلالي خالد، السلطة التقديرية للمشرع، رسالة دكتوراه في القانون العام، جامعة تلمسان، 2017/2016، ص 288.

(9) برقوق عبد العزيز، دور الرقابة الدستورية في حماية الحقوق والحريات، أطروحة دكتوراه في القانون العام، جامعة الجزائر، 2016/2015، ص 347.

(10) بالجيلالي خالد، المرجع السابق، هامش ص 290.

(11) برقوق عبد العزيز، المرجع السابق، هامش ص 339.

(12) بالجيلالي خالد، المرجع السابق، هامش ص 291.

(13) المرجع نفسه.

[14] للتفاصيل راجع حمادو دحمان، آلية إخطار المجلس الدستوري الجزائري وفقا للتعديل الدستوري 2016،مجلة الفكر القانوني والسياسي العدد الثاني، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة الأغواط ص ص 39-43.

(15) محديد حميد، الرقابة على دستورية القوانين في ظل دستور 2016. مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، العدد 12، جامعة زيان عاشور الجلفة ديسمبر 2018، ص 237.

(16) خرشي عبد الصمد رضوان وعبد المنعم بن أحمد، أهمية الرقابة القضائية على دستورية القوانين كأداة في يد السلطة القضائية في مواجهة السلطة التشريعية، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، العدد الرابع، جامعة الأغواط ص ص 4-6.

(17) عيد أحمد الغفلول، المرجع السابق، ص 128.

السلطة الوطنية المستقلة للانتخابات في الجزائر: التنظيم والصلاحيات



الدكتور / فايزة جروني الأستاذ / أسامة قيطوبي
كلية الحقوق والعلوم السياسية
جامعة الوادي

❋ ❋ ❋ ❋ ❋

مقدّمة:

أكد الإعلان العالمي لحقوق الانسان الصادر في 1947 عن مشاركة المواطنين في إدارة الشؤون العامة لبلدانهم وذلك من خلال نص المادة (21) على ما يلي: " لكل شخص حق المشاركة في إدارة الشؤون العامة لبلده اما مباشرة أو بواسطة ممثلين يختارون بحرية وأن إرادة الشعب هي مناط سلطة الحكم ويجب أن تتجلى هذه الإرادة من خلال انتخابات نزيهة تجرى دوريا بالاقتراع العام على قدم المساواة بين الناخبين وبالتصويت السري أو بإجراء مكافئ من حيث ضمان حرية التصويت"[1].

كما نص العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية في المادة (25) على ما يلي: " للمواطن الحق في أن ينتخب ويُنتخب في انتخابات نزيهة تجرى بالاقتراع العام وعلى قدم المساواة بين الناخبين وبالتصويت السري تضمن التعبير الحر على إرادة الناخبين"[2].

لهذا أهمية الانتخابات تتزايد باعتبارها الوسيلة المثلى والشرعية لتداول على السلطة في الأنظمة الديمقراطية، حيث تلعب هذه الأخيرة دورا حاسما في عملية مشاركة الشعوب في ممارسة السلطة، وتعتبر وسيلة لقياس مدى مشاركة الشعوب في اختيار ممثليه.

ولضمان صحة العملية الانتخابية وفصلها عن السلطة التنفيذية استحدث المشرع الجزائري السلطة الوطنية المستقلة للانتخابات بموجب القانون العضوي 07/19 المؤرخ في 14 سبتمبر 2019، حيث تتولى السلطة المستقلة تحضير الانتخابات وتنظيمها وادارتها والاشراف عليها، ابتداء من عملية التسجيل في القوائم الانتخابية ومراجعتها مرورا بكل عمليات تحضير العملية الانتخابية وعمليات التصويت والفرز والبت في النزاعات الانتخابية الى غاية الاعلان عن النتائج الاولية.

ومما سبق الاشارة اليه يمكن ان نطرح الاشكالية التالية: **ما مدى فعالية هياكل السلطة الوطنية المستقلة للانتخابات في ضمان نزاهة العملية الانتخابية؟**

وسنحاول الاجابة على هذه الاشكالية في محورين هما:

المحور الأول

تنظيم السلطة الوطنية المستقلة للانتخابات

استحدث المشرع الجزائري السلطة الوطنية المستقلة للانتخابات بموجب القانون العضوي رقم 07/19 المؤرخ في 2019/09/14، حيث منحها الشخصية المعنوية وتتمتع هذه السلطة المستقلة بالاستقلال الإداري والمالي، وتتولى هذه السلطة المستقلة تحضير الانتخابات وتنظيمها وادارتها والاشراف عليها ابتداء من عملية التسجيل في القوائم الانتخابية ومراجعتها مرورا بكل عمليات تحضير العملية الانتخابية وعمليات التصويت والفرز والبت في النزاعات الانتخابية طبقا للتشريع الساري المفعول الى غاية اعلان النتائج الأولية.

وقد تم تنظيم هذه السلطة المستقلة بمقتضى الفصل الثالث من القانون العضوي رقم 07/19 المتعلق بالسلطة الوطنية المستقلة للانتخابات، حيث نصت المادة (18) منه على أن السلطة المستقلة تتكون من مجلس ومكتب ورئيس ومندوبيات ولائية وبلدية وممثليات دبلوماسية وقنصلية.

فمن خلال هذا المحور سيتم التطرق الى هذه الهياكل التي تتشكل منها هذه السلطة المستقلة، واختصاص كل هيكل منها.

أولا: رئيس السلطة الوطنية المستقلة للانتخابات

نتكلم في هذه النقطة على كيفية انتخاب رئيس السلطة المستقلة والصلاحيات المنوطة له

1- إنتخاب رئيس السلطة المستقلة:

نصت المادة (32) من القانون العضوي المنظم للسلطة المستقلة على أن رئيس السلطة المستقلة يتم انتخابه من طرف أعضاء مجلس السلطة المستقلة بأغلبية الأصوات خلال اجتماعها الأول وفي حالة تساوي الأصوات يفوز المترشح الأصغر سنا.

وبناء على محضر تنصيب أعضاء مجلس السلطة الوطنية المستقلة للانتخابات، وبناء على محضر الجلسة العلنية المنعقدة في 15 سبتمبر 2019 تم انتخاب السيد محمد شرفي رئيسا للسلطة الوطنية المستقلة للانتخابات[3].

إن انتخاب رئيس السلطة الوطنية المستقلة للانتخابات بهذه الطريقة يعد ضمانا للشفافية ويدعم استقلالية وحياد رئيس السلطة المستقلة وباقي الأعضاء لأنه يحررهم من تبعية الى الجهة المعينة لهم.

2- صلاحيات رئيس السلطة الوطنية المستقلة للانتخابات

وتتمثل مهام وصلاحيات رئيس السلطة الوطنية المستقلة للانتخابات في ترأس مكتب ومجلس السلطة المستقلة وتنسيق أشغالها حيث يتولى بهذه الصفة على الخصوص القيام بما يلي[4]:

- تمثيل السلطة المستقلة أمام مختلف الهيئات والسلطات العمومية وهو الناطق الرسمي لها.
- تنفيذ مداولات مجلس السلطة المستقلة.
- تعيين نائبين (2) من بين أعضاء مكتب السلطة المستقلة.

- استدعاء اجتماعات مجلس ومكتب السلطة المستقلة وترأسها.
- الإعلان عن النتائج الأولية للانتخابات.
- توقيع على محاضر المداولات وقرارات السلطة المستقلة ويضمن تبليغها ومتابعة تنفيذها ويخطر الجهات المعنية بذلك.
- تعيين أمين عام لإدارة الأمانة التقنية للسلطة المستقلة.
- تعبئة أعضاء المندوبيات الولائية والمندوبيات البلدية والممثليات الدبلوماسية والقنصلية خلال فترة العمليات الانتخابية وفترة مراجعة القوائم الانتخابية ونشرهم عبر التراب الوطني وفي الخارج.
- يتولى رئيس السلطة المستقلة الإعلان عن فتح فترة مراجعة القوائم الانتخابية واختتامها.
- يتولى رئيس السلطة المستقلة تعيين منسقي المندوبيات الولائية والبلدية والممثليات الدبلوماسية والقنصلية، ويحدد تشكيلة هذه المندوبيات والممثليات الدبلوماسية والقنصلية ويحدد تنظيمها وسيرها بالتنسيق مع السلطات المختصة.
- يتخذ رئيس السلطة المستقلة كل التدابير التي تضمن مطابقة العمليات الانتخابية للنصوص التشريعية والتنظيمية السارية المفعول وهذا من أجل الحفاظ على مسار العملية الانتخابية التي يضمن نزاهة نتائجها وشفافيتها.

ثانيا: مجلس ومكتب السلطة الوطنية المستقلة للانتخابات

01- مجلس السلطة الوطنية المستقلة للانتخابات:

يعد مجلس السلطة المستقلة الهيئة المداولة للسلطة الوطنية المستقلة للانتخابات، حيث يعد نظامه الداخلي فور تنصيبه وينشر بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، وينعقد مجلس السلطة باستدعاء من رئيسه أو ثلثي(3/2) أعضائه.

ويتم اختيار أعضاء مجلس السلطة المستقلة للمرة الأولى بناء على مشاورات تفضي لاختيار شخصية وطنية توافقية تتولى الإشراف على تشكيل وتنصيب مجلس السلطة المستقلة[5].

يتشكل مجلس السلطة المستقلة من خمسين (50) عضو، يتم اختيارهم عن طريق الانتخاب من طرف نظرائهم، ويمارسوا أعضاء المجلس مهامهم لمدة أربعة (4) سنوات غير قابلة للتجديد ويتم تجديد النصفي للأعضاء المجلس كل سنتين(2)، وهم موزعين كالآتي[6]:

- عشرون (20) عضو من كفاءات المجتمع المدني.
- عشرة (10) أعضاء من الكفاءات الجامعية.
- أربعة (4) قضاة من المحكمة العليا ومجلس الدولة.
- محاميان (2).
- موثقان (2).
- محضران قضائيان (2).
- خمسة (5) كفاءات مهنية.

- ثلاثة (3) شخصيات وطنية.
- ممثلان (2) عن الجالية الوطنية بالخارج.

ويشترط في أعضاء مجلس السلطة المستقلة أن يقدموا تصريحا شرفيا بتوفر فيهم الشروط التالية:

- أن يكون مسجلا في قائمة انتخابية.
- يعترف له بالكفاءة والنزاهة والخبرة والحياد.
- عدم الانخراط في حزب سياسي منذ خمس (5) سنوات على الأقل.
- أن لا يكون شاغلا لوظيفة عليا في الدولة.
- أن لا يكون عضوا في أحد المجالس الشعبية المحلية أو البرلمان.
- أن لا يكون محكوما عليه بحكم نهائي لارتكاب جناية أو جنحة بعقوبة سالبة للحرية ولم يرد اعتباره باستثناء الجنح غير العمدية.

ويمارس أعضاء مجلس السلطة المستقلة صلاحياتهم بكل استقلالية حيث تضمن لهم الدولة في إطار ممارسة صلاحياتهم حماية الدولة من كل تهديد أو أي شكل من أشكال الضغط، وكذلك لا يمكنهم الترشح لانتخابات خلال عهدتهم وأن يتقيدوا بواجب التحفظ والحياد وأن لا يشاركوا في نشاطات الحملة الانتخابية أو دعم أي مترشح[7].

2- مكتب السلطة الوطنية المستقلة للانتخابات

يتكون مكتب السلطة المستقلة من (8) أعضاء، حيث يتم انتخابهم من بين أعضاء المجلس لمدة لا تتجاوز (2) سنتين، على أن يتم تحديد كيفيات انتخابهم بموجب نظام الداخلي للسلطة المستقلة الذي لم يصدر لحد الساعة.

ويستفيد أعضاء مكتب السلطة المستقلة وغيرهم من أعضاء من مجلس السلطة المستقلة من الحق في الانتداب أو الالحاق ومن تعويضات سيحددها النظام الداخلي للسلطة الوطنية المستقلة للانتخابات[8].

ثالثا: المندوبيات المحلية والممثليات الدبلوماسية في الخارج للسلطة الوطنية المستقلة للانتخابات

تنشئ مندوبيات على مستوى الولايات والبلديات وممثليات دبلوماسية وقنصلية في الخارج امتداد للسلطة الوطنية المستقلة للانتخابات، ويقوم رئيس السلطة المستقلة بتعيين منسقي هذه المندوبيات الولائية والبلدية والممثليات الدبلوماسية والقنصلية.

تتشكل المندوبيات الولائية من (3) الى (15) عضوا مع مراعاة المعايير التالية[9]:

- عدد البلديات.
- توزيع الهيئة الناخبة.
- وتحدد تشكيلة المندوبيات الولائية بقرار من رئيس السلطة المستقلة.

أما الممثليات الدبلوماسية والقنصلية فيقوم رئيس السلطة الوطنية المستقلة للانتخابات بتحديد تشكيلتها وتنظيمها وسيرها مع السلطات المختصة[10].

أما المندوبيات البلدية للسلطة المستقلة فيحدد تشكيلتها بمناسبة كل استشارة انتخابية بقرار من رئيس السلطة المستقلة، بناء على اقتراحات منسقي المندوبيات الولائية وبعد مصادقة مكتب السلطة المستقلة.

تقوم المندوبيات الولائية والبلدية والممثليات الدبلوماسية والقنصلية تحت اشراف رئيس السلطة المستقلة بالقيام بصلاحيات المخولة للسلطة المستقلة في نطاق الدائرة الانتخابية محل اختصاصها.

المحور الثاني

صلاحيات السلطة الوطنية المستقلة للانتخابات

ان المشرع الجزائري وحرصا منه على ضمان نزاهة العملية الانتخابية في جميع مراحلها، خص السلطة الوطنية المستقلة للانتخابات بمجوعة من الصلاحيات منها صلاحيات عامة وصلاحيات متعلقة بمراحل العملية الانتخابية.

أولا: الصلاحيات العامة

إن من أهم الصلاحيات العامة التي أوكلت للسلطة الوطنية المستقلة للانتخابات بموجب القانون العضوي المنشئ لهذه السلطة، والتي تعتبر جوهر وجود هذه السلطة وهي تجسيد وتعميق الديمقراطية الدستورية وترقية النظام الانتخابي المؤدي للتداول السلمي والديمقراطي على ممارسة السلطة، حيث تحتكم فيه لمبدأ سيادة الشعب عن طريق انتخابات حره شفافة تعددية ونزيهة تعبر عن إرادة الشعب واختياره الحقيقيين، التي تضمن فيها للمواطن حق التصويت بحرية وبدون تحيز[11].

تتدخل السطلة الوطنية المستقلة للانتخابات في حالة خرق القانون العضوي الخاص بالانتخابات أو القانون العضوي الخاص بالسطلة الوطنية المستقلة للانتخابات أو الأحكام التنظيمية ذات الصلة، حيث تتلقى أي عريضة أو تبليغ أو احتجاج متعلق بالعملية الانتخابية وارد من الأحزاب السياسية المشاركة في الانتخابات أو مترشح وتنظر وتفصل فيها بموجب قرارات في المسائل الخاضعة لاختصاصها، وتبلغ هذه القرارات بكل وسيلة مناسبة[12].

ومن أجل تنفيذ قراراتها يمكنها أن تلجأ الى تسخير القوة العمومية طبقا لتشريع المعمول به، كما تقوم بإخطار النائب العام المختص إقليميا عندما ترى السطلة الوطنية المستقلة للانتخابات بأن أحد الأفعال المسجلة أو تلك التي أخطرت بشأنها تكتسي طابعا جزائيا، وهذا الأمر يعتبر إيجابيا من أجل حماية العملية الانتخابية من أي تصرف قد يفسد العملية الانتخابية[13].

- تعد السلطة الوطنية المستقلة للانتخابات تقريرا مفصلا عن كل العملية الانتخابية وتنشره في أجل أقصاه خمسة واربعون (45) يوما من تاريخ الإعلان الرسمي عن النتائج النهائية، حيث يصادق عليه مجلس السلطة بحضور منسقي المندوبيات[14].

- ضمان حماية البيانات الشخصية الخاصة بالناخبين المترشحين طبقا للتشريع المعمول به.

- إبداء الرأي في كل ما يتعلق بمشاريع القوانين والتنظيمات ذات الصلة بالانتخابات.
- التحسين في مجال الانتخابات ونشر ثقافة الانتخابات.
- تكوين وترقية أداء أعوان ومؤطري العمليات الانتخابية.
- المساهمة في ترقية البحث العلمي في المواضيع الانتخابية بالتعاون مع مراكز البحث والهيئات المتخصصة.
- إعداد ميثاق للممارسات الانتخابية الحسنة والعمل على ترقيتها لدى كل فاعلي المسار الانتخابي[15].

ثانيا: صلاحيات السلطة الوطنية المستقلة للانتخابات قبل الاقتراع

منح القانون العضوي 07/19 المؤرخ في 2019/09/14 المنظم للسلطة الوطنية المستقلة للانتخابات والقانون العضوي 08/19 المؤرخ في 2019/09/14 المعدل والمتمم لقانون الانتخابات صلاحيات واسعة وهامة للسلطة المستقلة في مجال التحضير للعملية الانتخابية قبل الاقتراع، ضمانا للنزاهة وشفافية العملية الانتخابية ويمكن حصر هذه الصلاحيات فيما يلي:

1- صلاحيات خاصة بالقوائم الانتخابية: يعتبر التسجيل في القوائم الانتخابية شرط أساسي لممارسة حق الانتخاب فلا يستطيع المواطن ممارسة حقه في الانتخاب الا إذا كان مسجل في القوائم الانتخابية حتى وان توفرت فيه باقي الشروط اللازمة لممارسة هذا الحق.

وعملية تسجيل الناخبين في القوائم الانتخابية عملية ضرورية جدا وذلك لعدة أسباب هامة نذكر منها التالي[16]:

- تحديد الهيئة الناخبة وتمكينها من ممارسة حقها في الانتخاب ومنع الأشخاص الذين لا تتوفر فيهم الشروط اللازمة لذلك من ممارسة هذا الحق.
- التسجيل في القوائم الانتخابية يساعد في الحد من ظاهرة التزوير ومن أشكال التزوير مثلا: التصويت أكثر من مرة . تصويت باسم أشخاص متوفيين ...

لهذا أحدث المشرع البطاقية الوطنية للهيئة الناخبة حيث تتشكل هذه البطاقية من مجموع القوائم الانتخابية للبلديات والمراكز الدبلوماسية والقنصلية في الخارج وتوضع تحت مسؤولية السلطة الوطنية المستقلة للانتخابات[17].

حيث تقوم السلطة المستقلة للانتخابات بمسك البطاقية الوطنية للهيئة الناخبة وتقوم بتسجيل جميع المواطنين الذي تتوفر فيهم الشروط اللازمة للذلك، وتقوم بشطب كل من سقط منه أحد الشروط، وذلك من خلال مراجعة القوائم الانتخابية بصفة دورية وبمناسبة كل استحقاق انتخابي أو استفتائي.

وتقوم بهذه العملية لجنة خاصة في كل بلدية أو دائرة دبلوماسية أو قنصلية، يتم تعيين أعضائها وتحديد قواعد سير عملها ومقرها من قبل السلطة الوطنية المستقلة للانتخابات عن طريق قرار من رئيسها وتستأنف هذه اللجان عملها عندما يعلن رئيس السلطة المستقلة عن فتح فترة مراجعة القوائم الانتخابية واختتامها او في وقتها الدوري[18].

كما تلتزم السلطة الوطنية المستقلة للانتخابات بوضع القائمة الانتخابية البلدية او القائمة الانتخابية للمراكز الدبلوماسية او القنصلية في الخارج بمناسبة كل انتخاب تحت تصرف الممثلين المؤهلين

قانونا للأحزاب السياسية المشاركة في الانتخابات والمترشحين الاحرار والممثلين المؤهلين قانونا للمترشحين المقبولين نهائيا.

كما تمكن كل ناخب من الاطلاع على القائمة الانتخابية التي تعنيه بمناسبة كل مراجعة كما تحفظ القائمة الانتخابية البلدية تحت مسؤولية السلطة الوطنية المستقلة للانتخابات بالأمانة الدائمة للجنة البلدية لمراجعة القوائم الانتخابية وتودع نسخ من هذه القائمة بأمانة ضبط المحكمة المختصة إقليميا ولدى السلطة الوطنية للانتخابات وبمقر المندوبية الولائية للسلطة الوطنية المستقلة للانتخابات، وتودع كذلك نسخة من هاته القوائم في المجلس الدستوري[19].

وقد ألزم القانون العضوي المتضمن نظام الانتخابات السلطة الوطنية المستقلة للانتخابات بإعداد بطاقة الناخب وتسليمها لأصحابها حيث أوكلت الى المندوبيات الولائية و مندوبيات الممثليات الدبلوماسية أو القنصلية للسلطة الوطنية المستقلة للانتخابات مهمة إعداد بطاقات الناخبين وتقوم هذه المندوبيات بتسليم البطاقات لأصحابها في مقر اقامتهم قبل ثمانية (8) أيام من تاريخ الاقتراع وتودع البطاقات التي لم يتسنى تسليمها الى أصحابها على مستوى المندوبيات الولائية و المندوبيات الممثليات الدبلوماسية او القنصلية للسلطة الوطنية المستقلة للانتخابات، حيث يتمكن سحبها من طرف أصحابها وذلك الى غاية عشية الاقتراع ، وتودع البطاقات التي لم يسحبها أصحابها يوم الاقتراع بمركز التصويت ، ويمكن ان يسحبها أصحابها بإظهار وثيقة تثبت الهوية أما بالنسبة للبطاقات التي لم تسحب عند انتهاء الاقتراع توضع في ظرف مختوم وتودع لدى المندوبيات الولائية و مندوبيات الممثليات الدبلوماسية او القنصلية للسلطة الوطنية المستقلة للانتخابات المعنية[20].

2- صلاحيات خاصة بعملية الترشح: يتم إيداع التصريح بالترشح لرئاسة الجمهورية من قبل المترشح لدى رئيس السلطة الوطنية المستقلة للانتخابات، ويمكن لرئيس السلطة تفويض أعضاء السلطة الوطنية المستقلة للانتخابات للقيام بهذه المهمة[21].

ويتم إيداع ملف الراغب للترشح في ظرف أربعين يوما على الأكثر من يوم نشر المرسوم الرئاسي المتضمن استدعاء الهيئة الناخبة، ويجب إيداع ملف الترشح لدى رئيس السلطة من طرف طالب الترشح شخصيا، [22]وتقوم السلطة الوطنية المستقلة للانتخابات بتوقيع وصل إيداع ملف الترشح وتسليمه لطالب الترشح بعد توفر الوثائق الإدارية المذكورة في المادة (139) من القانون العضوي للانتخابات، كما تأكد من أن طالب الترشح قدم فعلا استمارات اكتتاب التوقيعات مملوءة ومصادق عليها ومستوفية الشروط القانونية.

يصدر رئيس السلطة الوطنية المستقلة للانتخابات قرار يتضمن تحديد إجراءات اكتتاب التوقيعات الفردية لصالح المترشحين لانتخابات لرئاسة الجمهورية والتصديق عليها[23].

تفصل السلطة الوطنية المستقلة للانتخابات في صحة الترشيحات لرئاسة الجمهورية بقرار معلل تعليلا قانونيا في أجل أقصاه سبعة أيام من تاريخ إيداع التصريح بالترشح، [24] ويبلغ قرار السلطة الوطنية المستقلة للانتخابات الى المترشح فور صدوره ويحق له في حالة رفض ملف ترشحه الطعن في القرار لدى المجلس الدستوري في أجل أقصاه ثمانية واربعون (48) ساعة من تبليغه.

وترسل السلطة الوطنية المستقلة للانتخابات قراراتها المتعلقة بالترشيحات مرفقة بملفات الترشح في أجل أقصاه أربعة وعشرون (24) ساعة من تاريخ صدور قرار الفصل في الترشيحات الى المجلس الدستوري.

ويتم الفصل على مستوى المجلس الدستوري في الطعون المقدمة أمامه بخصوص الملفات المرفوضة وتتم الموافقة على القائمة النهائية لانتخابات رئاسة الجمهورية على مستوى المجلس الدستوري في أجل أقصاه سبعة (7) أيام من تاريخ إرسال آخر قرار للسلطة الوطنية المستقلة للانتخابات مع مراعاة أحكام المادة (103) من الدستور، وينشر هذا القرار في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية[25].

3- صلاحيات خاصة بالحملة الانتخابية:

الحملة الانتخابية وهي مدة زمنية محددة يقوم فيها المترشحون بعرض أفكارهم وبرامجهم حتى يتسنى للناخبين التميز بينهم واختيار أفضلهم،[26] وقد أعطى المشرع للسلطة الوطنية المستقلة صلاحيات تنظيمها وطريقة سيرها وذلك من خلال إلزام رئيس السلطة المستقلة بتحديد أماكن تعليق ملصقات المترشحين وكل ما يتعلق بإشهار الحملة الانتخابية وضمان توزيعها العادل والمنصف داخل كل دائرة انتخابية، وذلك من خلال تحديد كيفيات إشهار الترشيحات للانتخابات، إضافة الى كيفيات الإشهار المنصوص عليها في قانون الانتخابات 10/16 المؤرخ في 2016/08/25 المعدل والمتمم بالقانون 08/19 المؤرخ في2019/09/14، وحرصا على الانصاف والمساواة بين المترشحين للانتخاب توزع الأماكن المخصصة لكل مترشح أو قائمة مترشحين من طرف المندوبية الولائية أو المندوبية الدبلوماسية أو القنصلية للسلطة الوطنية المستقلة للانتخابات قبل خمسة عشر يوم من تاريخ افتتاح الحملة الانتخابية[27].

كما تقوم السلطة الوطنية المستقلة للانتخابات بتوزيع قاعات الاجتماعات والهياكل على المترشحين بعدالة وانصاف وبالقرعة عند الاقتضاء لاحتضان تجمعات داخل كل دائرة انتخابية.

ومن الصلاحيات التي منحها لها المشرع التوزيع العادل والمنصف للحيز الزمني المخصص للمترشحين في وسائل الاعلام الوطنية السمعية البصرية بالتنسيق مع سلطة الضبط المشرفة على السمعي البصري، وذلك سواء كان بين المترشحين للانتخابات الرئاسية أو بالنسبة للمترشحين للانتخابات المحلية والتشريعية وتقسم تبعا لأهمية عدد المترشحين الذين يرشحهم حزب أو مجموعة من الأحزاب أو من المترشحين الأحرار.

تقوم السلطة الوطنية المستقلة للانتخابات بمنع المترشحين والأحزاب من استعمال أماكن أخرى للإشهار غير التي خصصتها لنفس الغرض، وكما من صلاحياتها مراقبة تمويل الحملات الانتخابية والسهر على مطابقتها على القوانين السارية للمفعول[28].

4- صلاحيات خاصة بالتحضيرات المادية لعملية التصويت:

وتقوم السلطة المستقلة بعدة صلاحيات للتحضير لعملية التصويت وذلك بغرض إتمام العملية الانتخابية في جو يسوده الهدوء والشفافية ونذكرها:

أ- إعداد السلطة الوطنية المستقلة للانتخابات لقائمة مراكز ومكاتب التصويت والتكفل بتحيينها وتوزيع الهيئة الناخبة عليها، [29]وذلك عن طريق قيام المندوب الولائي للسلطة الوطنية المستقلة للانتخابات بتوزيع الناخبون على مكاتب التصويت بقدر ما تقتضيه الظروف المحلية ويتطلبه عدد الناخبون[30].

ب- تسخير وتعيين مؤطر مراكز ومكاتب التصويت ويقوم المندوب الولائي أو منسق المندوبية الدبلوماسية أو القنصلية للسلطة الوطنية المستقلة للانتخابات بتعيين رؤساء المراكز وأعضاء المكاتب الأساسيين والأعضاء الإضافيون ويسخرهم بمقرر، ويجب أن تتوفر فيهم الشروط التالية[31]:

- الأشخاص الذي يمكن تسخيرهم هم الموظفون وأعوان الدولة والجماعات المحلية والمؤسسات والهيئات العمومية والممثليات الدبلوماسية أو القنصلية للدوائر الانتخابية المعنية بعمليات تحضير وإجراء الانتخابات، وكذلك الناخبين المقيمين في إقليم الولاية، باستثناء المترشحين وأقاربهم وأصاهرهم الى غاية الدرجة الرابعة والأفراد المنتمين الى أحزابهم بالإضافة إلى الأعضاء المنتخبين.

- أن يستخدم الأشخاص المسخرون على المستوى الوطني في إقليم بلدية إقامتهم، غير أنه عند الاقتضاء يسخروا داخل نطاق الاختصاص الإقليمي لأي بلدية أخرى في الولاية، ويستخدم الأشخاص المسخرون على مستوى الدوائر الانتخابية بالخارج على مستوى الدوائر الدبلوماسية أو القنصلية لمقر إقامتهم.

- فترة تسخير الأشخاص تكون أثناء فترة الاقتراع، وخلال مدة تتراوح بين ثلاثة الى خمسة أيام.

وقد الزم القانون العضوي 08/19 المعدل والمتمم لقانون الانتخابات المندوب الولائي للسلطة الوطنية المستقلة للانتخابات بأن ينشر قائمة أعضاء مكاتب التصويت والأعضاء الإضافيون بمقر المندوبية الولائية والمندوبية البلدية للسلطة الوطنية المستقلة للانتخابات ومقر الولاية والمقاطعة الإدارية والدوائر والبلديات المعنية خلال خمسة عشر يوم على الأكثر من قفل قائمة المترشحين، وتسلم نسخة الى الممثلين المؤهلين قانونا للأحزاب السياسية المشاركة في الانتخابات والمترشحين الاحرار بطلب منهم.

ج- اعتماد ممثلي المترشحين مراقبي العمليات الانتخابية في مراكز التصويت،[32] حيث يقوم كل مترشح بإيداع قائمة الأشخاص لدى المندوبية الولائية قبل عشرون يوما كاملة من تاريخ الاقتراع، ويجب أن تتضمن هذه القوائم كل عناصر الهوية بالنسبة للممثلين، كما يمكنهم تقديم قائمة إضافية في أجل عشرة أيام قبل يوم الاقتراع لتعويض الغائبين[33].

د- تحديد أشكال وشروط اعداد الوكالة للتصويت في الانتخابات: حيث تبدأ اعداد الوكالات خلال خمسة عشر يوما الموالية لتاريخ استدعاء الهيئة الناخبة وتنتهي قبل ثلاثة أيام قبل تاريخ الاقتراع وقد حدد رئيس السلطة الوطنية المستقلة شروط إعداد الوكالة وهي[34]:

- يجب ان تعد الوكالة في مطبوع واحد أمام السلطات المنصوص عليها في المادة 56 من قانون الانتخابات رقم 10/16 المؤرخ في 25 غشت 2016 المعدل والمتمم بالقانون 07/19 المؤرخ في 2019/09/14.

- يجب على السلطة التي تعد أمامها الوكالة ان تضع تأشيرتها وختمها على مطبوع الوكالة.

- يجب أن يبين في المطبوع الوكالة لقب واسم كل من الموكل والوكيل وتاريخ ومكان ولادتهما وعنوانهما ومهنتهما ورقم تسجيلهما في القائمة الانتخابية ومكتب تصويتهما، ويتضمن إمضاء الموكل.

ثالثا: صلاحيات السلطة الوطنية المستقلة للانتخابات أثناء الاقتراع وبعده

1- صلاحيات خاصة بمواقيت الاقتراع: طبقا لنص المادة 32 من القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات يبدأ الاقتراع في أي عملية انتخابية على الساعة الثامنة (8) صباحا وينتهي على الساعة السابعة (7) مساءا حيث يدوم الاقتراع يوم واحد يحدد بمرسوم رئاسي، غير أنه يمكن لرئيس السلطة الوطنية للانتخابات بطلب من المندوب الولائي للسلطة الوطنية المستقلة للانتخابات أثنى وسبعون (72) ساعة على الأكثر في البلديات التي يتعذر اجراء عمليات التصويت في يوم الاقتراع نفسه لأسباب مادية تتعلق ببعد مكاتب التصويت وتشتت السكان، وكذلك يمكن لرئيس السلطة الوطنية المستقلة للانتخابات أن يقرر تقديم افتتاح الاقتراع بمئة وعشرون (120) ساعة وذلك بالتنسيق مع المندوبيات الدبلوماسية والقنصلية.

تنشر القرارات التي تتخذها السلطة الوطنية المستقلة للانتخابات من أجل تقديم تاريخ افتتاح الاقتراع، وتعلق بمقر المندوبيات الولائية والبلدية للسلطة الوطنية المستقلة للانتخابات ومقرات البلديات المعنية بالأمر وذلك بخمسة (5) أيام على الأكثر قبل تاريخ الاقتراع[35].

2-صلاحيات خاصة بتوفير الوثائق والعتاد الانتخابي: تقوم السلطة الوطنية المستقلة للانتخابات بوضع تحت تصرف الناخب أوراق التصويت لكل مترشح او قائمة، ويقوم رئيس السلطة الوطنية المستقلة للانتخابات بتحديد نص ورقة التصويت ومميزاتها التقنية، ويتم وضع أوراق التصويت لكل مترشح أو قائمة مرشحين في كل مكتب من مكاتب التصويت كما يأتي:

- بالنسبة للمترشحين لانتخاب لرئاسة الجمهورية حسب قرار المجلس الدستوري.
- أما بالنسبة لقوائم المترشحين لانتخاب المجلس الشعبي الوطني وقوائم المجالس الشعبية البلدية والولائية حسب ترتيب تعده السلطة الوطنية المستقلة للانتخابات عن طريق القرعة.

وتقدم السلطة الوطنية المستقلة للانتخابات أظرفة ليتم فيها التصويت بحيث تكون غير شفافة وغير مدمغة وعلى نموذج واحد[36].

وكذلك تقوم بوضع نسخة من قائمة ناخبي مكتب التصويت المعني مصادق عليها من طرف رئيس اللجنة البلدية لمراجعة القوائم الانتخابية ومتضمنة الاسم واللقب والعنوان والرقم الترتيبي الممنوح لكل ناخب، حيث تشكل هذه النسخة قائمة التوقيعات[37].

ويتم تعليق قائمة الأعضاء الاساسيين والاضافيين في مكتب التصويت يعتبر من الإجراءات الأساسية التي تضمن السير الحسن لأعمال مكتب التصويت.

ويتعين على المندوب الولائي للسلطة الوطنية المستقلة للانتخابات في حالة غياب أحد أعضاء مكاتب التصويت أن يتخذ كافة الترتيبات لتعويضهم بالأولوية من بين الأعضاء الحاضرين حسب ترتيب القائمة[38].

3- تسهيل عمل المؤسسات الإعلامية والصحافية المتابعة لمختلف مراحل العمليات الانتخابية بالتنسيق مع الجهات المختصة[39].

4- التنسيق مع الجهات المختصة للعمليات التي تندرج في إطار البعثات الدولية لملاحظة الانتخابات وانتقالهم وانتشارهم ومرافقتهم[40]

5- الإشراف على عملية فرز الأصوات: أوكل المشرع مهمة الاشراف على عملية فرز الأصوات الى السلطة الوطنية المستقلة للانتخابات، وقد عرفت محكمة النقض المصرية الإشراف بأنه (هو توفر الرقابة بالقدر الذي يستقيم به مراد الشارع من ضمان صحة الإجراء وسلامة نتيجته)[41] ومن خلال هذا التعريف تبين لنا صلاحيات السلطة الوطنية المستقلة للانتخابات تمكن في الرقابة والمتابعة لعملية الفرز للوصول بالعملية الانتخابية الى النزاهة والشفافية.

وقد حدد القانون العضوي للانتخابات مجموعة من الإجراءات لعملية الفرز فبمجرد اختتام عملية التصويت يبدأ فرز الأصوات ويتواصل دون انقطاع إلى غاية انتهائه تماما، وكذلك يجرى الفرز علنا ويتم بمكتب التصويت الزاما، غير أنه بصفة استثنائية يجرى الفرز بمكاتب التصويت المتنقلة في مركز التصويت الذي تلحق به، وترتب في المكتب الطاولات التي يجرى فوقها الفرز في كلتا الحالتين بالشكل الذي يسمح للناخبين الطواف حولها، [42]ويقوم بعملية الفرز ناخبين مسجلين في المكتب نفسه ويتم تعينهم من طرف أعضاء المكتب حيث يكون الفرز تحت رقابة أعضاء مكتب التصويت وبحضور ممثلي المترشحين، وعند عدم توفر العدد الكافي من الفارزين يمكن لجميع أعضاء مكتب التصويت أن يشاركوا في الفرز[43].

وعند نهاية عملية الفرز يسلم الفارزون أوراق التصويت لكل مكتب من مكاتب التصويت في أكياس مشمعة ومعرفة حسب مصدرها الى غاية انقضاء أجال الطعن والإعلان النهائي لنتائج الانتخابات، وترفق الأوراق الملغاة والمتنازع في صحتها بمحضر الفرز[44].

6- تمكين ممثلي المترشحين من استلام نسخ من مختلف المحاضر: ألزم القانون العضوي المتعلق بالانتخابات أن يوضع في كل مكتب تصويت محضر لنتائج الفرز، حيث يقوم رئيس السلطة الوطنية المستقلة للانتخابات بتحديد مميزات التقنية لمحضر الفرز، حيث يتم تحرير المحضر بحبر لا يمحى، على أن تتم بحضور الناخبين في نفس مكتب التصويت ويتضمن عند الاقتضاء ملاحظات أو تحفظات الناخبين أو المترشحين أو ممثليهم المؤهلين قانونا ويحرر المحضر في ثلاث نسخ يوقعها أعضاء مكتب التصويت، وتوزع كالآتي:

- نسخة الى رئيس مكتب التصويت لتعليقها داخل مكتب التصويت.
- نسخة الى رئيس اللجنة الانتخابية مع الملاحق مقابل وصل استلام ويسلمها رئيس المكتب أو نائبه.
- نسخة الى ممثل السلطة الوطنية المستقلة للانتخابات يسلمها رئيس مركز التصويت.

وبالنسبة لانتخابات رئيس الجمهورية تسجل نتائج انتخابه في محضر محرر في ثلاث نسخ أصلية على استمارات خاصة يحددها رئيس السلطة الوطنية المستقلة للانتخابات، ويتولى رئيس مكتب التصويت تعليق محضر الفرز في نفس المكتب بمجرد تحريره[45].

وكذلك يتولى رئيس المكتب بعد الفرز مباشرة وداخل المكتب ان يسلم نسخة من محضر الفرز مصادق على مطابقتها للأصل من قبله الى كل الممثلين المؤهلين قانونا للمترشحين او قوائم المترشحين

مقابل وصل استلام وتدمغ هذه النسخة على جميع صفحاتها بالختم الذي يحمل عبارة (نسخة مصادقة على مطابقتها للأصل).

ويسلم كذلك ممثل السلطة الوطنية المستقلة للانتخابات نسخة من محضر الفرز مصادق على مطابقتها للأصل من قبل رئيس المكتب مقابل وصل استلام، كما يمكن لممثل السلطة الوطنية المستقلة للانتخابات الاطلاع على ملاحق محضر الفرز[46].

7- إعلان النتائج الأولية للانتخابات: تشكل لجان على مستوى البلديات والولايات والدبلوماسيات أو القنصليات خاصة بإحصاء نتائج التصويت المحصل عليها في كل مكاتب التصويت، ويقوم المندوب الولائي للسلطة الوطنية المستقلة للانتخابات بتعيين نائب رئيس اللجنة الانتخابية البلدية ومساعدين إثنين من بين ناخبي البلدية ماعدا المترشحين والمنتميين الى أحزابهم وأقاربهم واصهارهم الى غاية الدرجة أربعة[47].

حيث تقوم بإحصاء نتائج التصويت في كل الاستحقاقات في محضر خاص بالإحصاء البلدي يحدد مواصفاته التقنية رئيس السلطة الوطنية المستقلة للانتخابات، وتقوم في انتخابات المجالس الشعبية البلدية بتوزيع المقاعد طبقا لأحكام المواد من (66) الى (69) من القانون العضوي للانتخابات 10/16[48].

أما بخصوص اللجان الانتخابية الدبلوماسية أو القنصلية فيحدد عددها وتشكيلتها عن طريق من رئيس السلطة الوطنية المستقلة للانتخابات بالتنسيق والتشاور مع مصالح وزارة الشؤون الخارجية لإحصاء النتائج المحصل عليها في مكاتب التصويت في الدوائر الانتخابية الدبلوماسية أو القنصلية[49].

وتعمل اللجان الولائية تحت إشراف السلطة الوطنية المستقلة للانتخابات حيث تتكون من ثلاث أعضاء: -قاضي برتبة مستشار رئيس يعينه رئيس المجلس القضائي المختص إقليميا.

- المندوب الولائي أو نائبه للسلطة الوطنية المستقلة للانتخابات يمثل نائب رئيس اللجنة.

- ضابط عمومي يسخره رئيس السلطة الوطنية المستقلة للانتخابات عضو في اللجنة ويقوم بمهام أمانة اللجنة.

وتقوم في انتخابات المجالس الشعبية الولائية بتوزيع المقاعد طبقا لأحكام المواد (66) الى (69) من القانون العضوي للانتخابات 10/16[50]

أما بالنسبة للانتخابات رئيس الجمهورية تكلف اللجنة الانتخابية الولائية بجمع نتائج البلديات التابعة للولاية والقيام بالإحصاء العام للأصوات ومعاينة النتائج لانتخاب رئيس الجمهورية[51].

ويجب أن تنهي اللجان أشغالها خلال اثنين وسبعون (72) ساعة الموالية لاختتام الاقتراع على الأكثر، وتدون في ثلاث محاضر من ثلاث نسخ وتودع محاضرها فورا في ظرف مختوم لدى أمانة ضبط المجلس الدستوري، وترسل نسخة من المحضر الى رئيس السلطة الوطنية المستقلة للانتخابات.

في انتخابات رئاسة الجمهورية يقوم رئيس السلطة الوطنية المستقلة للانتخابات بإعلان النتائج الأولية، ومن ثم يعلن المجلس الدستوري النتائج النهائية في مدة أقصاها عشرة أيام اعتبارا من تاريخ استلامه محاضر اللجان الانتخابية المنصوص عليها في المادتين 154 و165 من القانون العضوي للانتخابات 10/16[52].

الخاتمة:

من خلال استقراء القانون العضوي المنظم للسلطة الوطنية للانتخابات وكل النصوص القانونية والقرارات التي لها علاقة مباشرة بها ولاسيما القانون العضوي المنظم للانتخابات وقرارات رئيس السلطة المستقلة، يمكن القول ان استحداث السلطة الوطنية للانتخابات تقوم على العملية الانتخابية من تحضير الانتخابات وتنظيمها وادارتها والاشراف عليها الى اعلان النتائج الأولية يعتبر امرا إيجابيا لأنه يعتبر من اهم الضمانات التي تحقق لنا انتخابات حرة ونزيهة.

ولعل من اهم النتائج السلبية التي استوقفتنا في هذه الدراسة من خلال استقراء النصوص القانونية المنظمة لصلاحيات وتنظيم هذه الهيئة:

- عدم صدور النظام الداخلي مع ان المشرع نص على ان مجلس السلطة يعد نظامه الداخلي فور تنصيبه، والى كتابة هذه الاحرف لم يتم اصدار النظام الداخلي مع أن السلطة بدأت بالتحضير لعملية الانتخابات الرئاسية 2019.

- عدم توازن في التشكيلة حيث ان (20) عضو من كفاءات المجتمع المدني يقابل (30) عضو من عدة قطاعات أخرى مثل القضاة والمحضرين والاساتذة الجامعيين.

- عدم وضع شروط أو معايير محددة لتعيين كفاءات المجتمع المدني والتي لابد أن تكون هذه الكفاءات مؤهلة للقيام بهذه المهمة على أحسن وجه.

- عدم النص على عدم التنافي بالنسبة لأعضاء مجلس ومكتب السلطة المستقلة وهذا من اجل تفرغ أعضاء الهيئة للقيام بعملهم بأحسن وجه.

- عدم تكوين أعضاء السلطة المستقلة في مجال الانتخابات وبمجرد تنصيبهم باشروا مهامهم بالتحضير لانتخابات الرئاسية.

الهوامش:

(1) أنظر المادة 21، الإعلان العالمي لحقوق الانسان، اعتمد بموجب قرار الجمعية العامة 217 الف، المؤرخ في 10 ديسمبر 1948، ص4.

(2) أنظر المادة 25، العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية.

(3) أنظر: المادة 01، مرسوم رئاسي، رقم 19-266، مؤرخ في 2 أكتوبر 2019، المتضمن تقليد رئيس وأعضاء مجلس السلطة الوطنية المستقلة للانتخابات في مهامهم، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 61، 03 اكتوبر 2019، ص5

(4) أنظر: المادة 33 و34، قانون عضوي، رقم 19-07، مؤرخ في 14 سبتمبر 2019، المتعلق بالسلطة الوطنية المستقلة للانتخابات، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 55، 15 سبتمبر 2019، ص9.

(5) أنظر القانون رقم 19-07 المذكور، المادة 26.

(6) أنظر القانون رقم 19-07 المذكور، المادة 26.

(7) أنظر القانون رقم 19-07 المذكور، المادة 19.

(8) أنظر القانون رقم 19-07 المذكور، المادة 30، 31.

(9) أنظر القانون رقم 19-07 المذكور، المادة 38.

(10) أنظر القانون رقم 19-07 المذكور، المادة 39.

[11] أنظر القانون رقم 19-07 المذكور، المادة 42.

[12] أنظر القانون رقم 19-07 المذكور، المادة 06.

[13] أنظر القانون رقم 19-07 المذكور، المادة 17.

[14] أنظر القانون رقم 19-07 المذكور، المادة 11.

[15] أنظر القانون رقم 19-07 المذكور، المادة 10.

[16] جدو نوال، التحضير للعملية الانتخابية على ضوء قانون الانتخابات الجديد 2012، مذكرة مقدمة لنيل درجة ماجستير، تخصص دولة ومؤسسات، جامعة الجزائر 01 كلية الحقوق بن عكنون، 2013/2012، ص 25، 26.

[17] أنظر: المادة 13مكرر، قانون عضوي، رقم 16-10، مؤرخ في 25 غشت 2016، المتعلق بنظام الانتخابات، المعدل بالقانون العضوي 19-08، المؤرخ في 14 سبتمبر 2019، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 55، 15 سبتمبر 2019، ص18.

[18] أنظر القانون رقم 16-10 المذكور، المادة 15، 16، 17.

[19] أنظر القانون رقم 16-10 المذكور، المادة 22,23. وقرار رئيس السلطة المستقلة، مؤرخ في 1 أكتوبر 2019، المحدد لكيفيات وضع القوائم الانتخابية تحت تصرف المترشحين والاطلاع عليها، المواد 2,3,4,5، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 61، ص18.

[20] أنظر القانون رقم 16-10 المذكور، المادة 24، وقرار رئيس السلطة المستقلة، مؤرخ في 1 أكتوبر 2019، المحدد لكيفيات اعداد بطاقة الناخب وتسليمها واستبدالها والغائها، المواد 2,3، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 61، ص18.

[21] أنظر القانون رقم 16-10 المذكور، المادة 139. وأنظر القانون رقم 19-07 المذكور، المادة 08.

[22] أنظر القانون رقم 16-10 المذكور، المادة 140، 139، وقرار رئيس السلطة المستقلة، مؤرخ في 08 أكتوبر 2019، المتعلق بتحديد كيفيات وإجراءات إيداع التصريح بالترشح لرئاسة الجمهورية لدى السلطة المستقلة، المادة 04، 05.

[23] أنظر القانون رقم 16-10 المذكور، المادة 142.

[24] أنظر القانون رقم 16-10 المذكور، المادة 141، وقرار رئيس السلطة المستقلة المؤرخ في 08 أكتوبر 2019، المادة 08.

[25] أنظر القانون رقم 16-10 المذكور، المادة 141، وقرار رئيس السلطة المستقلة المؤرخ في 08 أكتوبر 2019، المادة 10.

[26] جدو نوال، مرجع سابق، ص 139 .

[27] أنظر القانون رقم 16-10 المذكور، المادة 177، 182.

[28] أنظر القانون رقم 19-07 المذكور، المادة 08. أنظر القانون رقم 16-10 المذكور، المادة 182,177.

[29] أنظر القانون رقم 19-07 المذكور، المادة 08.

[30] أنظر القانون رقم 16-10 المذكور، المادة 27.

[31] أنظر القانون رقم 16-10 المذكور، المادة27,30، و أنظر القانون رقم 19-07 المذكور، المادة 08 والمواد 03,04,05 من قرار رئيس السلطة المستقلة ، المؤرخ في 29 سبتمبر 2019، يحدد شروط تسخير الأشخاص خلال الانتخابات.

[32] أنظر القانون رقم 19-07 المذكور، المادة 08.

[33] أنظر القانون رقم 16-10 المذكور، المادة 169.

[34] أنظر القانون رقم 16-10 المذكور، المادة 64,54، والمواد 03,04 من قرار رئيس السلطة المستقلة، المؤرخ في 29 سبتمبر 2019، يحدد شكل وشروط اعداد الوكالة للتصويت في الانتخابات.

[35] أنظر القانون رقم 16-10 المذكور، المادة 33.

[36] أنظر القانون رقم 16-10 المذكور، المادة 36.

[37] أنظر القانون رقم 16-10 المذكور، المادة 36، 37.

[38] أنظر القانون رقم 16-10 المذكور، المادة 38.

[39] أنظر القانون رقم 16-10 المذكور، المادة 39.

[40] أنظر القانون رقم 16-10 المذكور، المادة 40.

[41] الصادق بن عزة، دور الهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات في الاشراف والرقابة على العملية الانتخابية في الجزائر، مجلة العلوم القانونية والسياسية، الجزائر، المجلد 09، العدد 02، جوان 2018، ص 705.

[42] أنظر القانون رقم 16-10 المذكور، المادة 48. .

[43] أنظر القانون رقم 16-10 المذكور، المادة 49.

(44) أنظر القانون رقم 16-10 المذكور، المادة 50.

(45) أنظر القانون رقم 16-10 المذكور، المادة 147.

(46) أنظر القانون رقم 16-10 المذكور، المادة 51.

(47) أنظر القانون رقم 16-10 المذكور، المادة 152.

(48) أنظر القانون رقم 16-10 المذكور، المادة 153.

(49) أنظر القانون رقم 16-10 المذكور، المادة 162.

(50) أنظر القانون رقم 16-10 المذكور، المادة 156.

(51) أنظر القانون رقم 16-10 المذكور، المادة 160.

(52) أنظر القانون رقم 16-10 المذكور، المادة 160، 162، 145.

تعزيز القضاء برقابة الدفع بعدم الدستورية



الدكتور / عادل عميرات
كلية الحقوق والعلوم السياسية
جامعة الوادي

❋ ❋ ❋ ❋ ❋

مقدّمة:

الدستور هو الأسمى في الهرم القانوني للدولة فمن خلاله تبرز أهم المبادئ و القواعد الأساسية التي تقوم عليها الدولة مبينا لشكل نظامها السياسي و لسلطات الدولة محدد مجال تدخلها حريصا على استقلاليتها و ضمان حقوق و حريات الأفراد.

وتعتبر الرقابة على دستورية القوانين المؤشر الحقيقي الذي يبن مدى احترام أي نظام دستوري لشروط إقامة دولة الحق و القانون إضافة إلى أنها ضمانة فعلية لتكريس مفهوم المواطنة و احترام حقوق الإنسان و حرياته في ظل المبادئ التي يكفلها الدستور.

النظام الدستوري الجزائري كغيره من الأنظمة الدستورية الأخرى تطور في مجال إنشائه لنظام الرقابة على دستورية القوانين، مع اختلاف لمفهوم هذا النظام كرسته كل مرحلة من المراحل التي مر بها بحيث أعطت صور متباينة من ناحية التطبيق و الأثار المترتبة عنها اكتسبت من خلال الممارسة خصوصية ارتبطت بكل مرحلة تجلت من عدة جوانب.

من أبرزها الصلاحيات التي تتمتع بها الهيئة الدستورية المعنية بعملية الرقابة الدستورية والمتمثلة حاليا في المجلس الدستوري و كل ما يتعلق بتنظيم هذا الجهاز الهام في الدولة و ما يتمتع به منمكانة وتطور تشكيلته و اختصاصاته الرقابية بشكل يكفل الحماية الدستورية للحقوق و الحريات ويكرس مبدأ الفصل بين السلطات.

مع أهمية الإضافة الجديدة التي تناولها المؤسس الدستوري الجزائري في التعديل الدستوري لسنة 2016 وهي منح الأفراد حق الطعن في دستورية القوانين و التي تعتبر موضوعا جديدا في مجال الحقوق الدستورية في الجزائر.

فمن خلال هذا التعديل عمد المشرع إلى تطوير العديد من الأحكام التي تندرج ضمن الإطار العام لعمل المجلس و ذلك بإيجاد نوع من التوازن كان مفقودا في تركيبته كما تم فرض شروط لتولي العضوية

في المجلس الدستوري لم تكن واردة من قبل كالسن و التخصص و الخبرة المهنية من أجل ضمان سير أحسن و نجاعة أفضل لعمله في حين تم النص على مجموعة من الأحكام المتعلقة بمجال الإخطار و التي يعتبر أهمها التوسيع في دائرة ممارسة هذه الآلية، لتشمل هيئات جديدة تغاضت عنها الدساتير السابقة وكذلك تمديد أجال المجلس الدستوري للبت في مواضيع الإخطار و تقليصها في حالات الاستعجال فقط إضافة إلى دسترة حجية أراء و قرارات المجلس الدستوري و إعطائها الطابع الإلزامي و النهائي.

لقد ميز المؤسس الدستوري الجزائري بين الرقابة الدستورية الو جوبيه التي تمارس على بعض النصوص و التي تشمل القوانين العضوية و الأنظمة الداخلية للبرلمان و بين رقابة دستورية اختيارية تمارس على المعاهدات والقوانين العادية و الأوامر الرئاسية و كذا التنظيمات كما احتلت مشاريع التعديلات الدستورية بدورها حيزا واضحا في نظام الرقابة الدستورية وسط جدل فقهي حول نوعية الرقابة الممارسة على هذا النوع من النصوص.

عموما فقد عرفت الرقابة على دستورية القوانين جملة من التطورات لكن نركز في دراستنا هذه على التطور الحاصل بتعديل سنة 2016 والمتعلق بالدفع بعدم دستورية القوانين باعتباره رقابة دستورية لاحقة يبرز فيها دور القضاء بشكل جلي لتجسيد هذه الرقابة.

محاولة منا للإجابة عن الإشكالية التي مفادها ما مدى تعزيز النظام القانوني للدفع بعدم الدستورية للقضاء و ما هي آليات تجسيده في ظل تعديل سنة 2016؟.

لمعالجة هذا الموضوع ارتأينا التطرق للمحاور التالية:

أولا: شروط الرقابة عن طريق الدفع بعدم دستورية القوانين

ثانيا: التكييف القانوني لآلية الدفع بعدم دستورية القوانين

ثالثا: إجراءات الدفع بعدم دستورية القوانين

رابعا: أثار الدفع بعدم دستورية القوانين

أولا

شروط الرقابة عن طريق الدفع بعدم دستورية القوانين

تحريك الرقابة اللاحقة بعدم دستورية القوانين عن طريق الدعوى القضائية يكون بالدفع أمام القاضي بعدم دستورية قانون يمس بحق من الحقوق أو بحرية من الحريات التي يضمنها الدستور وعلى هذا يجب توفر بعض الشروط تطبقا لأحكام المادة 188 من التعديل الدستوري و القانون العضوي رقم 16/18 المحدد لشروط و كيفيات الدفع بعدم الدستورية[1]. التعديل الدستوري لسنة 2016 مكن المتقاضين من حق إخطار المجلس الدستوري بتقديم الدفع بناء على إحالة من المحكمة العليا أو مجلس الدولة عندما يدعي أحد الأطراف أمام جهة قضائية[2] ، وعموما تتمثل هذه الشروط فيما يلي:

1- الدفع بعدم الدستورية يكون من أحد أطراف الدعوى

المادة 188 من التعديل الدستوري لم تحدد أشخاص الدعوى ، ولا يمكن للقاضي أن ينظر في الدعوى الأصلية فيما يخص إثارة الدفع بعدم الدستورية من تلقاء نفسه[3].

وبالتالي يعتبر من أشخاص الدعوى كل مدعى أو مدعى عليه في قضية معروضة أمام المحكمة سواء كانوا أصليين أو انضمامين كما يجوز أن يقدم من النيابة العامة إذا كانت طرف في الدعوى و يمارس هذا الحق أيضا من الجمعيات .

2- الدفع يقدم أثناء النظر في القضية أمام إحدى الجهات القضائية

أي إلى جانب النزاع المعروض أمام إحدى الجهات القضائية سواء أمام الدرجة الأولى أو الدرجة الثانية أو جهة النقض يصبح هناك نزاع دستوري مرتبط به[4].

في هذه الحالة يمكن أن يطلب أحد أطراف الدعوى إرجاء الفصل في القضية و إحالة الدعوى إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة حسبما إذا كان النزاع عادي أو إداري .

3- الدفع بعدم الدستورية ينصب على قانون

فيجب أن يكون محل الدفع قانون من القوانين التي صوت عليها البرلمان سواء كان قانون عادي أو عضوي لأن هذا ما ينصب في دائرة الدفع بعدم دستورية القوانين لكن استثنى من ذلك المراسيم و القرارات الفردية لأنها تعتبر نشاطات إدارية تخضع لرقابة القضاء الإداري[5].

4- القانون المطعون فيه يمس بالحقوق و الحريات التي يكفلها الدستور

ديباجة الدستور في الفقرة 12 تنص على أن الدستور فوق الجميع و هو القانون الأساسي الذي يضمن الحقوق و الحريات الفردية و الجماعية ، فدستور سنة 2016 وسع في مجال الحقوق و الحريات و هذا تدعيما لدولة الحق و القانون.

وبالتالي لا يمكن أن نتصور قبول الطعن بعدم الدستورية عن طريق الدفع ، إلا في حالة انتهاك قانون للحقوق و الحريات التي أقرها الدستور.

والقانون الذي يقصده المؤسس الدستوري يتمثل في القوانين التي تدخل في نطاق الرقابة الاختيارية المتمثلة في القوانين العادية ، أي لا يمكن أن نقتصر على القوانين العضوية و النظامين الداخليين لغرفتي البرلمان لكونها تخضع للرقابة الو جوبيه قبل دخولها حيز النفاذ و ذلك بناء على إخطار رئيس الجمهورية[6].

5- تفصل الجهات القضائية في الدفع بعدم الدستورية ضمن الأجل المحدد

ضرورة تحديد أجال معقولة للجهات القضائية للفصل في الدفع جعلت المجلس الدستوري الجزائري يحدد المدة بأربعة أشهر يمكن تمديدها لأربعة أشهر أخرى بناء على قرار مسبب من طرف المجلس و يبلغ إلى الجهة القضائية صاحبة الإخطار حسب ما نصت عليه المادة 189 الفقرة 2 و 3 .

ثانيا

التكييف القانوني لآلية الدفع بعدم دستورية القوانين

التكيف القانوني هو منح الفعل المرتكب الوصف الذي ينطبق عليه من بين كافة الأوصاف والخصائص التي يتضمنها القانون ، من هذا المنطلق يعتبر الدفع بعدم الدستورية وسيلة من وسائل تحريك الرقابة الدستورية و هو آلية مهمة و فعالة للرقابة البعدية على القوانين للدفاع عن حقوق

وحريات الأفراد و ضمان سمو الدستور و الفصل بين السلطات، فهو حق الأفراد في تحريك رقابة دستورية القوانين خاصة إذا صدر قانون يمس بحقوق و حريات المواطنين فهو من أهم الوسائل المقررة دستوريا[7].

الرقابة اللاحقة عن طريق الدفع بعدم دستورية القوانين تتم بمناسبة البت في الدعاوى المطروحة على المحاكم و يثور الدفع بعدم دستورية القانون المطلوب تطبيقه في الدعاوى بواسطة أطرافها و لابد على القاضي أن يتأكد من جدية الدفع بعدم دستورية القوانين.

يعتبر هذا الدفع أكثر الأساليب فعالية لضمان حماية حقوق و حريات الأفراد لكونها تستبعد جميع القوانين التي لا تتماشى و مضمون الدستور.

ثالثا

إجراءات الدفع بعدم دستورية القوانين

يمكن لأي متقاضي طرف في خصومة مدنية أو جزائية أو إدارية أن يلتمس من الجهة القضائية المطروحة أمامها دعواه إخطار المجلس الدستوري للنظر في مدى مطابقة الحكم التشريعي المحتج به من قبل خصمه للدستور إذا ما رأى أن هذا الحكم التشريعي المتمثل في قانون عضوي أو قانون عادي أو أمر أو مرسوم تشريعي تم التصديق عليه من البرلمان ينتهك الحقوق و الحريات التي يضمنها الدستور.

يفصل المجلس الدستوري في الدفع بعدم الدستورية باعتباره المختص في إلغاء الحكم التشريعي المعترض عليه ، و من ثم يمكن للمجلس الدستوري مراقبة مدى مطابقة التفسير الذي كرسته المحكمة العليا أو مجلس الدولة مع الحقوق و الحريات التي يضمنها الدستور و عند الضرورة يمكنه التصريح بأن هذا القضاء المستقر المفسر لحكم تشريعي ينتهك حقوق و حريات دستورية[8].

1- تقديم الدفع بعدم الدستورية

يثار الدفع بعدم الدستورية بصفة فرعية أي بمناسبة خصومة مطروحة أمام الجهة القضائية يمكن طرح هذا الدفع في أي حالة كانت عليها الدعوى حتى لأول مرة في الاستئناف أو في الطعن بالنقض.

لا يجوز إثارة الدفع بعدم الدستورية أمام محكمة الجنايات الابتدائية غير أنه يمكن إثارته عند استئناف الصادر عن محكمة الجنايات ، يثار الدفع من طرف الخصم نفسه إن كانت الجهة المثار أمامها الدفع محكمة و لكن إذا أثير الدفع أمام المجلس القضائي أو المحكمة الإدارية أو المحكمة العليا أو مجلس الدولة فإنه يقدم لزوما من طرف محامي و يقدم بمذكرة مكتوبة و منفصلة عن باقي المذكرات المدفوعة في الملف

2- إرسال الدفع بعدم الدستورية

بمجرد إخطار الجهة القضائية بالدفع بعدم الدستورية يستوجب عليها الفصل فورا و بقرار مسبب في إرسال هذا الدفع إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة ، و ذلك بعد استطلاع رأي النيابة العامة أو محافظ الدولة حسب طبيعة الجهة القضائية ، قد تكون الجهة القضائية تضم مساعدين غير قضاة ، ففي هذه الحالة تفصل في إرسال الدفع بعدم الدستورية دون حضور المساعدين.

بعد إستيفاء الشروط تقوم الجهة القضائية بإرسال الدفع بعدم الدستورية إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة مرفقا بعرائض الأطراف و مذكراتهم خلال عشرة أيام من صدور هذا القرار و يبلغ هذا القرار الذي لا يكون قابلا لأي طعن إلى الأطراف.

في حالة إرسال الدفع بعدم الدستورية إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة ترجئ الجهة القضائية الفصل في النزاع إلى غاية توصلها بقرار المحكمة العليا أو مجلس الدولة أو المجلس الدستوري في حالة ما أحيل هذا الدفع لهذا الأخير للفصل فيه ، و مع ذلك فإن قرار إرسال الدفع بعدم الدستورية إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة لا يترتب عليه وقف التحقيق كما يمكن للجهة القضائية اتخاذ أي تدبير مؤقت أو تحفظي تراه مناسبا.

كذلك لا ترجئ الجهة القضائية الفصل في الدعوى بعد اتخاذها قرار إرسال الدفع بعدم الدستورية عندما يكون شخص محروم من حريته بسبب الدعوى أو عندما تهدف هذه الدعوى إلى وضع حد لحرمان من الحرية أو كذلك عندما ينص القانون على وجوب فصل الجهة القضائية في أجل محدد أو على سبيل الاستعجال.

إذا رفضت الجهة القضائية إرسال الدفع بعدم الدستورية إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة فإنها تصدر قرار يقضي بذلك ، و يبلغ هذا القرار إلى الأطراف الذين يمكنهم الاعتراض عليه و لكن فقط بمناسبة الطعن ضد القرار الفاصل في النزاع أو جزء منه.

يجب أن يقدم الاعتراض في قرار رفض إرسال الدفع بعدم الدستورية بموجب مذكرة مكتوبة و منفصلة و مسببة و ذلك تحت طائلة عدم القبول.

3- استلام المحكمة العليا أو مجلس الدولة للدفع بعدم الدستورية

تفصل المحكمة العليا أو مجلس الدولة في حالة إحالة الدفع بعدم الدستورية إلى المجلس الدستوري في أجل شهرين من تاريخ استلام الإرسال الصادر عن الجهة القضائية التي أثير أمامها هذا الدفع.

بمجرد أن يثار الدفع أمام المحكمة العليا أو مجلس الدولة مباشرة فإن الجهة القضائية المعنية تفصل على سبيل الأولوية في إحالة هذا الدفع عن المجلس الدستوري في اجل شهرين.

يوجه قرار إرسال الدفع بعدم الدستورية إلى الرئيس الأول للمحكمة العليا أو رئيس مجلس الدولة الذين يستطلعان فورا رأي النائب العام أو محافظ الدولة و يمكن الأطراف من تقديم طلباتهم المكتوبة.

يصدر قرار المحكمة العليا أو مجلس الدولة بتشكيلة يرأسها رئيس كل جهة قضائية و عند تعذر ذلك يرأسها نائب الرئيس و تتشكل من رئيس الغرفة المعنية و ثلاثة 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 و يرفق بهذا القرار مذكرات و عرائض الأطراف.

كما هو الشأن أمام باقي الجهات القضائية فعند إحالة الدفع بعدم الدستورية المثار مباشرة أمام المحكمة العليا أو مجلس الدولة إلى المجلس الدستوري من قبل هاتين الجهتين القضائيتين فإنه يجب على المحكمة العليا أو مجلس الدولة إرجاء الفصل إلى حين البت في الدفع بعدم الدستورية إلا إذا كان المعني محروما من الحرية بسبب الدعوى أو عندما تهدف هذه الدعوى إلى وضع حد للحرمان من الحرية أو إذا كان ملزمين قانونا بالفصل في أجل محدد أو على سبيل الاستعجال.

يتم إعلام الجهة القضائية التي أرسلت الدفع بعدم الدستورية بقرار المحكمة العليا أو مجلس الدولة و يبلغ للأطراف في أجل عشرة أيام من تاريخ صدوره إذ لم تفصل المحكمة العليا أو مجلس الدولة في أجل شهرين من تاريخ استلامها قرار الإحالة فإن الدفع بعدم الدستورية يحال تلقائيا للمجلس الدستوري.

4- إخطار المجلس الدستوري بالدفع بعدم الدستورية

يستعد المجلس الدستوري للفصل في القضايا المتصلة بالدفع بعدم الدستورية و الذي أضاف إلى موقعه الإلكتروني صفحة جديدة بعنوان الدفع بعدم الدستورية ، سيصادق بلا شك على نظام داخلي يحدد إجراءات عمله عند فصله في الدفع بعدم الدستورية و هو النظام الداخلي الذي نصت عليه ضمنيا المادة 22 من القانون العضوي المؤرخ في 02 /2018/09.

عند إخطاره بالدفع بعدم الدستورية فإن المجلس الدستوري يعلم فورا رئيس الجمهورية كما يعلم رئيس مجلس الأمة و رئيس المجلس الشعبي الوطني و الوزير الأول الذين يمكنهم توجيه ملاحظاتهم للمجلس الدستوري حول هذا الدفع.

طبقا للمادة 189 الفقرة 2 من الدستور فإن المجلس الدستوري يصدر قراره خلال الأشهر الأربعة التي تلي تاريخ إخطاره و يمكن تمديد هذا الأجل مرة واحدة لمدة أقصاها أربعة أشهر بناء على قرار مسبب يبلغ إلى الجهة القضائية صاحبة الإخطار.

وتكون جلسات المجلس الدستوري علنية غير أنه يمكنه عقد جلسات سرية في الحالات المحددة في نظامه الداخلي ، و يمكن للأطراف بواسطة محاميهم و لممثل الحكومة تقديم ملاحظاتهم .

5- صدور قرار المجلس الدستوري

بعد إخطار المجلس الدستوري بالدفع يمكنه إما التصريح بمطابقة الحكم التشريعي للدستور أو بالعكس التصريح بعدم مطابقته للدستور.

في الحالة الأولى فإن الحكم التشريعي يحتفظ بمكانه في النظام القانوني الداخلي ، و تلزم حينئذ الجهة القضائية المطروحة أمامها الدعوى صاحبة الإخطار بعدم الدستورية بتطبيق هذا الحكم التشريعي ، مع الأخذ بعين الاعتبار التحفظات التفسيرية التي يكون قد أبداها المجلس الدستوري عند فصله في الدفع ، يفرض كذلك قرار المجلس الدستوري على كل السلطات العمومية و على كل السلطات الإدارية و القضائية.

في الحالة الثانية التي قد يقضي فيها المجلس الدستوري بعدم مطابقته للحكم التشريعي للدستور فإن هذا الحكم التشريعي يفقد كل أثاره و يختفي من النظم القانونية ، لترك الوقت الكافي للبرلمان

لتصحيح عدم دستورية الحكم التشريعي الملغى فإنه يمكن للمجلس الدستوري أن يقضي بأن النص التشريعي الغير دستوري يفقد أثره لا من يوم صدور قرار المجلس الدستوري ، و لكن ابتداء من اليوم الذي يحدده في هذا القرار حسب المادة 191 الفقرة 2 من الدستور و يكون قرار المجلس الدستوري قرار نهائي غير قابل لأي طعن.

رابعا

أثار الدفع بعدم دستورية القوانين

تتعلق أثار الدفع بعدم الدستورية بجانبين أحدهما يتعلق بطبيعة المجلس الدستوري و الأخر يتعلق بعلاقته مع القضاء .

1- الصفة القضائية للمجلس الدستوري

عمد المشرع الجزائري إلى إيجاد مزاوجة في الرقابة الدستورية بين الرقابة السياسية و الرقابة القضائية ، عندما ألحق بتشكيلة المجلس الدستوري ممثلين عن السلطة القضائية ، وأكد على ذلك من خلال التعديل الدستوري لسنة 2016 حين شدد في شروط العضوية.

ذلك دعما و حماية لمبدأ سمو الدستور و بالخصوص فيما يتعلق بالحقوق والحريات مؤكدا بذلك على ولوج رقابة قضائية على دستورية القوانين من خلال المادة 188 من التعديل الدستوري 2016 و بذلك يكون عزز بشكل حاسم الطبيعة القضائية للمجلس الدستوري و إن لم يذكر صراحة إضفاء الصفة القضائية على المجلس الدستوري[9].

2- تأسيس علاقة قانونية بين القضاء و المجلس الدستوري

إن مهمة القضاء في الجزائر قبل التعديل الدستوري 2016 كانت تطبيق القانون و ليس البحث عن دستوريته من عدمها ، و الخروج عن هذه القاعدة كان يحدث فقط عند إصدار الآراء ذات الطابع الاستشاري من قبل مجلس الدولة و التي تطلبها الحكومة بمناسبة إعدادها لمشاريع القوانين التي تعرض على البرلمان و إقرارها ، و ذلك تطبيقا لنص المادة 136 من الدستور.

لكن بعد اعتماد آلية الدفع بعدم الدستورية و التي نصت عليها المادة 188 في التعديل الدستوري لسنة 2016 و التي سمحت بإخطار المجلس الدستوري بالدفع بعدم الدستورية بناء على إحالة من المحكمة العليا أو مجلس الدولة تأسست علاقة قانونية بين المجلس الدستوري و القضاء.

هذه العلاقة حددت المادة 188 من الدستور[10] طرفيها المتمثلين في المجلس الدستوري من جهة ومن جهة أخرى بأعلى هيئتين في الهرم القضائي المحكمة العليا و مجلس الدولة التي يكون تجسيدها من خلال التشريعات التنظيمية[11].

خاتمة

يعتبر الدفع بعدم دستورية القوانين آلية هامة لتجسيد القضاء الدستوري و ذلك بالانتقال من رقابة سياسية سابقة إلى رقابة قضائية لاحقة بشكل فعلي و مباشر على نصوص تشريعية دخلت حيز التطبيق كشفت الممارسات القضائية عيوبها أو عدم دستوريتها و تهديدها لحقوق و حريات المواطنين

الذين أصبحوا بمقتضى التطور القانوني الحاصل أدوات فعالة لإحقاق العدالة من مركزهم كمتقاضين ، حماية للمشروعية القانونية و تطهيرا للمنظومة التشريعية من كل ما من شأنه أن يشوبها من ممارسات قانونية غير دستورية تهدد الأمن القانوني و تخل بالمبادئ الدستورية.

عرفت الجزائر هذا النوع من الرقابة من خلال التعديل الدستوري لسنة 2016 لكن مع محافظة المؤسس الدستوري على الرقابة السياسية عن طريق المجلس الدستوري أي أنه أصبح هناك مزج من الممارسة ما بين الرقابة القضائية عن طريق الدفع و الرقابة السياسية كأسلوب أصلي ينتهجه المؤسس الدستوري.

بذلك نستطيع القول أن هذا التوجه يعد مكسبا للمنظومة القانونية و القضائية لأن الهدف منها ضمان حقوق و حريات الأفراد بدستورية النصوص التشريعية برقابة قضائية لاحقة عززت دور القضاء و فكرة دولة القانون.

أي أن نص المادة 188 من التعديل الدستوري هو قفزة نوعية في النظام الدستوري الجزائري لأن حق إحالة القوانين غير الدستورية على المجلس الدستوري لم يعد حكرا على الطبقة السياسية بل أصبح مخول لكل المتقاضين.

لضمان فعالية آلية الدفع بعدم الدستورية نقترح ما يلي:

- إن ضغط الملفات المتعلقة بالدفع بعدم الدستورية التي قد تحال من المحكمة العليا و مجلس الدولة يستلزم إيجاد منهجية موحدة لمراقبة جدية الدفع كاستحداث غرفة على مستوى المجلس الدستوري مكلفة بالفرز و التصفية لكن قضاتها لا يشاركون بالبت و الفصل في الدفع بعدم الدستورية.
- استحداث هيئة داخل المحكمة العليا و مجلس الدولة للنظر الأولي في مدى وجاهة الطعن المقدم بعدم الدستورية.
- تدريب القضاة و المحامين على ولوج القضاء الدستوري و تحسيس المواطنين بأهمية ألية الدفع بعدم الدستورية و ضرورة استعمالها بشكل صحيح تفاديا لإغراق المحاكم بطعون دستورية غير جدية.
- يجب تقليص المدة القانونية للفصل و تبسيط إجراءاتها لأنه حسب المادة 188 من التعديل الدستوري 01/16 منحت مدة 4أشهر قابلة للتمديد 4 أشهر أخرى ، و هذا من شأنه أن يعطل النشاط القضائي ويرهق المواطن ولا يشعر بالتكفل الفعلي بدفعه.
- جعل الدفع بعدم الدستورية من النظام العام يجعله أكثر نجاعة من خلال السماح لقضاة الموضوع بإثارة الدفع بعدم الدستورية بشكل تلقائي في القضايا المعروضة عليه.
- وضع معايير دقيقة و موحدة لفرز الدفوع بعدم الدستورية و تحديد مدى جدية الدفع تفاديا للانحراف في استعماله.
- ضرورة التبليغ المباشر لأطراف الدعوى بقرار مجلس الدستوري بشأن الدفع بعدم الدستورية لأن الاقتصار فقط على النشر في الجريدة الرسمية دون تبليغ مباشر يسمح للأطراف بالتحجج بعدم معرفتهم بالقرار.

الهوامش:

(1) القانون العضوي رقم 16/18 المؤرخ في 09/02/ 2018المحدد لشروط وكيفيات الدفع بعدم الدستورية.

(2) عمار عباس، شروط الدفع بعدم دستورية القوانين الماسة بالحقوق و الحريات المكفولة دستوريا، مداخلة ألقيت في إطار الملتقى الوطني حول المجلس الدستوري الجزائري في ضوء تعديل 06 مارس إصلاحات مقررة في انتظار الممارسة، جامعة عبد الرحمان ميرة جامعة بجاية 2017/04/27. ص 6 .

(3) عبد العزيز محمد سلمان، رقابة دستورية القوانين، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي مصر 1995 ص 19 .

(4) محمود سامي جمال الدين، النظم السياسية و القانون الدستوري منشأة المعرف ، الإسكندرية 2005 ص17 .

(5) – عمار عباس و نفيسة بختة، تأثير النظام الإجرائي على رقابة المجلس الدستوري ، مجلة الفكر البرلماني، عدد 21، 2008، ص 41.

(6) المادة 12 من ديباجة دستور 2016 .

(7) عليان بوزيان، ألية الدفع بعدم دستورية القوانين وأثرها في تفعيل العدالة الدستورية، مجلة المجلس الدستوري، عدد 2، الجزائر 2010، ص 65

(8) محمدي روابحي، الإجراءات المطبقة أمام المحكمة العليا ومجلس الدولة في مادة الدفع بعدم الدستورية، عرض مقدم خلال الندوة الوطنية حول الدفع بعدم الدستورية المنعقد بالجزائر يومي 10 و11 ديسمبر 2018 .

(9) عبد القادر بوراس، لخضر تاج، الدفع بعدم الدستورية في الدستور الجزائري بين المكاسب والأفاق، مقارنة بالتجربة الفرنسية، مجلة أبحاث قانونية في السياسة، العدد السادس جوان 2018، ص54.

(10) الدستور الجزائري.

(11) عبد القادر بوراس، المرجع السابق ص 56.

رقابة دستورية القوانين العضوية



الدكتور / إلياس جوادي الدكتور / محمد الطاهر جرمون
كلية الحقوق والعلوم السياسية – جامعة الوادي

❋ ❋ ❋ ❋ ❋

مقدّمة:

القاعدة العامة وفي الأحوال العادية هي أن تتقيد السلطة العامة بمبدأ المشروعية الذي يعني احترامها للقواعد القانونية خاصة إذا كانت تمس بالحقوق والحريات العامة، والذي خصها المؤسس الدستوري بباب مستقل وأكد على احترامها وتوفير الضمانات الكافية لها نظرا لأهميتها.

لكن ما العمل إذا استجدت ظروف غير عادية تجعل هذه السلطة غير قادرة على القيام بوظائفها إذا التزمت بالقواعد القانونية العادية؟

حينما تلجأ الدول إلى القوانين الاستثنائية إذا كانت تمر بأزمة ما، وخاصة في فترات وقوع الكوارث الطبيعية كالسيول والزلازل، أو غير الطبيعية كالحروب والانقلابات العسكرية والثورات، فإنها تعرف جيداً أنها تخاطر بالحريات العامة، مبررة بذلك حماية المصلحة الوطنية العليا وسلامة واستقرار البلد، وتصبح إدارة البلاد غير ممكنة بالطرق الاعتيادية، وبالتالي سيؤثر ذلك سلبا على الحقوق والحريات والتضييق عليهما.

هذا الإجراء وان كان استثنائيا خطيرا له إطار قانوني حيث أقره المؤسس الدستوري في المواد 105 و106 وترك المجال لتفاصيله بقانون عضوي، استجابة لما توصلت إليه المواثيق والعهود الدولية والإقليمية.

وبالتالي تنبه المؤسس الدستوري في أغلب الدول إلى هذا الأمر، لذلك خول للمشرع بتشريع قوانين تمنح السلطة التنفيذية سلطات أوسع في حالات استثنائية يكون فيها عمل السلطة التنفيذية مشروعا رغم كونه غير ذلك في الظروف العادية، ومن أبرز هذه التشريعات الاستثنائية قوانين الطوارئ والحصار.

هذا الإجراء الاستثنائي هل يخضع للرقابة الدستورية مثله مثل باقي القوانين الأخرى باعتباره ضمن القوانين العضوية؟

استنادا لنص المادة 106 من الدستور الجزائري تعتبر قوانين الطوارئ والحصار ضمن القوانين العضوية والتي يمكن للمجلس الدستوري مراقبتها إجباريا قبل صدورها استنادا للمادة 186 من الدستور.

الإشكالية المطروحة تتمثل في مدى قدرة المجلس الدستوري على مراقبة قوانين عضوية تتعلق بحالة استثنائية خطيرة قد تؤثر سلبا بحريات الأفراد كحالة الطوارئ أو الحصار وإقرارها ضمن صلاحيات رئيس الجمهورية غير العادية.

سوف نحاول الإجابة عن هذه الإشكالية من خلال هذه الورقة البحثية بالتطرق لقانون الطوارئ ومدى قدرة المجلس الدستوري على مراقبته، من خلال تقسيم الموضوع على النحو الآتي:

المحور الأول: الإطار المفاهيمي لحالة الطوارئ

أولا- الظروف الاستثنائية:

ثانيا- حالة الطوارئ:

المحور الثاني: سلطة ودور المجلس الدستوري في الرقابة المتعلقة بقانون الطوارئ

أولا- الدور الرقابي للمجلس الدستوري في القوانين العضوية

ثانيا- رقابة المجلس الدستوري المتعلقة بقانون الطوارئ

الخاتمة.

المبحث الأول

الإطار المفاهيمي لحالة الطوارئ

تعد حالة الطوارئ أحد الحالات الهامة للظروف الاستثنائية، لذلك من المناسب التطرق بداية للظروف الاستثنائية، ثم الولوج لحالة الطوارئ على النحو الآتي:

أولا

مفهوم الظروف الاستثنائية

تعني حالة الظروف الاستثنائية وجود خطر محدق وشيك أو مفاجئ بغض النظر عن مصدره داخليا كان أو خارجيا، يهدد أمن الوطن وكيانه ويتسبب في زعزعة المجتمع وعدم استقراره، ويصيب مؤسسات الدولة على نحو يخل فيها بالنظام العام.

تعتبر نظرية الظروف الاستثنائية من حيث مصدرها الأصلي نظرية ذات أصل اجتهادي فرنسي أعدها قضاء مجلس الدولة أثناء الحرب العالمية الأولى فبدأت معه وقتها كأنها نظرية سلطات الحرب، تقضي فيها بسبب مقتضيات الحرب توسيع سلطات الإدارة وفق ما تتطلبه تلك الظروف[1].

تجيز نظرية الظروف الاستثنائية لسلطة قانونية (إدارية أو سياسية)، أو سلطة واقعية (شخص أو مجموعة تحل محل السلطة القانونية) بخرق مبدأ القانونية ضمن بعض الشروط[2]. فقيام الظروف الاستثنائية لا يلغي وجوب مراعاة السلطة للقانون في تقييدها للحريات العامة بل يخضعها لأحكام قانونية خاصة غير تلك التي تخضع لها في الحالات العادية، ترك لها مجال أوسع وأكبر للتصرف والقيام بما هو مناسب قصد مواجهة الأخطار التي تتعرض لها البلاد[3]. ففي الظروف الاستثنائية يسموا أمن الدولة وسلامتها على جميع الاعتبارات بما فيها احترام الحريات الفردية، إلا أن هذه الحريات لا تعطل تماما وإنما يسمح للسلطة بالحد من هذه الحريات دون التقيد بالأصول القانونية المرعية في الحالات العادية[4].

لتطبيق نظرية الظروف الاستثنائية لابد من وجود ضوابط أهمها ما يلي:

- وجود خطر محدق جسيم وحال يهدد الدولة ومؤسساتها واستقرارها، دون البحث في مصدره الذي قد يكون داخلي أو خارجي أو حتى من الطبيعة.

- عدم قدرة الوسائل والآليات القانونية العادية عن مواجهة هذا الخطر، أين يكون الإجراء الاستثنائي الذي سوف تتخذه السلطة الملاذ الوحيد لمواجهة الظرف الاستثنائي؛

- يجب على السلطة -عند اتخاذ هذا الإجراء- أن تهدف من خلال ذلك حماية النظام العام والمصلحة العامة؛

- ضرورة أن يتناسب الإجراء الاستثنائي التي تتخذه السلطة مع الظرف الاستثنائي الذي تواجهه؛

- أن يكون الإجراء المتخذ من طرف السلطة محدد المدة زمنيا.

المشرع الدستوري الجزائري أقر وجود الظروف الاستثنائية بدءا من دستور 1963، كما أقرها في باقي الدساتير التي تلته وصولا إلى الدستور الحالي (لسنة 2016) في المواد 105-110 منه والتي حصرها في الحالات الآتية: حالة الطوارئ (م 105-106)، وحالة الحصار (م 105-106)، الحالة الاستثنائية (م 107)، التعبئة العامة (م 108)، وحالة الحرب (م 109-110)، وأحاط المشرع الدستوري هذه الحالات بمجموعة من القيود والإجراءات محاولا فيها الموازنة بين مقتضيات الدخول لهذه الحالات بدءاً من الإعلان عنها، والمحافظة على قدر معين من حماية حقوق الإنسان والحريات العامة[5].

ثانيا

حالة الطوارئ

تعرف حالة الطوارئ بأنها: " نظام استثنائي ، يمكن تطبيقه على كل أو جزء من الإقليم المهدد أو الذي يوجد في أزمة، ومن آثاره أنه يمنح سلطات معتبرة لرجال البوليس المشكلين للسلطة المدنية، إذ تتمتع هذه الأخيرة في مجال تقييد الحريات العامة بسلطات أوسع من التي تتمتع بها السلطات العسكرية في حالة الحصار "[6].

تعد حالة الطوارئ نظاما استثنائيا يحد من الحريات الحريات العامة، وهي أوسع مدى وأقل ارتباط بالصراعات العسكرية في حالة الحصار، فتطبق حالة الخطر الداهم الناتج عن مساس خطير بالنظام العام، وفي أحداث تمثل في طبيعتها وخطورتها طابع الكوارث العامة، والزلازل والانفجارات[7].

ومجرد إعلان حالة الطوارئ لا يترتب عليه حتما تعطيل حريات الأفراد بل يستمر بقاء هذه الحريات والحقوق إلى أن يصدر تحديد صريح للتصرفات التي يرد عليها التقييد أو الإلغاء بمقتضى قانون الطوارئ[8].

حالة الطوارئ أقرها المشرع مع حالة الحصار بموجب المادتين 105، 106 من الدستور بحيث تضمنت المادة 105 ما يلي:

- يقرّر رئيس الجمهوريّة، حالة الطّوارئ أو الحصار إذا دعت الضّرورة الملحّة ذلك، لمدّة معيّنة؛

- يقرّر رئيس الجمهوريّة هذين الحالتين بعد اجتماع المجلس الأعلى للأمن، واستشارة رئيس مجلس الأمة، ورئيس المجلس الشعبي الوطني، والوزير الأول، ورئيس المجلس الدّستوريّ؛
- يتّخذ رئيس الجمهوريّة كلّ التّدابير اللاّزمة لاستتباب الوضع؛
- لا يمكن تمديد حالة الطّوارئ أو الحصار، إلاّ بعد موافقة البرلمان المنعقد بغرفتيه المجتمعتين معا.

وأضافت المادّة: 106 من الدستور بأن "يحدّد تنظيم حالة الطّوارئ وحالة الحصار بموجب قانون عضوي".

المبحث الثاني

سلطة ودور المجلس الدستوري في الرقابة المتعلقة بقانون الطوارئ

أولا

الدور الرقابي للمجلس الدستوري في القوانين العضوية

تدارك المؤسس الدستوري الجزائري بعض النقائص التي شابت الدساتير السابقة للتعديل الدستوري الصادر سنة 1996[9]، بحيث أقر في هذا التعديل فكرة القوانين العضوية (تسمى الأساسية في بعض الأنظمة) Organique، وحسب نص المادة 186 من الدستور يبدي المجلس الدستوري رأيه وجوبا في دستورية القوانين العضوية بعد أن يصادق عليها البرلمان، وعلة عرضها الإلزامي على المجلس الدستوري أنها نوعية متميزة من القوانين التي يصدرها البرلمان، وتتميز في موضوعها بأنها تحدد وتكمل نصوص الدستور، وتتميز كذلك في إجراءات إعدادها وإقرارها بأنها أكثر صعوبة من إجراءات إعداد وإقرار القوانين العادية الأخرى التي يقرها البرلمان[10].

وقد حذر بعض الفقهاء من أن يقوم البرلمان بتوسيع اختصاصه التشريعي بدون ضابط على القوانين العضوية، وهو الذي دفع بوجه خاص واضعو الدستور على إخضاع القوانين العضوية لرقابة حتمية وتلقائية من المجلس الدستوري قبل إصدارها[11].

وقد حددت المادة 141 من الدستور الجزائري مجال القوانين العضوية[12]، وأخضع الدستور رقابة مطابقتها المسبقة للمجلس الدستوري قبل صدورها طبقاً لنص المادة الأولى من النظام المحدد لقواعد عمل المجلس وذلك ضماناً لعدم اعتداء أي سلطة على اختصاصات غيرها، وكفالة لممارسة الحقوق والحريات السياسية واستقلالية القضاء[13]، وتنص الفقرة الأخيرة من المادة 141 على: "تتم المصادقة على القانون العضوي بالأغلبية المطلقة من طرف المجلس الشعبي الوطني، وبأغلبية ثلاثة أرباع (4/3) مجلس الأمة".

وبما أن عملية إصدار القوانين من اختصاص رئيس الجمهورية[14]، فلا يمكنه إذن إصدار القانون العضوي المصوت عليه من قبل البرلمان، ما لم يخطر مسبقًا المجلس الدستوري، وهذا ما تؤكده الفقرة الثانية من المادة 186 التي جاء فيها ما يلي: «يبدي المجلس الدستوري، بعد أن يخطره رئيس الجمهورية، رأيه وجوبا في دستورية القوانين العضوية بعد أن يصادق عليها البرلمان». وهذا معناه، أن إخضاعها للرقابة المسبقة والوجوبية للمجلس الدستوري، هو إجراء من إجراءات إصدارها.

هذا النوع إذن من القوانين يخطر به رئيس الجمهورية المجلس الدستوري وجوباً بمجرد المصادقة عليه من قبل البرلمان، ولا يتولى إصدارها إلا بعد إعلان المجلس الدستوري رأيه فيها، فالقوانين العضوية كانت معروفة في بعض الدول منذ السابق[15]، أما بالنسبة للدستور الجزائري فلم يلتفت إليها إلا مؤخراً، حيث تم إدراجها ضمن دستور 1996 قصد تجنيب بعض القوانين التعديلات المتكررة التي تؤدي إلى تهديد الاستقرار القانوني. وعلى هذا الأساس هناك من يرى بأن للقانون العضوي وظيفتين: وظيفة فنية تتمثل في تحديد وتطبيق التدابير الدستورية، ووظيفة سياسية هدفها الحد من صلاحيات البرلمان[16].

ويعد القانون العضوي أسمى من القانون العادي وإن كان كلاهما يصدر من السلطة نفسها، ويرجع هذا السمو إلى طبيعة المواد والمواضيع المخصصة له، والإجراءات التي تحيط به، لكن يُسجَّل للمجلس الدستوري الجزائري محاولته التمييز بين هذين النوعين من القوانين معتمداً في ذلك على تحديد طريقة مجال كل واحد منهما ومستنداً في ذلك إلى أهمية الموضوع. إن أسلوب التصويت والإجراءات المتبعة للمصادقة عليها تظل أحسن ضابط للتفرقة بينهما[17]، ويتبين ذلك عبر الفقرة الثانية والثالثة من المادة 141 من الدستور الذي اشترطت للمصادقة على القانون العضوي الأغلبية المطلقة لأعضاء المجلس الشعبي الوطني، وبأغلبية ثلاثة أرباع (3/4) أعضاء مجلس الأمة قبل صدوره.

وإذا حصل اتفاق بين الغرفتين وتم التصويت فعلاً على القانون العضوي، يبقى شرط ضرورة عرضه على المجلس الدستوري قبل إصداره ونشره قائماً، وهذا يعني أن المجلس الدستوري لا يتولى فقط مراقبة مطابقته للدستور، وإنما فحص دستورية الإجراءات التي اتبعت عند المصادقة عليه[18].

تتمثل الغاية من ممارسة الرقابة الدستورية في النظر في مدى مطابقة الصلاحيات غير العادية، والإجراءات المتخذة من قبل رئيس الجمهورية، لأحكام النص الأساسي في البلاد، ألا وهو الدستور باعتباره أعلى نص تشريعي في هرم النظام الدستوري الذي يفرض احترام النص الأدنى للنص الأعلى وعدم مخالفته لغرض تحقيق مبدأ الشرعية، و في هذا المجال فإن الغاية من الرقابة الدستورية هو التحقق من عدم إغفال السلطات لحقوق المواطنين و حرياتهم الأساسية المنصوص عليها في الدستور، و في هذا الجزء نتساءل عن دور المجلس الدستوري في الجزائر، في ممارسة الرقابة على دستورية الصلاحيات غير العادية وبالضبط قانون الطوارئ، بحيث نوضح ما إذا تم منح المجلس الدستوري رقابة حقيقية، ثم نوضح الإجراءات و الضوابط التي يمكن للمجلس الدستوري استخدامها كإبداء الرأي، الموافقة .. في مواجهة التدابير غير العادية المقررة خلال هذا الظرف الاستثنائي؟ وأخيرا نبين القيمة القانونية لأراء هذا المجلس، وهل تمارس الرقابة مسبقا قبل إعلان هذه الحالة أم أنها تأتي لا حقا بعدها؟

ثانيا

رقابة المجلس الدستوري المتعلقة بقانون الطوارئ

عندما يقوم رئيس الجمهورية بإخطار المجلس الدستوري، بغرض النظر في دستورية قانون عضوي، فإن هذا المجلس يصدر رأيه وجوبا في مدى مطابقة ذلك القانون، لأحكام الدستور، و بالطبع إذا ارتأى المجلس الدستوري، بأن النص القانوني غير دستوري فإن هذا الأخير يفقد أثره، ابتداء من يوم صدور قرار

المجلس طبقا لأحكام المادة 191، من التعديل الدستوري لسنة 2016[19]، و قد أورد المؤسس الدستوري، مادة صريحة في الدستور تتعلق بإلزامية مراقبة القانون العضوي المتعلق بحالة الطوارئ، بحيث جاءت مطابقة مع أحكام المادة 165، السابقة الذكر التي خولت المجلس الدستوري، مراقبة القوانين العضوية، وقد نصت المادة 106 من الدستور على أن حالتي الطوارئ و الحصار، يتم تنظيمها بقانون عضوي، إذا فالمجلس الدستوري يمارس رقابة على هذه القوانين و يسهر بالتالي على ضمان مطابقتها لأحكام الدستور، و هذا يحتوي ضمنيا على حماية كبيرة لحقوق وحريات الأفراد، بحيث يفقد هذا النص أثره، إذا كان مخالفا لأحكام الدستور.

يتمتع المجلس الدستوري برقابة فعالة على النصوص التشريعية وينطبق قانون حالة الطوارئ رغم أنه لحد اليوم لم يتم تكييف مرسوم حالة الطوارئ مع الأحكام الجديدة للدستور الصادرة عن غرفتي البرلمان، فضلا عن مراقبته للنصوص التنظيمية والتدابير والقرارات التي تتخذها السلطة التنفيذية أثناء ممارسة السلطات الاستثنائية.

ويعتبر هذا الاختصاص الممارس من هيئة المجلس الدستوري، بمثابة إضافة جديدة للنظام الدستوري الجزائري تعزز مكانة الدستور من حيث النص، و تضمن احترام القواعد الدستورية وتعزز دولة القانون، التي تقتضي تحديد العلاقات بين المواطنين فيما بينهم وبين الدولة من جهة، والعلاقات بين المؤسسات الدستورية من جهة أخرى، خاصة عند حدوث أزمات أو أحداث غير متوقعة، في شأن الرقابة على الإجراءات الناجمة عن استخدام رئيس الجمهورية لصلاحياته غير العادية.

أما بشأن الرقابة الدستورية على شروط و أسباب لجوء رئيس الجمهورية لإحدى الحالات الاستثنائية (الطوارئ، الحصار) فإنه نظريا، لم يحظر المؤسس الدستوري على رئيس الجمهورية إقرار إحدى الحالات الاستثنائية، في حالة الرأي المخالف، فقط اكتفى المؤسس الدستوري بفرض إجراءات شكلية و ضوابط، غير إلزامية تتمثل في طلب رأي بعض الشخصيات مثل رئيس المجلس الشعبي الوطني، الحكومة .. قبل إقرار سلطات الضرورة، وهذه الآراء الاستشارية، التي تشكل رقابة مسبقة، تعتبر من الناحية القانونية لا قيمة لها، خاصة رأي رئيس المجلس الدستوري الذي يبقى، كإجراء له طابع شكلي[20].

وبالتالي لابد أن تنشر تلك الآراء للجمهور، - آراء الهيئات المستشارة و خاصة رأي المجلس الدستوري- حول شروط استخدام رئيس الجمهورية للمواد 105 و 107 من الدستور، هذا من جهة، كما يمكن من جهة أخرى، طلب رأي مسبق لهيئة المجلس الدستوري كلها، و ليس مجرد استشارة رئيس المجلس باعتبار أن الرأي الجماعي، الذي يصدر عن المجلس، كهيئة جماعية هو بمثابة قرار لا يمكن إغفاله في شأن الرقابة الدستورية، و هذا على عكس الرأي الفردي لرئيس المجلس الذي يصدر، و كأنه مجرد إبداء وجهة نظر شخصية، حول سلطات الضرورة، و هذا الرأي يمكن للرئيس الأخذ به، كما يمكنه عدم الأخذ به.

ولتفعيل الرقابة الدستورية، لابد من الأخذ بالاقتراحات المذكورة أعلاه، و المتمثلة على الخصوص في أخذ رأي المجلس الدستوري كهيئة جماعية عند استخدام المواد 105 ،107، والمتعلقتين بحالتي الطوارئ والحصار، و كذلك ضرورة أخذ رأيه قبل استخدام المادة 108 ، المتعلقة بحالة الحرب، فكل هذا من شأنه

أن يساهم في تدعيم أسس دولة القانون و يحقق رقابة دستورية فعلية، تؤدي إلى تحقيق قاعدة سمو الدستور على باقي النصوص الأخرى، و كذلك تشكل ضمانة دستورية لا يستهان بها، في حماية حقوق وحريات الأفراد، وأيضا بضمان و جعل إجراءات إعلان الحرب، مطابقة لقواعد القانون الدولي، و كل هذا هدفه الأول والأخير هو تحقيق مبدأ المشروعية، وجعل كل الأعمال والتصرفات المتخذة أثناء الأزمات، دستورية ومطابقة لأحكام الدستور، بحيث يمكنه من مواجهة تلك الأزمة بقوة معنوية ومادية وقانونية، دون التخوف من الوقوع في خطأ الانحراف باستخدام السلطات.

من خلال ذلك يمكن القول، أن رئيس الجمهورية غير ملزم برأي أية مؤسسة أو جهاز، لإعلان الحالة الاستثنائية، بالتالي فأهمية هذا الفصل تكمن في كونها، تبحث في الشروط الكفيلة بإخضاع تصرفات و أعمال السلطة التنفيذية للرقابة، حتى في ظل عدم توفرها على عقوبات و جزاءات و لكنها تشكل جهاز لضبط وكبح لمواجهة إمكانية حدوث تعسف، وذلك باعتبار أن آراء المجلس الدستوري وغيرها والتي تستشار قبل تطبيق سلطات الضرورة، تشكل إعلان للرأي العام بدستورية الإجراءات الاستثنائية، خاصة وأن الرئيس غير ملزم بطلب موافقة و ترخيص أية مؤسسة أو جهاز في الدولة لإعلان هذه الحالات غير المألوفة، فآراء تلك الهيئات اختيارية واستشارية لا أكثر ولا أقل.

وما يمكن استخلاصه في شأن ضوابط وظروف الرقابة على استخدام الصلاحيات غير العادية لرئيس الجمهورية في هذه الحالة يتمثل في أن توسيع صلاحياته، تقابله رقابة محدودة من السلطة التشريعية، ذلك أن القيود الشكلية والموضوعية التي يراعيها رئيس الجمهورية عند إعلان إحدى الحالات غير العادية، لا تلزمه في شيء، بل هي واجبة إجرائيا خاصة في مجال أخذ رأي رئيس المجلس الشعبي الوطني، ولكن مضمون الرأي يبقى اختياريا في شأن الأخذ به أو تركه، بحيث أن عدم موافقة رئيس المجلس الشعبي الوطني وكذلك رئيس مجلس الأمة، لا يحول دون ممارسة الصلاحيات غير العادية.

وفي شأن طريقة إعلانها، فقد تمت بقرار من رئيس الجمهورية وذلك بموجب نصوص تنظيمية مرسوم إعلان حالة الحصار في 1991 والمرسوم المتعلق بحالة الطوارئ الصادر في 1992، وهذا ما يجعل الضمانات الشكلية والموضوعية هشة وسطحية.

وفيما يتعلق بالرقابة الدستورية على استخدام الصلاحيات غير العادية لرئيس الجمهورية، فإن الشرط الشكلي المتمثل في طلب رأي المجلس الدستوري، لا يصل إلى الدرجة التي تحصن فيها أعمال السلطة التنفيذية، وهذا ما دفع بأحد الأساتذة[21]، إلى القول بأن أخذ آراء الشخصيات الرسمية : رؤساء المجلس الشعبي الوطني، الحكومة، المجلس الدستوري ... هي مجرد آراء استشارية، وهي ذات طابع شكلي فقط وتعتبر من الناحية القانونية لا قيمة لها.

غير أنه تجدر الإشارة إلى عملية التفعيل التي حاول المؤسس الدستوري إحداثها في دستور 1996، المعدل والمتمم بحيث قام بعقلنة مسألة استخدام الصلاحيات غير العادية لرئيس الجمهورية، وذلك بإدخال ضوابط قيدت من استخدامها سواء في الشكل أو في المضمون، و هذا من خلال فرض تنظيم حالتي الطوارئ

والحصار بموجب قانون عضوي يصدره ممثلي الشعب (نواب الغرفتين) مع تحديد هاتين الحالتين واللتين لا تمددان إلا بموافقة ممثلي الشعب، بحيث أن عدم الترخيص بتمديدهما يعني رفعهما بصورة آلية.

وبالتالي يجسد هذا الإجراء إشراك لغرفتي البرلمان في تسيير المرحلة المؤقتة وإبداء الرأي حول استمرار تطبيق الصلاحيات غير العادية أو الرجوع للوضع الطبيعي، و هذا يعني ضبط استخدام هذه الصلاحيات و تقييدها برقابة البرلمان مما يؤدي إلى حماية الحريات العامة.

ومع ذلك فإن عملية العقلنة والتفعيل المشار إليها سابقا تبقى في حاجة للتدعيم أكثر وذلك لكون الرقابة البرلمانية مازالت بعيدة عن المشاركة في مسألة الإعلان عن إحدى الحالات الاستثنائية، بحيث أن هذا الإجراء يبقى من اختصاص رئيس الجمهورية بمفرده و قد اقترح البعض ضرورة إعطاء الرئيس حق الإعلان على أن يكون للبرلمان حق الموافقة و هذا اقتباسا من بعض دساتير الدول التي تعطي لرئيس الجمهورية حق الإعلان، بينما يعرض قرار الحالة الاستثنائية على البرلمان خلال مدة زمنية معينة مثل دستور مصر في المواد 147و 148 منه.

ونسجل على المجلس الدستوري الفرنسي موقفه الايجابي من إعلان حالة الطوارئ[22] بعد إعلانها بتاريخ 2015/11/26 اثر حدوث أعمال شغب، حيث منحت صلاحيات استثنائية للسلطات الإدارية، خاصة الشرطة التي تُخولها حالة الطوارئ المسَّ ببعض الحريات والحقوق الأساسية الفردية والجماعية، كالحق في التنقل وحرية الصحافة وحرية التظاهر والتجمع. وقد تسلم المجلس الدستوري، شكوى من رابطة حقوق الإنسان تطالب فيها بإلغاء بعض فصول قانون الطوارئ. حماية للحقوق والحريات العامة.

حيث ألغى المجلس الدستوري الفرنسي، بتاريخ 2016/02/19 فصلا من قانون فرض حالة الطوارئ حيث أوقف المجلس تدبيرا واحدا كان يتيح لعناصر الشرطة نسخ مواد معلوماتية خلال عمليات الدهم. واعتبر أن المشرع لم يطلب في هذه الحالة "ضمانات قانونية"، لتأمين توازن بين "الحق في حماية الحياة الخاصة" و"حماية النظام العام".

الخاتمة

من خلال دراستنا في هذه الورقة البحثية والتي تناولنا فيها قانون الطوارئ والرقابة الدستورية عليه لضمان الحقوق والحريات العامة، ففي مجال الرقابة الدستورية على استخدام الصلاحيات غير العادية لرئيس الجمهورية، فإن المادة 106 من دستور 1996 المعدل والمتمم، نصت على تنظيم حالتي الطوارئ والحصار بقانون عضوي، وبالتالي يقوم المجلس الدستوري بممارسة الرقابة على قوانين الحالة الاستثنائية، و يسهر على ضمان مطابقتها لأحكام الدستور، و هذا يحتوي ضمنيا على حماية كبيرة لحقوق و حريات الأفراد، غير أن الأمر يختلف في شأن شروط و أسباب لجوء رئيس الجمهورية للصلاحيات غير العادية، بحيث اكتفى المؤسس الدستوري بفرض ضوابط غير إلزامية على إعلانها، بما في ذلك رأي رئيس المجلس الدستوري الذي يبقى استشاريا، و يعتبر من الناحية القانونية لا قيمة له.

لابد أن تنشر أراء الهيئات المستشارة و خاصة رأي المجلس الدستوري حول شروط استخدام رئيس الجمهورية للمواد 105 إلى 107 من الدستور من جهة، كما يمكن من جهة أخرى، طلب رأي مسبق لهيئة

المجلس الدستوري كلها و ليس مجرد استشارة رئيس المجلس، باعتبار أن الرأي الجماعي الذي يصدر عن المجلس كهيئة جماعية هو بمثابة قرار لا يمكن إغفاله في شأن الرقابة الدستورية، وهذا على عكس الرأي الفردي لرئيس المجلس الذي يصدر و كأنه مجرد إبداء و جهة نظر شخصية حول سلطات الضرورة، و هذا الرأي يمكن للرئيس الأخذ به كما يمكنه تركه دون أن يرتب أثار تذكره.

وفيما يتعلق بالرقابة الدستورية على استخدام الصلاحيات غير العادية في حالة إعلان الحرب أو الهدنة، فإننا نجدها ملزِمة في الحالة الثانية فقط و هي حالة الهدنة و كان الأولى تعميمها على حالة الحرب، فإذا كانت قوانين حالتي الطوارئ و الحصار يعرض تنظيمها على رقابة المجلس الدستوري، فإنه لا يستساغ عدم إضافة هذه الرقابة على الحالة المتعلقة بإعلان الحرب، كما تجدر الإشارة إلى شبه التناقض الموجود في المادة 109 التي تلزم البرلمان بالاجتماع و جوبا أثناء الحرب، بينما المادة 110 تنص على وقف العمل بالدستور طوال مدة الحرب.

ومن خلال ما سبق نستطيع القول بأن دور المجلس الدستوري محدود جدا نظرا لغلبة الطابع السياسي على المجلس فيما يخص تشكيلة وأداء أعضائه، حيث تنطوي رقابة دستوريته القبلية التي يحيلها رئيس الجمهورية إلى المجلس الدستوري إجباريا لفحصها، خاصة في القوانين العضوية -باعتبار أن قانون الطوارئ عضوي- تنطوي على مزايا لا يمكن إنكارها من الناحية النظرية لكونها تحول دون صدور نصوص قانونية مخالفة للدستور، وهذا من شأنه المساس بحقوق وحريات الأفراد المكفولة قانونا، لكن ذلك لا يعدو كونه إجراء شكليا فقط، لابد من إيجاد رقابة مستقلة فعالة حصيلة أداؤه تؤكد الطابع الغير فعال.

الهوامش:

(1) للتفصيل في ذلك يمكن الرجوع : د. أحمد سليم سعيفان: الحرّيات العامّة و حقوق الإنسان، ج1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010، ص 390 وما بعدها.

(2) أنظر في ذلك: د. أحمد سليم سعيفان: الحرّيات العامّة و حقوق الإنسان، ج1، مرجع سابق، ص 391.

(3) أنظر في ذلك: د. رامز محمد عمار: حقوق الإنسان والحريات العامة، د.د.ن، لبنان، د.س.ن، ص 391.

(4) أنظر: د. رامز محمد عمار: حقوق الإنسان والحريات العامة، ذات المرجع.

(5) للتفصيل حول ذلك يمكن الرجوع لأحكام الدستور في المواد 105-110 منه.

(6) حبشي لزرق: أثر سلطة التشريع على الحريات العامة وضماناتها، أطروحة دكتوراه في القانون العام، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2011/2010، ص 129. نقلا عن:

Jean RIVERO ; Les libertés publiques, p 259, 260.

(7) د. أحمد سليم سعيفان: الحرّيات العامّة و حقوق الإنسان، مرجع سابق، ص 397.

(8) أنظر: د. رامز محمد عمار: حقوق الإنسان والحريات العامة، مرجع سابق، ص 148.

(9) سعيد بو الشعير: القانون الدستوري والنظم السياسية المقارنة. ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص 215.

(10) CLAUDE LECLERCQ; Droit constitutionnel et institutions politique , Litec Édition, 1999, p717.

(11) فرانسوا لوشير: مرجع سابق. ص 112.

(12) تنص المادة 141 على: «إضافة إلى المجالات المخصصة للقوانين العضوية بموجب الدستور، يشرع البرلمان بقوانين عضوية في المجالات الآتية : - تنظيم السلطات العمومية، وعملها. نظام الانتخابات. القانون المتعلق بالأحزاب السياسية. القانون الأساسي للقضاء، والتنظيم القضائي. القانون المتعلق بقوانين المالية. القانون المتعلق بالأمن الوطني».

(13) سعيد بو الشعير: مرجع سابق. ص 215.

(14) تنص الفقرة 3 من المادة 123 على: «يصدر رئيس الجمهورية القانون في أجل 30 يوما ابتداء من تاريخ تسلمه إياه».

(15) ظهور القوانين العضوية في فرنسا تزامن وصدور دستور 1948.

(16) جبار عبد المجيد: الرقابة الدستورية للقوانين العضوية. مجلة الإدارة. مجلد 10. العدد2. سنة 2000. ص51.

(17) راجع المادتين 140 141 من الدستور الجزائري.

(18) جبار عبد المجيد: الرقابة الدستورية للقوانين العضوية، مرجع سابق. ص55.

(19) تنص المادة 191 من الدستور على: إذا ارتأى المجلس الدستوري أن نصا تشريعيا أو تنظيميا غير دستوري، يفقد هذا النص أثره، ابتداء من يوم قرار المجلس.

(20) عبد الله بوقفة: أساليب ممارسة السلطة في النظام السياسي الجزائري، دار هومة، الجزائر 2002، ص471.

([21]) عبد الله بوقفة: مرجع سابق، ص471 -472.

([22]) Décision n° 2016-536 QPC du 19 février 2016/ Ligue des droits de l'homme [Perquisitions et saisies administratives dans le cadre de l'état d'urgence]

https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2016/2016536QPC.htm

الدفع بعدم الدستورية ودوره في حماية الحقوق والحريات



الدكتور / حيزوم بدر الدين مرغني
كلية الحقوق والعلوم السياسية
جامعة الوادي

❋ ❋ ❋ ❋ ❋

مقدّمة:

لقد اعتنت الدساتير الجزائرية منذ الاستقلال بمسألة تقرير الحقوق والحريات بل ركزت عليها أشد التركيز، ليس فقط كون الحقوق والحريات تعتبر في النظرية العامة من مستلزمات الظاهرة الدستورية، فالدستور لا يمكن أن يكون دستورا إذا لم يتطرق لمسائل الحقوق والحريات، حتى اصطلح عليه بعض الفقهاء أنه القانون المنظم للعلاقة بين السلطة والحرية، ومع ذلك فإن الطبيعة البنيوية للدولة الجزائرية وطبيعة نشأتها التي كانت عقب ثورة مسلحة توجت نضالا مريرا ضد المستعمر دام لأزيد من 130 سنة، كانت مضرب المثل في العالم، هدفها الأساس إنما كان البحث عن الحرية الاستقلال والعيش بكرامة، كل ذلك جعل لمسألة الحقوق والحريات حساسية خاصة لدى المؤسس الدستوري الجزائري، طبعا لقد تطور مفهوم الحقوق والحريات في الجزائر بتطور الدولة الجزائرية ذاتها من حيث المفاهيم والإيديولوجيات والخيارات المتبناة بين المرحلة الاشتراكية التي طبعها التركيز على الحقوق الاجتماعية والاقتصادية في ظل تكريس للمفهوم الشرقي للديمقراطية المتمثل في الديمقراطية الاجتماعية، قبل أن تحول الدولة الجزائرية وجهتها نحو الغرب مع سقوط المعسكر الشرقي، وتتبني بذلك الليبرالية كخيار اقتصادي، والتعددية كخيار سياسي واجتماعي، وما يتبع ذلك من محاولة لبلورة مفهوم جديد للحقوق والحريات يرتكز بالأساس على الحقوق المدنية والسياسية.

وإذا كان إقرار الحقوق والحريات من المسائل التي تعارفت عليها الدساتير باختلاف أنواعها ومشاربها، إلا أن الاختلاف يكمن في جديّة الضمانات التي يضعها المؤسس الدستوري للحفاظ على هذه الحقوق والحريات، إذ لا تزال الرقابة الدستورية من أهم هذه الضمانات، لما تتميز به من القدرة على منع أي انتهاك للحقوق والحريات قد تمارسه السلطة السياسية باسم الشرعية، عن طريق تشريع قوانين، أو سن تنظيمات قد تخالف الحقوق والحريات المنصوص عليها في الدستور، ومع أن هذه الرقابة الدستورية قد أخذت أبعادا وتطبيقات مختلفة إلا أن النظم الدستورية غالبا ما تأخذ لنفسها نماذج خاصة، تحاول من خلال المزج بين مختلف أنظمة للخروج بنموذج للرقابة الدستورية أقرب ما يكون إلى الكمال، وإذا

كان الدفع بعدم الدستورية في الجزائر يعبر عن أحد أهم النظم المبتكرة في مجال الرقابة الدستورية، فإلى أي مدى ساهمت هذه الوسيلة الرقابية في حماية الحقوق والحريات ومنع انتهاكها؟

وللإجابة على هذا الإشكال، تناولنا بحثنا هذا في مبحثين، سلطنا الضوء في الأول على الأطر الدستورية والقانونية المنظمة لمسألة الحقوق والحريات في النظام القانوني الجزائري والدفع بعدم الدستورية في النظام القانوني الجزائري، ومن ثمة التعريج في المبحث الثاني على طبيعة العلاقة التي تجمع بينها، مستعينين في ذلك بمنهج تحليلي لمختلف النصوص الدستورية والقانونية المنظمة لهما، مع شيء من المنهج الوصفي تحديد بعض الوقائع والأوضاع ذات الصلة، وذلك كما يلي:

المبحث الأول

الأطر القانونية للدفع بعدم الدستورية والحقوق والحريات

إذا كانت الدراسة تهدف بالأساس إلى تحديد الأهمية القانونية لآلية الدفع بعدم الدستورية، من حيث هي آلية إجرائية تمكن أطرف الدعاوى من الدفع بعدم دستورية نص قانوني، مهما كان نوعه يكون أساسا للمتابعة، أو يتوقف عليه مآل النزاع، في مجال حماية الحقوق والحريات من حيث هي كذلك مجموعة المُكَنِ والمميزات التي يتمتع بها الإنسان وترتبط به وجودا وعدما على اختلاف أنواعها وتعريفاتها، من هذا المنطلق تظهر أهمية التقديم لولوج هذا الموضوع بتحديد الأطر التي اختارها المؤسس الدستوري ومن ورائه المشرع الجزائري مقارنة بما تبنته الأنظمة المقارنة، وهذا ما سنوضحه في المطلبين الآتيين كما يلي:

المطلب الأول

آلية الدفع بعدم الدستورية في النظام القانوني الجزائري

بإمعان النظر فيما نصت عليه المادة 188 من الدستور الجزائري لسنة 1996 المعدل والمتمم بالقانون 01/16، وعديد المواد من القانون العضوي رقم16/18 المتعلق بتحديد شروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية، وأحكام النظام المتعلق بقواعد عمل المجلس الدستوري الصادر في الجريدة الرسمية عدد 42 بتاريخ 30 يونيو 2019؛ وهي تفصل أحكام الدفع بعدم الدستورية؛ يتبين أنها حددت وسائل تحريك أو إثارة رقابة الدفع بعدم الدستورية أمام جهات سواء القضاء العادي او الاداري.

وتمثل تلك الوسيلة اتجاها متطورا لتمكين رقابة الدستورية وتدعيمها ، وطبقا لها فإنه يسوغ لأي محكمة في السلم القضائي، ولأي هيئة ذات إختصاص قضائي أن تثار أمامها مسألة الدستورية ، وفي أي حالة تكون عليها الدعوى، وذلك إذا رأت أن نصا تشريعا لازما للفصل في النزاع المعروض عليها تثور بشأنه عدم الدستورية، فإنها توقف الفصل في الدعوى الموضوعية و تحيل الأوراق إلى المحكمة الدستورية- المجلس الدستوري - للفصل في المسألة الدستورية.

ولوضع هذه الرقابة قيد التطبيق نص المشرع الجزائري بموجب القانون العضوي 16/18على شروط تتعلق بإجراءات تحريك الدفع بعدم الدستورية وشروطا تتعلق بموضوع الدفع؛ حيث تبعا لذلك يمكن تصنيفها إلى صنفين:الشروط الإجرائية المتعلقة بإثارة الدفع والشروط الموضوعية المتعلقة بإثارة

الدفع؛ وهو تصنيف قدر بساطته لا يخلو في حقيقة الأمر من فائدة عملية تتعلق بتحريك الدفع من الناحية الإجرائية والموضوعية.

الفرع الأول

الشروط الشكلية للدفع بعدم الدستورية

وهي مجموعة الأشكال والقواعد الإجرائية التي تبين وسائل الالتجاء إلى القضاء في مجال الدفع بعدم الدستورية، و ذلك أن القواعد الشكلية والإجرائية هي التي تبين الوسيلة إي الدعوى التي تؤدي إلى احترام هذا الحق أو المركز القانوني، فالدعوى هي حق من الحقوق الإجرائية[1]، يستعمل الحق في الدعوى بواسطة الطلبات وقد يستعمل بواسطة الدفوع، وتعد الدفوع من بينها الدفع بعدم الدستورية[2]، و تتلخص هذه الشروط فيما يلي:

أولا: الإجراءات الشخصية لإثارة الدفع بعدم الدستورية

وتوصف بالشخصية لارتباطها بالشخص صاحب الدفع من ناحية، ومن ناحية أخرى لارتباطها بالقاضي المختص بالنظر فيه.

1- صاحب الحق في الدفع بعدم الدستورية: لقد ورد في نص المادة 188 من الدستور[3]، المادة 01/02 من القانون العضوي 16/18[4]، المحدد لشروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية الأطراف التي لها الحق في إثارة الدفع بعدم الدستورية، عبارة **"أطراف الدعوى"** باعتبارهم المخولين بالدفع بعدم دستورية حكم تشريعي متى كان يتوقف عليه مآل النزاع، ولم يحدد النصين من يقصد بأطراف الدعوى[5]، لذلك وجب الرجوع إلى القواعد العامة الواردة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وقانون الإجراءات الجزائية لتحديد أطراف الدعاوى المشمولين بهذا الحق الإجرائي[6]، وهم:

- الأطراف الأصلية في الدعوى: المدعي والمدعى عليه، سواءً كان شخصا طبيعيا، أو معنويا[7]؛
- الغير المتدخلين في الخصومة: سواءً كان التدخل أصليا، أو فرعيا، إختصاميا، أو تضامنيا[8]؛
- كل من أُدخِل في الخصومة بواسطة الأطراف الأصليين[9]؛
- المتهم في الدعاوى الجزائية: سواءً كان شخصا طبيعيا، أو معنويا؛
- المدعي المدني في الدعاوى الجزائية؛
- المسؤول المدني في الدعاوى الجزائية؛
- النيابة العامة: باعتبارها ممثلة للحق العام في الدعاوى الجزائية، ودعاوى قانون الأسرة[10]؛
- محافظ الدولة: باعتباره ممثلا للحق العام في الدعاوى الإدارية.

ومن الجدير بالذكر في هذا المقام أن المادة 07 من القانون العضوي 16/18، تنص على وجوب استشارة كل من النائب العام، أو محافظ الدولة حسب الحالة قبل إصدار القرار المتعلق بإرسال الدفع إلى المحكمة العليا، أو مجلس الدولة، وهذا مما يوقع الحرج فيما إذا كان الدفع قد حصل من قبل النيابة العامة ذاتها أو محافظ الدولة باعتبارهما طرفا في الدعوى، أين يقع المساس والحالة هذه مباشرة بمبدأ حياد القاضي، عندما تكون النيابة العامة أو محافظ الدولة طرفا وحما في نفس الوقت[11].

كذلك وجب علينا التنبيه أن كلا من المادة 188 من الدستور، أو المادة 02 من القانون العضوي 16/18، أدرجت حق الدفع بعدم الدستورية لكل طرف في الدعوى وطنيا كان أو أجنبيا، طالما أن دعواه منظوره أمام القضاء الجزائري.

2- الجهات القضائية المناطة بإثارة الدفع بعدم الدستورية أمامها: وقد نصت المادة 01/02 من القانون العضوي 16/18 على أنّه: "يمكن إثارة الدفع بعدم الدستورية أمام جهات القضائية الخاضعة للنظام القضائي العادي، والجهات القضائية الخاضعة للنظام القضائي الإداري..." ، كما نصت الفقرة الثانية من نفس المادة على أنّه:" يمكن أن يثار هذا الدفع للمرة الأولى في الاستئناف أو الطعن بالنقض."

وبالنظر إلى التنظيم القضائي الجزائري، يمكن تحديد هذه الجهات فيما يلي:

- جهات القضاء العادي: والمتمثلة في المحاكم الإبتدائية، مجالس القضاء، والمحكمة العليا، ويرد هنا استثناء ساقه المشرع في نص المادة 01/03 من القانون العضوي 16/18، حيث نصت أنه" لا يمكن إثارة الدفع بعدم الدستورية أمام محكمة الجنايات الابتدائية."، وإذ نجهل الغرض من ذلك لاسيما وأن هذا الاستثناء لم يرد في التشريعات المقارنة من جهة، فإننا نرى من جهة أخرى أن ضرورة الدفع بعدم الدستورية يتأكد أكثر في مجال القضاء الجزائي وذلك من ناحية خطورة الحقوق المعتدى عليها والتي تكون سببا للدعاوى، وكذلك قسوة الأحكام الصادرة وإمكانية مساسها بالحقوق والحريات، حيث نجد المؤسس الدستوري قد سلك مسلكا مغايرا عندما أقر مبدأ التقاضي على درجتين في المادة 02/160 من التعديل الدستوري لسنة 2016، كذلك فقد نصت المادة 03/02 من القانون العضوي 16/18 أنّه:" إذا تمت إثارة الدفع بعدم الدستورية أثناء التحقيق الجزائي، تنظر فيه غرفة الإتهام".

- كما يمكن إثارة الدفع بعدم الدستورية أمام المحاكم العسكرية الابتدائية والاستئنافية فهي تخضع إلى هذا القانون العضوي 16/18 لكونها محاكم متخصصة وليست استثنائية؛ ولأنها تخضع في رقابتها إلى المحكمة العليا في نظامنا القانوني[12].

- جهات القضاء الإداري: سواء المحاكم الإدارية[13]، أو مجلس الدولة كمحكمة إستئناف، أو محكمة نقض[14].

وهنا يطرح التساؤل عن مدى إمكاية الدفع بعدم الدستورية أمام اللجان التأديبية التابعة للهيئات المهنية الوطنية؟

إذ بالنظر إلى عدم وجود سوابق قضائية في مجال الدفع بعدم الدستورية، فما علينا إلا اللجوء إلى القواعد العامة، والأنظمة القضائية المقارنة، بالإضافة إلى المنطق القانوني للإجابة على هذا التساؤل، حيث أنه يمكن في نظرنا الدفع بعدم الدستورية أمام اللجان التأديبية التابعة للهيئات الوطنية نظرا لما يلي:

- أن المشرع استعمل في المادة 02 من القانون العضوي 16/18 عبارة "الجهات القضائية" بدل كلمة المحاكم، وهي عبارة تعني أن المشرع لم يقتصر على المعيار العضوي في تحديد الجهات ذات الإختصاص بالنظر في الدفع بعدم الدستورية، وإنما شمل كل الهيئات التي تصدر عنها أحكاما ذات طابع قضائي بالمعنى الموضوعي؛

- بالنظر إلى طبيعة هذه اللجان في حد ذاتها نجد أنها تتمتع بكل الضمانات التي تتمتع بها المحاكم، كالتشكيله التي تحتوي على قضاة، توفرها على ضمانات المحاكمة العادلة: كمبادئ الحياد، الوجاهة، العلانية، حق الدفاع؛

ولقد ذهب مجلس الدولة الجزائري إلى اعتبار المجلس الأعلى للقضاء عندما يبت في تأديب القضاة هيئة قضائية،[15] و كذا اللجنة الوطنية للطعن[16]؛

- كل قرارات هذه اللجان قابلة للطعن بالنقض أمام مجلس الدولة، مما يحقق مبدأ التقاضي على أكثر من درجة؛

- بالنظر إلى الأنظمة القضائية المقارنة نجد أن كلا من النظام الفرنسي، والنظام المصري، كلاهما يعتبر اللجان التأديبية للهيئات المهنية الوطنية ذات طبيعة قضائية.[17]

ثانيا: الإجراءات الشكلية للدفع بعدم الدستورية

وتتمثل في مجموعة الشروط الشكلية التي توضح سير الدفع منذ إيداعه لدى الجهة الفاصلة في الموضوع،إلى حين الفصل في دستورية الحكم التشريعي على مستوى المجلس الدستوري، والتي نظمها كل من القانون العضوي 16/18 المحدد لشروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية، والنظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري الصادر في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية في عددها 42، بتاريخ 30 جوان 2019.

1- تقديم طلب الدفع بعدم الدستورية: ويشترط المشرع الجزائري ما يلي:

أ- لزوم إبداء الدفع بعدم الدستورية من قبل أحد أطراف الدعوى: إذا نصت المادة 04 من القانون العضوي 16/18 أنّه لا يجوز للقاضي الناظر في دعوى الموضوع الدفع بعد الدستورية من تلقاء نفسه.

ب- شكل مذكرة الدفع بعدم الدستورية: ونصت المادة 06 من القانون العضوي 16/18 على أن:

- تكون المذكرة مكتوبةً: على أن تكون مكتوبة باللغة العربية، مؤرخة وموقعة من قبل المعني طبقا للقواعد العامة الواردة في نص المادة 08 و14 على التوالي من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ونلاحظ هنا أنه على الرغم من الطابع التقني المحض لهذا النوع من الدّفوع لم يشترط المشرع الجزائري أن تكون المذكرة موقعة من قبل محامي باعتباره أكثر قدرة وجدارة في إبداء أوجه الدفع وجعله أكثر جديّة.

- تكون المذكرة منفصلة: أي أن تكون منفصلة عن باقي الطلبات والدّفوع المتعلقة بدعوى الموضوع، وذلك لأمر بديهي يتعلق بالمسار المستقل الذي سيسلكه هذا الدفع من الجهة الفاصلة في الموضوع إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة، ومن ثمّة إلى المجلس الدستوري في حل قبول الإحالة إليه.

- تكون المذكرة مسببة: وذلك ببيان المصلحة المرجوة من الدفع و أثرها في دعوى الموضوع من جهة، وبيان شبهة عدم دستورية النص المدفوع به من حيث مساسه بالحقوق والحريات الدستورية.[18]

2- إجراءات فحص الدّفع بعدم الدستورية أمام الجهات القضائيّة: وتتم عبر مرحلتين:

أ- فحص الدفع بعدم الدستورية أمام الجهة الفاصلة في الموضوع: وتفصل الجهة الفاصلة بالموضوع في إرسال الدفع بعدم الدستورية إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة حسب الحالة، بتشكيلة قضائية محضة، بعد استطلاع رأي النيابة العامة أو محافظ الدولة، بقرار مسبب[19] غير قابل للطعن بأي وسيلة كانت، إلا مناسبة الطعن في موضوع الدعوى الأصلية، على أن يبلغ القرار إلى أطراف الدعوى، ويوجه قرار إرسال الدفع إلى المحكمة العليا أو المجلس الدستوري حسب الحالة مع العرائض والمذكرات خلال 10 أيام من صدوره،[20] على أن يؤجل البت في الموضوع إلى حين صدور قرار المحكمة العليا أو المجلس الدولة، أو صدور قرار المجلس الدستوري في حال الإحالة إليه، مع إمكانية اتخاذ كل التدابير التحفظية والمؤقتة للحفاظ على موضوع الدعوى الأصلية،[21] كما تؤجل جهة الاستئناف أو النقض الفصل في الموضوع إلى حين صدور القرار المتعلق بالدفع بعدم الدستورية في حال النظر في استئناف أو نقض حكم أو قرارا صدر عن جهة فصلت في الموضوع دون انتظار القرار المتعلق بالدفع بعدم الدستورية، إلا إذا كان شخصا محروما من حريته بسبب الدعوى، أو كانت الدعوى تهدف إلى وضع حد لهذا الحرمان من الحرية، أو إذا نص القانون على وجوب الفصل في دعوى الموضوع في أجل محدد، أو في حال دعاوى الاستعجال.[22]

ب- فحص الدفع بعدم الدستورية أمام المحكمة العليا أو مجلس الدولة: وسواء تم إرسال الدفع بعدم الدستورية وفق أحكام المادة 09 من القانون العضوي 16/18، أو تم الدفع بعدم الدستورية مباشرة ولأول مرة أمام المحكمة العليا أو مجلس الدولة، فإن هذين الأخيرين ملزمين بالفصل في إرسال الدفع من عدمه إلى المجلس الدستوري خلال شهرين من تاريخ استلامهما له حسب نص المادة 13 من القانون العضوي 16/18، بعد استطلاع رأي النيابة العامة أو محافظ الدولة حسب الحالة،[23] بتشكيلة تتكون من:

- الرئيس الأول للمحكمة العليا أو رئيس المجلس الدستوري أو نائبه في حال غيابه حسب الحالة؛
- رئيس الغرفة المعنية؛
- ثلاث مستشارين يعينهم حسب الحالة الرئيس الأول للمحكمة العليا أو رئيس المجلس الدستوري.[24]

وفي حال عدم احترام هذا الأجل فإن الدفع يحال تلقائيا إلى المجلس الدستوري،[25] كما يمكّن الأطراف المعنية من إبداء ملاحظاتها الكتابية للمحكمة العليا أو مجلس الدولة، وفي كل الحالات يبلغ قرار الفصل في إرسال الدفع إلى الجهة المرسلة، التي تبلغ الأطراف خلال 10 أيام من تاريخ إصداره،[26] كما أنّه في حال الفصل بإرسال الدفع بعدم الدستورية إلى المجلس الدستوري، يتم إرسال قرار الإحالة المسبب مع العرائض والمذكرات إلى هذا الأخير،[27] ويتم إرجاء الفصل في الموضوع إلى حين صدور قرار المجلس الدستوري بخصوص الدفع بعدم الدستورية إلا إذا كان شخصا محروما من حريته بسبب الدعوى، أو كانت الدعوى تهدف إلى وضع حد لهذا الحرمان من الحرية، أو إذا نص القانون على وجوب الفصل في دعوى الموضوع في أجل محدد، أو في حال دعاوى الاستعجال[28]، امّا إذا كان القرار برفض إرسال الدفع إلى المجلس الدستوري فتلزم الجهة المصدرة للقرار المسبب بإرسال نسخة منه إلى المجلس الدستوري.[29]

3- إجراءات فحص الدّفع بعدم الدستورية أمام المجلس الدستوري: وتنقسم إلى ثلاث مراحل أساسية هي:

أ- إجراءات تحضير الخصومة: يتم تسجيل قرار الإحالة الصادر عن المحكمة العليا أو مجلس الدولة في سجل خاص بالدفع بعدم الدستورية لدى المجلس الدستوري مرفوقا بالعرائض والمذكرات والوثائق المدعمة عند الإقتضاء،[30] إذ لا يمكن بأي حال من الأحوال سحب الدفع بعد تسجيله، ولا يؤثر في ذلك حتى بانقضاء دعوى الموضوع التي قدِّم الدفع بمناسبتها،[31] كما يتم إشعار كل من رئيس الجمهورية، الوزير الأول، رئيس المجلس الشعبي الوطني، رئيس مجلس الأمة وكذلك أطراف الدعوى، بقرار إحالة الدفع مرفوقا بالملف.[32]

ب- التحقيق في الدفع بعدم الدستورية: ويتم عن طريق تبادل العرائض والملاحظات والردود عليها بين الطرف الدّافع وبين ممثل الحكومة حسب الآجال التي يقررها رئيس المجلس الدستوري في إشعاره للأطراف،[33] وكذلك الجلسات العلنية التي تجدول بقرار من رئيس المجلس الدستوري، أين يتمكن الأطراف بواسطة محاميهم، والحكومة عن طريق ممثلها من تقديم ملاحظاتهم وجاهيا حول الدفع المعروض على المجلس الدستوري،[34] ويمكن لرئيس المجلس الدستوري تلقائيا أو بطلب من الأطراف أو السلطات المعنية أن يقرر جدولة جلسات سرية، إذا كانت العلنية تمس بالنظام العام أو الآداب العامة.[35]

ج- فحص الدفع بعدم الدستورية: ويكون ذلك عبر:

- الفحص الشكلي: وذلك بفحص مدى احترام مصدر النص التشريعي للإجراءات المنصوص عليها في الدستور والقانون عند إصدار النص المعني بالدفع بعدم الدستورية، وكذلك فحص مدى ملائمة الوسائل المستعملة في النص مع الهدف المنشود من وراء إصداره.[36]

- الفحص الموضوعي: ففي ماعدا حالة الإحالة التلقائية الواردة في نص المادة 20 من القانون العضوي 16/18، فإن المجلس الدستوري مطالب عند نظره في دستورية النص المخطر به عن طريق الدفع بعدم الدستورية بالتوقف عند ظاهر قرار الإحالة وعدم بحث شروط الإحالة الشكلية والموضوعية[37] الواردة في نص المادة 06 والمادة 08 من القانون العضوي 16/18، وإنما يتوقف نظره عند في مدى انتهاك النص التشريعي للحقوق والحريات التي يتضمنها الدستور وفق ما نصت عليه المادة 188 من الدستور المعدل والمتمم، والمادة 02 من القانون العضوي 16/18.

الفرع الثاني

الشروط الموضوعية للدفع بعدم الدستورية

ونصت عليها المادة 08 من القانون العضوي 16/18، وهي:

أولا: أن يتوقف على الحكم التشريعي المدفوع بعدم دستوريته مآل النزاع أو أن يشكل أساسا للمتابعة

وذلك بأن يكون النص التشريعي المدفوع بعدم دستوريته مرتبطا بالخصومة القضائية وجودا وعدما في القضايا المدنية أو الإدارية، أو أن يكون أساسا للمتابعة في الدعاوى العمومية.

ثانيا: ألا يكون الحكم التشريعي قد سبق التصريح بمطابقته للدستور من طرف المجلس الدستوري باستثناء تغير الظروف

وفي هذا الصدد ينبغي توضيح مسألتين مهمتين فيما يخص هذا الشرط:

1- الأحكام التشريعية التي لم يسبق عرضها على المجلس الدستوري وحكم بدستوريتها: وهي القوانين العادية، التنظيمات، والمعاهدات الدولية التي لم يسبق عرضها على المجلس الدستوري.

2- تغير الظروف: ويحدث بأحد أمرين هما:

- إما تغير الظروف السياسية، الاجتماعية، الاقتصادية، الثقافية، أو الأخلاقية...، والذي يمكن أن تغير في طبيعة الحكم على نص معين من حيث موافقته أو مخالفته لأحكام الدستور؛
- إما تعديل الدستور، أو تغير اتجاهات القضاء الدستوري وتفسيره لنصوص الدستور.[38]

ثالثا: إتّسام الوجه المثار بالجدية

ويكون ذلك بتوفر شرطين هما:

1- أن يكون الحكم الدستوري المطعون في دستوريته متصلا ومنتجا في دعوى الموضوع: بما يحقق من خلال ذلك شرط المصلحة لدى الطرف الذي دفع بعدم دستورية النص التشريعي.[39]

2- أن يشتمل الحكم التشريعي المطعون في دستوريته شبهة مخالفة الدستور[40]: وتحديدا مخالفة الأحكام الدستورية المنظمة للحقوق والحريات وفق نص المادة 188 من الدستور المعدل والمتمم، والمادة 02 من القانون العضوي 16/18.

المطلب الثاني

حقوق وحريات الإنسان في الدستور الجزائري

يتخذ المشرع الجزائري من النص الدستوري أساسا لتعريف الحرية والحق المضمون دستورياً، حيث يرى أن كل حرية ورد ذكرها في الدستور تعتبر بذاتها حرية و حق تشملها أو تستغرقها لذات الوصف الحماية الدستورية بموجب الدفع ؛ والدستور هو المرجع في تحديد الحقوق والحريات ، فالحكم التشريعي حين يوفر ضمانا للحريات والحقوق يضمن ممارسة الحقوق و الحريات التي يحميها الدستور على وجه معين في حدود سلطته التقديرية، و عليه فإنه على القضاء أن يتجه ابتداء إلى الاعتماد في تحديد هذه الحريات و الحقوق على إرادة المشرع الدستوري، من خلال ما يضعه من قواعد في صيغة النص الدستوري، وهو ما نسميه بالمعيار الشكلي؛ وقد أدى هذا الاتجاه إلى أن يعتمد القاضي في تحديده للحريات والحقوق عن نية واضعي نصوص الدستور من حمايتها حماية خاصة ، ويكشف هذا الاستخلاص حقيقة التلازم بين الطابع الدستوري و اعتبار كل حرية أو حق نص عليها الدستورية حرية أساسية، فمن الفقهاء من صح عنده اعتبار أن الحقوق و الحريات المنصوص عليها دستورياً تُعَرفً بالحقوق و الحريات الأساسية ؛ فرأى أن كل حرية ورد ذكرها في الدستور ، تعتبر بذاتها حرية و حق أساسي و تجعل من الاعتداء عليها ، مستوجباً للدفع بعدم الدستورية[41].

أولا: الحقوق والحريات المتضمنة في دستور 1996 المعدل والمتمم

ولقد عقد الدستور الجزائري ومنذ 1963 فصولا تناول فيها الحقوق والحريات، حيث أدرجها التعديل الدستوري لسنة 2016 في الفصل الرابع من الباب الأول في 41 مادة، إضافة إلى ما تناولته

الديباجة -التي صرحت على غير المعمول به دستوريا أنها جزء لا يتجزأ من الدستور ولها نفس القيمة القانونية لما يحوي متنه من مواد- على بعض هذه الحقوق والحريات، إضافة لبعض المواد الأخرى في باقي الأبواب والفصول، ونذكر جانبا منها فيما نص عليه دستور 1996 المعدل والمتمم بالقانون 01/16، وذلك فيما يلي:

1- الحقوق المدنية والسياسية: ونذكر منها: حرمة الإنسان في المادة 40 ، حرية التنقل في المادة 55، حرية الاعتقاد في المادة 42، وحق التعليم في المادة 65، وحرية الصحافة في المواد 50 و51، وحق البحث العلمي والتكنولوجي في المادة 44 وحرية الاجتماع والتظاهر السلمي في المادة 49، وترقية المشاركة السياسية للمرأة في المادة 35 و 36...

2- الاقتصادية والاجتماعية: ونذكر منها: حماية الطفولة في المواد 60، 69، و72، ترقية الشباب في المادة 37، وترقية حق المرأة في التشغيل في المادة36، والحق في لحصول على سكن وتسهيل الحصول عليه للفئات المحرومة في نص المادة 66، بالإضافة إلى الحق في التشغيل والضمان الاجتماعي في نص المادة 69، وصولا إلى الحق في بيئة نظيفة الئي نصت عليه المادة 68 من الدستور.

ثانيا: آليات حماية الحقوق والحريات في دستور 1996 المعدل والمتمم

ولم يكتفِ الدستور الجزائري بالنص المتجرد على الحقوق الحريات فحسب، بل أدرج مجموعة من الضمانات المتعلقة بحماية هذه الحقوق والحريات الأساسية، وضمان وضعها حيز التنفيذ سواءً كانت هذه الضمانات مؤسساتية، أو إجرائية.

1- الآليات المؤسساتية لحماية الحقوق والحريات: والتي تنقسم إلى:

أ- المؤسسات الاستشارية الخاضعة لرئيس الجمهورية: كالمجلس الوطني لحقوق الإنسان الوارد في المواد 198، والمجلس الأعلى للشباب الوارد في المادة 200 والمادة 201، والهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته الوارد في المادة 202، والمادة 203...

ب- المؤسسات الاستشارية الخاضعة للحكومة: كالمجلس الوطني الاقتصادي والاجتماعي الوارد في المادة 204 والمادة 205، أو المجلس الوطني للبحث العلمي والتكنولوجي الوارد في المادة 206 والمادة 207...

2- الآليات الإجرائية لحماية الحقوق والحريات: والمتمثلة في:

أ- الضمانات القضائية المستحدثة لحماية الحقوق والحريات: وهي مجموعة من الضمانات نذكر منها: إقرار التقاضي على درجتين في المواد الجزائية الوارد في نص المادة 162، إضافة إلى دسترة مجموعة من الضمانات المتعلقة بضمان نزاهة القضاة واستقلالهم في المادة 166، وضمان حماية المحامين من الضغوط التي قد يتعرضون لها بمناسبة آداءهم مهامهم في المادة 170، وإقرار العقوبة ضد كل من يعرقل الأحكام القضائية بنص المادة 163 من الدستور...

ب- الإخطار: وذلك عن طريق توسيع دائرة الإخطار التي كانت تقتصر على رئيس الجمهورية ورئيسي غرفتي البرلمان وفق نص المادة 166 قبل التعديل، إلى كل من رئيس الجمهورية ورئيسي غرفتي البرلمان، إضافة إلى 50 نائبا في المجلس الشعبي الوطني، أو 30 عضوا من مجلس الأمة حسب نص المادة 187 من دستور

1996 المعدل والمتمم، إضافة إلى إقرار هذا الحق لكل شخص طبيعيا كان أو معنويا، وطنيا كان أو أجنبيا، عن طريق الدفع بعدم الدستورية الوارد في نص المادة 188 من دستور 1996 المعدل والمتمم.[42]

المبحث الثاني

علاقة الدفع بعدم الدستورية بحماية الحقوق والحريات في الجزائر

يعد الدفع بعدم الدستورية، اتجاها مستحدثا في الدستور الجزائري مكنت من خلاله المادة 188 من هذا الأخير لقاضي الموضوع في مختلف الجهات القضائية، توقيف البت في الموضوع، والنظر في الدفع بعدم دستورية حكم تشريعي يتوقف عليه مآل النزاع أو كان سببا للمتابعة، رأى أحد أطراف الدعوى مساسه بحقوقه وحرياته الأساسية المنصوص عليها في الدستور، والناظر في طبيعة الدفع بعدم الدستورية المنصوص عليه في الدستور الجزائري يستخلص تلك الطبية المختلطة لهذا الدفع كونه جمع بين الرقابة الدستورية عن طريق الدفع من حيت طريقة تحريك هذه الرقابة، وبين الرقابه عن طريق الدعوى الأصلية من حيث نتيجة الحكم بعدم دستورية النص المدفوع ضده، إذ ينتج عن هذا الدفع إلغاء النص القانوني من التاريخ الذي يحدده المجلي الدستوري وفق نص المادة 02/191 من الدستور.

المطلب الأول

ضوابط الحقوق والحريات المشمولة بالحماية بآلية الدفع بعدم الدستورية

وتتبين ضوابط الحقوق والحريات المشمولة بالحماية بآلية الدفع بعدم الدستورية بمسألتين أساسيتين:

الفرع الأول

الفرق بين وجوب انتهاك الحكم التشريعي للحقوق و الحريات الدستورية أو الاتفاقية

حيث نصت المادة 02 القانون العضوي 16/18 المحدد لشروط وكيفيات الدفع بعدم الدستورية أنّه: "يمكن إثارة الدفع بعدم الدستورية في كل محاكمة أمام الجهات القضائية الخاضعة للنظام القضائي العادي والجهات القضائية الخاضعة للنظام القضائي الإداري من قبل أحد أطراف الدعوى الذي يدعي أن الحكم التشريعي الذي يتوقف عليه مآل النزاع ينتهك الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور"، فبالنظر إلى تقرير الحقوق والحريات، يمكن للخصم مواجهة عدّة احتمالات: إما أنه يعتبر أن القانون مخالف لحق أو لحرية معترف بها حصراً في القانون الدولي من غير الدستور ، بالتالي سيختار بالضرورة طرح مسألة الاتفاقيات الدولية، أمّا إذا اعتبر أن الحق أو الحرية التي ينتهكها القانون خاصة بالنظام القانوني الوطني، فإنه سيختار بالضرورة مسار مسألة الدفع بعدم الدستورية، لكن هذه الحالات ربما لا تكون الأكثر شيوعًا في الواقع، حيث أنّه في معظم الحالات، تتم حماية الحقوق والحريات الأساسية على حد سواء عن طريق الإتفاقيات الدولية والدستور، حتى لو كان الوضع ليس بهذه البساطة، وخاصة فيما يتعلق بالمعنى الموضوعي المختلف فيه بين الاتفاقيات الدولية والنظام القانوني الدّاخلي لمبدأ معترف به من قبل الجانبين كمبدأ المساواة، الملكية، الكرامة... وفي حالة استحضار المتقاضي لمبدأ محمي دوليا ودستوريًا، يمكنه اختيار بين إستراتيجيتين: إما إثارة مسألة دستورية فقط؛ أو إثارة مسألة الاتفاقية

فقط، ذلك أنّ إثارة كلا السؤالين في وقت واحد من غير المحتمل أن يكون خيارا ذا أهمية؛ حيث أن الخيار الثاني سيؤدي إلى الفصل في المسألة مباشرة من قبل القاضي وبالتالي بسرعة أكبر وفقا قاعدة تدرج القوانين حسب نص المادة 150 من الدستور[43]، أما الخيار الأول فسيؤدي إلى معالجة مسألة دستورية أولا والتي من المرجح أن تطول مدته بداية من الدفع حتى فصل المجلس الدستوري[44] ، الإجراء، ولكن في حالة عدم حصول الخصم على الرضا على أساس دستوري ، فسيتم طرح السؤال في مجال الاتفاقية، وبهذا المعنى لا يفقد أي "حظ"من الحظوظه[45].

الفرع الثاني

الاختصاص السلبي للسلطة التشريعية

يقصد بالاختصاص السلبي للسلطة التشريعية ، تخلي البرلمان عن تنظيم الحقوق والحريات بموجب اختصاصاته التشريعية المخولة له بموجب الدستور لصالح السلطة التنفيذية. ومن ثم تخلي المشرع عن تنظيم الحق والحرية صورة من صور انتهاك للدستور، حيث انه في حالة تخلي المشرع عن تنظيم حق أو حرية انتهاكا للدستور؛ فهل يقبل المجلس الدستوري إمكانية النظر في أي إجراء بالدف بعدم الدستورية يستند إلى الاختصاص السلبي للسلطة التشريعية؟ خاصة حال قبول هذا الأساس في حالة تأثيره على الحقوق أو الحريات؛ في هذا الإطار تطور فقه المجلس الدستوري الفرنسي من خلال سيطرته بشكل مسبق على الدفع بعدم الدستورية، حيث يتطلب من الهيئة التشريعية استنفاد اختصاصها على النحو المحدد في المادة 34 من الدستور:" حتى لا تحرم الحقوق والحريات من المتطلبات الدستورية"، ومن وجهة النظر هذه يمكن القول إن تقسيم الصلاحيات بين مجال القانون ومجال اللوائح يساهم على الأقل في بعض المسائل في حماية الحقوق والحريات التي يكفلها الدستور عن طريق فرض التدخل بموجب إجراء الدفع بعدم الدستورية ، وهو ما يطلق عنه بمبدأ الكفاءة السلبية للبرلمان، عندما تأخذ المسألة شكل نقل السلطة التشريعية لجزء من ولايتها التشريعية إلى السلطة التنظيمية دون التأثير على الحق أو الحرية، فعلى سبيل المثال في حالة عدم وجود قانون في منطقة تقع ضمن اختصاص السلطة التشريعية الوطنية ويحكمها تنظيم، ممكن أن يكون هذا أيضًا هو حالة قانون غير كامل لا يضع جميع العناصر التي تدخل ضمن الاختصاص التشريعي ، دون أن يكون لدى الأخير السلطة التنظيمية لإكمالها، من المرجح أن تكون هذه الحالات نادرة لأن البرلمان يميل إلى التشريع أكثر من اللازم في الواقع،وتجدر الإشارة إلى أنه إذا كان استخدام الدفع بعدم الدستورية مقبولًا إذا كان القانون غامض أو غير مفهوم، الذي هو أيضا شكل من أشكال الكفاءة السلبية للبرلمان، فقد فرض المجلس الدستوري الفرنسي رقابة تلقائية على أحكام القانون على أساس عدم الوضوح، ورأى أنه على المشرع وضع قواعد واضحة ودقيقة بما فيه الكفاية وإلا فإنه لا يفي بكفاءته، يمكن التذكير بأن وضوح القانون وسهولة الوصول إليه هو مجرد هدف للقيمة الدستورية التي تقيد البرلمان ولا تتعلق مباشرة بالحق أو الحرية التي يضمنها الدستور، ولكن من ناحية أخرى فإن التعقيد المفرط للقانون يقوض الحقوق والحريات التي يكفلها الدستور في الواقع، يرى المجلس الدستوري الفرنسي أن المساواة أمام القانون المنصوص عليها في

المادة 6 من إعلان الحقوق وحريات المواطنة لعام 1789 وضمان الحقوق التي تطلبتها المادة 16 لن تكون فعالة إذا لم يكن لدى المواطنين معرفة كافية بالقواعد المطبقة عليهم وما إذا كانت هذه القواعد معقدة للغاية من حيث قدرة الجهات المرسلة إليها على قياس نطاقها بشكل مفيد، حيث جاء في النص: "... هذا التعقيد من شأنه أن يحد من ممارسة الحقوق والحريات المضمونة، سواء بموجب المادة 4 من الإعلان التي بموجبها لا تخضع هذه الممارسة إلا لتلك التي يحددها القانون ، أو المادة 5 بحيث لا يمكن منع كل ما لا يدافع عنه القانون ، ولا يمكن إجبار أي شخص على فعل ما لا يأمر به."، كما ينص على أنه في المسائل الضريبية ، عندما يصل القانون إلى مستوى من التعقيد بحيث يصبح غير مفهوم للمواطن ، فإنه يتجاهل المادة 14 من إعلان عام 1789[46].

وعليه فإنّه يتعين على المشرع توفير وتوضيح الضمانات القانونية، وتوفير الكفاءة التقنية، والتحريرية الكافية من حيث الدقة والوضوح وآليات التنفيذ للمبادئ الدستورية، و إلا يُعد قد انتهك حكمه التشريعي الحقوق والحريات الدستورية ، وهو ما يُعبر عنه بالكفاءة السلبية للبرلمان.

المطلب الثاني

تقييم آلية الدفع بعدم الدستورية في مجال حماية الحقوق والحريات

ويحتاج تقييم آلية الدفع بعدم الدستورية في مجال حماية الحقوق والحريات إلى كثيرا من التطبيقات القضائية، إلا أن ذلك لم يتسنى لنا بعد نظرا لحداثة إقرار هذه الآليه، إلا أنه من الناحية النظرية يمكن تقييمها ولو بشكل نسبي بالنظر إلى النصوص المنظمة لها سواءً الدستور الجزائري المعدل والمتمم، والقانون العضوي 16/18، والنظام المتعلق بقواعد عمال المجلس الدستوري، وذلك كما يلي:

الفرع الأول

إيجابيات آلية الدفع بعدم الدستورية في الحفاظ على الحقوق والحريات

والمتمثلة فيما يلي:

أولا: إقرار الآلية في حد ذاته

من خلال خلف أسلوب جديد للإخطار يمكن المواطن في حد ذاته من الدفاع عن حقوقه وحرياته المضمونة دستوريا من خلال التصدي لكل تع محتمل عليها بحكم تشريعي يتوقف عليه مآل لنزاع دخل فيه، أو كان أساس لمتابعة وقعت عليه؛

ثانيا: تمكين قضاة الموضوع من بسط الرقابة على أعمال المشرع في مجال الحقوق والحريات

فحتى وإن كانت هذه الرقابة تخل في نظر البعض بمبدأ الفصل بين السلطات، إلا أنها تعبر عن الحد الأدنى من الرقابة التي لا تشكل مساسا جسيما بالفصل بين السلطات بقدر ما تعزز دور القاضي في مجال حماية الحقوق والحريات لا سيما وأن دور القاضي لا يتعدى في ذلك دراسة الدفع والحكم على استحقاق الإحالة إلى السلطة العليا المخولة بحماية الحقوق والحريات الدستورية، آلا وهو المجلس الدستوري بما يحوزه من سلطة تفسيرية للدستور، فدور قاضي الموضوع لا يتعدى استدراك الإخطار بالحكم التشريعي الذي لم يستفد من الرقابة الدستورية السابقة؛

ثالثا: عدم تأثير انقضاء الدعوى في النظر في الدفع بعدم الدستورية[47].

وذلك نظرا للطبيعة الخاصة لهذا الدفع كونه يهاجم نصا يفترض فيه مخالفة الدستور، مما يجعل تأثيره لا يتوقف على قضية الحال، وإنما يتعداها إلى كل محل يخضع إلى تطبيق النص المدفوع بعدم دستوريته؛

الفرع الثاني

عيوب آلية الدفع بعدم الدستورية في النظام الجزائري

والمتمثلة فيما يلي:

أولا: عدم أمكانية إثارة الدفع بعدم الدستورية من قبل القاضي من تلقاء نفسه

إن الطبيعة التقنية الخاصة لهذا النوع من الدفع تجعل القاضي من خلال خبرته في الممارسة القضائية والمعالجة اليومية لنصوص القوانين، هو الشخص الأقدر في مجال تحريك الدفع بعدم دستورية القوانين، الأمر الذي تمنعه المادة 04 من القانون العضوي 16/18؛

ثانيا: اقتصار الدفع بعدم الدستورية في المحاكم الجزائية على الاستئناف والنقض

وهو أمر مخالف لما يقتضيه المنطق القانوني الصريح، وذلك أن إمكانية المساس بالحقوق والحريات يكون أكثر احتمالا في هذا النوع من القضايا، وكذلك من ناحية خطورة التي تنجر عن انتهاك هذه الحقوق في القضايا الجزائية، رغم ذلك نجد أن المادة 03 من القانون العضوي 16/18 تستثني المحاكم الجزائية الابتدائية من إثارة الدفع بعدم الدستورية؛

ثالثا: المساس بمبدأ حيادية القاضي

ونجد ذلك من خلال استشارة كل من النيابة العامة أو محافظ الدول حسب الحالة على مستوى المحكمة الفاصلة في الموضوع أو على مستوى المحكمة العليا أو مجلس الدولة، كما نصت على ذلك المادة 07 والمادة 16 من القانون العضوي 16/18 على التوالي، علما أن كل هؤلاء قد يكونوا أطرافا في الدعاوى، وبالتالي يحق لهم الدفع بعدم دستورية حكم تشريعي معين، وبالتالي قد تتحقق فيهم صفة الخصم والحكم في آن واحد؛

رابعا: إغفال المشرع للدفع بعد الدستورية أمام المجلس الدستوري نفسه باعتباره قاضي انتخابات

لا شك أن الانتخابات من بين أهم الوسائل في مجال حماية الحقوق والحريات الأساسية في الدولة، ومن خلال كونها مجموعة من الإجراءات المتتابعة التي تفضي غلى ترجمة إرادة الشعب في تحديد ممثليه محليا ووطنيا، قد تشوبها بعض الممارسات التي قد تفضي إلى رفع النزاعات المثارة بمناسبتها أمام المجلس الدستوري، والتالي إمكانية الدفع بعدم الدستورية أمامه.

الخـاتمة

على الرغم من حداثة التجربة الجزائرية في مجال الدفع بعدم الدستورية في ظل الانعدام التام للسوابق القضائية في هذا المجال للقضاء الوطني، إلا أن إقراره في التعديل الدستوري الجديد لسنة 2016، عبر بصدق عن المنحى الجديد الذي اتخذه المؤسس الدستوري في مجال الحقوق والحريات من

خلال نزع الحصانة عن كل التشريعات والتنظيمات التي قد تتخذها السلطتين التشريعية و التنفيذية مطية للمساس بالحقوق والحريات الأساسية المنصوص عليها في الدستور للمواطنين، وذلك من خلال إعلان هذا الأخير أمام الجهات القضائية الفاصلة في نزاع يشكل هو طرفا فيه عن رفضه التحاكم إلى نص قانوني أو تنفيذي طالما شعر أنه ينتهك حقوقه وحرياته الأساسية المنصوص عليها في الدستور، ليوقف القاضي النظر في النزاع الأصلي، وإحالة النزاع الفرعي المتمثل في الدفع بعدم الدستورية إلى المجلس الدستوري وفق الإجراءات المعتمدة للبت فيه وفق ما ينص عليه الدستور.

ولكي تصل وسيلة الدفع بعد الدستور إلى ما يبتغيه المؤسس الدستوري، وما يطمح إليه المواطن الجزائري في مجال حماية حقوقه وحرياته، نجد أنه من المهم تعديل النصوص الدستورية والقانونية ذات الصلة بما يؤدي إلى إقرار العناصر الآتية:

1- ضرورة إقرار الدفع بعدم الدستورية في المحاكم الجزائية الابتدائية.

2- ضرورة إقرار حق قاضي الموضوع في تحريك الدفع بعدم الدستورية من تلقاء نفسه.

3- التخفيف من التعقيدات الإجرائية في مجال الدفع بعدم الدستورية.

4- إشتراط المحامي لتحريك الدفع بعدم الدستورية، نظرا للطبيعة التقنية للدفع وتفادي الدفوع الغير جادّة.

5- منع استشارة النيابة العامة أو محافظ الدولة، إذا كان الدفع بعد الدستورية صادرا منه.

6- إدراج إمكانية الدفع بعدم الدستورية أمام المجلس الدستوري باعتباره القاضي المختص في منازعات الانتخابات الرئاسية، التشريعية، والاستفتاء.

7- إدراج إمكانية الرقابة الدستورية عن طريق الدعوى الأصلية.

الهوامش:

[1]- يعرف الحق الإجرائي على انه: "عبارة عن سلطة أو مكنة أو مزية يمنحها القانون بطريق مباشر أو غير مباشر لشخص معين لحماية حقه أو الحفاظ عليه، هذا الحق يجب استعماله و فق الشكل الذي يحدده القانون". نبيل إسماعيل عمر، قانون أصول المحاكمات المدنية، الدار الجامعية، الاسكندرية ؛ مصر؛ 1996،ص 195 .

[2]- تجدر الإشارة إلى أنه ثار جدل فقهي حول الطبيعة القانونية للدفع بعدم الدستورية وذلك راجع إلى كون أنه يعتبر من الدفوع الشكلية – الإجرائية - أو من الدفوع الموضوعية أو دفع ذو طبيعة مختلطة أو خاصة. للاطلاع أكثر؛ انظر: عبد السلام ذيب؛ قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد ترجمة لمحاكمة عادلة؛ الطبعة الثانية ؛ موفم للنشر؛ الجزائر؛ 2011 ؛ ص 70. و عليان بوزيان، آلية الدفع بعدم الدستورية و أثرها في تفعيل العدالة الدستورية، مجلة المجلس الدستوري، العدد 02 ، 2013 ، ص 76.. و عبد العزيز محمد سلمان، نظم الرقابة على دستورية القوانين دراسة مقارنة ، سعد السمك للمطبوعات القانونية، القاهرة، 2000، ص 182.. و شعبان احمد رمضان، اثر انقضاء المصلحة على السير في إجراءات دعوى الإلغاء و الدعوى الدستورية، دار النهضة العربية، القاهرة ، 2009، ص 108، 109 .

[3]- تنص المادة 188 من التعديل الدستوري 2016 على:"يمكن إخطار المجلس الدستوري بالدفع بعدم الدستورية بناءا على إحالة المحكمة العليا أو مجلس الدولة، عندما يدعي أحد الأطراف في المحاكمة أمام جهة قضائية أن الحكم التشريعي الذي يتوقف عليه مال النزاع ينتهك الحقوق و الحريات التي يضمنها الدستور، يحدد شروط و كيفيات تطبيق هذه الفقرة بموجب قانون عضوي". القانون 01/16، المؤرخ في 26 جمادى الأولى عام 1437 الموافق 6 مارس 2016، المتضمن التعديل الدستوري، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 14، الصادرة بتاريخ 7 مارس 2016.

[4]- تنص المادة 01/02 من القانون العضوي 16/18، المحدد لشروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية الأطراف التي لها الحق في إثارة الدفع بعدم الدستورية:" يمكن إثارة الدفع بعدم الدستورية في كل محاكمة أمام الجهات القضائية للنظام القضائي العادي والجهات القضائية الخاضعة للنظام القضائي الإداري، من قبل أحد أطراف الدعوى الذي يدعي أن الحكم التشريعي الذي يتوقف عليه مآل النزاع ينتهك الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور". القانون العضوي 16/18المؤرخ في 22 ذي الحجة عام 1439 الموافق ل 02 سبتمبر 2018، المحدد لشروط وكيفيات تطبيق الدفع بعد الدستورية، جريدة رسمية جمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ، العدد 54؛ الصادرة بتاريخ 28 سبتمبر 2018.

[5] - وذلك خلافا لما ذهب إليه المشرع المغربي إذ أنه بين أطراف الدعوى وقام بحصرها ، وذلك من خلال أحكام نص المادة 02 فقرة ب من القانون التنظيمي رقم 86/15 المتعلق بتحديد شروط و إجراءات الدفع بعدم دستورية قانون، الصادر عن مجلس النواب المملكة المغربية؛ الرباط 06 فبراير 2018.

[6] - تنص المادة 05 من القانون العضوي 16/18 التي على أنّه: " مع مراعاة الأحكام المنصوص عليها في هذا القانون العضوي، تطبق أحكام قانون الإجراءات المدنية و الإدارية و قانون الإجراءات الجزائية أمام الجهات القضائية التي يثار أمامها الدفع بعدم الدستورية".

[7] - المادة 15، القانون رقم 09/08 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008؛ المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية؛ الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ؛ عدد 21؛ الصادرة بتاريخ 23 ابريل سنة 2008.

[8] - المادة 194، القانون 09/08، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

[9] - المواد من 199 إلى206، القانون 09/08، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

[10] - المواد 29، 72 ،337 مكرر ، 65 مكرر 2، الأمر رقم 155/66، المؤرخ في 08 جوان 1966، المتضمن قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، الصادر في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 48، الصادرة بتاريخ 10 جوان 1966، المعدل والمتمم.

- تنص المادة 3 مكرر من الأمر 02/05 على:" تعد النيابة العامة طرفا أصليا في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذا القانون"؛ الأمر 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 يعدل و يتمم القانون رقم 11/84 المؤرخ في 1984/06/09، المتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 15، الصادرة بتاريخ 27 فيفري 2005.

[11] - وبالنظر إلى القانون المقارن، نجد أن المشرع الفرنسي قد حل هذا الإشكال باقتصار استشارة النائب العام أو محافظ الدولة في الدعاوى التي لا يكون طرفا فيها، أما المشرع المغربي فلم يشترط أصلا على قاضي الموضوع استشارة وكيل الملك الممثل للنيابة العامة عند النظر في الدفع بعدم الدستورية المرفوع أمامه.

[12]- القانون العضوي رقم 06/17 المعدل والمتمم للقانون العضوي 11/05 المتعلق بالتنظيم القضائي؛ المؤرخ في 27 مارس سنة 2017، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 20 ، الصادرة بتاريخ 29 مارس 2017.

[13] - تنص المادة الأولى من قانون المحاكم الإدارية:" تنشأ المحاكم الإدارية هي كجهات قضائية للقانون العام في المادة الإدارية". قانون عضوي رقم 02/98 مؤرخ في 04 صفر عام 1419 الموافق ل 30 مايو 1998 يتعلق بالمحاكم الإدارية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ، العدد 37 الصادرة بتاريخ 01 يونيو 1998.

[14] - المادة 10، القانون عضوي رقم 01/98 مؤرخ في 30 مايو 1998، المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله ، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 37، الصادرة بتاريخ 01 يونيو 1998 ، المعدل والمتمم بموجب القانون العضوي رقم 13/11 مؤرخ في 26 يوليو 2011، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 43، الصادرة بتاريخ 3غشت 2011.

[15] - قرار مجلس الدولة رقم 025039، الصادر بتاريخ 2006/04/19، الغرفة الثانية، مجلة مجلس الدولة، العدد التاسع ، لسنة 2009، ص57.

[16] - قرار مجلس الدولة رقم 047841، الصادر بتاريخ 2008/10/21، الغرفة الخامسة ، مجلة مجلس الدولة ، العدد التاسع، لسنة 2009، ص140.

[17] - نفس المرجع، نفس الصفحة.

[18] - المادة 08، القانون العضوي 16/18، المتعلق بتحديد شروط وكيفيات تطبيق الدفع بعد الدستورية.

[19] - المادة 07، القانون العضوي 16/18، المتعلق بتحديد شروط وكيفيات تطبيق الدفع بعد الدستورية.

[20] - المادة 09، القانون العضوي 16/18، المتعلق بتحديد شروط وكيفيات تطبيق الدفع بعد الدستورية.

[21] - المادة 10، القانون العضوي 16/18، المتعلق بتحديد شروط وكيفيات تطبيق الدفع بعد الدستورية.

(22) - المادة 11 و المادة 12، القانون العضوي 16/18، المتعلق بتحديد شروط وكيفيات تطبيق الدفع بعد الدستورية.

(23) - المادة 15، القانون العضوي 16/18، المتعلق بتحديد شروط وكيفيات تطبيق الدفع بعد الدستورية.

(24) - المادة 16، القانون العضوي 16/18، المتعلق بتحديد شروط وكيفيات تطبيق الدفع بعد الدستورية.

(25) - المادة 20، القانون العضوي 16/18، المتعلق بتحديد شروط وكيفيات تطبيق الدفع بعد الدستورية.

(26) - المادة 19، القانون العضوي 16/18، المتعلق بتحديد شروط وكيفيات تطبيق الدفع بعد الدستورية.

(27) - المادة 17، القانون العضوي 16/18، المتعلق بتحديد شروط وكيفيات تطبيق الدفع بعد الدستورية.

(28) - المادة 18، القانون العضوي 16/18، المتعلق بتحديد شروط وكيفيات تطبيق الدفع بعد الدستورية.

(29) - المادة 16، النظام المتعلق بقواعد عمل المجلس الدستوري، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية العدد 42، الصادرة بتاريخ 30 جوان 2019.

(30) - المادة 11، النظام المتعلق بقواعد عمل المجلس الدستوري.

(31) - المادة 23، القانون العضوي 16/18، المتعلق بتحديد شروط وكيفيات تطبيق الدفع بعد الدستورية.

(32) - المادة 21، القانون العضوي 16/18، المتعلق بتحديد شروط وكيفيات تطبيق الدفع بعد الدستورية.

- المادة 12، النظام المتعلق بقواعد عمل المجلس الدستوري.

(33) - المادة 12، المادة 13، والمادة 14، النظام المتعلق بقواعد عمل المجلس الدستوري.

(34) - المادة 22، القانون العضوي 16/18، المتعلق بتحديد شروط وكيفيات تطبيق الدفع بعد الدستورية.

(35) - المادة 21، النظام المتعلق بقواعد عمل المجلس الدستوري.

(36) - أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، دار الشروق، القاهرة، مصر، 2000، ص 249.

(37) - MARKUS (P):not sous C.E3 janvier 2003.Mme Belmina.A.J.2003.P953.

(38)- ApostolosVlachogiannis «Le Conseil constitutionnel face au changement de circonstances de fait : réflexions à la lumière de l'expérience américaine », Jus Politicum, n° 11

- http://juspoliticum.com/article/Le-Conseil-constitutionnel-face-au-changement-de-circonstances-de-fait-reflexions-a-la-lumiere-de-l-experience-americaine-789.html

(39) - علي السيد الباز ؛ الرقابة على دستورية القوانين في مصر ، دار النهضة العربية؛ القاهرة؛ مصر؛ 1978؛ ص 134.

(40) - شعبان احمد رمضان، اثر انقضاء المصلحة على السير في إجراءات دعوى الإلغاء و الدعوى الدستورية،دار النهضة العربية، القاهرة، 2009، ص 204-205.

(41)- Guy CANIVET. La réforme du système français de protection des droits et libertés fondamentaux. DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL.PDF

(42) - كرنيش بغداد، جديد الحقوق والحريات وآليات ضمانها وترقيتها في التعديل الدستوري الجزائري لعام 2016، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، جامعة البليدة 2، العدد الثامن، بدون تاريخ طبع.

(43)- حيث جاء في نص المادة 150 من التعديل الدستوري لسنة 2016 :" المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية ، حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور ، تسمو على القانون.".

(44)- نصت المادة (2/189)من التعديل الدستوري لسنة 2016 :" عندما يخطر المجلس الدستوري على أساس المادة 188 فإن قراره يصدر خلال الأشهر الأربعة 4 التي تلي تاريخ إخطاره، و يمكن تمديد هذا الأجل مرة واحدة لمدة أقصاها أربعة 4 أشهر، بناء على قرار مسبب من المجلس و يبلغ إلى الجهة القضائية صاحبة الإخطار".

(45)- ورقابة الدفع بعدم الدستورية كإجراء تطول مدته ، إذا ما تم مقارنته بنظام آخر تلقائي وهو إثارة مسألة التعارض بين القانون المنظم للحقوق والحريات والاتفاقيات الدولية، حيث يزيل القاضي هذا التعارض بموجب وظيفته تطبيقا لمبدأ تدرج القاعدة القانونية في النظام القانوني الهرمي .

(46) - Décision n° 2010-6/7 QPC du 11 juin 2010, M. Stéphane A. et autres

(47) - المادة 23، القانون العضوي 16/18، المتعلق بتحديد شروط وكيفيات تطبيق الدفع بعد الدستورية.

رقابة القضاء الإداري على قرارات الاستيلاء الواردة على الأملاك الخاصة



الدكتور / كمال فتحي دريس
كلية الحقوق والعلوم السياسية
جامعة الوادي

❋ ❋ ❋ ❋ ❋

مقدّمة:

نصت الدساتير والمواثيق الدولية على حق الفرد في الملكية، وعلى سبيل المثال ما نصت عليه المادة (17) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على أن: "لكل فرد حق التملك بمفرده أو بالاشتراك مع غيره ولا يجوز تجريد أحد من ملكيته تعسفاً"[1].

وهذا ما نصت عليه كذلك الدساتير الجزائرية المتعاقبة ولا سيما التعديل الدستوري لسنة 2016[2] من خلال الفصل الرابع منه المتعلق بالحقوق والحريات في المادة (64) التي أكدت أن الملكية الخاصة مضمونة، وأن كل مخالفة مرتكبة ضد الحقوق والحريات يعاقب عليها القانون طبقا لنص المادة (41) من ذات القانون.

وإن كانت الملكية من الحقوق المكفولة دستورا، إلا أنها ليست بحق مطلق لا يجوز المساس به، وإنما أصبح حقا يخضع للضوابط القانونية، من أهمها تغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة، لكون حق الملكية قد يؤدي وظيفة اجتماعية مقرونة بالمصلحة العامة، أين تضطر الدولة إلى المساس بها في صبغة شرعية.

ومن بين صور المساس بحق الملكية تحقيقا للمصلحة العامة "الإستيلاء المؤقت" الذي تفرضه ظروف استثنائية عليها جبرا، وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية للمادة (679) من القانون المدني[3] وذلك لضمان إستمرارية المرفق العمومي.

وإن كانت عملية الاستيلاء السالفة الذكر التي يكون محلها حق من الحقوق –حق الملكية- المكفول دستورا، إلا أنه مقرون بإجراءات نص عليها القانون تكفل حماية للملكية الخاصة وتكون تحت رقابة القضاء، هذه الرقابة التي تعتبر الضمانة الأساسية لحماية الحقوق والحريات بصفة عامة والحق في الملكية المضمون دستورا.

لذلك ارتأينا أن يكون موضوع المداخلة "رقابة القضاء الإداري على قرارات الاستيلاء المؤقت الواردة على الأملاك الخاصة باعتباره أحد الحقوق المضمونة دستورا".

وذلك انطلاقا من الإشكالية التي يثيرها موضوع الدراسة وهي: ما مدى فعالية ونجاعة الرقابة القضائية على قرارات الاستيلاء لحماية وتكريس الحق في الملكية الخاصة؟

وللإجابة على الإشكالية السالفة الذكر إرتأينا تقسيم المداخلة إلى محورين، بحسب طبيعة الحماية التي يكفلها القضاء الإداري للملكية الخاصة في حالة الإستيلاء بمفهوم المادة (679) من القانون المدني والصلاحيات المخولة للقاضي الإداري من خلال القانون (09/08) المتعلق بقانون الإجراءات المدنية والإدارية، وذلك تكريسا لأحكام الدستور والحقوق المكفولة ولا سيما الحق في الملكية المنصوص عليه في المادة (64) منه.

المحور الأول: الحماية المؤقتة التي يضمنها القضاء الإداري الاستعجالي في حالة الاستيلاء على الأملاك الخاصة.

المحور الثاني: الحماية القضائية الموضوعية من قرارات الاستيلاء.

المحور الأول

الحماية المؤقتة التي يضمنها القضاء الإداري الإستعجالي في حالة الاستيلاء على الأملاك الخاصة

يعرف الاستيلاء على أنه إجراء استثنائي تلجأ إليه الإدارة للحصول على الأموال والخدمات من الأفراد في حالة الضرورة والاستعجال[4]، وذلك عندما لا تسمح طرق القانون المألوفة بتحقيق الأهداف المرجوة[5].

والاستيلاء إجراء مؤقت أقره المشرع كامتياز للإدارة تلجأ إليه في حالات استثنائية وإستعجالية وضمانا لاستمرارية المرفق العمومي[6]، ويتم هذا الإجراء بموجب قرار إداري يصدر طبقا لنص المادة (680) من القانون المدني عن الوالي أو كل سلطة مؤهلة قانونا، وإن كان المشرع لم يحدد تلك السلطة؛ مما قد يثير مسألة تنازع الاختصاص، أين تتدخل السلطة التقديرية للقاضي في تقدير هذا الأمر من حيث إثبات الصفة من عدمها[7].

إن الأصل العام في القرار الإداري يكون نافذا بمجرد صدوره[8]، والاستيلاء على الملكية الخاصة لا يتم إلا بموجب قرار إداري يتمتع بالقوة التنفيذية، لأنه محصن من الناحية القانونية لأن الإدارة أصدرته وفق نصوص قانونية لذا يكون القرار مرتبط بقرينة المشروعية، لذلك يمكن تنفيذه إختياريا وهو القاعدة الأصلية أو تنفيذه جبرا وهذا الاستثناء.

وبالتالي لا يمكن وقف تنفيذه إلا بقرار صادر عن نفس الجهة متى كان اختصاصها أو عن طريق القضاء بناء على دعوى وقف تنفيذ القرار الإداري بالاستيلاء المؤقت.

من ناحية أخرى يمكن للقضاء الإداري –مجلس الدولة- أن ينظر في دعاوى وقف تنفيذ الأحكام الإدارية الصادرة عن المحاكم الإدارية والفاصلة في دعوى الغاء قرار الاستيلاء أو دعوى القضاء الكامل المتعلق برفع اليد عن الملكية الخاصة أو التعويض عن الاستيلاء المشروع وغير المشروع.

أولا

اختصاص القضاء الإداري الاستعجالي بوقف تنفيذ قرار الاستيلاء المؤقت

إن القوة التنفيذية للقرار الإداري عامة وقرار الاستيلاء المؤقت بصفة خاصة تعود لأسباب موضوعية كالحفاظ على السير الحسن للمرفق العام، وتحقيق المصلحة العامة، لكن من جهة أخرى يتشرط في هذا القرار المشروعية وعدم مخالفته للقانون أو المساس بحقوق الافراد.

لذلك كفل المشرع للأفراد حماية مؤقتة متى طالبوا بتدخل القاضي الإداري الاستعجالي لوقف تنفيذ القرار الإداري بالإستيلاء وفقا لشروط تضمنها القانون (09/08) المتعلق بقانون الإجراءات المدنية والإدارية.

1- إختصاص المحاكم الإدارية بدعاوى وقف تنفيذ قرارات الاستيلاء

تختص المحاكم الإدارية للنظر في الدعاوى الاستعجالية الرامية الى وقف تنفيذ قرار إداري وذلك طبقا لنص المادة (833) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

كما نصت المادة (919) من نفس القانون على أنه يجوز لقاضي الاستعجال أن يأمر بوقف تنفيذ قرار إداري موضوع طلب إلغاء كلي أو جزئي أو وقف آثار معينة منه.

إضافة إلى ما تضمنته المادة (920) من ق إ م و إ عن تدخل القاضي الاستعجالي في حالة إنتهاك الحريات الأساسية أو أن يأمر بوقف تنفيذ القرار الإداري المطعون فيه أو في حالة الإستيلاء والذي نصت عليه المادة (921) من نفس القانون.

وبقراءة متأنية للمواد السالفة الذكر وإن كانت قد أقرت سلطة للقاضي الإداري الإستعجالي بوقف تنفيذ القرار الإداري الذي يحمل قرينة المشروعية الى غاية ثبوت العكس عن طريق دعوى الإلغاء إلا أنه قيد إنعقادإختصاصه بتوفر شروط هي:

أ. أن يكون القرار الإداري - قرار الاستيلاء- المطالب بوقف تنفيذه محل دعوى موضوعية بالإلغاء وهذا ما نصت عليه صراحة الفقرة الثانية للمادة (834) بنصها: "لا يقبل طلب وقف تنفيذ القرار الإداري، ما لم يكن متزامنا مع دعوى مرفوعة في الموضوع...".

ب. شرط الاستعجال وذلك في حالة وجود خطر محدق قد ينتج عنه ضرر جراء تنفيذ القرار ويصعب تداركه أو إصلاحه فيما لو إنتظر الطرف المضرور فصل قاضي الموضوع في دعوى الغاء القرار الإداري بالاستيلاء، وقد نصت عليه المادة (919) من ق إ م و إ.

ج. شرط الجدية الذي مفاده أن تكون الدعوى الموضوعية - دعوى الإلغاء- مبنية على أسباب من شأنها إحداث الشك حول مشروعية القرار ومثالها قرارات الاستيلاء على المحلات السكنية والتي تعتبر قرارات غير مشروعة والتي استثناها المشرع من نطاق تطبيق قرارات الاستيلاء بموجب المادة (3/679)من القانون المدني، وهذا ما ذهبت إليه إجتهادات مجلس الدولة ولا سيما قرارها القاضي بوقف تنفيذ قرار استيلاء على محلات سكنية من الوالي لوجود نزاع جدي يثير الشكوك حول مشروعية القرار لمخالفته للفقرة الثالثة من المادة (679) السالفة الذكر[9].

2- إختصاص مجلس الدولة بدعاوى وقف تنفيذ قرارات الاستيلاء

يختص مجلس الدولة كدرجة أولى وأخيرة بالفصل في دعاوى الإلغاء والتفسير وتقدير المشروعية في القرارات الإدارية الصادرة عن السلطات الإدارية المركزية[10]، وبالتالي إذا كانت دعوى وقف تنفيذ تتعلق بقرار إداري صادر عن سلطة مركزية فإن الإختصاص للفصل فيها يؤول لمجلس الدولة، وفي هذا الإطار وطبقا لنص المادة (910) من ق إ م و إ تطبق الأحكام المتعلقة بوقف التنفيذ المنصوص عليها في المواد من (833) إلى (837)، أي نفس الإجراءات والشروط المنصوص عليها في دعوى وقف تنفيذ القرار الإداري أمام المحكمة الإدارية والتي سبق الإشارة إليها أعلاه.

كما يمكن لمجلس الدولة أن ينظر في دعوى وقف التنفيذ ويأمر به وفقا لنفس الشروط السالفة الذكر باعتباره جهة استئناف لدعوى الموضوع متى قدم طلب وقف التنفيذ لأول مرة ما بعد الطعن بالاستئناف في حكم المحكمة الإدارية الفاصل في الموضوع ولو برفض الطعن لتجاوز السلطة للقرار الإداري ومثالها "إنتهاء مدة قرار الاستيلاء أو الظروف الاستثنائية التي أدت الى إصداره"، أين يجوز لمجلس الدولة طبقا لنص المادة (912) من ق إ م و إ أن يأمر بوقف تنفيذ قرار الاستيلاء بطلب من المستأنف عندما يكون تنفيذ القرار الإداري المطعون فيه من شأنه إحداث عواقب يصعب تداركها، وعندما تبدو الأوجه المثارة في العريضة من خلال ما توصل إليه من التحقيق جدية، ومن شأنها تبرير الإلغاء القرار الإداري المطعون فيه.

هذا وقد خولت المادة (911) من ق إ م و إ لمجلس الدولة الاختصاص في رفع وقف التنفيذ المأمور به من طرف المحكمة الإدارية حالا، إذا كان من شأنه الإضرار بمصلحة عامة أو بحقوق المستأنف، وذلك إلى غاية الفصل في موضوع الاستئناف ما يعني أنه يمكن لمجلس الدولة أن يوقف أثر الأمر بوقف التنفيذ

لتغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة، ومثالها إذا كانت الظروف الاستثنائية قائمة وأخطأ قاضي الدرجة الأولى في تقدير الوقائع والظروف.

إضافة إلى اختصاص مجلس الدولة كدرجة ثانية تنظر في الطعن بالاستئناف في الأوامر الصادرة عن المحكمة الإدارية والتي قضت برفض الطعن بالاستئناف في الأوامر الصادرة عن المحكمة الإدارية والتي قضت برفض دعوى الاستعجال أو بعدم الاختصاص النوعي التي صدرت وفقا للمادة (924) ويفصل فيها المجلس في أجل شهر واحد من تاريخ تسجيل الطعن، هذا على الرغم من أنها قرارات تتضمن المساس بالملكية الخاصة ومن شأنها الحاق ضرر يصعب تداركه مستقبلا.

ثانيا

اختصاص القضاء الإداري الاستعجالي بوقف تنفيذ الأحكام الإدارية الفاصلة في منازعات قرارات الاستيلاء المؤقت

الأحكام الإدارية على عكس الأحكام الصادرة عن القضاء العادي عموما الطعن فيها عن طريق الاستئناف لا يوقف التنفيذ، إلا أن المشرع قد خول لمجلس الدولة أن يأمر بوقف تنفيذ الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية، إلا أنه فرق ما بين حالتين:

الحالة الأولى: وقف تنفيذ الحكم الإداري طبقا لأحكام المادة (913) من ق إ م و إ وبناء على المادة السالفة الذكر فإنه يجوز لمجلس الدولة أن يأمر بوقف تنفيذ الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية دون التفرقة ما بين دعاوى الإلغاء ودعاوى القضاء الكامل، وسواء قضت بالإلغاء أو التعويض من عدمه لكن متى توفرت ثلاث شروط هي:

1- أن يكون الحكم الإداري محل طلب وقف التنفيذ مطعون فيه عن طريق الاستئناف أمام مجلس الدولة.

2- أن تنفيذ الحكم الإداري من شأنه أن يعرض المستأنف طالب وقف التنفيذ لخسارة مالية مؤكدة لا يمكن تداركها، وبالتالي يقع عبئ إثبات ذلك على المستأنف تحت رقابة القضاء.

3- أن الأوجه المشارة في الإستئناف من شأنها تبرير إلغاء القرار المستأنف، إلا أنه ما يعاب على هذا الشرط أن القاضي الاستعجالي لا يمس بأصل الحق، ومعاينته للدفوع الموضوعية حول مدى جديتها يعتبر مساسا وخوضا لأصل الحق والذي يدخل في صميم إختصاص قاضي الموضوع.

الحالة الثانية: وقف تنفيذ الحكم الإداري طبقا لأحكام المادة (914) من ق إ م و إ هذه الحالة تتعلق بالأحكام الفاصلة في دعوى الإلغاء والتي قضت بإلغاء قرار إداري لتجاوز السلطة، والتي أجاز فيها المشرع لمجلس الدولة بناء على طلب المستأنف أن يأمر بوقف تنفيذ هذا الحكم بتوفر شرطين هما:

1- أن يكون الحكم الإداري محل طلب وقف التنفيذ مطعون فيه عن طريق الإستئناف أمام مجلس الدولة.

2- أن أوجه الاستئناف تبدو من التحقيق جدية ومن شأنها أن تؤدي فضلا عن الإلغاء الحكم المطعون فيه أو تعديله، إلى رفض الطلبات الرامية إلى الإلغاء من أجل تجاوز السلطة الذي قضى به الحكم.

كما يختص مجلس الدولة طبقا للفقرة الثانية من المادة (914) السالفة الذكر برفع حالة وقف التنفيذ المنصوص عليها في المواد (912) و (913) و (914) من ق إ م و إ بناء على طلب من يهمه الأمر، إلا أنه ما يؤخذ على أحكام هذه الفقرة أن المشرع لم يبين حالات وشروط رفع حالة وقف التنفيذ.

المحور الثاني

الحماية القضائية الموضوعية من قرارات الاستيلاء

سبق وأن أشرنا إلى أن الاستيلاء المؤقت يصدر على شكل قرار إداري شُرِّعَ كعمل إداري استثنائي مؤقت ومشروع إذا ما احترمت الجهة الإدارية المصدرة لهذا القرار الضوابط المحددة قانونا، ولا سيما صدوره عن جهة مختصة ومتى توفرت ظروف استثنائية أو استعجالية تبرر الاستيلاء وتعلق بأموال وخدمات أجاز القانون الاستيلاء عليها.

أما إذا كان قرار الاستيلاء يشوبه عيب من العيوب الذي يفقده الصحة والمشروعية فإن ذلك يعتبر مساس بالملكية الخاصة التي كفلها الدستور، لذلك خول القانون لأصحاب الملكية الخاصة الحق في التقاضي ورفع دعاوى أمام القضاء الإداري تطبيقا للمعيار العضوي المنصوص عليه في المادة (800) من ق إ م و إ، والتي تعكس الرقابة القضائية من جهة على مشروعية القرار متى وجد هذا القرار وهو ما يدخل في إطار موضوع دعوى الإلغاء، أو دعاوى القضاء الكامل والمتمثلة في دعوى الملكية ودعوى التعويض.

أولا

دعوى إلغاء قرار الاستيلاء المؤقت.

تعرف دعوى الإلغاء بأنها الدعوى القضائية المرفوعة أمام إحدى الهيئات القضائية الإدارية والتي تستهدف إلغاء قرار إداري بسبب عدم مشروعيته نظرا لما يشوب أركانه من عيوب[11].

ودعوى الإلغاء ترتبط بالقرار الإداري ولا يمكن رفعها إلا لإلغاء قرار إداري معين، أي أنه لا يمكن رفع دعوى الإلغاء ضد أعمال إدارية مادية أو ضد الأعمال التحضيرية أو التمهيدية لصناعة القرار الإداري المتمثلة في التوصيات والاقتراحات ومشاريع القرارات الإدارية[12].

وفي هذا السياق نصت المادة (819) من ق إ م و إ على شرط إرفاق العريضة الرامية إلى إلغاء أو تقدير مدى مشروعية القرار الإداري، تحت طائلة عدم القبول، بالقرار المطعون فيه، ما لم يوجد مانع

مبرر وإذا ثبت أن هذا المانع يعود إلى امتناع الإدارة من تمكين المدعي من القرار المطعون فيه، يأمر القاضي المقرر بتقديمه في أول جلسة، ويستخلص النتائج القانونية المترتبة على هذا الامتناع.

كما أدرج المشرع شرط الميعاد في دعاوى الإلغاء بهدف استقرار أعمال الإدارة العامة من جهة، واستقرار المراكز القانونية للأفراد الموجه لهم القرار الإداري من جهة أخرى[13].

وقد تناولت هذا الشرط المواد من (829) إلى (832) من ق إ م و إ وحددتها بأربعة أشهر تسري من تاريخ التبليغ الشخصي للقرار الإداري الفردي أو من تاريخ نشر القرار الإداري الجماعي أو التنظيمي، ولا يمكن الاحتجاج بآجال الطعن إلا إذا تم الإشارة إليه في تبليغ القرار المطعون فيه[14]، هذا ويمكن أن تنقطع الآجال طبقا لنص المادة (832) من نفس القانون إذا تم الطعن أمام جهة قضائية إدارية غير مختصة أو في حالة طلب المساعدة القضائية.

وبتوفر الشرطين السالفين الذكر، ينظر القضاء الإداري في مدى مشروعية القرار الإداري من حيث أركانه وسلامته من العيوب التي قد تشوبه، وهنا تتضح جليا الرقابة القضائية على مشروعية قرار الاستيلاء المؤقت على الملكية الخاصة، ويقضي بإلغاء القرار الإداري متى عاين توفر أو تحقق عيب أو عدم المشروعية وهي:

1- عدم الاختصاص

يعرف الاختصاص كركن من أركان القرار الإداري بأنه الصفة القانونية لرجل الإدارة أو للهيئة الإدارية في اتخاذ قرار ما على نحو يعتد به قانونا[15].

وعليه فإن قرار الاستيلاء المؤقت الذي يصدر من طرف شخص غير مؤهل أو من طرف سلطة إدارية غير مختصة هو قرار معيب في ركن اختصاصه، يجعل منه محلا للإلغاء أمام القضاء.

ويكون قرار الاستيلاء مشوبا بعيب عدم الاختصاص متى صدر عن جهة غير تلك المنصوص عليها في المادة (680) من القانون المدني والقوانين الخاصة كقانون البلدية في المادة (72) منه خولت لرئيس المجلس الشعبي البلدي إصدار قرارات الاستيلاء المؤقت ،وفي نفس الاطار فقد نص المرسوم (44/92) على اختصاص وزير الداخلية والوالي باتخاذ وإصدار مثل تلك القرارات[16].

2- عيب المحل أو مخالفة القانون

ويقصد به خروج القرار الإداري عن قواعد وأحكام القانون، وذلك باتخاذ أحد الصور إما الخطأ في تفسير القانون أو الخطأ في تطبيقه، المخالفة الصريحة والواضحة للأحكام والمبادئ والقواعد القانونية، كأن يتم الاستيلاء على المحلات المخصصة للسكن فعليا[17].

3- عيب الشكل والإجراءات

ويقصد به عدم إحترام الإدارة القواعد الإجرائية أو الشكلية المقررة في القوانين أو اللوائح، ويستوي في ذلك أن تقع المخالفة بصورة كلية أو جزئية[18].

ومن أمثلة هذا العيب في قرارات الاستيلاء المؤقت عدم صدوره بالشكل المحدد في المادة (680) من القانون المدني ولا سيما توضيح إذا كان الاستيلاء يقصد الحصول على الأموال أو الخدمات، وبيان طبيعة وصفة ومدة الخدمة.

4- عيب السبب

يكون القرار الاداري غير مشروع لعيب السبب، إذا لم يكن هذا السبب قائما حال اصدار هذا القرار حتى ولو ظهر لاحقا، فالعبرة تكون بتاريخ إصداره، يكون معيبا كذلك إن لم يكن محددا.

ويكون قرار الاستيلاء المؤقت غير مشروع لعيب السبب إذا لم تتوفر الظروف الاستثنائية[19] أو الاستعجالية التي تبرر الاستيلاء إذا كانت غير ضرورية لاستمرارية المرفق العمومي والمنصوص عليها في الفقرة الثانية للمادة (679) من القانون المدني.

5- عيب الانحراف في استعمال السلطة

هو عيب يصيب غاية وهدف القرار الإداري فيجعلها غير مشروعة، والهدف من قرار الاستيلاء المؤقت على الملكية الخاصة هو تحقيق لصالح العام[20] وإذا حاد على هذا الهدف نكون أمام عيب الإنحراف في استعمال السلطة والذي يؤدي إلى إلغاء قرار الاستيلاء المؤقت.

ثانيا

دعاوى القضاء الكامل

قد ينشأ عن قرار الاستيلاء المؤقت دعوى تعويض يختلف أساس أو سبب هذا التعويض حسب الحالات التالية:

- عدم إتفاق الأطراف على تعويض الاستيلاء أين نصت الفقرة الثانية للمادة (681) مكرر 2 من القانون المدني على تحديده عن طريق القضاء.

- يمنح كذلك التعويض طبقا للفقرة الثالثة من المادة (681) مكرر 2 في حالة تسبب المستفيد من الإستيلاء في نقص القيمة.

- التعويض عن الإستيلاء التعسفي إذا تم خارج نطاق الحالات والشروط المحددة قانونا طبقا لأحكام المادة 679 وما يليها، وذلك عن طريق القضاء، وحددت الفقرة الأخيرة من المادة (681) مكرر 3 عناصر هذا التعويض بإصلاح الضرر المتسبب ومكافأة العمل والرأسمال وكذا بتعويض كل نقص في الربح.

ومسألة التعويض عن الاستيلاء قد يكون أساسها الخطأ في غالب الحالات، كالتعويض على قرار الاستيلاء غير المشروع، وأحيانا مبنيا على خطأ في مجال الأعمال المادية التي تقوم بها الإدارة المستفيدة في الاستيلاء الذي قد يكون تعدي أو غصب.

كما يمكن منح التعويض في حالة تسبب الإدارة في نقص قيمة الملكية الخاصة المستولى عليها.

أقر المشرع من جهة أخرى حق المستولى عليه في التعويض ولو لم يصدر خطأ من الإدارة متى صدر قرار بالاستيلاء وفقا للأشكال والإجراءات المنصوص عليها في القانون، وهذا ما جاء في نص المادة (681) مكرر 02 من القانون المدني: "يحدد تعويض الاستيلاء بالاتفاق بين الأطراف.

وفي حالة عدم الاتفاق، يحدد مبلغ التعويض عن طريق القضاء، مع مراعاة ظروف وغرض الاستيلاء، دون أن يتضرر المستفيد".

يتضح من خلال هذا النص أن المبدأ الأساسي في الحصول على التعويض الناتج عن استيلاء مشروع يكون رضائيا ما بين الأطراف، وفي حالة عدم اتفاقهم يتم اللجوء إلى القضاء للمطالبة بالتعويض، وللقاضي الإداري السلطة التقديرية في تحديد قيمة التعويض عن الاستيلاء المشروع، إلا أن المادة (681) مكرر 2 السالفة الذكر قيدته بمراعاة ظروف وغرض الاستيلاء من جهة، ومن جهة أخرى عدم الاضرار بالمستفيد.

ويقصد بها الظروف الاستثنائية التي أدت بالإدارة إلى اتخاذ إجراء الاستيلاء كإجراء إستعجالي للتصدي لظروف استثنائية، أما الغرض من عملية الاستيلاء فيعني ضرورة استعجالية ومدى تحقيقه للمصلحة العامة وضمان استمرارية المرفق العام، هذه الأخيرة تخضع لتقدير القاضي من أجل تحديد التعويض.

وينبغي على القاضي الإداري مراعاة مصلحة المستفيد من عملية الاستيلاء كما راع ظروف وغرض الاستيلاء عند تقدير التعويض، الملاحظ أن المشرع غلب مصلحة الإدارة على المالك المستولى على ملكيته الخاصة.

الخاتمة

يتضح مما سبق ذكره أن الاستيلاء المؤقت إجراء غير مألوف ذو طابع مؤقت تلجأ إليه الإدارة في حالات الضرورة، وأنه طريق جبري وشرعي، والغرض منه في النهاية تحقيق منفعة عامة، مقابل تعويض لصاحب الملكية الخاصة المستولى عليها.

لكن هذا الاستيلاء وإن كان إجراء قانوني غير عادي خوله القانون للإدارة في ظروف استثنائية وإستعجالية ضمانا لاستمرارية المرفق العمومي، إلا أنه يخضع للرقابة القضائية حماية للملكية الخاصة المكفولة والمضمونة دستورا، والتي يمكن تقسيمها إلى حماية مؤقتة من خلال دور القضاء الإداري الاستعجالي في وقف قرار الاستيلاء إلى غاية الفصل في دعوى الإلغاء أو دوره في وقف تنفيذ الأحكام الإدارية أمام مجلس الدولة الذي ينظر في نفس الوقت في الطعون بالإستئناف في الأحكام محل طلب وقف التنفيذ.

أما الحماية الموضوعية فتتعلق برقابة القاضي الإداري لمدى مشروعية قرار الإستيلاء عند النظر في دعوى الإلغاء، أو دعوى التعويض عند عدم اتفاق الأطراف على تحديده، أو في حالة تسبب الإدارة في نقص قيمة المال المستولى عليه، والتعويض في حالة الاستيلاء غير المشروع.

ومن خلال هذه الدراسة إرتأينا تقديم الإقتراحات التالية:

- تحديد السلطات المؤهلة قانونا لإصدار قرار الاستيلاء المؤقت حتى يتمكن القاضي الإداري من بسط رقابته على القرار والوقوف على مدى مشروعيته.

- تقليص آجال الفصل في دعاوى وقف تنفيذ قرار الاستيلاء والطعن فيه بما يتماشى وخصوصية هذا النوع من الدعاوى.

- تحديد الحالات التي يمكن فيها لمجلس الدولة رفع حالة وقف التنفيذ المنصوص عليها في المادة (914) من ق إ م و إ.

- تفعيل نص المادة (819) من ق إ م و إ والمتعلقة بتدخل القاضي الإداري في حالة امتناع الإدارة عن تقديم القرار الإداري محل دعوى الإلغاء.

- ضرورة تحديد مفهوم الظروف الاستثنائية والإستعجالية التي تبرر تدخل الإدارة لإصدار قرارات الاستيلاء حتى يمكن للقاضي الإداري مراقبة مدى مشروعيتها.

- تحديد مدة الاستيلاء كبيان إلزامي في قرار الاستيلاء، وعن مدى قابليته للتمديد من عدمها.

-

التهميش:

(1) معاشو عمار، دور القضاء في حماية حقوق الإنسان، مجلة المحاماة، تصدر عن منظمة المحامين لتيزي وزو، العدد الأول، ماي 2004، ص 53.

(2) القانون رقم (01/16) المؤرخ في 2016/03/06، المتضمن التعديل الدستوري، ج ر، عدد 14، الصادرة بتاريخ 2016/03/07.

(3) الأمر رقم (58/75) المؤرخ في 1974/09/26 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، ج ر عدد 78، لسنة 1975.

(4) مروان محمد محروس المدرس، خليل محمد عبد الله، حماية الملكية الخاصة في أحكام المحكمة الدستورية البحرينية على ضوء التشريعات المنظمة لهذه الحماية، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، الصادرة عن جامعة الشارقة، المجلد 14، العدد 02، ديسمبر 2017، ص 380، 381.

(5) مسعود شيهوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، نظرية الإختصاص، الجزء الثالث، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999، ص 392.

(6) يراجع في ذلك المادة 679 من القانون المدني.

(7) صونية بن طيبة، الإستيلاء على العقار في التشريع الجزائري، دار الهدى، الجزائر، 2010، ص 72.

(8) بوضياف عمار، الوجيز في القانون الإداري، دار ريحانة، الجزائر، 1999، ص 209.

(9) قرار مجلس الدولة رقم (6460) الصادرة بتاريخ 2002/09/23، مجلة مجلس الدولة لسنة 2003، العدد الثالث، ص89.

(10) يراجع في ذلك المادة (901) من ق إ م و إ.

(11) محمد الصغير بعلي، القضاء الإداري، دعوى الإلغاء، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص31.

(12) محمد الصغير بعلي، الوجيز في المنازعات الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص202.

(13) محمد الصغير بعلي، دعوى الإلغاء، مرجع سابق، ص162.

(14) يراجع في ذلك المادة (831) من ق إ م و إ.

(15) عمار عوابدي، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص220.

(16) المرسوم الرئاسي رقم (44/92) المؤرخ في 1992/02/29، المتضمن حالة الطوارئ يؤهل وزير الداخلية والجماعات المحلية في كامل التراب الوطني أو جزء منه، والوالي في دائرته الإقليمية، لإتخاذ التدابير الكفيلة بحفظ النظام العام أو بإستتابه عن طريق قرارات وفقا للأحكام القانونية وفي إطار إحترام التوجيهات الحكومية

(17) عمار عوابدي، مرجع سابق، ص177.

(18) عبد العزيز خليفة، قضاء الإلغاء، دار الكتاب الحديث، الجزائر، 2008، ص47.

(19) اسماعيل جابوربي، نظرية الظروف الإستثنائية وضوابطها في القانون الدستوري الجزائري، مجلة دفاتر السياسة والقانون تصدر عن كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح –ورقلة- العدد 14، 2016.

(20) المرجع نفسه، ص52.

عن مبدأ خضوع القاضي للقانون:

"عامل مقيد لتطوير الاجتهاد القضائي: حالة القضاء الإداري الجزائري نموذجا"



الدكتور / لخضر رابحي الأستاذة / نجاة عيدة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
جامعة الأغواط

❋ ❋ ❋ ❋ ❋

مقدّمة:

تحتاج دولة القانون في بنائها واكتمالها إلى أدوات أساسية تشكل عناصر تكوين هاته الأخيرة، والتي تتلخص أساسا في: وجود دستور يسمو على كافة القوانين باحتلاله الصدارة في مرتبة القواعد القانونية، يتضمن تحديد نظام الحكم في الدولة ويعترف بحقوق الأفراد وحرياتهم.

إن عناصر التكوين هاته قد تغدو عديمة الأثر ما لم تحط بضمانات هامة وكفيلة بإرساء معالم دولة القانون والتي يشكل القضاء فيها متطلبا أساسيا بل وجوهريا في استكمال صرح بنائها ومنفذا أمنا في حماية حقوق الأفراد وحرياتهم من كل ما يحدق بهم من اعتداءات.

وتدعيما لمكانة القاضي وتعزيز دوره في مجال حماية الحقوق والحريات فقد أحاطه المؤسس الدستوري الجزائري باستقلالية مدسترة تؤهله لآداء هذا الدور الأساسي على النحو الذي يضمن احترام القانون في الدولة حيث تم دسترة مبدأ الفصل بين السلطات في ديباجة الدستور الجزائري حسب آخر تعديل له والتي جاء نصها كالآتي:" **يكفل الدستور الفصل بين السلطات واستقلال العدالة والحماية القانونية، ورقابة عمل السلطات العمومية في مجتمع تسوده الشرعية ويتحقق فيه تفتح الإنسان بكل أبعاده**"، وهو الأمر ذاته الذي تجسد في نص المادة 15 من ذات الدستور وبالفعل جاءت المادة 166 مترجمة لهاته الاستقلالية بكفالة حماية القاضي من كل أشكال الضغوطات والمناورات التي قد تضر بآداء مهمته أو تمس نزاهة حكمه.

إن منح القاضي مهمة كهاته سوف تجعله من دون أدنى شك يجتهد ويمضي قدما نحو إرساء أحكام يسود فيها تحقق قواعد العدالة الاجتماعية وكفالة الحقوق والحريات وحمايتها وإلا أعتبر منكرا للعدالة.هذه المهمة تبناها الدستور الجزائري في مضمون المادة 171منه والتي أكدت على أن المحكمة العليا ومجلس الدولة يمثلان الهيئة المقومة لأعمال الجهات القضائية والضامنة لتوحيد الاجتهاد القضائي، إلا أن هاته المادة سرعان ما تصطدم بنص المادة 165 من ذات الدستور والتي تلزم القاضي

بضرورة الخضوع عدم إلا للقانون، الأمر الذي يجعل القاضي في حيرة بين ضرورة خضوعه للقانون وبين تطوير الاجتهاد القضائي.

فهل سيسمح مبدأ خضوع القاضي للقانون في تطوير دوره في مجال الاجتهاد القضائي؟.

للإجابة عن هاته الإشكالية نقترح الخطة التالية :

المبحث الأول : مسار مبدأ خضوع القاضي للقانون عبر دساتير الجمهورية الجزائرية المتعاقبة "مسار دستوري":

المطلب الأول: ثبات دستوري للمبدأ عبر الدساتير.

المطلب الثاني: تطور دور القضاء عبر دساتير الجمهورية الجزائرية: التحول من الوظيفة إلى السلطة "تناقض صارخ مع ثبات المبدأ".

المبحث الثاني: القضاء كمصدر للقانون الإداري "مصدر أصيل":

المطلب الأول: مكانة الاجتهاد القضائي في هرم القانون الإداري "مكانة هامة".

المطلب الثاني: تقييد القاضي بعدم الخضوع إلا للقانون "عامل مؤثر في إضعاف الاجتهاد القضائي"

المبحث الأول

مسار مبدأ خضوع القاضي للقانون عبر دساتير الجمهورية المتعاقبة "مسار دستوري"

اعتنق المؤسس الدستوري الجزائري مبدأ خضوع القاضي للقانون عبر مختلف دساتير الجمهورية الجزائرية المتعاقبة، الأمر الذي يعكس نيته وتوجهه نحو ثبات هذا المبدأ في الدستور (المطلب الأول) إلاّ أنه ورغم التطور الحامل بخصوص مكانة القضاء في الجزائر عبر ذات الدساتير بتحوله من الوظيفة إلى السلطة بداية من دستور 1989 لم تتم مسايرة هذا التغير الهام بسبب استمرارية تبني مبدأ خضوع القاضي للقانون، الأمر الذي يشكل عقبة تحد من التوجه الجديد لدور القضاء (المطلب الثاني).

المطلب الأول

ثبات دستوري للمبدأ عبر الدساتير

استقر المؤسس الدستوري الجزائري عبر مختلف مراحله المتعاقبة على تبني مبدأ خضوع القاضي للقانون بدء من أول دستور صادر عن الجمهورية الجزائرية وهو دستور 1963 حيث تأكّد هذا المبدأ في نص المادة 62 منه والتي جاء نصها كالآتي :«لا يخضع القضاة في ممارستهم لوظائفهم إلاّ للقانون ومصالح الثورة الإشتراكية»[1].

وذهب دستور 1976 إلى اعتناق ذات المبدأ في نص المادة 172 منه والتي أكّدت على ما يلي: «لا يخضع القاضي إلاّ للقانون»[2]، بعدها صدر دستور 1989 مواصلا تكريس المبدأ في نص المادة 138 منه[3] والتي جاءت مطابقة تماما لنص المادة 172 من دستور 1976 بتأكيدها مرّة أخرى على ضرورة عدم خضوع القاضي إلاّ للقانون، وأخيرا جاء دستور 1996 متأثرا بسابقيه ومؤكّدا على استمرارية إلزام عدم إخضاع القاضي إلا للقانون في نص المادة 147 منه بنصها على ما يلي: «لا يخضع القاضي إلاّ للقانون»[4]، والتي أصبحت تقابلها المادة 165 حسب آخر تعديل دستوري لسنة 2016[5].

إنّ وجود هذه المادة عبر مختلف دساتير الجمهورية المتعاقبة يؤكّد دون محالة على ثبات واستقرار معالجة المؤسس الدستوري لمبدأ خضوع القاضي للقانون، ويعبر عن توجهه نحو عدم تغيير موقفه بشأنها، مما يجعلها تحظى بثبات دستوري هام، حيث لم يطالها أيّ تغيير يذكر عبر الدّساتير المتعاقبة رغم تطوّر القضاء وتحول دوره من مجرّد وظيفة إلى سلطة.

علّق الأستاذ "**رشيد خلوفي**" في مقال له في هذا الشأن:" أنّ هذه المادة تتضمّن من جهة أحكاما غير قابلة للصدأ، ومن جهة أخرى فإنّها لم يطرأ عليها أيّ مظهر من مظاهر الشّيخوخة، رغم تغيّر مسارها الدستوري والهدف الذي وضعت من أجله خلال المرحلتين الدستوريتين التي مرّت بها الجزائر"[6].

وعليه يبدو جليّا أنّ ثبات واستقرار مادة كهاته في أحكام الدستور لا يواكب التحوّل الهام الذي شهده القضاء عبر مختلف الدّساتير المتعاقبة، الأمر الذي يشكل تناقضا صارخا بين ثبات المبدأ وتطوّر دور القضاء، وهو ما ستتم معالجته في المطلب الموالي.

المطلب الثاني

تطوّر دور القضاء عبر الدّساتير "التّحول من الوظيفة إلى السّلطة:" تناقض صارخ مع المبدأ"

لقد كان لتحوّل النظام الدستوري الذي شهدته الجزائر بالغ الأثر في تطوّر وظيفة القضاء، هذا الأخير الذي شهد مرحلتين مختلفتين اضطرت بموجبها الجزائر إلى مراجعة ثوابتها والشروع في مرحلة جديدة تجلّت في التخلي عن وصف القضاء بالوظيفة وإقراره كسلطة بدء من دستور 1989 وما تلاه من دساتير متعاقبة، استمرت في المضيّ قدما نحو مواصلة سلسلة الإصلاحات التي شهدها القضاء بتبني نظام الازدواجية في دستور 1996، فبعدما كان القضاء يتصف بالأحادية جاء هذا الدستور ليميّز بين جهات القضاء العدلي والقضاء الإداري، وعليه سنقف عند تأملات مقتضبة في مختلف مراحل الدساتير في الجزائر لنبيّن المسار الذي شهده القضاء.

أولا: دستور 1963

تبنى هذا الدستور وحدة السلطة متأثرا بالنهج الإشتراكي وتركيزها في يد الحزب الواحد، حزب الطليعة، حزب جبهة التحرير الوطني المتمتع بالشرعيّة المستمدّة من سيادة الشعب[7]، وعليه فإنّ الجهاز الوحيد الذي نعت بالسلطة في هذا الدستور تمثل أساسا في السلطة التنفيذية[8].

أمّا عن السلطة القضائية فقد جاءت تحت عنوان العدالة وأخذت نصيبها في الدستور بمعدّل ثلاث مواد فقط[9]، عبّرت عن إطار هشّ ومهمّش للقضاء في تلك المرحلة، بل وأكثر من ذلك ذهبت المادة 62 من الدستور إلى التنصيص على ما يلي: «لا يخضع القاضي إلاّ للقانون ولمصالح الثورة الإشتراكية»[10].

ثانيّا: دستور 1976

واصل دستور 1979 تمسّكه بوحدة السّلطة[11]، وتأثره بالنهج الإشتراكي مرّة ثانية، إلاّ أنّه اختلف عن سابقه في تكييفه صراحة للقضاء كوظيفة بعد أن كان قد نصّ عليه تحت عنوان العدالة.

تضمّن الباب الثاني من هذا الدستور موضوع السلطة وتنظيمها في ست وظائف تمثلت في الوظيفة السيّاسية[12]، والوظيفة التنفيذية[13]، الوظيفة التشريعية[14]، الوظيفة القضائية، وظيفة المراقبة[15]، وأخيرا الوظيفة التأسيسية[16].

نظمّ هذا الدستور الوظيفة القضائية في المواد من 164 إلى 182 منه، أيّ بمعدل 19 مادة تعالج موضوع القضاء في الجزائر، حيث تضمّنت دور القضاء في الحفاظ على حقوق الأفراد وحرياتهم، كما تضمّنت أهمّ المبادئ والمرتكزات التي يقوم عليها القضاء المتمثلة أساسا في مبدأ المساواة أمام القضاء ومبدأ الشرعية ومبدأ شخصية العقوبات الجزائية وضرورة تعليل الأحكام وحماية المتقاضي من كلّ أشكال التّعسّف أو الانحراف، كما تضمّنت إحاطة القاضي بجملة من الضمانات الهامّة من خلال حمايته من كلّ أشكال الضغوطات والتّدخلات والمناورات التي قد تضرّ بآداء مهمّته أو تمسّ احترام نزاهته وجعله مسؤولا فقط أمام المجلس الأعلى للقضاء في كيفية قيامه بمهمته[17].

إلاّ أنّه ورغم إحاطة هذا الدستور بالضمانات السابق ذكرها، فقد أصبحت عديمة الأثر في ظل تأكيد هذا الدستور مرّة أخرى في نصي المادتين 172 و173 منه على التوالي على عدم خضوع القاضي إلاّ للقانون[18] ومساهمته في الدّفاع عن الثورة الإشتراكية وحمايتها[19].

ثالثا: دستور 1989: " بداية التحول الهام"

بعد ما أكّد دستوري 1963 و1976 على جعل القضاء مجرّد وظيفة متخصّصة في حماية مكاسب الثورة الاشتراكية وجعل القضاء غير مستقل، بل وتابع تبعيّة مطلقة للسلطة التنفيذية، اتّجه دستور 1989 إلى تحويل مسار القضاء في الجزائر من الوظيفة إلى السّلطة بتكريسه لتعدّد السلطات.

يعتبر دستور 1989 أوّل دستور أسّس لتعدّد السّلطات بالدولة، حين نظمّ السّلطة القضائية في المواد 129 إلى 148 منه.

جاءت المادة 129 منه مؤكّدة ولأوّل مرّة على استقلالية السلطة القضائية بنصها على الآتي: «السّلطة القضائية مستقلة».

وعليه شهد هذا الدستور بداية الإعلان عن الترقية الدستورية للقضاء في الجزائر بتحوّل دوره من الوظيفة إلى السّلطة، إذ كان له بالغ الأثر في المساهمة في إرساء استقلالية القضاء وترقيته من مجرّد الوظيفة إلى السّلطة والانتقال من وحدة السلطة إلى سلطة مستقلة.

رابعا: دستور 1996

يعتبر دستور 1996 منعرّجا حاسما في النظام القضائي الجزائري، أين تخلى المؤسس الدستوري على نظام الوحدة متبنيا بذالك نظام الإزدواجية بتأسيسه للقضاء الإداري إلى جانب القضاء العدلي، وكذا تأسيس محكمة التنازع كجهاز فاصل في تنازع الاختصاص بين الجهازين[20].

وعليه كرّس هذا الدستور قضاء إداريّا لم يكن معهودا من ذي قبل منفصلا عن القضاء العدلي بالتنصيص على تأسيس مجلس الدّولة على رأس هرم القضاء الإداري وتأسيس محكمة التنازع[21].

جاء الباب الثاني من دستور 1996 متضمنا لتنظيم السّلطات مقسما إلى ثلاث فصول تناولت بالترتيب، السّلطة التنفيذية فالسّلطة التشريعية وأخيرا السّلطة القضائية في المواد من 138 إلى 158 منه.

أكّد هذا الدستور مرة أخرى على الدور الأساسي القاضي في حماية حقوق الأفراد وحرياتهم[22]، وقيام القضاء على مبادئ الشرعية والمساواة[23]، وحماية المتقاضي من كلّ أشكال التّعسف والإنحراف[24]، كما تضمّن حماية القاضي من كلّ أشكال الضّغوطات والتّدخلات والمناورات التي قد تضرّ بآداء مهمّته أو تمسّ نزاهة حكمه[25].

إلاّ أن ما يمكن ملاحظته في هذا السّياق هو التراجع النسبي لاستقلالية السّلطة القضائية في نص المادة 138 من دستور 1996 والتي تضمّنت شطرين متناقضين، أحدهما يؤكد على إستقلالية السّلطة القضائية وثانيهما يفرغ هاته الاستقلالية عن محتواها بتنصيصه على ممارسة هذه السّلطة في إطار القانون[26]، بعكس دستور 1989 الذي تضمّنت المادة 129 منه شطرا واحدا فقط، نصّ على إستقلالية السّلطة القضائية، بل وأكثر من ذلك أضاف آخر تعديل دستوري لسنة 2016 فقرة جديدة لم تكن معهودة من قبل في نص هاته المادة التي أصبحت 156 بعد التعديل والتي أضافت ما يلي: «رئيس الجمهورية ضامن إستقلالية السّلطة القضائية»[27]، الأمر الذي يجعل إستقلالية القضاء في تراجع كبير[28].

نلخص في الأخير في هذا المبحث إلى القول أنّ التّحوّل الهام الذي شهده القضاء في الجزائر من الوظيفة إلى السّلطة لم يأت مسايرا للثبات الدستوري لمبدأ عدم الخضوع القاضي إلاّ للقانون، الأمر الذي يشكّل نوعا من التناقض الصارخ بين التوجه الجديد لدور القضاء الذي أصبح يشكل سلطة وبين الزامية عدم خضوع القاضي إلاّ للقانون.

المبحث الثاني

القضاء كمصدر للقانون الإداري "مصدر أصيل"

إذا كان دور القاضي العادي ينحصر على العموم في الفصل في النزاع المعروض عليه من خلال مطابقته لإدعاءات أطراف النزاع مع أحكام القواعد القانونية ذات الصلة، فإن دور القاضي الإداري - وعلى خلال ذلك- يتعدى هذا الدور، إذ يصادف في كثير من الأحيان أن لا قاعدة مكتوبة في المادة الإدارية تحكم وتنظم الحالة المعروضة عليه أين يقع عليه لزاما مهمة تشكيل قاعدة قانونية تفصل في الدعوى المعروضة أمامه، حيث لا يمكنه بأي حال من الأحوال أن يمتنع عن الفصل في النزاع، وإلا عد منكرا للعدالة، وعليه يشكل القضاء مصدرا أساسيا وهاما في تكوين المادة الإدارية (المطلب الأول) إلا أن هذا الدور المنشئ للقاعدة القانونية التي تحكم النزاع الإداري من طرف القاضي سرعان ما يصطدم بضرورة تقييده بالتزام دستوري فرضته عليه المادة 165 من الدستور وغيرها مما سيأتي عنه الكلام من مواد شكلت دون محالة عامل إضعاف وتقييد لاجتهاد القاضي (المطلب الثاني).

المطلب الأول

مكانة الاجتهاد القضائي في هدم القانون الإداري: "مكانة هامة"

سبق وأن أشرنا أن هناك اختلاف جذري بين القاضي العادي الذي يعتبر حارسا وحاميا ومطبقا للقاعدة القانونية وبين القاضي الإداري الذي يعتبر منشئا ومقرا لها، أين يمتلك حرية إبتداع الحلول المناسبة لفض النزاع المعروض أمامه.

هذا الدور الإنشائي للقاضي الإداري بخصوص المادة الإدارية مرده خصوصية وطبيعة قواعد القانون الإداري في حد ذاتها، فهو قانون حديث النشأة، غير مقنن، مرن ومتطور كونه يحكم الإدارة العمومية، هذه الأخيرة التي تتأثر أيما تأثر بمختلف الظروف السياسية والاجتماعية والاقتصادية والفكرية والتكنولوجيا الحاصلة[29].

فلسرعة تطوره ضعف تقنينه كونه قانونا لا يعرف للاستقرار محلا ، أما الخصوصية الثانية وهي الجوهرية تتمثل أساسا في نشأة القانون الإداري في حد ذاته الذي ولد من رحم مجلس الدولة الفرنسي ومحكمة التنازع في قرار "بلانكو"" الشهير 08 فيفري 1873 الذي اكتمل بموجبه بناء القضاء الإداري[30].

كلها عوامل جعلت من القضاء مصدر أساسيا وجوهريا في تكوين القاعدة القانونية في المادة الإدارية.

يلعب القضاء دورا إنشائيا في مجال القانون الإداري، ومن ثم فلا غرابة في أن يكون مصدرا أساسيا ورئيسيا في تكوين قواعد القانون الإداري، إن هذا الدور سيسمح بفتح المجال واسعا أمام القاضي الإداري ليجتهد ويبتدع حلول المسائل المعروضة أمامه بإنشائه وخلقه لقواعد قانونية تحكم المادة الإدارية.

ومن هنا تقع عليه مهمة ثقيلة تتمثل في الاجتهاد والبحث عن حلول مناسبة لما هو معروض أمامه، أين يكشف عن مبادئ هامة يستنبطها ويقرها في أحكامه المختلفة والتي تكون لها قوة إلزامية، وبذلك يشكل حكم القاضي في هذه الحالة اجتهادا هاما يحظى بمكانة أساسية تشكل مصدرا أصيلا في تكوين القاعدة القانونية الإدارية.

يظهر هنا جليا الدور الإبداعي للقاضي الذي يتعدى مسألة تطبيق النصوص القانونية وتفسيرها، ليصل إلى تكملتها في حالة نقصها، بل وخلقها وابتكارها باستخلاص الحلول المناسبة لها[31].

خص المؤسس الدستوري الجزائري الاجتهاد القضائي في المادة الإدارية بمكانة مرموقة جعلته يحظى بدسترة قوية ومعززة أعلن ميلادها القانوني بداية من دستور 28 نوفمبر 1996، الذي اعترف ولأول مرة بوجود قضاء إداري مستقل عن القضاء العدلي متحولا بذلك من الأحادية القضائية إلى ازدواجية القضاء[32].

تجلت هذه الازدواجية في تأسيس مجلس الدولة كهيئة قضائية دستورية عليا مهمتها تقويم أعمال جهات القضاء الإداري وتوحيد الاجتهاد القضائي والسهر على احترام القانون بالموازة للمحكمة العليا قمة القضاء العادي ومحكمة التنازع على أنقاض نظام وحدة القضاء السابق[33].

حددت المادة 152 من دستور 1996 والتي تقابلها المادة 171 بعد تعديلها بموجب القانون 16-01 المؤرخ في: 06 مارس 2016 في فقرتها الثانية دور مجلس الدولة "المولود الجديد" في مجال الاجتهاد القضائي بالتنصيص على ما يلي: «يؤسس مجلس الدولة كهيئة مقومة لأعمال الجهات القضائية الإدارية، وترجمة لهذه المادة صدر القانون العضوي 98-01 المؤرخ في 30 ماي 1998[34] المتضمن رسم الإطار القانوني لمجلس الدولة محددا لاختصاصاته وتنظيمه وعمله»[35]، أكدت المادة 02 منه على ما يلي، «مجلس الدولة هيئة مقومة لأعمال الجهات القضائية الإدارية وهو تابع للسلطة القضائية يضمن توحيد الاجتهاد القضائي الإداري في البلاد ويسهر على احترام القانون... يتمتع مجلس الدولة حين ممارسة اختصاصاته القضائية بالاستقلالية»[36].

وهكذا يبدو جليا أن المؤسس الدستوري اتجه نحو التكريس الدستوري للاجتهاد القضائي الإداري.

إن وجود اجتهاد قضائي إداري يعد في حقيقة الأمر تعبير عن استقلالية النظام القضائي الإداري كما يعتبر عاملا جوهريا في إظهار سيادته[37].

هذه الاستقلالية[38] دعمها دستور الجمهورية الجزائرية في أخر تعديل دستوري له صادر بتاريخ 06 مارس 2016، وأعلن عنها بداية من ديباجته التي تضمنت الآتي: «يكفل الدستور الفصل بين السلطات وإستقلال العدالة والحماية القانونية.....»، وكذا نص المادة 15 منه والتي أكدت على ما يلي: « تقوم الدولة على مبادئ التنظيم الديمقراطي والفصل بين السلطات والعدالة الاجتماعية»[39] وذهبت المادة 156 من ذات الدستور إلى ما يلي: « السلطة القضائية مستقلة.....»، أما المادة 166 فقد كرست الآتي: «القاضي محمي من كل أشكال الضغوط والتدخلات والمناورات التي قد تضر بآداء مهتمه، أو تمس نزاهة حكمه»[40].

المطلب الثاني

تقييد القاضي بعدم خضوعه إلا القانون: "عامل مؤثر في إضعاف الإجتهاد القضائي الإداري"

سبق وان ذكرنا أن الاجتهاد القضائي يحظى بمكانة أساسية في هرم نصوص القانون الإداري اعتبار للدور الإبداعي الذي يلعبه القاضي في المادة الإدارية والذي يتعدى مسألة تطبيق القانون والنطق بالحكم ليصل إلى إنشاء القاعدة القانونية وإقرارها، فتراه لا يتردد البته في ملئ النقائص وخلق القواعد واستنباط الحلول حتى وان سكت أو أغفل المشرع ذلك.

إن هذا الدور المتعاظم الذي يلعبه القاضي الإداري في مجال خلقة وابتكاره لقواعد القانون الإداري لا بد وان تحتاج إلى ضمانات كفيلة بتحرير القاضي من كل ما يتعرض طريقة ويضيق خناقة في مجال الاجتهاد الإداري.

وإذا كنا سبق وأن أشرنا إلى هاته الضمانات في المطلب السابق والمحددة أساس في استقلالية القضاء والفصل بين السلطات وغيرها مما تم معالجته فإنه وللأسف نجد أن هذا الدور الإبداعي للقاضي سرعان ما يصطدم بالتزام دستوري لخصته المادة 165 من الدستور المتضمنة عدم خضوع القاضي إلا

للقانون ومواد أخرى تضمنتها أحكام الدستور ذاته، وعليه يبدو جليا أن ما منح للقاضي الإداري من دور أساسي في ابتكار وخلق قواعد المادة الإدارية سرعان ما أسقطته ذات الأحكام التي منحته هذا الدور، الأمر الذي يشكل عاملا لإضعاف وتقييد الاجتهاد الإداري.

إنه وبالعودة إلى أحكام المادة 165 من الدستور نجدها تنص على الآتي: «لا يخضع القاضي إلا للقانون»[41].

إن هذا المبدأ يقف عائقا أمام القاضي الإداري بحيث لا يؤدي إلى ابتكار وخلق اجتهادات قضائية، حيث يصبح القاضي يبحث عن الحلول في النصوص القانونية دون أي اجتهاد[42].

إن توظيف المؤسس الدستوري لمصطلح "قانون" "Loi" بمفهومه الضيق كعمل تشريعي استنادا للتوظيف المتكرر لعبارة "قانون" وفق هذا المفهوم جعل كثيرا من القضاة وبعض أساتذة القانون يرون أن هذا الالتزام الدستوري بالخضوع إلا للقانون بمعنى التشريع، يقيد القاضي في عمله بالنص التشريعي فقط، ومن ثم تقييد سلطته في الاجتهاد لإيجاد حل قانوني للمسألة القانونية المعروضة عليه في حالة غياب النص التشريعي أو غموضه[43].

علق الأستاذ رشيد خلوفي في مقال له بخصوص المادة 165 من دستور الجمهورية الجزائرية بأن المؤسس الدستوري استعمل صيغة النفي في الفصل المتعلق بالسلطة القضائية فقط في نص المادة 165 ولو أن المؤسس استعمل صياغة معتادة مثل "القاضي يخضع للقانون" لأدى ذلك إلى الغرض المرجو، لكن هذه الصياغة المستعملة تبين أن المؤسس أراد أن يعطي ثقلا قانونيا كافيا ليوضح ان القاضي يخضع كمرحلة أولى للقانون، ولكن كمرحلة ثانية لا يخضع لغير القانون[44].

يحمل نص المادة 165 دلالة لفظية منقطعة النظير في القوة، بين النهي والاستثناء، حيث استهل المؤسس الدستوري نص المادة بأداة **"لا"** الناهية التي تفيد النهي ودعمها بـ**"إلا"** التي تفيد الحصر وعليه جاءت هذه المادة ناهية ومانعة للقاضي عن تطبيق ما دون القانون وتعدت ذلك فيما بعد في حصره بإيجاد الحل فقط في القانون.

إن استعمال المؤسس الدستوري لصيغة **"إلا"** قد تفيد للوهلة الأولى وبمفهوم المخالفة أن هناك مصادر أخرى غير القانون يخضع لها القاضي[45].

ولكن نجد أن هذه المادة حددت وحصرت مصدرا واحدا ألا وهو القانون.

أثار مصطلح "القانون" الذي تضمنه نص هذه المادة إشكالا كبيرا فيما إذا كان المؤسس الدستوري قد اتجه نحو القانون بالمفهوم الواسع أم أنه أراد من ورائه القانون بالمفهوم الضيق.

قدم الأستاذ "رشيد خلوفي" - دائما في نفس المقال- رأيا بخصوص هذا الإشكال قائلا: "بالنسبة لي وبدون التأخر في إعطاء إجابة مباشرة على هذا التساؤل، فإن معنى مصطلح "القانون" وفق مفهوم المؤسس الدستوري الجزائري، لا يمكن إلا أن يؤدي إلى المعنى الضيق نظرا لعدة اعتبارات لخصها في كون المؤسس الدستوري يستعمل عدة مصطلحات لمختلف النصوص القانونية فتراه تارة يستعمل مصطلح القانون في نص المادة 122[46] وتارة أخرى يستعمل مصطلح النظام الداخلي في نص المادة 124[47] وتراه مرة أخرى مرة أخرى يستعمل مصطلح قانون عضوي في نص المادة 141[48] ويذهب في بعض الأحيان إلى

مصطلح الإتفاقيات والمعاهدات في نص المادة 149[49] كما يذهب في أحيان أخرى إلى ذكر مصطلح المراسيم الرئاسية والمراسيم التنفيذية في نصي المادتين 91 و99 وأحيانا أخرى ينصرف إلى ذكر الأوامر في نص المادة 142[50][51]

كلها مؤشرات ودلائل تعكس توجه المؤسس الدستوري نحو المفهوم الضيق للقانون، الأمر الذي سيصطدم دون محالة والمهمة الدستورية الملقاة على عاتق القاضي الإداري المحددة أساسا في تطوير الاجتهاد القضائي الإداري وتوحيده.

لا تشكل المادة 165 من الدستور لوحدها عاملا مؤثرا في إضعاف الاجتهاد القضائي الإداري وتضييقه، بل هناك عقبات أخرى كرسها دستور الجمهورية الجزائرية حالت دون توفير أرضية خصبة للإبداع والإنشاء.

فإذا كان الاجتهاد القضائي في المادة الإدارية يحتاج إلى مناخ قانوني ملائم يسمح بالمضي قدما نحو دفع عجلة الاجتهاد وتطويره عن طريق توفير والمحفزات والضمانات اللازمة لتحقيق ذلك، هذه الضمانات سبق وأن أشرنا لها ولخصناها في استقلالية القضاء والفصل بين السلطات وغيرها من الضمانات[52].

إن هذه الضمانات ورغم تكريسها الدستوري، إلا أنها وبكل أسف ولدت ميتة في الدستور، فإذا كانت المادة 156 من الدستور قد ضمنت استقلالية القضاء بقولها: «السلطة القضائية مستقلة» إلا أن هذه الاستقلالية سرعان ما اندثرت وتلاشت معالمها في الشطر الثاني من ذات المادة الذي قيد ممارسة السلطة القضائية لمهمتها بالقانون، بقولها: «...وتمارس في إطار القانون»، بل والأخطر من ذلك ما ذهبت إليه الفقرة الثانية من نفس المادة دائما والتي جاءت كالآتي: رئيس الجمهورية ضامن استقلال السلطة القضائية فكيف ستتأتى استقلالية السلطة القضائية إذا كان رئيس الجمهورية ممثل السلطة التنفيذية ضامنا لاستقلالها؟؟؟ !!! .

إن التكريس الدستوري لرئيس الجمهورية ضامن لاستقلال القضاء سيتجه نحو تقوية مركز السلطة التنفيذية وجعلها من دون أدنى شك في مركز أسمى من السلطة القضائية، الأمر الذي يجعلها تفلت وبكل تأكيد من رقابة القضاء، إذ لا يمكن بأي حال من الأحوال أن يكون ضامن استقلال السلطة القضائية خاضع لرقابتها؟!.

وإذا كانت ديباجة آخر تعديل دستوري لسنة 2016 ومادته 15 عبرت ولأول مرة في تاريخ دساتير الجمهورية الجزائرية المتعاقبة عن دسترة قوية بتنصيصها على مبدأ الفصل بين السلطات واستقلال العدالة الاجتماعية، فيبدو أن هذه الدسترة الفتية، الجنينية سرعان ما تتلاشى بحكم المادة 91 من الدستور التي منحت رئيس الجمهورية حق إصدار العفو وتخفيض العقوبات واستبدالها[53] وبحكم المادة 92 التي خولته كذلك صلاحية تعيين القضاة[54] وكذلك بحكم المادة 173 التي أكسبته مهمة رئاسة المجلس الأعلى للقضاة[55].

لهذه الأسباب يبدو أن ما حظي به الاجتهاد القضائي في المادة الإدارية من مكانة دستورية هامة عبرت بصدق وبصفة لا تدع مجالا للشك والظنون عن اعتراف دستوري صريح عكس القيمة المعيارية

للاجتهاد القضائي، فإن ما حال دون تطويره من عقبات وحواجز حظيت بذات المعالجة الدستورية، الأمر الذي يجعلنا أمام تضارب في الأحكام الدستورية وتباين في المعالجة القانونية.

وعليه والحال هذا سينحصر دور القاضي الإداري في تطبيق القاعدة القانونية الصادرة عن السلطة التشريعية، وهكذا لا يعتبر الاجتهاد القضائي الإداري مصدرا من مصادر القانون الإداري[56].

الخاتمة:

يستخلص مما تم عرضه من معطيات قانونية ذات الارتباط بالدراسة أنه إذا كانت غاية العدالة حماية حقوق المواطن وحرياته الأساسية فإن الأمر يستلزم إيجاد مناخ قانوني ملائم لتحقيق هذه الغاية. هذه الغاية المرجوة سوف لن تتاتي إلا من خلال إحاطة القاضي بضمانات تجعله بعيدا عن كل أشكال الضغوطات والمناورات التي قد تعيق مساره أو تشوب نزاهة حكمه.

فإذا كان دور القاضي الإداري – وعلى خلاف القاضي العادي- يتمثل في ابتداع الحلول وخلق القواعد واستنباط الأحكام لأجل إقرار الحقوق وحمايتها فإن تحقيق هذه المهمة يحتاج إلى إحاطته بقدر من الاستقلالية التي تسمح له بالفصل في المنازعة بعيدا عن أي تبعية تذكر.

إن المتبصر في أحكام الدستور الجزائري ومن خلال هذه الدراسة نجده قد خص القاضي الإداري بمهمة صعبة وثقيلة تمثلت في التصدي للمنازعة الإدارية دون إعطائه الضمانات الكافية لذلك.

فرغم اعتراف المؤسس الدستوري بموجب المادة 171 منه بالدور الإبداعي والإنشائي للقاضي في المادة الإدارية وتكريسه لدوره الاجتهادي إلا أنه سرعان ما ضيق مجال رقابته للشرعية في نص المادة 165 من ذات الدستور، هذه الأخيرة التي اتسمت بالثبات والاستقرار إذ لم تعرف للتعديل محلا منذ أول دستور شهدته البلاد رغم تطور دور القضاء في الجزائر وتحوله من الوظيفة إلى السلطة وعليه باتت هذه المادة تشكل عاملا معيقا يحول دون دفع عجلة الاجتهاد وتطويره وتسببت في تهميش الإطار القانوني لاجتهاد القاضي الإداري وكانت أحد مسببات ضعف القيمة المعيارية له.

ورغم تكريس المؤسس الدستوري الجزائري لاستقلالية السلطة القضائية التي ظهرت معالمها منذ دستور 1989 ودعم هذه الاستقلالية في آخر تعديل دستوري لسنة 2016 بالتنصيص على مبدأ الفصل بين السلطات كمبدأ دستوري يضمن استقلال السلطة القضائية ويسمح بتوفير مناخ ملائم لتوحيد الاجتهاد القضائي وتطويره إلا أن هذه المواد سرعان ما تلاشت مضامينها بالتنصيص على ضرورة تقييد ممارسة السلطة القضائية لمهمتها بالقانون، بل وأكثر من ذلك ما ذهب إليه آخر تعديل دستوري بتنصيب رئيس الجمهورية ضامن استقلال السلطة القضائية الأمر الذي يشكل تعارضا صارخا مع مبدأ الفصل بين السلطات ويسبب عاملا مضعفا ومقيدا لاجتهاد القاضي في المادة الإدارية، الذي سيصبح حتما تحت تأثير التبعية، **فكيف ستحمى الحقوق وتصان الحريات في دستور هدرت فيه الاستقلالية**؟.

وعليه يبدو أن هذه الأحكام الدستورية تحتاج إلى إعادة النظر بجعلها تتماشى بما يسمح بتحرير القاضي الإداري من القيود والضغوطات من خلال إعادة النظر في صياغة نص المادة 165من الدستور

وجعل مفهموم "القانون" ينصرف على الأقل إلى المفهوم الواسع وكذا إعادة النظر في نص المادة 156 بعدم رهن استقلالية السلطة القضائية بالسلطة التنفيذية كأحد ضمانات هذه الاستقلالية.

الهوامش:

(1) دستور 1963 المؤرخ في: 10 سبتمبر 1963، ج ر 64 .

(2) دستور 1976 الصادر بموجب الأمر 76-97 المؤرخ في: 22 نوفمبر 1976، ج ر 94 المؤرخة في 24 نوفمبر 1976.

(3) دستور 1989 الصادر بموجب المرسوم الرئاسي 89-18 المؤرخ في: 28 فيفري 1989، ج ر 09، المؤرخة في 01 مارس 1989.

(4) دستور 1996 الصادر بموجب المرسوم الرئاسي 96-438، المؤرخ في: 07 ديسمبر 1996، ج ر 76، المؤرخة في: 08 ديسمبر 1996.

(5) جاء هذا التعديل بموجب القانون 16-01 ، المؤرخ في: 06 مارس 2016، ج ر 14، المؤرخة في: 07 مارس 2016.

(6) Khelloufi Rachid, de quelque réflexions sur l'article 165 de la constitution Algérienne de fevrier 2016 et son impact sur l'action du juge statant en matière administrative , article non publier, p 04.

(7) بوبشير محند أمقران، القضاء من الوظيفة إلى السلطة، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، كلية الحقوق العدد **01**، 2006، ص 08.

(8) من المادة 39 إلى المادة 59 وهو ما يؤكد توجه المؤسس الدستوري الجزائري نحو تقوية مكانة السلطة التنفيذية في هاته الفترة.

(9) وهي المواد 60- 61 – 62 على التوالي.

(10) دستور 1963 المادة بموجب .....المؤرخ في : 10 سبتمبر 1963، ج ررقم: 64 المؤرخ في: 10 سبتمبر 1963.

(11) وإن لم يعلن المؤسس الدستوري صراحة تمسّكه بوحدة السّلطة إلا أنّ ذلك يفهم من خلال صياغته للباب الثاني المعنون بالسلطة وتنظيمها، فهذه الأخيرة وردت بصيغة المفرد الأمر الذي يعكس توجّه المؤسس الدّستوري نحو التّمسّك بوحدة السّلطة .

(12) من المادة 94 إلى المادة 103.

(13) من المادة 104 إلى المادة 125.

(14) من المادة 126 إلى المادة 163.

(15) من المادة 183 إلى المادة 190.

(16) من المادة 191 إلى المادة 196.

(17) أنظر المواد 164 وما يليها من دستور 1976.

(18) تنص المادة 172 من دستور 1976 على ما يلي: « لا يخضع القاضي إلاّ للقانون».

(19) تنص المادة 173 من الدستور 1976 على ما يلي: «يساهم القاضي في الدّفاع عن الثورة الإشتراكية وحمايتها».

(20) سنوساوي سمية، الإجتهاد القضائي الإداري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، جامعة الجزائر1، كلية الحقوق سعيد حمدين، 2018-2019، ص 79.

(21) وهو ما تضمنه نص المادة 152 من دستور 1996.

(22) نص المادة 139 من دستور 1996.

(23) نص المادة 140 من دستور 1996.

(24) نص المادة 150 من دستور 1996.

(25) نص المادة 148 من دستور 1996.

(26) جاء نص المادة كما يلي: "السلطة القضائية مستقلة وتمارس في إطار القانون".

(27) القانون 16-10 المتضمن التعديل الدستوري المؤرخ في: 06 مارس 2016، ج ر14 المؤرخة في، 07 مارس 2016.

(28) أكثر تفصيلا انظر سنوساوي سمية، المرجع السابق، ص 81.

(29) ناصر لباد، الأساسي في القانون الإداري، بدون دار طبع، الطبعة الثانية، 2010، ص 24.

(30) أكثر تفصيلا حول نشأة القانون الإداري وخصائصه أنظر: أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية، ترجمة محمد عرب صاصيلا، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الخامسة، 2009، ص 15 وما يليها. وعمار بوضياف الوجيز في القانون الإداري، دار جسور للنشر

والتوزيع، الجزائر، الطبعة الثانية، 2007، ص 74 وما يليها. وعلاء الدين عشي، مدخل القانون الإداري، دار الهدى، للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، 2012، ص 15 وما يليها.

(31) يقول الأستاذ "أحمد محيو" في هذا الصدد: إذا ألغي القانون المدني بشطب قلم فإنه لن يكون هناك قانون مدني لأن الحلول الاجتهادية ستفقد مستندها، أما إذا ألغيت كل القوانين الإدارية بنفس شطب القلم، فإن الجزء الأساسي في القانون الإداري سيبقى لأن الاجتهاد أستخلص من القواعد الأساسية دون الاستناد على النصوص، أنظر أحمد محيو، المرجع السابق، ص 44.

(32) يقول الأستاذ "دخينيسة أحمد" في هذا المضمار أن المؤسس الدستوري الجزائري قد نقل بموجب دستور 28 فيفري 1996 القضاء الجزائري من الوضعية التشريعية المتميزة بوحدة القضاء والفصل في المنازعات الإدارية إلى وضعية الإزدواجية القضائية نتيجة منحه الاستقلالية للقضاء الإداري، وذلك بتأسيسه لمجلس الدولة، وبذلك يكون القضاء قد إستكمل البعد العضوي لإستقلاليته التي كان قد اكتسبها من قبل على مستوى الإجراءات وتعد هذه الترقية الدستورية للغرف الإدارية تكريسا لدسترة البعد التنظيمي للقضاء الإداري كاستجابة وتكملة لدسترة مهمته في دستوري 1976 و1989، أنظر: دخينيسة أحمد، الأسس الدستورية لرقابة الشرعية، مذكرة ماجستيرإدارة ومالية، جامعة الجزائر 01، كلية الحقوق بن عكنون، 2001-2002، ص 20-21.

(33) عمور سلامي، سلطات القاضي الإداري في دعوى الإلغاء، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، جامعة الجزائر 01، كلية الحقوق بن عكنون، 2011-2012، ص 189.

(34) أحالت المادة 153 من دستور 1996 والتي تقبلها المادة 172 من تعديل 2016 إلى تنظيم مجلس الدولة بموجب قانون عضوي - الذي يعتبر مكملا للدستور كونه يتضمن مسائل ذات طبيعة دستورية- الأمر الذي يعكس المكانة الهامة لمجلس الدولة، حيث تحظى القوانين العضوية بخصوصية معينة من حيث كيفية المصادقة عليها ومن حيث الرقابة، إذ تتطلب الأغلبية المطلقة للنواب ولأعضاء مجلس الأمة، كما تخضع لمراقبة مطابقة النص مع الدستور من طرف المجلس الدستوري قبل صدوره حسب المادة 141 لآخر تعديل دستوري لسنة 2016.

(35) خضع هذا القانون لتعديل بموجب القانون 11-13 المؤرخ في 26 جويلية 2011، ج ر 43، المؤرخة في 03 أوت 2011، طال هذا التعديل المادة 9، 10، 11، 16 منه.

(36) القانون العضوي 98-01 المؤرخ في: 30 ماي 1998 يتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله، ج ر 37 المؤرخة في: 01 جوان 1998.

(37) دخينيسة أحمد، المرجع السابق، ص 30.

(38) تجدر الإشارة في هذا المضمار أن بداية إستقلالية السلطة القضائية أعلن ميلادها الدستوري بداية من دستور 1989 أين نصت المادة 129 منه على ما يلي: "السلطة القضائية مستقلة".

(39) ولأول مرة في تاريخ دساتير الجمهورية الجزائرية المتعاقبة تدارك المؤسس الدستوري الأمر وكرس مبدأ الفصل بين السلطات ليحظى بدسترة مباشرة بعدما كان حكما مفقودا ومغيبا.

(40) القانون 16-10 المؤرخ في: 06 مارس 2016، المتضمن التعديل الدستوري، ج ر14، المؤرخة في 07 مارس 2016.

(41) القانون 16-01 المؤرخ في: 06 مارس 2016، المتضمن التعديل الدستوري، ج ر 14، المؤرخة في 07 مارس 2016.

(42) ساسي إلياس، محافظ الدولة لدى مجلس الدولة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في إطار مدرسة الدكتوراه، قانون عام، فرع دولة ومؤسسات عمومية، جامعة الجزائر 01، كلية الحقوق، 2013، 2014، ص 38.

(43) عمور سلامي، المرجع السابق، ص 253.

(44) Khelloufi Rachid, op cit, p16.

(45) بمعنى يأتي بعد "إلا" عنصر التعدد.

(46) وهي المادة التي حددت إطار السلطة التشريعية فجاءت في فقرتها الثانية كما يلي: "وله كامل السيادة في إعداد القانون والتصويت عليه".

(47) جاءت الفقرة الثانية من المادة 124 من الدستور كالآتي: "يحدد النظام الداخلي لكل واحدة من الغرفتين، الشروط التي يتعرض فيها نائب أو عضو مجلس الأمة للإقصاء".

(48) وهي المادة التي تضمنت طائفة القوانين العضوية.

(49) نصت المادة 149 من الدستور على الآتي: "يصادق رئيس الجمهورية على إتفاقيات الهدنة ومعاهدات السلم والتحالف والإتحاد.....".

(50) Rachid Khelloufi; op cit.

(51) تضمنت هذه المادة سلطة رئيس الجمهورية في التشريع بأوامر.

[52] أنظر ص 11 من هذا المقال.

[53] أنظر المادة 91 من الدستور.

[54] أنظر المادة 92 من الدستور.

[55] أنظر المادة 173 من الدستور.

[56] ساسي إلياس، المرجع السابق، ص 38، نقلا عن رشيد خلوفي، الاجتهاد القضائي الإداري في النظام القانوني الجزائري، اجتهاد غير مكتمل، مؤلف الأستاذ وليد العقون، الجزائر خمسون سنة بعد الاستقلال، نصيب القانون، الجزء الثاني، AJED، الجزائر، 2013، ص 613.

المجلس الأعلى للقضاء ودوره في تجسيد استقلالية القضاء



الدكتور / جمال غريسي الدكتور / سليم دحة
كلية الحقوق والعلوم السياسية – جامعة الوادي

❋ ❋ ❋ ❋ ❋

مقدّمة:

إن استقلالية القضاء هي إحدى مقومات دولة القانون، لذلك نجد التشريعات تحرص على وضع ضمانات دستورية وقانونية وأخرى مؤسسية لتحقيق هذه الاستقلالية.

ويعتبر المجلس الأعلى للقضاء المؤسسة الدستورية الضامنة لحسن سير القضاء واستقلالية السلطة القضائية، والسهر على احترام أحكام القوانين الوضعية المتعلقة بالمسار المهني للقضاة.

وتبقى مكانة السلطة القضائية واستقلالها متوقفا على مكانة المجلس الأعلى للقضاء وصلاحياته فبقدر ما يكون لهذا المجلس يد في تسيير وتنظيم المسار الوظيفي للقاضي بقدر ما يعلو صرح السلطة القضائية شامخا وذلك أن المجلس الأعلى للقضاء يكفل للسلطة القضائية ضمانات استقلاليتها.

كما أن المجلس الأعلى للقضاء ليس نقابة بل هيئة دستورية تتولى الدفاع أساسا على استقلالية وكرامة المهنة، ولأن حماية القاضي ومراقبته تكمن في هيئة المجلس الأعلى للقضاء، وغني عن البيان أن أهمية هذه الهيئة لا تظهر من خلال ما نص عليه التعديل الدستوري لسنة 2016 في مواده من 173 إلى 176، وإنما في المهام المنوطة به، إذ أنها الوحيدة دون سواها التي خول لها الفصل في كل ما يتعلق بوظيفة القاضي ومراقبته، ونظرا لأهمية هيئة المجلس الأعلى للقضاء في مسار تحقيق مبدأ استقلال القضاء، وباعتباره أهم ضمانة لحماية القاضي فقد أفرد له المشرع الجزائري لأول مرة قانون عضوي مستقل عن القانون الأساسي للقضاء يتولى تنظيمه، وهذا يعتبر مكسبا إيجابيا ويمنح عناية خاصة للسلطة القضائية.

من هذا المنطلق ونظرا للدور الهام الذي يلعبه المجلس الأعلى للقضاء في التشريع الجزائري باعتباره الهيئة القضائية العليا التي يمكن أن تعزز استقلالية القضاء، وعليه نطرح الاشكالية التالية:

ما مدى فعالية ونجاعة المجلس الأعلى للقضاء في تجسيد استقلالية القضاء؟ وهل تكفل حقا هذه التشكيلة والصلاحيات الممنوحة له عبر النصوص الدستورية والقانونية منع التدخل في شؤون القضاء؟.

وعليه رأينا الزامية تسليط الضوء على المجلس الأعلى للقضاء ودوره في تكريس استقلالية القضاء، وذلك من خلال المبحثين التاليين:

المبحث الأول: تشكيل ونظام سير المجلس الأعلى للقضاء

المبحث الثاني: دور المجلس الأعلى للقضاء في تجسيد الاستقلالية

المبحث الأول

تشكيل ونظام سير المجلس الأعلى للقضاء

من الضمانات التي قررها مبدأ استقلال القضاء لحماية القضاة إنشاء المجلس الأعلى للقضاء، والذي هو عبارة عن جهاز يسهر على احترام أحكام القانون وعلى رقابة انضباط القضاة، وعلى هذا فالقاضي لا يسأل عن كيفية قيامه بمهامه إلا من طرف هذا المجلس[1].

فالمشرع الجزائري أسس لواحدة من أهم المؤسسات الدستورية في الجمهورية، وهو المجلس الأعلى للقضاء، وذلك دعما لحماية القاضي واستقلاليته، وخول له إدارة المسار المهني للقضاة.

ونصت المادة 174 من التعديل الدستوري سنة 2016[2] أن الغرض من إنشاء المجلس الأعلى للقضاء هو إدارة المسار المهني للقضاة من تعيين ونقل وترقية وتأديب، وهو ما أدى بالمشرع إلى أن يخول له اختصاصات في هذا المجال.

فالمجلس الأعلى للقضاء في الجزائر يعد ذا تشكيل مختلط لأنه يتكون من بعض القضاة وأعضاء من خارج الجهاز القضائي ويضطلع بمهام متعددة تتمحور حول إدارة مركز القضاء، وتقديم أراء استشارية إلى رئيس الجمهورية ووزير العدل في المواضيع المتعلقة بالعدالة[3].

والحقيقة أن تشكيلة المجلس الأعلى للقضاء وطريقة أدائه لمهامه تختلف حسب موضوع اجتماعه، وعليه سوف نتطرق إلى تشكيلة المجلس الأعلى للقضاء ونظام سيره من خلال المطالب التالية:

المطلب الأول

تشكيلة المجلس الأعلى للقضاء المقترحة من اللجنة الوطنية لإصلاح العدالة

إن اللجنة الوطنية لإصلاح العدالة أوصت في تقريرها أن يسترجع المجلس الأعلى للقضاء مكانته ودوره كجهاز مهمته الأساسية حماية القاضي وتجسيد استقلالية القضاء، وقد اقترحت اللجنة أن يتكون المجلس من:

- نائب الرئيس: الرئيس الأول للمحكمة العليا

الأعضاء:

- وزير العدل
- رئيس مجلس الدولة
- النائب العام لدى المحكمة العليا
- محافظ الدولة
- قاضيين اثنين (2) من المحكمة العليا ينتخبان من طرف نظرائهم
- قاضيين اثنين (2) من مجلس الدولة ينتخبان من طرف نظرائهم

- قاضيين منتخبين من ضمن قضاة المجالس القضائية
- قاض منتخب من ضمن قضاة المحاكم الإدارية
- قاضيين منتخبين من ضمن قضاة المحاكم القضائية
- خمسة أعضاء يعينهم رئيس الجمهورية من ضمن الشخصيات الوطنية بالنظر لكفاءتهم واهتمامهم بمرفق العدالة[4] .

وحسب اقتراح اللجنة يتشكل المجلس من 13 قاضيا، منهم 4 بحكم وظيفتهم، و6 أعضاء واحد بحكم وظيفته و5 معينين، ومجموع الأعضاء 18 عضوا.

وعلى غرار تركيبته في القوانين الأساسية للقضاء الصادرة في: 1969، 1989، 1992، وعلى حد ما جاء به رئيس الجمهورية في أكثر من مناسبة، حيث أكد على تعزيز حماية القاضي عن طريق توسيع صلاحياته ودوره، مرفوقا بتشكيلة تضمن استقلاليته الفعلية[5].

وكان يفترض أن تتوسع تشكيلة المجلس الأعلى للقضاء مقارنة بتشكيلته في القوانين الأساسية للقضاء السابقة، وأن يكون أغلب أعضاءه من القضاة ولاسيما قضاة الحكم باعتبارهم يمثلون الأغلبية المطلقة في سلك القضاء، وهذا حتى يلعب دوره كاملا في تجسيد استقلالية القضاء.

غير أنه بالرجوع إلى القانون العضوي رقم 12/04 المؤرخ في 2004/09/06 المتعلق بتشكيل المجلس الأعلى للقضاء وعمله وصلاحياته نجد العكس.

المطلب الثاني

تشكيلة المجلس الأعلى للقضاء في الحالات العادية

لقد نصت المادة 3 من القانون العضوي رقم 12/04 المؤرخ في 6 سبتمبر 2004 المتعلق بتشكيل المجلس الأعلى للقضاء وعمله وصلاحياته[6] على:" يرأس المجلس الأعلى للقضاء رئيس الجمهورية[7] ويتشكل من:

1-وزير العدل، نائبا للرئيس.

2-الرئيس الأول للمحكمة العليا.

3-النائب العام لدى المحكمة العليا.

عشرة (10) قضاة ينتخبون من قبل زملائهم حسب التوزيع الآتي:

- قاضيين اثنين (2) من المحكمة العليا من بينهما قاض واحد للحكم وقاض واحد من النيابة العامة.
- قاضيين اثنين (2) من مجلس الدولة من بينهما قاض واحد للحكم ومحافظ للدولة.
- قاضيين اثنين (2) من المجالس القضائية من بينهما قاض واحد للحكم وقاض واحد من النيابة العامة.
- قاضيين اثنين (2) من الجهات القضائية الإدارية غير مجلس الدولة ، من بينهما قاض واحد للحكم ومحافظ للدولة واحد.

- قاضيين اثنين (2) من المحاكم الخاضعة للنظام القضائي من بينهما قاض واحد للحكم وقاض واحد من قضاة النيابة.

4-ست (6) شخصيات يختارهم رئيس الجمهورية بحكم كفاءتهم خارج سلك القضاء.

يشارك المدير المكلف بتسيير سلك القضاة بالإدارة المركزية لوزارة العدل في أعمال المجلس الأعلى للقضاء ولا يشارك في المداولات" .

إن أول ما يلاحظ على هذه التشكيلة هو رئاسة المجلس الأعلى للقضاء من قبل رئيس الجمهورية، هو إدراك بأهمية هذه المؤسسة الدستورية، وباعتبار أن رئيس الجمهورية هو رئيس السلطات الثلاث، يدل هذا على الأهمية الكبيرة التي يحظى بها هذا المجلس وتقديرا لدوره في تكريس استقلال القضاء، فضلا عن كونه الاتجاه الغالب في كل دول العالم مثل فرنسا.

وبالرجوع للقانون الفرنسي نجد أن رئاسة رئيس الجمهورية للمجلس الأعلى للقضاء ليس لكونه رئيسا للسلطات الثلاث في الدولة، ولكن كون المادة 65[8] من دستور فرنسا لسنة 1958 تعهد له بهذا الدور ، وهذه المادة تقابلها المادة 173[9] من التعديل الدستوري الجزائري لسنة 2016، والفرق بينهما هو أن رئاسة رئيس الجمهورية في فرنسا للمجلس الأعلى هو حماية استقلالية الهيئة القضائية[10] ، وهذا لا نجده في الدستور الجزائري الذي نص على تولي رئيس الجمهورية لرئاسة المجلس الأعلى ولم يشر للغرض من ذلك.

فرئاسة المجلس الأعلى للقضاء من طرف رئيس الجمهورية يعد في نظر الأستاذ سفيان عبدلي تدخل غير مبرر من رئيس السلطة التنفيذية في أعمال السلطة القضائية[11] .

ويتضح كذلك من المادة 3 من القانون العضوي رقم 12/04 المذكورة أعلاه، أن المجلس الأعلى للقضاء يتشكل من 12 قاضيا منهم اثنين بحكم وظيفتهما، وأن عدد قضاة الحكم 6 أعضاء، منهم 5 منتخبين وواحد بحكم وظيفته، والنصف الآخر من قضاة النيابة، 5 منهم منتخبين وواحد بحكم وظيفته، وستة أعضاء من خارج السلك، بالإضافة إلى وزير العدل ومدير الموظفين بوزارة العدل بحكم وظيفتهما.

وعليه فعدد قضاة الحكم الخمسة(5) المنتخبين على مستوى جميع الهيئات القضائية، وقضاة النيابة ومحافظي الدولة عدهم خمسة(5)، فهذا التمثيل للقضاة لا يتماشى مع الواقع، ولم يراع التمثيل النسبي لقضاة الحكم على مستوى المحاكم والمجالس القضائية، ولا مراعاة التمثيل النسبي لقضاة النيابة على مستوى نفس الجهات القضائية، وهم بطبيعة وظائفهم أقل بكثير من قضاة الحكم فيمثلون الأقلية[12].

فضلا على أن قضاة النيابة ومحافظي الدولة يخضعون بحكم وظيفتهم للسلطة السلمية الأعلى درجة، فالنائب العام يخضع حتما لتعليمات وزير العدل والمدراء المركزيين بالوزارة، ووكيل الجمهورية يخضع لأوامر النائب العام.

أما بالنسبة لقضاة المحكمة العليا ومجلس الدولة، فيمثل كل منهما قاضيين في المجلس، مع أنه لا توجد مقارنة بين عدد قضاة المحكمة العليا وقضاة مجلس الدولة الذي كان يمثل عادة غرفة واحدة من ثماني(8) غرف بالمحكمة العليا قبل انشاء هذا المجلس.

وبالتالي لا تعكس تشكيلة المجلس الأعلى للقضاء التمثيل الحقيقي للقضاة، لا سيما قضاة الحكم، ولا تعكس أهداف ومبادئ إصلاح العدالة ودولة القانون، وتتعارض حتى مع خطاب السلطة التنفيذية ذاتها.

ويلاحظ كذلك أن المادة 3 من القانون العضوي رقم 12/04 المذكورة أعلاه، قررت استبعاد مديري وزارة العدل من عضوية المجلس، وقصد ضمان التنسيق بين وزارة العدل والمجلس لأعلى للقضاء، تقرر أن يشارك المدير المكلف بتسيير سلك القضاة بالإدارة المركزية لوزارة العدل دون المداولات.

وفي المقابل وضمانا لعدم إفلات المجلس الأعلى للقضاء من قبضة السلطة التنفيذية، تقرر رفع عدد الشخصيات التي يختارها رئيس الجمهورية بحكم كفاءتهم خارج سلك القضاة من أربعة(4) إلى ستة (6)، مع العلم أنه في إطار المرسوم التشريعي رقم 05/92 المعدل والمتمم للقانون الأساسي للقضاء سنة 1989، كان أحد الشخصيات الذين يختارهم رئيس الجمهورية محددا، ويتمثل في المدير العام للوظيفة العمومية[13].

إضافة لوضع المكتب الدائم للمجلس الأعلى للقضاء تحت رئاسة نائب رئيس المجلس، ويساعده موظفان من وزارة العدل يعينهما وزير العدل[14]، مع العلم أن هذا الأخير هو نائب رئيس المجلس بقوة القانون.

كما استحسن البعض وجود وزير العدل في هذه التشكيلة باعتباره المسؤول الأول إداريا عن القطاع وعن ملفات القضاة في مسارهم المهني، وأيضا لتفادي التكتل الفئوي المهني وسط القضاء، إضافة لوجوده كنائب لرئيس المجلس الأعلى للقضاء يجسد ازدواجية القضاء (القضاء الإداري والقضاء العادي) في وحدة واحدة تشكل سلطة قضائية قوية وفعالة[15].

وحيث أنه بالرجوع إلى المادة 3 من هذا القانون العضوي ومقارنتها مع القوانين الأساسية السابقة للقضاء[16]، يتبين أن القانون الأساسي للقضاء سنة 1989[17]، هو الذي كرس ضمان استقلالية القضاء وحياد العدالة بصورة فعلية، وأن تشكيلته تعتبر حسب رأينا أفضل بكثير من التشكيلة المحددة في القانون العضوي الحالي رقم 12/04 المتعلق بتشكيل المجلس الأعلى للقضاء وعمله وصلاحياته سنة 2004.

كما أن هذا القانون العضوي الجديد رقم 12/04 في نظر الأستاذ بن عبيدة عبد الحفيظ يجعل المجلس الأعلى للقضاء كأداة بين يدي الإدارة للدفاع ليس عن مصالح الإدارة، لأن مصالح الإدارة هي مصالح تمس المجتمع، ولكن للدفاع عن إبقاء الأوضاع على حالها دون إحداث التغييرات التي يطمح إليها المجتمع، والتي أكدها رئيس الجمهورية في العديد من المناسبات، ومن ثمة حماية بعض المصالح الخاصة بإبقاء القضاء وظيفة في خدمة السلطة التنفيذية[18].

إن المجلس الأعلى للقضاء ظل دائما يتأرجح بين سيطرة السلطة التنفيذية (الإدارة) و فكرة الهيئوية وهذا أمر يؤثر بالطبع سلبيا على سير جهاز القضاء، فتواجد عدد كبير من ممثلي السلطة التنفيذية أمر غير منطقي، ولو كانوا من إطارات وزارة العدل، فهذا التواجد يمس لا محال بنزاهة قرارات المجلس الأعلى للقضاء، إذ تظهر سيطرة السلطة بصفة واضحة[19].

ومن أجل ذلك غير المعقول الحديث عن ضمان حماية القاضي ومن ثم استقلال القضاء من مجلس تابع يشكو هيمنة السلطة التنفيذية، فمركز المجلس الأعلى للقضاء ودوره لا يعبران عن وجود سلطة قضائية حقيقية، ولا عن استقلال عضوي للقضاة تجاه الجهاز الوزاري الذي يتبع له كأي مرفق عام[20].

وتواجد عدد كبير من القضاة يشكل عائقا للقضاء، إذ أن تشكيلة المجلس الأعلى لا تقتصر على القضاة فقط، بل لا بد من تواجد عدد من ممثلي الشعب يمثلهم النواب وهذا مفيد لضمان استقلالية المجلس.

وعليه حتى تكون تركيبة المجلس الأعلى للقضاء منظمة بشكل متجانس وبقد نسبي، لا بد أن تتشكل من عدد من النواب والقضاة وشخصيات يعينها رئيس الجمهورية وهذا كفيل بضمان حماية القاضي ومراقبته، ويشكل كذلك وقاء ضد تأثيرات المركزية التي ما فتئت تؤثر على القاضي في علاقته بالدولة، وإن كانت علاقة القاضي والدولة تتمثل أساسا في حماية النظام العام[21].

ويكون مؤهلا للانتخاب بالمجلس الأعلى للقضاء كل قاض مرسم مارس مدة سبعة (7) سنوات في سلك القضاء، ولا ينتخب القضاة الذين صدرت بشأنهم عقوبات تأديبية إلا بعد رد اعتبارهم[22].

وتكون مدة العضوية في المجلس الأعلى للقضاء أربعة (4) سنوات غير قابلة للتجديد يتقاضى أعضاء المجلس الأعلى منحة خاصة تحدد قيمتها وكيفيات دفعها عن طريق التنظيم[23].

ولا يستفيد أعضاء المجلس الأعلى للقضاء بحق الترقية أو النقل خلال فترة إنابتهم غير أنه إذا توافرت الشروط القانونية الأساسية للترقية إلى رتبة أعلى أو مجموعة أخرى يرّقى العضو المعني بقوة القانون في المدة الدنيا، ولو كان زائدا على العدد المطلوب[24].

وفي حالة شغور منصب قبل التاريخ العادي لانتهاء العضوية يدعى للفترة الباقي إتمامها وحسب الحالة، قاضي الحكم أو النيابة العامة أو محافظ الدولة الذي يكون قد حصل على أكثر الأصوات في قائمة القضاة غير المنتخبين[25].

وينتخب المجلس الأعلى في أول جلسة له مكتبا دائما يتألف من أربعة (4) أعضاء ويوضع المكتب الدائم تحت رئاسة نائب المجلس الأعلى للقضاء ويساعده موظفان (2) من وزارة العدل يعينهما وزير العدل[26].

وتوضع تحت تصرف المجلس الأعلى للقضاء أمانة يتولاها قاض أمين يكون من الرتبة الأولى على الأقل[27]، ويكون القاضي أمين المجلس الأعلى للقضاء آمرا بالصرف[28].

ويجتمع المجلس الأعلى للقضاء في دورتين (2) عاديتين في السنة ويمكنه أن يجتمع في دورات استثنائية بناءً على استدعاء رئيسه أو نائبه، ويضبط جدول الجلسات، وتكون مداولات المجلس صحيحة إذا حضرها ثلثي الأعضاء على الأقل، وتتخذ قرارات المجلس بأغلبية الأصوات وفي حالة تساوي الأصوات يرجح صوت الرئيس، ويلتزم أعضاء المجلس بسرية المداولات[29].

المطلب الثالث: تشكيلة المجلس الأعلى للقضاء في الحالة التأديبية

بغرض ضمان محاكمة عادلة للقاضي جعل المشرع تشكيلة الهيئة التأديبية مختلفة عن تشكيلة المجلس الأعلى للقضاء في الحالة العادية، وفي الجزائر يتشكل المجلس الأعلى للقضاء من:

- الرئيس الأول للمحكمة العليا- رئيسا-،
- الممثل القانوني لوزير العدل،
- المدير المكلف بتسيير سلك القضاة بوزارة العدل،
- القضاة العشرة (10) الأعضاء بالمجلس الأعلى للقضاء،
- القاضي رئيس أمانة المجلس الأعلى للقضاء[30].

إذن فرئيس الجمهورية لا يرأس المجلس الأعلى للقضاء حال انعقاده كهيئة تأديبية، وكذلك وزير العدل كونه هو من يباشر الدعوى التأديبية بشخصه أو ممثل عنه من بين أعضاء الإدارة المركزية لوزارة العدل والذي يشارك في المناقشات ولا يحضر المداولات، ونفس الأمر بالنسبة للمدير المكلف بتسيير سلك القضاة بوزارة العدل، فحضوره يقتصر على المناقشات دون المداولات.

ولقد نصت المادة 65 من القانون العضوي رقم 11/04 المتضمن القانون الأساسي للقضاء سنة 2004 على: "إذا بلغ إلى علم وزير العدل أن قاضيا ارتكب خطأ جسيما، سواء تعلق الأمر بالإخلال بواجبه المهني، أو ارتكب جريمة من جرائم القانون العام مخلة بشرف المهنة بطريقة لا تسمح ببقائه في منصبه يصدر قرار بإيقافه عن العمل فورا بعد إجراء تحقيق أولي يتضمن توضيحات القاضي المعني، وبعد إعلام مكتب المجلس الأعلى للقضاء، ولا يمكن بأي حال أن يكون هذا التوقيف موضوع تشهير، ويحيل وزير العدل ملف الدعوى التأديبية إلى رئيس المجلس الأعلى للقضاء في تشكيلته التأديبية في أقرب الآجال والذي عليه أن يجدول القضية في أقرب دورة[31].

إذا كان القاضي محل المتابعة موقوفا، يجب على المجلس الأعلى للقضاء أن يبت في الدعوى التأديبية في أجل ستة (6) أشهر من تاريخ التوقيف وهو ما نصت عليه المادة 66 من القانون العضوي رقم11/04 سنة 2004[32].

وبغرض ضمان محاكمة عادلة للقاضي، جعل المشرع تشكيل المجلس الأعلى للقضاء يتميز في حالة انعقاده كمجلس التأديب، إذ أبعد من عضويته كل من رئيس الجمهورية ووزير العدل، ووضع الرئيس الأول للمحكمة العليا رئيسا له، وهو ما نصت عليه المادة 155 فقرة 2 من دستور 1996، والمادة 146 فقرة 2 من دستور 1989[33].

يباشر وزير العدل الدعوى التأديبية أمام المجلس الأعلى للقضاء في تشكيلته التأديبية، ويعين ممثلا عنه من بين أعضاء الإدارة المركزية لوزارة العدل لإجراء المتابعة التأديبية ويشارك ممثل الوزير في المناقشات دون المداولات[34].

يحدد الرئيس الأول للمحكمة العليا جدول أعمال جلسات المجلس الأعلى للقضاء في تشكيلته التأديبية، ويتولى أمين المجلس الأعلى للقضاء أمانة المجلس المذكور في تشكيلته التأديبية، والذي يحرر محضرا عن كل جلسة ويوقعه مع الرئيس[35].

يبت المجلس الأعلى للقضاء في تشكيلته التأديبية في القضايا المطروحة عليه في جلسة مغلقة وفي سرية تامة وتكون مقرراته معللة وينطق بالعقوبات[36] المنصوص عليها في القانون العضوي المتضمن القانون الأساسي للقضاء[37].

وأخيرا نضم صوتنا للأستاذ سفيان عبدلي عندما اقترح على المشرع الجزائري فيما يخص تركيبة المجلس الأعلى للقضاء، بأن يجاري نظيره الفرنسي ويحذف رئيس الجمهورية من التشكيلة بصفته رئيسا للمجلس، ويعوضه بالرئيس الأول للمحكمة العليا في كل التشكيلات (العادية والتأديبية)، وكذلك الأمر فيما يخص وزير العدل فلا مبرر لعضويته بالمجلس كنائب للرئيس مع امكانية الإبقاء على دوره في تحريك الدعوى التأديبية دون أن يكون له صوت تداولي كما هو عليه الحال بالنسبة للتشكيلة التأديبية، وهذا حسب رأينا يضمن حماية أكبر للقاضي، ويحقق مبدأ استقلالية القضاء.

المبحث الثاني

دور المجلس الأعلى للقضاء في تجسيد الاستقلالية

إذا كان منوط بالمجلس الأعلى للقضاء في التشريع الجزائري أمر تنظيم وتسيير الحياة الوظيفية للقضاة، فإن موجبات الدراسة تفرض علينا التطرق للدور الذي تلعبه هذه الهيئة الدستورية، بحسب ما أشارت إليه النصوص التشريعية والتنظيمية الصادرة في هذا الشأن.

ولا يخلو الأمر من فائدة إذا أشرنا أن مكانة السلطة القضائية واستقلالها متوقف على مكانة المجلس الأعلى للقضاء ودوره في تعزيز استقلالية القضاء، فبقدر ما يكون لهذا المجلس يد في تسيير وتنظيم المسار المهني للقاضي بقدر ما يعلو صرح السلطة القضائية شامخا، وبقدر ما يجرد هذا المجلس من ممارسة اختصاص معين بقدر ما يفتح المجال واسعا للسلطة التنفيذية لتفرض وصايتها على جهاز القضاء[38].

ويظهر دور هذا المجلس في تحقيقه لاستقلال القضاء، من خلال الصلاحيات المتعددة المخولة له من طرف المشرع الجزائري، والتي سنتطرق إليها من خلال المطالب التالية:

المطلب الأول

متابعة المسار المهني للقضاة ووضعيتهم

يستمد المجلس الأعلى للقضاء صلاحياته من أحكام الدستور، كما يستمد صلاحياته الأخرى من القانون العضوي 12/04، فهو بهذا يتحكم في المسار المهني للقضاة من بدايته إلى نهايته، وذلك كالآتي:

أولا: المشاركة في إدارة المسار المهني للقضاة

يشارك المجلس الأعلى للقضاء في إدارة المسار المهني للقضاة، وفق المبين كالآتي:

1- التعيين: يقوم المجلس بدراسة ملفات المرشحين للتعيين في سلك القضاة والتداول بشأنها والسهر على احترام الشروط المنصوص عليها قانونا[39]، علما أن اجراءات التعيين تتخذ من قبل وزير العدل ورئيس الجمهورية طبقا للمادة 3 من القانون العضوي رقم 12/04 المتضمن القانون الأساسي للقضاء سنة 2004[40]. ويظهر اختصاص المجلس من خلال مجالين: أولهما تعيين القضاة المرشحين، والثاني التعيين المباشر.

2- الترسيم: إن ترسيم القضاة يتم بعد تعيينهم في الجهات القضائية، حيث يخضعون لفترة تأهيلية تدوم سنة، وهذا ما نصت عليه المادة 39 من ق.أق، وبعدها يقرر المجلس إما ترسيمهم أو اعادة تأهيلهم لمدة سنة في جهة قضائية خارج اختصاص المجلس القضائي الذي قضوا فيه فترة التأهيل الأولى وفقا للمادة 40 من ق.أق.

3-الترقية: النظر في ملفات القضاة المرشحين للترقية والسهر على احترام الضوابط التي تحكمها،و شروط الأقدمية وشروط التسجيل في قائمة التأهيل وتنقيط وتقويم القضاة، والفصل في تظلم القضاة حول التسجيل في قائمة التأهيل عقب نشرها[41].

4- النقل: دراسة اقتراحات وطلبات نقل القضاة والتداول بشأنها، مع الأخذ بعين الاعتبار طلبات المعنيين بالأمر وكفاءتهم المهنية وأقدميتهم وحالتهم العائلية والأسباب الصحية لهم ولأزواجهم ولأطفالهم، وكذا قائمة شغور المناصب وضرورة المصلحة[42] في حدود الشروط المنصوص عليها قانونا، ويتم تنفيذ مداولات المجلس الأعلى للقضاء بقرار من وزير العدل[43].

ثانيا: متابعة وضعية القضاة وانهاء مهامهم

1- متابعة وضعية القضاة

يقوم المجلس الأعلى للقضاء بمتابعة وضعية القضاة في الحالات التالية:

أ-القيام بالخدمة: يقوم المجلس بتمديد مدة الخدمة إلى سبعين(70) سنة بالنسبة إلى قضاة المحكمة العليا ومجلس الدولة، وإلى خمس وستين(65) سنة بالنسبة إلى باقي القضاة بناء على اقتراح من وزير العدل، وبعد موافقة القاضي أو بطلب منه[44].

ب- الالحاق: التداول حول طلب الحاق القاضي بناء على طلبه وموافقته[45]. والالحاق هو عبارة عن تكليف القاضي بمهام أخرى غير مهامه الأصلية، وذلك وفق ضوابط قانونية محددة لهذا الاجراء.

ج-الاستيداع: يقرر المجلس الأعلى للقضاء الإحالة على الاستيداع، بناء على طلب القاضي ولفترة لا تتجاوز سنة واحدة[46]. حيث يتوقف القاضي عن أداء مهامه القضائية بسبب الظروف الصحية أو العائلية التي يواجهها، كإجراء تحفظي على أن يعود لمهامه بعد زوال هذه العوائق.

2- انهاء مهام القضاة

إن تدخل المجلس الأعلى للقضاء في انهاء مهام القضاة محدد في مواد ق.أ.ق لسنة 2004، وهي حالات متعددة، متمثلة في الوفاة وفقدان الجنسية والتسريح والعزل والاستقالة والتقاعد، وسنكتفي بالحالات الأربع الأخيرة، على النحو الاتي:

أ-الاستقالة: التداول حول طلب الاستقالة، ولكي يكون للاستقالة مفعول يجب قبولها من السلطة التي لها حق التعيين[47]. وحتى تقبل الاستقالة لابد من استيفاءها جميع الشروط المذكورة في المادة 85 من ق.أق سنة2004.

ب-التسريح: التداول حول التسريح بسبب اهمال المنصب والذي تقرره السلطة التي لها حق التعيين، بعد مداولة المجلس الأعلى للقضاء[48].

ج-التقاعد: التداول حول تعيين قاضي في منصب مناسب أو احالته على التقاعد أو تسريحه إذا ثبت عجزه المهني أو عدم درايته البتة بالقانون، دون ارتكابه خطأ مهنيا يبرر المتابعة التأديبية[49].

د- العزل: اكتفى المشرع بذكر حالتين من الحالات الموجبة لعزل القاضي، وهما العزل بسبب عدم الصلاحية والعزل ذو الطابع التأديبي المترتب عن الخطإ التأديبي، وحسنا فعل المشرع حينما خوّل بمقتضى القانون الأساسي للقضاء للمجلس الأعلى باعتباره هيئة تأديبية في صلاحية تقدير الخطإ التأديبي الموجب لقرار العزل.

المطلب الثاني

رقابة انضباط القضاة وضمانات محاكمتهم التأديبية

يخول للمجلس الأعلى للقضاء صلاحيات تأديب القضاة وذلك كالاتي:

-باستثناء الحق المخول لوزير العدل ورؤساء الجهات القضائية في توجيه إنذار للقاضي وهو ما نصت عليه المادة 71 من القانون الأساسي للقضاء سنة 2004[50]، يعتبر المجلس الأعلى للقضاء في تشكيلته التأديبية ذو الاختصاص المانع في إصدار العقوبات من الدرجة الأولى، الثانية، الثالثة والرابعة.

-وطبقا للمادة 21 وما يليها من القانون العضوي رقم 12/04 سنة 2004 والمتعلق بتشكيل المجلس الأعلى للقضاء وعمله وصلاحياته، فإنه يختص برقابة انضباط القضاة.

-وحتى يقوم المجلس الأعلى للقضاء بممارسة هذه الصلاحيات، تنص الفقرة 3 من المادة 65 من القانون الأساسي للقضاء سنة 2004، أن يحيل وزير العدل ملف الدعوى التأديبية مرفقا بالملف الشخصي للقاضي وعند الاقتضاء الوثائق المتعلقة بالمتابعة الجزائية إلى رئيس المجلس الأعلى للقضاء في تشكيلته التأديبية[51]، وهو الرئيس الأول للمحكمة العليا[52].

بعد تسجيل الدعاوى التأديبية المحالة على المجلس وتحضيرها للفصل فيها، يقوم رئيس المجلس وفقا للمادة 24 وما يليها من القانون العضوي المتعلق بتشكيل المجلس الأعلى للقضاء وعمله وصلاحياته بما يلي:

- تحديد جدول أعمال جلسات المجلس الأعلى للقضاء في تشكيلته التأديبية تلقائيا أو بالتماس من وزير العدل، ويبلغه لوزير العدل، كما يرفق الاستدعاء الموجه إلى الأعضاء بنسخة من جدول الأعمال[53].

- يعين الرئيس مقررا من بين أعضاء المجلس لكل ملف تأديبي لتقديم تقرير أو القيام بالتحريات والتحقيق عند الاقتضاء، كما يتم تعيين المقرر من بين القضاة أعضاء المجلس الأعلى للقضاء المرتبين على الأقل في نفس رتبة و مجموعة القاضي المتابع تأديبيا[54].

- يأمر بوضع الملف التأديبي لدى أمانة المجلس تحت تصرف القاضي المتابع أو المدافع عنه للاطلاع عليه قبل خمسة(5) أيام على الأقل من يوم عقد الجلسة، وله أن يستخرج من الوثائق الملحقة به نسخ طبق الأصل يستعين بها عند الحاجة[55].

- يرأس الرئيس الأول للمحكمة العليا المجلس الأعلى للقضاء، عندما يجتمع في تشكيلته التأديبية[56]، فيفتتح الجلسة ويعطي الكلمة للعضو المقرر لتلاوة التقرير، ثم يدعى القاضي المتابع لتقديم توضيحاته ووسائل دفاعه بشأن الوقائع المنسوبة إليه.

بعد ذلك يمكن لأعضاء المجلس الأعلى للقضاء وممثل وزير العدل أن يوجهوا مباشرة إلى القاضي الأسئلة التي يرونها مفيدة بعد انتهاء الرئيس من استجوابه .

وطبقا للمادة 29 من نفس القانون العضوي رقم 12/04، يحق للقاضي أن يستعين بمدافع من بين زملائه أو بمحام.

يبت المجلس الأعلى للقضاء في تشكيلته التأديبية في القضايا المحالة عليه في جلسة مغلقة لا يحضرها إلا أعضاء المجلس وممثل عن وزير العدل والقاضي أو المحامي الذي استعان به القاضي المعني بالتأديب، وتتم أعمال المجلس في سرية تامة[57]، بمعنى لا يجوز البوح بها للغير سواء عن طريق النشر في وسائل الاعلام، أو افشاء سر المداولات أو التشهير بالقاضي.

وبعد انتهاء المناقشات واختتام الجلسة يشرع أعضاء المجلس الأعلى للقضاء في المداولة التي لا يحضرها ممثل وزير العدل، وذلك بمقتضى نص المادة 23 فقرة 2 من القانون رقم 12/04 بقولها:" يشارك ممثل وزير العدل في المناقشات ولا يحضر المداولات"، وهذا لأن وزير العدل هو الذي يباشر الدعوى التأديبية أمام المجلس الأعلى للقضاء في تشكيلته التأديبية[58]، كما لا يحضر المداولة أيضا القاضي المعني أو ممثله إن كان غائبا بعذر.

وبعد انتهاء المداولة يدعى أطراف الدعوى ممثل وزير العدل والقاضي المتابع لسماع منطوق القرار الذي يجب أن يكون معللا، أي مسبب تسبيبا واضحا من شأنه أن يسمح لكل طرف بمعرفة الكيفية التي وصل بها المجلس لمنطوق القرار.

وتجدر الملاحظة أن القانون الأساسي للقضاء سنة 1989 ، كان ينص في المادة 99 منه على أنه: "يجب أن تكون مقررات المجلس التأديبي معللة وهي لا تقبل أي طريق من طرق الطعن".

وعليه كان على القانون العضوي رقم 12/04 أن يحدد صراحة ما إذا كانت تقبل قرارات المجلس الأعلى للقضاء أو لا تقبل لطرق الطعن، أو تحديد على الأقل بعض العقوبات التي تقبل الطعن أمام مجلس الدولة، كعقوبة العزل مثلا[59].

وهذا القانون العضوي أيضا لم يحدد الأغلبية المعينة التي يأخذ القرار بشأنها في بعض العقوبات التأديبية المنصوص عليها في القانون الأساسي للقضاء، وبالتالي تطبق بشأنها كباقي القضايا الأخرى المادة 15 من القانون العضوي المتعلق بتشكيل المجلس الأعلى للقضاء وعمله وصلاحياته والتي تنص:" تتخذ قرارات المجلس الأعلى للقضاء بأغلبية الأصوات، وفي حالة تساوي عدد الأصوات يرجح صوت الرئيس".

ويمكن القول أن جميع العقوبات المتخذة ضد القضاة والمنصوص عليها في القانون الأساسي للقضاء تقرر بناء على الأغلبية البسيطة لأعضاء المجلس الحاضرين طبقا للمادة 15 المذكورة أعلاه.

وبصدور الحكم بالعزل تزول ولاية القاضي ويبلغ إلى وزير العدل ليستصدر قرارا بمضمونه، كما يمكن لوزير العدل توجيه إنذار للقاضي دون ممارسة دعوى تأديبية ضده، كما يمكن لرؤساء الجهات القضائية ان يوجّهوا إنذارا للقضاة التابعين لهم والتي تقع منهم مخالفة لواجباتهم أو مقتضيات وظيفتهم[60].

ويمكن للقاضي المعني أن يقدم طلبا برد الاعتبار للسلطة التي أصدرت العقوبة بحقه، وذلك بعد مضي سنة واحدة ابتداء من تاريخ تسليط العقوبة، ويتم رد الاعتبار بقوة القانون بعد مضي سنتين(2) من تاريخ توقيع العقوبة[61].

كما يجوز للقاضي محل العقوبات من الدرجة الأولى أو الثانية أو الثالثة أن يرفع طلبا لرد الاعتبار أمام المجلس الأعلى للقضاء في تشكيلته التأديبية[62]، في حين أن العقوبات من الدرجة الرابعة لا يشملها رد الاعتبار.

وبالنسبة للعقوبات التي يصدرها المجلس الأعلى للقضاء كمجلس تأديبي فإن طلب رد الاعتبار يقدم أمام المجلس الأعلى للقضاء.

وبما أن رد الاعتبار لا يعد إلغاء للعقوبة التأديبية، فقد اتجه البعض إلى إمكانية الطعن في القرار التأديبي إذا شعر القاضي أن التشكيلة التأديبية لم تحترم الإجراءات القانونية لتوقيع الجزاء التأديبي.

وعليه فالمشرع الجزائري لم يقصر مهام المجلس بالنظر في الشؤون العادية للقضاة، بل أوكل له مشكلا بهيئة خاصة النظر في الدعاوى التأديبية المرفوعة ضد القضاة، وبإسناده مهمة التأديب للمجلس يكون قد أضفى حماية إدارية لازمة لهم في المجال التأديبي، كما أن اسناد هذه المهمة للمجلس أمر تمليه مبادئ استقلال القضاء ذاتها والتي توجب عدم اخضاع القضاة في تسيير شؤونهم الإدارية للسلطة التنفيذية، بل ينبغي أن يتولى تنظيمها مجلس محايد يتشكل من رجال القضاء أنفسهم.

ولا خلاف في أن قاعدة استقلال القضاء تظل أحرفا ميتة إذا خضع القضاة حال أدائهم لوظائفهم للسلطة التنفيذية ولو في المجال التأديبي وحده، إذ لاشك أنها ستتخذ من هذه السلطة ورقة ضغط تمارسها ضد القضاة مما يجعلهم تابعين لها، وهو ما شأنه أن يخالف القاعدة الدستورية[63].

وبإسناد المشرع مهمة تأديب القضاة للمجلس مشكلا بهيئة خاصة يكون قد ساير ما هو معمول به في كثير من التشريعات وكفل حماية خاصة للقاضي في مجال التأديب، وكان أفضل على المشرع أن ينص

على أن يكون مكان الاجتماع هو مقر المحكمة العليا بما ينفي أي شبهة حول تبعية هذه الهيئة لوزارة العدل خاصة وأنه أسند رئاستها لرئيس المحكمة العليا[64].

المطلب الثالث

الصلاحيات الاستشارية

وللمجلس الأعلى للقضاء صلاحيات أخرى غير متعلقة بإدارة المسار المهني للقضاة وإنما هي صلاحيات استشارية متمثلة في الآتي:

أولا: أخلاقيات مهنة القضاء: يقوم بإعداد مدونة أخلاقيات مهنة القضاة والمصادقة عليها بمداولة واجبة التنفيذ وتنشر في الجريدة الرسمية للجمهورية[65].

ثانيا: حق العفو: يستشار المجلس الأعلى للقضاء بشأن الطلبات والاقتراحات والإجراءات الخاصة بالعفو، وهو ما نصت عليه المادة 175 من التعديل الدستوري لسنة 2016 بقولها:" يبدي المجلس الأعلى للقضاء رأيا استشاريا قبليا في ممارسة رئيس الجمهورية حق العفو"[66].

ثالثا: المسائل العامة المتعلقة بالتنظيم القضائي: يستشار المجلس في المسائل المتعلقة بالتنظيم القضائي قبل عرضها على الحكومة والبرلمان لإبداء رأيه فيها(النصوص القانونية والتنظيمية المتعلقة بالقضاء).

رابعا: وضعية القضاة وتكوينهم وإعادة التكوين: يستشار المجلس في القضايا التي تخص وضعية القضاة العاملين في الجهات القضائية، ومدى تلبية الاحتياجات وحسن سير المرافق القضائية، ويستشار أيضا في كيفية تنظيم التكوين المستمر للقضاة والتكوين المتخصص، والمعايير التي تعتمد لترشيح القضاة لهذا التكوين[67].

أما فيما يخص حق القضاة في اللجوء إلى المجلس الأعلى للقضاء فقد نصت عليه المادة 33 من القانون الأساسي للقضاء سنة 2004 صراحة بقولها:" يحق للقاضي الذي يعتقد أنه متضرر من حرمانه من حق يقرره هذا القانون العضوي، أن يخطر مباشرة بعريضة المجلس الأعلى للقضاء وعلى المجلس الأعلى أن يفصل في العريضة في أقرب دورة له"[68].

يتضح من هذه المادة المذكورة أنها كرّست بوضوح مبدأ على درجة كبيرة من الأهمية وهو أنها منحت للقاضي حق اللجوء مباشرة إلى المجلس الأعلى للقضاء باعتباره السلطة الوحيدة المخول لها حق النظر والفصل في ملفات القضاة بخصوص التعيين والترقية والنقل والنظر في التظلمات...الخ. بحيث أجازت للقاضي في حالة شعوره بأنه متضرر في حق مقرر له قانونا، أن يتجاوز وزارة العدل ويلجأ مباشرة لمخاطبة المجلس الأعلى للقضاء، وذلك بعريضة يرفعها إليه ويبرز فيها أوجه الضرر التي تعرض لها، وعلى المجلس الأعلى للقضاء أن يفصل في عريضة القاضي المرفوعة إليه في أقرب دورة له[69].

وعليه فالمشرع من خلال نصه صراحة في المادة 33 من القانون الأساسي للقضاء سنة 2004 على أن المجلس الأعلى للقضاء يفصل مباشرة في تظلمات القضاة يكون قد تدارك النقص وصحح الغموض الموجود في المادة 22 من القانون الأساسي للقضاء سنة 1989 التي تنص على أن القاضي بتقديمه

للعريضة يعني إخطار المجلس الأعلى للقضاء، ولا يعني التظلم الرامي إلى المطالبة بالحق وأن المجلس الأعلى يدرس العريضة بدون أن يَبُتَّ فيها.

خاتمة:

من كل الذي سبق يتبين بوضوح أن المجلس الأعلى للقضاء في الجزائر لما له من صلاحيات كبيرة مخولة في النصوص القانونية جُعِل للإشراف على القضاة وتنظيم وتسيير شؤونهم الادارية، وهذا لأنه يعتبر من أهم ضمانات حماية القاضي واستقلال القضاء.

ومما زاد كذلك في أهمية هذه الهيئة هو إفرادها لأول مرة في التشريع الجزائري بقانون عضوي مستقل عن القانون الأساسي للقضاء يتولى تنظيمها، وهذا يعتبر مكسبا إيجابيا للسلطة القضائية.

فالمجلس الأعلى للقضاء يعتبر مؤسسة دستورية تسهر على ضمان استقلالية القضاء، وعلى احترام أحكام القانون العضوي المتضمن القانون الأساسي للقضاء من حيث المسار الوظيفي للقضاة باتخاذ قرارات تعيينهم وترقيتهم ونقلهم، وكل ما يتعلق بوضعيتهم وبسير سلمهم الوظيفي، ويسهر على رقابة انضباط القضاة وتأديبهم عند الاقتضاء، فهو المختص بهذه المهام والصلاحيات دون سواه، ويستشار في المسائل العامة المتعلقة بالتنظيم القضائي وبوضعية تكوين القضاة القاعدي وتكوينهم المستمر.

وهكذا فإن المجلس الأعلى أصبح يُعَدُّ الجهاز الذي يساعد على تحقيق وضمان استقلالية السلطة القضائية ويشكل في آن واحد الهيئة التأديبية للقضاة، وهو بهذا يعتبر حجر الأساس لعدالة محايدة ومستقلة.

وبالرغم من هذه الصلاحيات المخولة لهذا المجلس تبقى غير كافية في نظرنا لتجسيد استقلالية لقضاء، وذلك بالنظر لتشكيلته المختلطة بأعضاء من السلطة التنفيذية، والتي تتقاسم معه الصلاحيات في ادارة المسار المهني للقضاة، مما يؤكد صعوبة استقلالية هذه المؤسسة في ذاتها، فالاستقلالية الحقيقية تتحقق عندما يصبح هذا المجلس يواجه السلطة التنفيذية، ويعمل على اتخاذ قرارته بصفة منفردة.

ومن أجل ذلك رأينا وتتويجا لدراستنا حول المجلس الأعلى للقضاء ودوره في تجسيد استقلالية القضاء، أن نلفت نظر المشرع حتى يعيد تعديل بعض النصوص المتعلقة به، والتي نراها ضرورية لتعزيز مكانة هذه الهيئة القضائية الدستورية، آخذا بعين الاعتبارات الاقتراحات التالية:

1- المطالبة بإعطاء أهمية أكبر لتشكيلة المجلس الأعلى للقضاء باعتباره هيئة دستورية، والنص عليها ضمن أحكام الدستور، بما يضمن للمجلس المهابة والاستقرار.

2- إسناد رئاسة المجلس الأعلى للقضاء لرئيس المحكمة العليا بما يدْعم الضمانات الإدارية لحماية القضاة.

3- قصر التشكيلة في المجلس الأعلى للقضاء على رجال السلطة القضائية دون سواهم بما يتماشى والتسمية المعتمدة لهذا المجلس، وباعتبارهم الأعرف بشؤون تسيير أمور القضاة.

4- قصر صلاحية توجيه الانذار للقضاة على رؤساء الجهات القضائية الخاضعة للتنظيم القضائي(العادي والإداري).

5- جعل جلسات المجلس التأديبي علنية تطبيقا لمبادئ المحاكمة العادلة.

6- توسيع دور المجلس الاستشاري في كل شؤون القضاة التي تدخل ضمن اختصاصه، مع منحه صلاحية ابداء الرأي من تلقاء نفسه.

الهوامش:

(1) - حسين فريحة، مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية –دراسة مقارنة في القانون الفرنسي والمصري والجزائري- د.د.ن، د.م، د.ط، د.ت، ص165.

(2) - انظر نص المادة 174 من التعديل الدستوري سنة 2016 الصادر بموجب القانون رقم 01/16 المؤرخ في 6 مارس 2016، المتضمن تعديل الدستور الجزائري، الجريدة الرسمية عدد 14 سنة 2016.

(3) - بوبشير محند أمقران، النظام القضائي الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، د.ط، 2007، ص 342.

(4) - عبد الحفيظ بن عبيدة، استقلالية القضاء وسيادة القانون في ضوء التشريع الجزائري والممارسات، منشورات بغدادي، الجزائر، د.ط، د.ت ، ص402، 403.

(5)- المرجع نفسه، ص404.

(6) - انظر قانون عضوي رقم 12/4 مؤرخ في 21 رجب عام 1425هـ الموافق لـ 6 سبتمبر سنة 2004 يتعلق بتشكيل المجلس الأعلى للقضاء وعمله وصلاحياته (الجريدة الرسمية، ع 57، 8 سبتمبر 2004).

(7) - وهو ما نصت عليه المادة 173 من دستور 2016، والمادة 154 من دستور 1996، والمادة 145 من دستور 1989.

(8) - انظر المادة 65 من دستور فرنسا سنة 1958.

(9) - انظر المادة 173 من التعديل الدستوري الجزائري سنة 2016.

(10) - انظر المادة 64 من دستور فرنسا سنة 1958.

(11) - سفيان عبدلي، ضمانات استقلالية السلطة القضائية بين الجزائر وفرنسا، د.د.ن، الجزائر، ط1، 2011، ص55.

(12) - عبد الحفيظ بن عبيدة، مرجع سابق، ص406.

(13) - انظر المادة 63 من المرسوم التشريعي رقم 05/92 المعدل والمتمم للقانون الأساسي للقضاء سنة1989.

(14) - انظر المادة 2/10 من ق.ع.م.أ.ق سنة 2004.

(15) - بوجمعة صويلح، دراسة قانونية في تشكيل المجلس الأعلى للقضاء، مجلة الفكر البرلماني، تصدر عن مجلس الأمة، الجزائر، ع7، ديسمبر 2004م، ص ص114، 115.

(16) - راجع المادة 16 من ق.أ.ق سنة 1969، والمادة 63 من ق.أ.ق سنة 1989.

(17) - القانون رقم 21/89 المؤرخ في 12 ديسمبر 1989 المتضمن القانون الأساسي للقضاء، الجريدة الرسمية عدد 53، سنة 1989.

(18) - بن عبيدة عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص 408.

(19) قديدر منصور، من أجل نظرة جديدة للقضاء، تدخل ضمن دراسات ووثائق حول استقلالية القضاء(1)،نشريات مجلس الأمة، 1999، ص68.

(20) - بوبشير محند أمقران، السلطة القضائية في الجزائر، دار الأمل، الجزائر، د.ط، د.ت ، ص57.

(21) - قديدر منصور، المرجع السابق ، ص69.

(22) - انظر المادة 4 من ق.ع.م.أ.ق سنة 2004.

(23) - انظر المادة 5 من ق.ع.م.أ.ق سنة 2004.

(24) - انظر المادة 6 من ق.ع.م.أ.ق سنة 2004.

(25) - المادة 7 من ق.ع.م.أ.ق سنة 2004.

(26) - المادة 10 من ق.ع.م.أ.ق سنة 2004.

(27) - المادة11 من ق.ع.م.أ.ق سنة 2004.

(28) - المادة 17 من ق.ع.م.أ.ق سنة 2004.

(29) - انظر المواد 12، 13، 14، 15، 16 من ق.ع.م.أ.ق سنة 2004.

(30) - المادة 11 ق.ع.م.أ.ق سنة 2004.

(31) - راجع نص المادة 85 من ق.أ.ق سنة 1989 ، وكذلك تعديلها بالمرسوم التشريعي 1992.

(32) - قانون عضوي رقم 11/04 مؤرخ في 6 سبتمبر 2004م المتضمن القانون الأساسي للقضاء، الجريدة الرسمية عدد 57 سنة 2004.

(33) - انظر: المادة 155 فقرة 2 من دستور 1996، والمادة 146 فقرة 2 من دستور 1989، والمادة 21 من ق.ع.م.أ.ق سنة 2004.

(34) - انظر المادتين 22 و23 من ق.ع.م.أ.ق سنة 2004.

(35) - انظر المادتين 24 و25 من ق.ع.م.أ.ق سنة 2004.

(36) - هذه العقوبات نصت عليها المادة 68 من ق.أ.ق سنة 2004.

(37) - انظر المادتين 32 و33 من ق.ع.م.أ.ق سنة 2004.

(38) - عمار بوضياف، النظام القضائي الجزائري، دار ريحانة، الجزائر، ط1، 2003، ص111.

(39) - انظر المادة 18 من ق.ع.م.أ.ق سنة 2004.

(40) - وهو ما نصت عليه المادة 1/174 من التعديل الدستوري لسنة 2016، والمادة 1/155 من دستور 1996.

(41) - انظر المادة 20 من ق.ع.م.أ.ق سنة 2004.

(42) - تنص المادة 2/26 من ق.أ.ق سنة 2004 على:" غير أنه يمكن المجلس الأعلى للقضاء في اطار الحركة السنوية للقضاة، نقل قضاة الحكم متى توفرت شروط ضرورة المصلحة أو حسن سير العدالة".

(43) - انظر المادة 19 من ق.ع.م.أ.ق سنة 2004.

(44) - انظر المادة 88 من ق.أ.ق سنة 2004.

(45) - انظر المادة 78 من ق.أ.ق سنة 2004.

(46) - انظر المادة 83 من ق.أ.ق سنة 2004.

(47) - انظر المادة 85 من ق.أ.ق سنة 2004.

(48) - انظر المادة 86 من ق.أ.ق سنة 2004.

(49) - انظر المادة 87 من ق.أ.ق سنة 2004.

(50) - انظر المادة 71 من ق.أ.ق سنة 2004.

(51) - انظر الفقرة 3 من المادة 65 من ق.أ.ق سنة 2004.

(52) - انظر المادة 21 من ق.ع.م.أ.ق سنة 2004.

(53) - انظر المادة 24 من ق.ع.م.أ.ق سنة 2004.

(54) - انظر المادة 27 من ق.ع.م.أ.ق سنة 2004.

(55) - بن عبيدة عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص438.

(56) - انظر المادة 21 من ق.ع.م.أ.ق سنة 2004.

(57) - انظر المادة32 من ق.ع.م.أ.ق سنة 2004.

(58) - انظر المادة22 من ق.ع.م.أ.ق سنة 2004.

(59) - بن عبيدة عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص441.

(60) - حسين طاهري، أخلاقيات مهنة القاضي، دراسة مقارنة بين النظام القضائي الإسلامي والنظم القضائية الوضعية المعاصرة، دار الخلدونية، الجزائر، د.ط، 2010، ص78.

(61) - انظر المادة 71 الفقرتين 3و4 من ق.أ.ق سنة 2004.

(62) - انظر المادة 72 من ق.أ.ق سنة 2004.

(63) - عمار بوضياف، النظام القضائي الجزائري، المرجع السابق، ص172.

(64) - المرجع نفسه، ص173.

(65) - انظر المادة 34 من ق.ع.م.أ.ق سنة 2004.

[66]- راجع المادة 156 من دستور 1996.

[67]- المادة 35 من ق.ع.م.أ.ق سنة 2004.

[68]- راجع المادة 22 من ق.أ.ق سنة 1989.

[69] - مروك نصر الدين، حصانة القاضي في القانون المقارن والجزائري والشريعة الإسلامية، مجلة المجلس الإسلامي الأعلى، الجزائر، عدد 43، 2000، ص236.

تكريس مبدأ التقاضي على درجتين في الجنايات وفق التشريع الجزائري



الدكتورة / إلهام بن خلبفة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
جامعة الوادي

❋ ❋ ❋ ❋ ❋

مقدّمة:

تهدف التشريعات الجنائية من وراء إقرار ضمانات المحاكمة العادلة إلى تحقيق العدالة الجنائية بمحاولة تقريب الحقيقة القضائية من الحقيقة الواقعية وذلك بعدم إدانة برئ وفي نفس الوقت عدم إفلات مجرم من العقاب، ومن أهم هذه الضمانات مبدأ التقاضي على درجتين وهو المبدأ الذي يزداد أهمية كلما كانت العقوبة أكثر جسامة أين نكون بصدد الجرائم الأكثر خطورة وهي الجنايات، حيث يضمن المبدأ تلافي ما يشوب الأحكام الإبتدائية من أخطاء قدر المستطاع، فحكم محكمة الجنايات مهما كان قريبا من الحقيقة الواقعية يبقى عملا بشريا والخطأ به وارد، فلا العلوم ولا ضمير القاضي معصومين من الخطأ، ومن المصلحة حين يثور هذا الإحتمال لدى أحد أطراف الدعوى أن يتاح له عرضه على القضاء عبر الإجراءات المحددة قانونا، فإذا ثبت الخطأ أصلح تفاديا للضرر الإجتماعي[1]، حيث أن إصلاح ما قد يشوب الحكم الجنائي من أخطاء لا تقتصر فائدته على المتضرر من الحكم فقط، بل تشمل هذه الفائدة مصلحة العدالة ذاتها والتي يضيرها الإعتراف بقوة الشئ المقضي به بحكم معيب أو خاطئ ما يؤدي إلى إدانة برئ وتبرئة مجرم، ليس الخطأ فحسب بل.

وفي الواقع يعد المبدأ أحد المبادئ الهامة التي يقوم عليها نظام الإجراءات الجزائية الحديث وعلة هذا النظام من الأخذ به تكمن في أن تنقضي الدعوى بحكم أدنى ما يكون إلى الحقيقة الواقعية والقانونية[2]، ويرى الفقه الفرنسي[3] في ذلك أن المبدأ يعتبر ضمانا للحياد القضائي يشبع مصالح المتقاضين، حيث يزيل أية شبهة حول استقلال قضاة محكمة الدرجة الأولى لأنه من المعتقد أنهم يعملون تحت ضغوطات كبيرة وأن العلاقات الشخصية تؤثر سلبا على عملية إصدار الأحكام[4]، وعليه فالفرصة متاحة لعرض الدعوى على قضاة جدد، كما أنه يعد عاملا من عوامل الأمن القانوني نظرا للأخطاء التي يقع فيها الحكم الأول بسبب خلوه من جميع الأدلة أو بسبب سوء تقدير أو غيرها.

ولقد بدأ حديثا تطبيق المبدأ أمام محكمة الجنايات في الجزائر حرصا من المشرع الجزائري على إدخال إصلاحات عميقة على محاكم الجنايات، ذلك أن تطبيق المبدأ في الجزائر كان مقتصرا فحسب على التقاضي في الجنح والمخالفات، إذ قام بتحيين قانون الإجراءات الجزائية سنة 2017[5]، بما يتواءم مع ما

مع ما نص عليه التعديل الدستوري لسنة 2016[6] في مادته 160 الفقرة الثانية: (يضمن القانون التقاضي على درجتين في المسائل الجزائية ويحدد كيفيات تطبيقها)، وذلك بأن أدخل عدة تعديلات وضعت نظاما إجرائيا متكاملا يتضمن أحكاما بوجوب تكريس مبدأ التقاضي على درجتين في الجنايات والعمل به قضائيا، بموجب المادة الأولى والمواد 248 وما يليها.

ولقد جاء في المادة الأولى من قانون الإجراءات الجزائيةأنه: (يقوم هذا القانون على مبادئ الشرعية والمحاكمة العادلة واحترام كرامة وحقوق الإنسان بأخذ بعين الإعتبار، على الخصوص:... - أن لكل شخص حكم عليه الحق في أن تنظر في قضيته جهة قضائية عليا)، وتطبيقا لذلك عدلت المادة 248 من نفس القانون كما يلي: (يوجد بمقر كل مجلس قضائي محكمة جنايات إبتدائية ومحكمة جنايات إستئنافية... تكون أحكام محكمة الجنايات الإبتدائية قابلة للإستئناف أمام محكمة الجنايات الإستئنافية)، وبذلك يكون المشرع قد كرس مبدأ التقاضي على درجتين في الجنايات، بعد الإنتقادات التي وجهت له والمتمثلة في أن الجرائم الأقل خطورة وهي الجنح والمخالفات يشملها التقاضي على درجتين بينما الجنايات والتي هي أكثر شدة يتم التقاضي فيها على مستوى درجة واحدة وهي محكمة الجنايات[7]. وعليه فما هي هذه الأحكام الجديدة والتي تتعلق بمحكمة الجنايات الإبتدائية ومحكمة الجنايات الإستئنافية، وما مدى دستوريتها؟ وللإجابة على هذه الإشكالية قسمنا هذه الورقة البحثية إلى ثلاث محاور كمايلي:

المحور الأول: إختصاصات محكمة الجنايات الإبتدائية والإستئنافية

المحور الثاني: تشكيلة محكمة الجنايات الإبتدائية والإستئنافية

المحور الثالث: استئناف أحكام المحكمة الجنائية الابتدائية

المحور الأول

إختصاصات محكمة الجنايات الإبتدائية والإستئنافية

لمحكمة الجنايات الإبتدائية وكذا محكمة الجنايات الإستئنافية إختصاصات نوعية ومحلية وزمنية مشتركة، ويقصد بالإختصاص النوعي هو الإختصاص من حيث الواقعة أي أن تكون الجريمة من حيث تكييفها داخلة في اختصاص المحكمة، والإختصاص الشخصي هو الإختصاص من حيث شخص المتهم أي أن يكون من الخاضعين لسلطات المحكمة، والإختصاص المحلي هو الإختصاص من حيث المكان أي أن تتوفر صلة بين الجريمة أو المتهم وبين الناق الإقليمي الذي يمتد إليه سلطان المحكمة[8]، وأضاف المشرع لكل ذلك بالنسبة للمحكمتين إختصاص زمني.

أولا

الإختصاص النوعي والشخصي

تختص محكمة الجنايات الإبتدائية وكذا محكمة الجنايات الإستئنافية بالفصل في الجنايات والجنح والمخالفات المرتبطة والمرتكبة من قبل الأشخاص البالغين فقط سن الرشد الجنائي[9].

حيث تنظر محكمة الجنايات الإبتدائية في تلك الأفعال المحالة إليها بقرار نهائي من غرفة الإتهام، وليس لها أن تقرر عدم اختصاصها[10]، وهي لا تختص بالنظر في أي إتهام غير وارد في قرار غرفة الاتهام[11].

وتكون أحكام المحكمة الجنائية الابتدائية قابلة للاستئناف أمام المحكمة الجنائية الإستئنافية[12].

ثانيا

الاختصاص المحلي

تنعقد محكمة الجنايات الإبتدائية والإستئنافية في مقر المجلس القضائي ويمكن إنعقاد جلساتهما في أي مكان آخر من دائرة الاختصاص بقرار من وزير العدل، حيث تمتد إختصاصاتهما إلى دائرة اختصاص المجلس، ويمكن أن تمتد إلى خارجه بموجب نص خاص[13]، ويقصد المشرع بالنص الخاص نص المرسوم التنفيذي رقم 348/06 المتعلق بتحديد الاختصاص المحلي لبعض المحاكم ووكلاء الجمهورية وقضاة التحقيق[14].

ثالثا

الاختصاص الزمني

تنعقد كل من المحكمتين كل ثلاث أشهر، ويمكن تمديدها بموجب أوامر إضافية، ويمكن تقرير انعقاد دورة إضافية باقتراح من النائب العام متى دعت الحاجة إلى ذلك طبقا للمادة 253 من قانون الإجراءات الجزائية، على أن يُحدَّد تاريخ الافتتاح بأمر من رئيس المجلس القضائي بناءا على طلب من النائب العام، حيث يتولى هذا الرئيس ضبط جدول قضايا كل دورة بناءا على اقتراح النائب العام[15].

المحور الثاني

تشكيلة محكمة الجنايات الإبتدائية والإستئنافية

تتشكل محكمة الجنايات الإبتدائية والإستئنافية من رئيس الجلسة وقاضيين مساعدين وأربعة محلفين ويقوم بمهام النيابة النائب العام أو أحد قضاة النيابة العامة، ويعاون محكمة الجنايات بالجلسة أمين ضبط، ويوضع تحت تصرف رئيس الجلسة عون جلسة، غير أن تشكيلة كلا المحكمتين في جرائم الارهاب والمخدرات والتهريب تكون من القضاة فقط[16].

أولا

القضاة

وفيما يتعلق بالقضاة فهم ثلاث قضاة رئيس الجلسة برتبة مستشار بالمجلس القضائي بالنسبة لمحكمة الجنايات الإبتدائية، وبرتبة رئيس غرفة بالمجلس القضائي بالنسبة لمحكمة الجنايات الإستئنافية، وقاضيين مساعدين يعينون بأمر من رئيس المجلس القضائي، كما ويعين هذا الأخير قاضي إحتياطي أو أكثر لكل جلسة بغية استكمال تشكيلة هيئة المحكمة في حال وجود مانع لدى واحد أو أكثر من القضاة الأصليين، حيث يتعين على القاضي الإحتياطي حضور الجلسة منذ بدايتها ومتابعة سيرها إلى غاية إعلان رئيس المحكمة غلق باب المناقشات، وأثناء هذه الفترة إذا تعذر على أحد القضاة المساعدين مواصلة الجلسة يصدر رئيس الجلسة أمرا بتعويضه من أحد هؤلاء القضاة الإحتياطيين، وحسن ما فعل المشرع في ذلك باشتراطه حضور القاضي الإحتياطي حتى لا يعاد مباشرة إجراءات سير الجلسة منذ البداية بل

يكفي استكمالها فقط[17]، أما إذا تعذر على رئيس الجلسة المواصلة فيتم استخلافه بأحد القضاة المساعدين الأعلى رتبة.

على أنه يمكن عند الإقتضاء إنتداب قاضي أو أكثر من مجلس قضائي آخر قصد استكمال تشكيلة محكمة الجنايات بقرار لرئيسي المجلسين القضائيين المعنيين[18].

وطبقا للمادة 260 من قانون الإجراءات الجزائية في فقرتها الأولى فإنه لا يمكن أن يجلس للفصل في قضية بمحكمة الجنايات إذا سبق له النظر فيها بوصفه قاضيا للتحقيق أو الحكم أو عضوا بغرفة الإتهام أو ممثلا عن النيابة العامة.

ثانيا

المحلفين

وفيما يتعلق بالمحلفين، فمع بدء المرافعة يستحضر الرئيس المتهم ويجري القرعة على المحلفين الأربعة الذين سيجلسون أمامه، ويمكن للمتهم أو محاميه وبعده النيابة العامة رد المحلفين، ثم يؤدي المحلفين اليمين القانونية، ووفقا للمادة 260 السابقة الذكر في فقرتها الثانية فإنه لا يجوز لمحلف سبق له أن شارك في الفصل في القضية أن يجلس للفصل فيها من جديد.

ويجوز للرئيس أن يجري القرعة أيضا لاستخراج محلف إحتياطي أو أكثر يتعين عليهم حضور ومتابعة المرافعات، حيث يكمل المحلف الإحتياطي هيئة المحكمة في حال وجود مانع لدى أحد المحلفين الأصليين، ويتم تقرير ذلك بأمر مسبب من رئيس المحكمة، حيث يتم استبداله حسب ترتيب المحلفين الإحتياطيين في القرعة.

ويجري الرئيس القرعة على المحلفين المذكورين في قائمة المحلفين، حيث تعد سنويا في دائرة إختصاص كل مجلس قضائي، قائمتان تخص الأولى محكمة الجنايات الإبتدائية والثانية تخص محكمة الجنايات، توضعان خلال الفصل الأخير من كل سنة للسنة التي تليها، وتضم كل قائمة 24 محلفا من كل دائرة إختصاص المجلس القضائي، وتعد من قبل لجنة يرأسها رئيس المجلس وتحدد تشكيلتها بقرار من وزير العدل وتجتمع بقر المجلس القضائي حيث يستدعي رئيسها أعضاء اللجنة 15 يوما قبل إنعقادها[19]؛ كما وتعد بنفس الشاكلة قائمتان تتضمن كل منهما 12 محلفا إحتياطيا[20].

ويلاحظ على المشرع أنه جعل تشكيلة المحلفين أكبر عددا من تشكيلة القضاة، وإن كان قد أضفى التشكيلة الشعبية على محكمة الجنايات إلا أنه يتعارض مع الهدف الذي وضع لأجله المبدأ الدستوري، وهو التضييق من دائرة الخطأ البشري على مستوى أحكام محاكم الدرجة الأولى وتصحيحها على مستوى الدرجة الثانية، لأن المحلفين تنقصهم الخبرة القانونية اللازمة، ولأن تسبيب الحكم يستلزم قضاة محترفين وليس محلفين[21].

المحور الثالث

استئناف أحكام المحكمة الجنائية الابتدائية

تطبيقا لمبدأ التقاضي على درجتين، فإنه يجوز الإستئناف في الأحكام الصادرة عن محكمة الجنايات الإبتدائية، إذ يعد هذا الإجراء طريق طعن عادي، بحيث يتيح النظر من جديد في موضوع الدعوى أمام درجة أعلى ويطرحها في جميع عناصرها من حيث الوقائع أو القانون أو في شق منها فتنحصر فيه سلطة المحكمة الإستئنافية، ويستهدف الطاعن من خلاله إلغاء الحكم المستأنف أو تعديله لمصلحته، إذ تتقيد المحكمة الإستئنافية بمبدأ عدم جواز أن يضار الطاعن بطعنه[22].

وتطبيقا لما جاء في المادة 248 من أن أحكام محكمة الجنايات الإبتدائية تكون قابلة للإستئناف أمام محكمة الجنايات الإستئنافية، إستحدث المشرع الجزائري الفصلين الثامن مكرر والثامن مكرر1، يتعلق الأول باستئناف الأحكام الصادرة عن محكمة الجنايات الإبتدائية، والثاني يتعلق بالإجراءات المتبعة أمام محكمة الجنايات الإستئنافية، وباستقراء مواد الفصلين من 322 مكرر إلى 322 مكرر9 فإننا نجدها تنص على شروط الطعن بالإستئناف وإجراءاته آثاره.

أولا

شروط الطعن بالإستئناف

يشترط في الطعن بالإستئناف شروطا في المستأنف وشروطا في الحكم.

أ/ الشروط المتعلقة بالمستأنف:

يشترط القانون في الطاعن بالإستئناف في أحكام محكمة الجنايات الإبتدائية أن يكون ذا صفة ومصلحة؛ وتكون للطاعن صفة في رفع الإستئناف أمام المحكمة الجنائية الإستئنافية عندما يكون خصما من الخصوم في الدعوى التي نظرت أمام المحكمة الجنائية الإبتدائية، وانتهت بالحكم المستأنف[23]، وإلا لا يقبل الإستئناف لإنتفاء شرط صفة الخصم في الدعوى[24]، ووفقا للمادة 322 مكرر1، فإن صاحب الصفة في هذا الطعن هو المتهم والنيابة العامة والطرف المدني والمسؤول عن الحقوق المدنية والادارات العامة في الأحوال التي تباشر فيها الدعوى العمومية.

وتكون للمستأنف مصلحة عندما يكون الحكم الصادر عن محكمة الدرجة الأولى قد ألحق به ضررا أو رفض بعض أو كل طلباته، فيسعى عن طريق الإستئناف إلى رفع هذا الضرر أو إلى إقرار طلباته، فإذا انتفت المصلحة فلا يقبل الإستئناف[25].

ب/ الشروط المتعلقة بالحكم:

يشترط في الحكم أن يكون صادرا عن المحكمة الجنائية الإبتدائية كأول درجة وأن يكون حضوريا فاصلا في الموضوع[26]، أما الأحكام السابقة على الفصل في الموضوع فالأصل عدم جواز إستئنافها[27].

ويفهم من ذلك أن أحكام محكمة الجنايات الإبتدائية الصادرة غيابيا غير قابلة للإستئناف من طرف المتهم مهما كان منطوق الحكم، وهو ما نص عليه المشرع الفرنسي بخلاف المشرع الجزائري، كما لا يحق للنيابة العامة إستئناف الحكم الغيابي بالإدانة إلا بعد إنتهاء أجل المعارضة، أما القاضي بالبراءة

فيجوز للنيابة إستئنافه[28]؛ كما ويفهم أن الأحكام التحضيرية والتمهيدية السابقة على الفصل في الموضوع مثل ندب خبير والأحكام الصادرة في المسائل الفرعية لا يجوز إستئنافها إستقلالا وإنما تبعا لاستئناف الحكم الصادر في الموضوع، وعلة المشرع في ذلك هو إرتباط إستئنافها بإيقاف نظر الدعوى حتى يفصل في الإستئناف مما يعطل سيرها[29]، غير أن هذا المنع لم يرد على إطلاقه بل يجوز لهم إستئناف الحكم الصادر في الموضوع مشمولا بما يريد إستئنافه من الأحكام التحضيرية والتمهيدية وغيرها من الأحكام السابقة على الفصل في موضوع الدعوى، إذ تنص المادة 427 من قانون الإجراءات الجزائية على أنه (لا يقبل إستئناف الأحكام التحضيرية أو التمهيدية أو التي فصلت في مسائل عارضة أو دفوع إلا بعد الحكم الصادر في الموضوع وفي الوقت نفسه مع استئناف ذلك الحكم).

ثانيا

إجراءات الطعن بالإستئناف

ونتعرض فيما يلي لأجل الطعن وشكله ومكان إيداعه.

أ/ أجل الطعن بالإستئناف:

وفقا لنص المادة 322 مكرر في فقرتها الثانية فإن أجل الاستئناف في الأحكام الصادرة عن المحكمة الجنائية الابتدائية هو 10 أيام كاملة يبدأ احتسابها من اليوم الموالي للنطق بالحكم، ويجب أن تجدول القضية في الدورة الجارية أو الدورة التي تليها، ويسقط حق الإستئناف بعد هذا الميعاد المقرر قانونا كجزاء جنائي[30].

ب/ شكل الطعن بالإستئناف ومكان إيداعه:

يرفع الطعن بالإستئناف في شكل تصريح كتابي أو شفوي أمام أمانة ضبط المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه إذا كان المتهم حرا، وذلك بحضور المعني شخصيا أو وكيل عنه بوكالة خاصة أمام أمانة الضبط للإدلاء بتصريحه، حيث يدون أمين الضبط تقريره في سجل خاص ويوقع عليه أمين الضبط المستأنف أو من الوكيل عنه؛ أما إذا كان المتهم محبوسا فإن التقرير يرفع أمام كاتب المؤسسة العقابية وفقا لمقتضيات المادتين 421 و422 من قانون الإجراءات الجزائية[31]، حيث يتلقى الكاتب التصريح ويقيده في الحال في سجل خاص ويسلم المستأنف المحبوس وصلا بذلك، ويتعين على المشرف على المؤسسة العقابية أن يرسل نسخة من هذا التقرير إلى أمانة ضبط الجهة القضائية التي أصدرت الحكم المطعون فيه تحت طائلة توقيع العقوبات الإدارية.

ويمكن للمتهم إذا كان مستأنفا وحده دون النيابة العامة التنازل عنه، عندما يتعلق الأمر بالدعوى العمومية، ويكون له هذا الحق قبل بداية تشكيل المحكمة، أما إذا تعلق الأمر بالدعوى المدنية فإنه يجوز له وللمدعي المدني التنازل عن الاستئناف في أي مرحلة، حيث يتم إثبات التنازل بأمر من رئيس المحكمة الجنائية الاستئنافية[32].

ثالثا

آثار الطعن بالإستئناف

يترتب على الطعن بالإستئناف أثارين أحدهما موقف لتنفيذ الحكم والثاني ناقل للدعوى إلى محكمة أعلى درجة.

أ/ الأثر الموقف:

ينتج عن الإستئناف أثر موقف لتنفيذ الحكم، حيث يستشف من المادتين 322 مكرر3 و322 مكرر4، أنها تنص على قاعدة عامة، حيث ترد على هذه القاعدة عدة استثناءات تستنبط من نفس المادتين وبالإحالة ضمنيا على المواد 357 و 365 من قانون الإجراءات الجزائية.

وتتمثل القاعدة العامة في أن تنفيذ الحكم الصادر عن محكمة الجنايات الإبتدائية يوقف في حال الاستئناف في شقه الجزائي فقط، وذلك إذا قضي بعقوبة سالبة للحرية وكان المتهم طليقا، ويسري هذا التوقيف أثناء مهلة الإستئناف وفي حالة الإستئناف إلى حين الفصل فيه.

والعلة من وقف تنفيذ الحكم تكمن في أن هذا الأخير قابل للإلغاء أو التعديل في حال استئنافه، وعليه فمن الحكمة التريث في تنفيذه تجنبا للإضرار بالمحكوم عليه إذا ما نفذ الحكم معجلا، ثم ألغي بعد ذلك في الإستئناف[33].

وتكمن الإستثناءات الواردة على القاعدة العامة في أنه رغم الإستئناف فإنه:

- إذا كان المتهم محبوسا مؤقتا في جناية أو جنحة مع أمر الإيداع وقضي عليه بعقوبة سالبة للحرية فإنه ينفذ الحكم ويبقى هذا الأخير محبوسا إلى غاية الفصل في الاستئناف.
- ينفذ الحكم في شقه المدني تطبيقا للمادة 357 في فقرتيها الثانية والثالثة من قانون الإجراءات الجزائية.
- يخلى سبيل المتهم المحبوس مؤقتا فور صدور الحكم ببراءته أو بإعفائه من العقوبة أو الحكم عليه بعقوبة العمل للنفع العام أو بالحبس مع إيقاف التنفيذ أو بالغرامة ما لم يكن محبوسا لسبب آخر، وكذلك المحبوس مؤقتا الذي استنفذت مدة حبسه مدة العقوبة المقضي بها وفقا للمادة 365 من قانون الإجراءات الجزائية.

ب/ الأثر الناقل:

يعد الطعن بالإستئناف هو الأداة الفنية لإعمال مبدأ التقاضي على درجتين، حيث يمنح أطراف الخصومة فرصة عرض الدعوى مرة أخرى أمام القضاء من أجل نظرها من جديد والحكم فيها أمام جهة قضائية أخرى لم تنظر الدعوى كدرجة أولى وبتشكيلة جديدة[34]، لذلك نقول أن لإعمال مبدأ التقاضي على درجتين عن طريق الإستئناف أثر ناقل للدعوى، وذلك بنقل موضوع النزاع من محكمة الدرجة الأولى إلى محكمة الدرجة الثانية ليتم الفصل فيها من جديد من حيث القانون والوقائع، دون أن تتطرق إلى ما قضى به الحكم المستأنف لا بالتأييد ولا بالتعديل ولا بالإلغاء[35]، وعليه فيقرر قاضي الإستئناف إما إلغاء الحكم والتصدي من جديد بالبراءة أو الإدانة أو يكتفي بالتعديل فيه، ولا يمكنه أن يؤيد الحكم المستأنف

في حال عدم حضور المستأنف بل يجب عليه إعادة طرح الوقائع ومناقشتها من حيث الثبوت والوصف القانوني[36].

وجاء في المادة 322 مكرر7 أن الأثر الناقل للدعوى يكون في حدود التصريح بالإستئناف وصفة المستأنف ومصلحته، فالأصل في الإستئناف أن يكون عاما منصبا على جميع أجزاء الحكم الجنائي الإبتدائي صادرا من جميع الخصوم، وعليه نقول أن سلطة المحكمة تكون شاملة ممتدة إلى جميع عناصرها، غير أنه إذا إقتصر الإستئناف على جزء من الحكم، فتقتصر سلطة المحكمة الإستئنافية على ذلك الجزء دون سائر أجزائه، وإذا تعدته تكون فصلت فيما لم يطلب إليها فيكون قضاؤها باطلا[37]، وقد يستأنف الحكم بعض الخصوم فتتقيد المحكمة بصفة المستأنف فيكون تقرير الإستئناف المتعلق بالمتهم في الدعويين الجنائية والمدنية مقبولا أمام المحكمة الإستئنافية، وباقي الخصوم يقبل فحسب اسئنافهم في الدعوى الجنائية، أما الدعوى المدنية لا صفة للمحكمة فيها[38]؛ أما مصلحة المستأنف فإنه لا يجوز لمحكمة الجنايات الإستئنافية إذا كان الإستئناف مرفوعا من المتهم وحده أو من المسؤول عن الحقوق المدنية وحده، أن تسئ حالة المستأنف[39]، حيث لا يجوز لها أن تعدل الحكم على نحو يكون من شأنه الإضرار به فإما أن تبقيه إما أن تعدله في مصلحته والعلة من ذلك كون أن المحكمة الجنائية الإستئنافية استمدت سلطتها في نظر الدعوى من استئناف المتهم وطلباته وهو يطلب التعديل لصالحه، فإذا تم التعديل في غير مصلحته تكون قد قضت بما يتلبه القانون فيكون بذلك قضاؤها باطلا[40].

غير أن المبدأ الدستوري التقاضي على درجتين يقتضي أن يكون الإستئناف أمام درجة قضائية أعلى من الدرجة الأولى، أي أن يكون هناك تدرج قضائي بين المحكمتين وهو ما يطلق عليه الإستئناف التدرجي العالي، وما هو منصوص عليه في قانون الإجراءات الجزائية يبين أن محكمة الجنايات الإبتدائية ومحكمة الجنايات الإستئنافية على درجة قضائية واحدة، إذ يوجدان بمقر المجلس القضائي، أي أن الإستئناف يكون أمام الجهة نفسها وهو ما يطلق عليه الفقه الفرنسي الإستئناف الدائري، والذي ينطوي على فكرة إعادة النظر القضية أمام محكمة جنايات أخرى، وهذا الإستئناف الأخير لا يحمل خصائص الإستئناف العادي بل تجاوزه، بل هو شبه إستئناف بطابع خاص وهو ما يستدعي إلى القول بعدم دستورية هذه النصوص الإجرائية[41].

الخاتمة

إيمانا من المشرع الجزائري في تحقيق العدالة الجنائية ومحاولة تقريب الحقيقة القضائية من الحقيقة الواقعية، نجده يكرس كل مبادئ ضمانات المحاكمة العادلة، إذ كرس مؤخرا مبدأ التقاضي على درجتين في المسائل الجنائية إذ جعل منه مبدأ دستوريا قبل أن يكون إجراءا قانونيا، وهذا إن دل فإنما يدل على رغبة المشرع في جعل حقوق الإنسان وحرياته الأساسية في أرقى وأسمى حماية، فالمبدأ يضمن سلامة الحكم من العيوب، لكي يكون فعلا عنوانا للحقيقة.

النتائج:

وبعد إستقراء النصوص المنظمة للعمل بالمبدأ توصلنا إلى مجموعة من النتائج أهمها:

- أنه استحدث محكمة جنائية إستئنافية في مقر المجلس القضائي تختص بالنظر في استئناف الأحكام الصادرة عن محكمة الجنايات الإبتدائية،
- أن كلا المحكمتين في نفس الدرجة القضائية مما يستفاد منه وجود تجاوز في مبدأ التقاضي على درجتين بل هو تقاضي على درجة واحدة أو هو إعادة النظر في القضية،
- أن المحكمتين تتشكلان من ثلاث قضاة وأربعة محلفين، مما يستفاد منه تغلب التشكيلة الشعبية على التشكيلة القضائية المحترفة، وهو ما يتعارض مع مبدأ التقاضي على درجتين فإذا كان الهدف هو التقليل من الأخطاء فبهذه التشكيلة الشعبية في المحكمتين سوف يزيد من نسبة الأخطاء،
- أن المشرع الجزائري ساوى في أجل الإستئناف بين النيابة والمتهم وكل من له الحق في الإستئناف، بأن جعله عشرة أيام ولم ينص على أن هذه المهلة لا تحول دون تنفيذ الحكم مثلما فعل في اسئناف النيابة في مواد الجنح والمخالفات.

التوصيات:

من خلال النتائج المتوصل إليها نوصي بما يلي:

- لتفادي مشكلة عدم دستورية الإجراءات نوصي بأن تستحدث محكمة جنايات إبتدائية في المحكمة، وتبقى على محكمة الجنايات الإستئنافية في المجلس القضائي،
- أن تكون تشكيلة القضاة أكبر من تشكيلة المحلفين لجهلهم بالقانون ولأن عملية تسبيب الحكم تتطلب قضاة محترفين،
- النص على أن إستئناف النيابة لايحول دون تنفيذ الحكم،
- العمل على تخصص القاضي الجنائي لأن الجرائم تمس بحقوق الإنسان وحرياته الأساسية، وهذا بغية تدعيم ضمانات المحاكمة العادلة وتحقيق العدالة الجنائية.
- تقديم دورات تتعلق بتدريس القانون الجنائي والعلوم الجنائية لفائدة المحلفين.

الهوامش:

(1) Henkel,101,s. 420,

أنظر ذلك في محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، الجزء الثاني، دار النهضة العربية، القاهرة 2013، ص 1184.

(2) محمود نجيب حسني، الرجع السابق، ص 1184.

(3) Thiery R ensux. Op cit. p. 386,

أنظر ذلك في أحمد حامد البدري محمد، الضمانات الدستورية للمتهم في مرحلة المحاكمة الجنائية، منشأة المعارف، الإسكندرية 2003، ص، ص 550-551.

(4) إيمان محمد علي الجابري، يقين القاضي الجنائي، منشأة المعارف، الإسكندرية 2005، ص 506.

(5) قانون 07/17، مؤرخ في 27 مارس 2017، يعدل ويتمم الأمر رقم 155/66، المؤرخ في 08 يونيو 1966، والمتضمن قانون الإجراءات الجزائية، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد 20، المؤرخة في 29 مارس 2017.

(6) قانون رقم 01/16 مؤرخ في 26 جمادى الأولى1437 الموافق 06 مارس 2016، يتضمن التعديل الدستوري، منشور في الجريدة الرسمية، العدد 14، المؤرخة في 07 مارس 2016.

(7) دنيا زاد ثابت،التقاضي على درجتين أمام محكمة الجنايات في التشريع الجزائري،مجلة العلوم الإجتماعية والإنسانية، العدد الخامس عشر، ص 46.

(8) محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص 800.

(9) إذ ألغيت الفقرة الثانية من المادة 149 والتي تتعلق باختصاص محكمة الجنايات في الجرائم الإرهابية أو التخريبية المرتكبة من قبل الأحداث البالغين 16 سنة، بموجب المادة 149 الفقرة الثالثة من قانون 12/15 المؤرخ في 15 يوليو 2015، يتعلق بحماية الطفل منشور في الجريدة الرسمية العدد 39، المؤرخة في 19 يوليو 2015.

(10) أنظر المادة 250 من قانن الإجراءات الجزائية.

(11) أنظر المادة 251 من قانون الإجراءات الجزائية.

(12) أنظر المادة 248 من قانون الإجراءات الجزائية.

(13) أنظر المادة 252 من قانون الإجراءات الجزائية.

(14) المرسوم التنفيذي رقم 348/06 المؤرخ في 05 أكتوبر سنة 2006 يتضمن تحديد الاختصاص المحلي لبعض المحاكم ووكلاء الجمهورية وقضاة التحقيق، والمنشور في الجريدة الرسمية العدد 63، المؤرخة في 08 أكتوبر 2006.

(15) أنظر المادتين 254 و255 من قانون الإجراءات الجزائية.

(16) أنظر المواد 256 و257 و258 من قانون الإجراءات الجزائية

(17) دنيا زاد ثابت، المرجع السابق، ص 50.

(18) أنظر المادة 258 من قانون الإجراءات الجزائية.

(19) أنظر المادة 264 من قانون الإجراءات الجزائية.

(20) أنظر المادة 265 من قانون الإجراءات الجزائية.

(21) أنظر بن عودة نبيل، التقاضي على درجتين أمام محكمة الجنايات في التشريع الجزائري، مجلة حقوق الإنسان والحريات العامة، العدد الرابع، جوان 2017، ص 90، ودنيا زاد ثابت، المرجع السابق، ص 50.

(22) أنظر محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص، ص 1238- 1239، وعبد الرحمن خلفي، محاضرات في قانون الإجراءات الجزائية، دار الهدى، الجزائر، 2010، ص، ص 234- 235.

(23) محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص 1258.

(24) بن عودة نبيل، المرجع السابق، ص 73.

(25) محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص 1259.

(26) أنظر المادة 322 مكرر الفقرة الأولى من قانون الإجراءات الجزائية.

(27) محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص 1242.

(28) منصوري المبروك، العزواي أحمد، التقاضي على درجتين في مواد الجنايات، مجلة آفاق علمية، العدد 02، 2018، ص 287.

(29) أنظر محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص 1252، وبن عودة نبيل، المرجع السابق، ص 76.

(30) عبد الحميد الشواربي، الطعن الجنائي في ضوء القضاء والفقه، المرجع السابق، ص 71، أنظر ذلك في بن عودة نبيل، المرجع السابق، ص 77.

(31) أنظر المادة 322 مكرر 2 من قانون الإجراءات الجزائية.

(32) أنظر المادة 322 مكرر 5 من قانون الإجراءات الجزائية.

(33) بشير سعد زغلول، مبدأ التقاضي على درجتين ودوره في تدعيم العدالة وتحقيق المساواة أمام القضاء الجنائي، المجلة القانونية والقضائية، العدد الثاني، مركز الدراسات القانونية والقضائية، وزارة العدل، قطر، ديسمبر 2012، ص 49.

(34) بن عودة نبيل، المرجع السابق، ص 83.

(35) أنظر المادة 322 مكرر 7 من قانون الإجراءات الجزائية.

(36) فؤاد جحيش، التقاضي على درجتين في المسائل الجزائية بين الدسترة والدستورية، مجلة المنار للبحوث والدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة يحي فارس، المدية، العدد الثالث، ديسمبر 2017، ص، 204.

(37) محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص، ص 1304- 1305.

(38) محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص 1306.

(39) نصت على ذلك المادة 322 مكرر 9 من قانون الإجراءات الجزائية.

(40) محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص، ص 1306- 1307.

(41) أنظر بشير سعد زغلول، المرجع السابق، ص 30، وفؤاد جحيش، المرجع السابق، ص، ص،ص 202- 203- 211.

استقلال القضاة ضمانة لمبدأ الفصل بين السلطات



الدكتور / الهادي دوش
جامعة الوادي

❋ ❋ ❋ ❋ ❋

مقدّمة:

يعتبر القانون بشكل عام الأداة الأساسية لضبط النظام في الدولة، ويعتبر القضاء الأداة الأساسية لضبط القانون وفرض احترام تطبيقه قصد الوصول إلى إرساء قواعد العدالة المطلوبة والثقة المتبادلة بين الحاكم والمحكوم، غير أن التلازم بين هذه المفاهيم لا يمنع من الفصل بينهم، إذ يخول للقضاء التوسط بينهم، بالتالي يتبوأ هذه المكانة الهامة في الحياة المجتمعية، إن إدراك هذه الأهداف لن يتأتى إلا بشرط استقلالية القضاء الذي يعتبر الضامن لمبدأ الفصل بين السلطات والذي يعتبر هو الآخر أحد المقومات الأساسية للنظام الدستوري، وهو ما دعت إليه أغلب الدساتير والتشريعات الوطنية، غير أن استقلالية القضاء لا تكون إلا باستقلالية القاضي نفسه باعتباره ليس موظفا يؤدي مهمة عادية بل شخص له صلاحيات واسعة ومسؤوليات سامية تتوقف عليها المبادئ العامة للنظام السياسي وتوجهاته الأساسية، وهو ما تحاول هذه الورقة تسليط الضوء عليه من خلال الإشكالية الآتية: ما هي أهم الضمانات الأساسية لاستقلالية القاضي التي تضمنها الدستور الجزائري وكيف ينعكس ذلك على استقلالية القضاء؟

إن الإجابة عن هذه الإشكالية ستكون من خلال مبحثين أساسين: مبحث مفاهيمي حول الفصل بين السلطات من حيث المفهوم والتطبيقات، ومبحث حول الضمانات القانونية لاستقلالية القاضي.

المبحث الأول

ماهية مبدأ الفصل بين السلطات: المفهوم، التطبيقات

سنحاول في هذا المبحث التعرف على الحدود النظرية والنظرية لموضوع الفصل بين السلطات باعتباره أحد الأسس النظرية المرتبطة بالأنظمة الدستورية، مع أن التطرق إلى موضوع الفصل بين السلطات يجرنا بالضرورة إلى الكلام عن الضمانات القانونية لاستقلال القضائي، فماذا يعني الفصل بين السلطات؟ وما هي أهم تطبيقاته عبر مختلف الأنظمة السياسية؟

المطلب الاول

مفهوم استقلال السلطة القضائية

لقد شغل موضوع استقلال القضاء الكثير من العلماء والباحثين وتضمنته العديد من المواثيق والشرائع، وذلك لاعتبار أهمية القضاء في العملية السياسية وإرساء مبادئ العدالة والمساواة بين الجميع سواء كانوا حكاما أو محكومين.

يرجع الفضل في إرساء قواعد مبدأ إستقلالية القضاء إلى الشريعة الاسلامية، ذلك أن القاضي يمثل الحاكم حيث يفصل في الكثير من القضايا القانونية والسياسية منفصلا بذلك عن السلطة التنفيذية، حيث يحق للقاضي أن يحاكم من يشاء اذا ما ثبتت الحجة واتضح البرهان، لكن في الدول الاوروبية ارتبط موضوع استقلال القضاء بالفصل بين السلطات مع بدايات القرن السابع عشر، حينما بدأت المحاولات للحد من الاستبداد بالسلطة وتوزيعها على عدة هيئات حتى تستطيع كل هيئة ان تقدم بوظيفة محددة[1]، وذلك مع محاولات كل من جون لوك، وجان جاك روسو للفصل بين السلطتين التشريعية والتنفيذية، وهذا وقد كان القضاة قبل الثورة 1688م خاضعين للتاج خضوعا تاما يتلقون منه الأوامر ويهددهم بعزلهم، لكن بعد ذلك تحرر القضاة من قبضة التاج ليقعوا في قبضة البرلمان، حيث كانت السلطة القضائية تابعة للسلطة التشريعية بالتالي الخضوع للأغلبية المسيطرة داخل البرلمان[2].

أما مونتسكيوا فقد أرسى دعائم مبدا الاستقلالية القضاء في كتابه "روح القوانين" عام 1748م حيث تحدث صراحة عن هذا المبدأ، و أكد بأن وضع السلطات في يد واحد نوع من الظلم[3]، وذلك في الفصل السادس من الكتاب الحادي عشر منه تحت عنوان "دستور أنجلترة" بأن هناك ثلاثة انواع من السلطات وهي: السلطة التشريعية وهي التي تشرع القوانين أو تعدلها أو تلغيها، أما السلطة الثانية التنفيذية فهي تلك التي تنفذ القوانين، وتقر السلم والحرب وتوطد الأمن وترسل السفراء، ويرى مونتسكيوا إسنادها لفرد واحد هو الملك الذي له سلطة القوة والشرف ورمز الدولة، أما السلطة الثالثة القضائية فهي تلك التي يتم بموجبها معاقبة المجرمين ويفصل في نزاعات الأفراد[4]، غير أنه أكد على ضرورة الفصل بين هذه السطات الثلاث لأن تركيزها في يد واحدة يؤدي الى فساد السلطة واستبدادها وتجاوزها للحدود الدستورية والقانونية[5]، وهكذا يعتبر مونتيسكيوا أول من أسس بوادر وجود الفصل بين السلطات في أوروبا على اعتبار أنه هذا الفصل سيؤدي الى إرساء قواعد الحرية والعدالة والمساواة بين الأفراد، إلا أنه ومع ذلك يقر بأن هذا الفصل لا يمكن أن يكون فصلا تاما ومطلقا بل لابد أنه يكون فيه نوع من التعاون بين هذه السلطات لأنها تعمل كلها لأجل تحقيق مشروع سياسي واحد ومتكامل وهذا ما تجسد في الأنظمة السياسية المختلفة في ما بعد.

المطلب الثاني

تطبيقات مبدأ الفصل بين السلطات

يمكن التمييز ثلاثة أنواع من الأنظمة هي: النظام الرئاسي والنظام شبه الرئاسي الرئاسية والنظام البرلماني.

من المعلوم - من خلال الممارسة- أن النظام الرئاسي يقوم على فكرة الفصل المطلق والجامد بين السلطات، حيث تظهر التجارب والتطبيقات بأن شدة الفصل دفعت ببعض النظم الرئاسية الى اللجوء لانتخاب القضاة تأمينا للسلطة القضائية[6]، غير أن هذه الفكرة لم تستمر بل اضطرت الأنظمة الرئاسية – كما هو الحال في النظام الأمريكي – فيما بعد الى ضرورة الأخذ ببعض مظاهر التعاون بين السلطات إلا أنها بقيت تحافظ على هذا المبدأ من حيث أن كل من هذه السلطات يملك جزء منفصلا ومستقلا من السيادة التي تملكها والأنشطة التي تمارسها[7]، حيث تقوم على قاعدتين اساسيتين هما : قاعدة التخصص الوظيفي و الاستقلال العضوي la réglé de l'indépendance organique et la règle de la spécialisation constitutionnelle

أما النظام البرلماني فهو النظام الذي يقوم عل الفصل المرن بين السلطات حيث التعاون والتوازن بين السلطات، وقد عرف هذا النموذج في أنجلترا حيث الفصل بين رئيس الدول ورئيس الحكومة على أن تكون الحكومة مسؤولة سياسيا أمام السلطة التشريعية التي تستمد مشروعيتها من المواطنين والمنتخبين وتكون مسؤولة أمام الحكومة[8]، غير أن تطبيقات هذا النوع من الأنظمة تفضي الى ديكتاتورية الحكومة (السلطة التنفيذية).

أما في النظام الشبه رئاسي الذي يقوم على تقوية سلطات رئيس الجمهورية كممثل للسلطة التنفيذية من خلال انتخابه من قبل الامة، فالرئيس لا يسئل إلا أمام الأمة وهذا ما يعطيه صلاحية واسعة في مواجهة السلطة التشريعية[9]، وهذا ما أخذ به النظام الفرنسي في دستور 1958، وبعض دساتير دول أمريكا اللاتينية وإفريقيا.

أما في الجزائر نجد أن دستور 1989 أعطى مكانة هامة لمبدأ الفصل بين السلطات وذلك من خلال الاعتراف صراحة باستقلالية السلطة القضائية[10]، وهذا ما اعتبر طفرة نوعية في هذا المجال حيث رفض احتكار السلطة وزوال نظام الحزب الواحد وأقر التعددية الحزبية وضمن السلطة القضائية عدة صلاحيات لمواجهة المسؤوليات المنوطة بها وهذا ما عززه الدستور الذي جاء بعده -28 نوفمبر 1996- حيث أكد صراحة في المادة 138 سن على أن "السلطة القضائية مستقلة و تمارس في إطار القانون" فقد أكد على ضرورة أن تمارس هذه السلطة في إطار القانون، أي أن هذه السلطة لا ينبغي أن تخضع إلا للقانون وهذا ما أكدته المادة 147 من نفس الدستور وكذلك المادة 148 حيث تقضي صراحة "على أن القاضي محمي من كل أشكال الضغوطات والتدخلات والمناورات التي تضر بأداء مهمته او تمس نزاهة حكمه"، وعلى غرار ما ورد في دستور 28 نوفمبر1996 فإن التعديل الدستوري لسنة 2016 قد حافظ على ما ورد في السابق بخصوص استقلالية السلطة القضائية مع منح أنواع أخرى من الحماية للقاضي،

كحمايته من إمكانية نقله، أو أية تدخل في سير قطاع العدالة، بالإضافة الى استقلالية مالية وادارية للمجلس الأعلى للقضاء، كما أصبح يتدخل بصفة غير مباشرة على دستورية القوانين.

من خلال ما تقدم يمكن القول بانه معظم الدساتير تتفق على مبدأ الفصل بين السلطات كقاعدة عامة لا بد من الأخذ بها من أجل الوصول إلى تطبيق النظام الديمقراطي وتجاوز الاستبداد السياسي وقمع الحريات السياسية، إلا أن الواقع يكشف عن عدة تجاوزات من السلطة التنفيذية تجاه السلطة القضائية، وهذا ما جعل بعض الدساتير تضع بعض الضمانات الاضافية لتأمين عمل السلطة القضائية وهذا ما سنعرفه فيما يأتي.

المبحث الثاني

الضمانات القانونية لتأمين الاستقلالية القضاء

اذا كان الهدف من استقلال القضاء هو تطبيق العدالة في اوسع معانيها فان ذلك لن يتم الا بتحقيق مبدأ الاستقلالية من خلال توفر عدة ضمانات حقيقية تهدف الى تحصين القاضي وتوفير له كافة السبل المادية والفنية لأداء رسالته، و يمكن التطرق هنا إلى نوعين من هذه الضمانات: ضمانات مرتبطة بالعضوية، وضمانات مرتبطة بمسؤولية القاضي.

المطلب الأول

ضمانات الأمن الوطني (ضمانات مرتبطة بالعضوية القاضي)

وهي ضمانات تتعلق بممارسة القاضي لوظيفته، حيث تشمل هذه الضمانات ما يلي:

1- عدم قابلية القاضي للنقل والعزل: تعتبر هذه الضمانة من أهم الضمانات الأساسية التي ينبغي أن يتحصن بها القاضي تجاه السلطة التنفيذية، وبالتالي المحافظة على حياده ونزاهته ولا يكون ذلك الا بتحرره من الخوف والضغوطات والقيود التي يمكن أن تؤثر عليه أثناء عمله[11]، فالقاضي الذي لا يأمن على منصبه وليس له ضمانات تحميه لا يستطيع تطبيق القانون لا يرجى منه استقلال ولا حياد، ومن بين ما الأشياء التي لا يأتمنها القاضي في إطار وظيفته: النقل أو العزل.

وهذا ما تناولته مختلف الدساتير كالدستور المغربي 2011 الذي دستر هذه الضمانة بين المادة 108 حين أقر "أن القضاة لا يعزلون ولا ينقلون إلا بمقتضى القانون" وكما نص على ذلك الدستور التونسي 2014 في الفصل 107على أنه "لا ينقل القاضي دون رضاه، ولا يعزل، كما لا يمكن ايقافه عن العمل، أو إعفاؤه، أو تسليط عقوبة تأديبية عليه، الا في حالات (...) وبموجب قرار معدل من المجلس الأعلى للقضاء[12]، كما نجد أن المشرع الجزائري قد تأخر في دسترة هذه الضمانة، حيث تم تضمينها في التعديل الدستوري لسنة 2016 في المادة 166الفصل 04 " قاضي الحكم غير قابل للنقل حسب الشروط المحددة في القانون الاساسي للقضاء"[13]، الواضح من خلال هذه المادة أنها ركزت فقد على عدم نقل القاضي دون عزله، لكنها أحالت ذلك الى أحكام القانون الاساسي للقضاء باعتبار القاضي مسؤولا عن القيام بها أمام هذه الهيئة، فنجد أنه في المادة 68 من القانون الأساسي للقضاء رقم 04-11 تضمنت عقوبة العزل ضمن العقوبات التأديبية للقاضي وجعلها عقوبة من الدرجة الرابعة تتم بموجب مرسوم

رئاسي[14]، وعند الرجوع الى القانون الأساسي السابق نجد أنه قد فصل في عقوبة العزل حيث تكون في حالة ارتكابه لأخطاء تأديبية جسيمة وفي حالة تعرضه لعقوبة جنائية أو عقوبة الحبس من أجل جنحة عمدية[15].

من خلال ما تقدم يمكن أن نستخلص أن المشرع الجزائري أقر ضمانة عدم قابلية القضاة للنقل إلا بمقتضى القانون مما يوحي بسيادة القانون فوق الجميع وفوق كل الاعتبارات الموضوعية، أما مسألة سكوته عن ضمانة العزل وإحالتها الى القانون الأساسي للقضاء دلالة على أن القاضي مهما كانت مكانته القانونية فهو شخص من أشخاص المجتمع يمكن أن يخطئ وأن يرتكب أخطاء جسيمة، وفي هذه الحالة فهو يخضع لهذه الهيئة باعتباره مسؤولا أمامها.

2- الترقية: ويقصد بها تنصيب القاضي في مركز وظيفي أعلى من الذي يشغله، وهو يعد من بين الامتيازات التي يتحصل عليها القاضي ويرغب في الوصول إليها، ولذلك فهي ضمانة أساسية يتحصل عليها القاضي فلا يمكن أن تكون محل مساومة من قبل السلطة التي تعينه، وفي هذا الشأن نجد بعض الدول أخذت بمعيار الكفاءة ومنها من أخذ بمعيار الأقدمية ومنها من جمع بين الاختيار والأقدمية[16]، أما في الجزائر فإن ترقية القضاء تكون انطلاقا من القانون الأساسي للقضاء 04-11 فقد اوكلا للمجلس الأعلى للقضاء ضمن المادتين 20 و 51، حيث ضبطت قواعد ترقية القضاة على أساس المجهود الكمي والنوعي ومدى انضباطهم وكذا أقدميتهم[17].

فالترقية أمر مكفول بالنسبة للقاضي بصفة عادية مادام لم يخضع لعقوبات أو أي إخلال وظيفي، هذا بالنسبة للضمانات المرتبطة بالقاضي كونه موظفا يمارس وظيفة إدارية في مؤسسة تابعة للدولة، فماذا عن الضمانات المرتبطة به كونه مسؤولا يمارس وظيفة خاصة غاية في النبل والحساسية.

المطلب الثاني

ضمانات مرتبطة بمسؤولية القاضي

إن ارتباط السلطة بالمسؤولية أمر معلوم حتما، لا يكاد ينفصل احدهما عن الآخر، والا أصبحت هذه السلطة مطلقة يمكن أن تتحول في أي وقت إلى استبداد سياسي يمس بهيبة القضاء واستقلاليته، لذا كان لزاما أن يكون القاضي مسؤولا تجاه وظيفته، ولما كان القاضي شخصا يصيب ويخطئ فإنه يفوق في أداء مهمته الشخص الطبيعي بضمانات عديدة في حالة الإساءة وذلك بغرض عدم التأثير على أداء مهامه حتى لا يبتعد عن مبدأ الحياد، وسيتم التطرق هنا إلى نوعين من الضمانات:

1- ضمانات في اطار المسؤولية التأديبية للقاضي: لا يمكن تصور وجود مسؤولية تأديبية إلا بوجود خطأ تأديبي نتج عنه ضرر فعلي، والضرر مقدر بالإخلال بالواجبات الوظيفية التي تعبر هي الأخرى عن الإخلال بالصالح العام[18]، لقد تعددت التعاريف المتعلقة بالخطأ التأديبي فعرفه الدكتور سليمان الطماوي على أنه "كل فعل أو امتناع يرتكبه العامل ويجافي واجبات منصبه"[19]، كما يعرف أيضا على أنه "كل فعل أو امتناع يصدر عن القاضي مخالف بذلك لالتزاماته الوظيفية، تنتهي بثبوت خطئه ووقوع جزاء تأديبي عليه من السلطة التأديبية المختصة"[20]، وإن كان في الحقيقة لا يمكن تصور وقوع القاضي

في هذا النوع من الأخطاء عن قصد إنما في إطار أخطاء أخلاقية، وهذا ما يفسر وجود علاقة تربط بين الأخطاء التأديبية وأخلاقيات المهنة، وعندئذ لا بد من تحديد الأخلاقيات المهنية التي ينبغي أن يتحلى بها القاضي حتى لا يقع في مثل هذا النوع من الأخطاء، لقد نصت المادتين 167 و 168 من التعديل الدستوري الجزائري 2016 "على أن القاضي مسؤول أمام المجلس الأعلى للقضاء عن كيفية قيامه بمهامه حسب الأشكال المنصوص عليها في القانون" وكذلك "يحمي القانون المتقاضي من أي تعسف أو أي انحراف قد يصدر عن القاضي"، كما نجد أن المشرع قد حدد في المادة 62 الأخطاء التأديبية الجسيمة وهي كالتالي: عدم التصريح بالممتلكات بعد الإعذار، التصريح الكاذب بالممتلكات، خرق واجب التحفظ من القاضي المعروضة عليه القضية، ممارسة وظيفة عمومية أو خاصة مربحة خارج الحالات الخاضعة للتصريح الإداري، المشاركة في الإضراب أو التحريض عليه أو عرقلة سير المصلحة، إفشاء سر المداولات، إنكار العدالة، الامتناع العمدي عن التنحي في الحالات القانونية[21].

لقد منح المشرع الجزائري المجلس الأعلى للقضاء سلطة تحديد الأخطاء المهنية الأخرى التي تحمي القاضي وتحافظ على كرامته جراء أي مخالفة تأديبية تقع في حقه بشكل تعسفي، كما أن المجلس الأعلى للقضاء وهو يباشر متابعة مهمته المتعلقة بانضباط القضاة عليه احترام ضمانات المحاكمة العادلة وكذا قرينة البراءة المنصوص عليها في الاتفاقيات الأوروبية لحقوق الإنسان.

2- ضمانات في إطار مواجهة الخصوم: إذا كانت المادة 168 من دستور 1996 قد نصت على حماية القانون للمتقاضي من أي انحراف أو تعسف قد يصدر عن القاضي، فقد حدد قانون الإجراءات المدنية حالات مخاصمة القضاة، حيث نصت المادة 214 الحالات التي يمكن فيها مخاصمة القاضي – من غير أعضاء المحكمة العليا- إذا ما وقع من أحدهم تدليس أو غش أو غدر أثناء سير الدعوى أو عند صدور الحكم، وفي الحالات التي يقضي فيها القانون بمسؤولية القاضي والحكم عليه بالتعويض وفي حالات إنكار العدالة[22]، إذا كان للمتقاضي الحق في رفع الدعوى أمام المجلس الأعلى للقضاء فهل هي عقوبة تأديبية أم مدنية؟ لكن في كل الحالات فإن الدولة تعتبر هي المسؤولة عن خطأ القاضي، وهو ما نصت عليه المادة 61 من دستور 1996 على أنه "يترتب عن الخطأ القضائي تعويض من الدولة ويحدد القانون شروط التعويض وكيفياته".

أما في الحالات الجنائية فإن قانون الإجراءات الجزائية خال من الإشارة إلى أحكام تتعلق بالجرائم التي يمكن أن يقوم بها القضاة، واكتفى بالإشارة إلى القواعد العامة، وفي هذه الحالة تعتبر المسؤولية الجنائية مصدرا من مصادر المسؤولية التأديبية.

الخاتمة

من خلال ما تقدم يتضح بان المشرع الجزائري قد عمل على وضع الضمانات الأساسية لحصانة القاضي والمحافظة على استقلاليته، لكن ذلك لا يمنع مسؤوليته تجاه واجب العدالة المنوط به، فالاستقلالية والمسؤولية كلاهما يعزز الآخر، فالقاضي مهما كانت الشروط الأخلاقية والوظيفية التي ينبغي أن يتحلى بها إلا أنه يبقى موظفا يؤدي خدمة وواجبا وطنيا مقدسا لا يمكن وضعه فوق القانون،

لذلك سعى المشرع إلى ضرورة خلق التوازن بين الضمانات الواجب توفرها للقاضي للحفاظ على استقلاليته وعدم تعرضه للضغوطات والابتزازات من جهة، وخضوعه للقانون من جهة ثانية، إن سعي المشرع لتحقيق هذا التوازن بين الحفاظ على حياد القاضي وضبطه حتى لا يحيد عن أداء مهامه تعتبر دعامة أساسية وضمانة حقيقية لتحقيق مبدأ الفصل بين السلطات، وهذا ما يجيب عن الإشكالية المطروحة في هذا البحث، وبالتالي الوصول إلى جملة من الاستنتاجات أهمها:

- يعد القاضي المحور الأساس في المنظومة القضائية.
- لا يمكن الوصول إلى فصل حقيقي بين السلطات إلا من خلال استقلالية القضاء
- لا يمكن الوصول إلى استقلالية القضاء إلا بوجود ضمانات فعلية لاستقلالية القاضي.
- لا يمكن اعتبار القاضي -انطلاقا من الصلاحيات القانونية التي يمارسها- شخصا فوق القانون.
- لا بد أن يتمتع القاضي بضمانات واسعة تمكنه من ممارسة مهامه دون ضغط أو إكراه.
- لا بد أن يخضع القاضي كغيره من الأشخاص الطبيعيين – في حالة إخلاله بواجباته- إلى العقوبات المناسبة من الهيئات المخولة قانونا.

الهوامش

(1) زيلابدي حورية: "استقلالية السلطة القضائية" مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق فرع إدارة ومالية، جامعة الجزائر 01 بن عكنون، 2015/2014، ص12.

MOURO CAPPELLETTI: le pouvoir des juges . tradition par rêne David. Presses universitaire jaix- Marseille. P259.

(2) ديدان مولود:" مباحث في القانون الدستوري والنظم السياسية" الجزائر: دار بلقيس للنشر،2009، ص 125.

(3) حاشي يوسف: في النظرية الدستورية. لبنان:(بيروت): ابن نديم للنشر والتوزيع، 2009، ص 24.

(4) المرجع السابق، نفس الصفحة.

(5)وهو ما نجده في الولايات المتحدة الأمريكية حيث ينص الدستور على ضرورة الفصل بين السلطات، مع الأخذ بمبدأ التعاون.

(6) شرون حسينة وبن مشري عبد الحليم: "مبدأ الفصل بين السلطات بين النظامين الرئاسي والبرلماني" مجلة الاجتهاد القضائي، جامعة محمد خيضر بسكرة، ع04، مارس 2008، ص 200-201.

(7) الطماوي محمد سليمان: السطات الثلاث في الدساتير العربية وفي الفكر السياسي الإسلامي دراسة مقارنة. مصر: دار الفكر العربي، ط03، 1974، ص461.

(8) سعيد بوالشعير: القانون الدستوري والنظم السياسية المقارنة. ج 2، الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، ط04، ص 195.

(9) هذا ما تضمنته المادة 129 من دستور 1989 حيث تنص "السلطة القضائية مستقلة" دستور 23 فيفري 1989 صادر بموجب مرسوم رئاسي رقم 89-18 المؤرخ في 22 رجب 1409 الموافق ل28 فبراير 1989المتعلق بنشر نص التعديل الدستوري الموافق عليه في استفتاء 230فبراير 1989 ، ج ر، ع 09، صادرة في 01 مارس 1989.

(10) والي فتحي : الوسيط في القانون المدني. مصر: دار النهضة العربية، 2001، ص 163.

(11) عباس أمال: "السلطة القضائية في ظل الدساتير الجزائرية" مذكرة لنيل شهادة الدكتوراه العلوم فرع القانون العام، جامعة الجزائر بن عكنون، 2016/2015، ص 189.

(12) المرجع السابق، ص160، وهو مذكور أيضا في نص المادة 64من الدستور الفرنسي الصادر في 04 أكتوبر 198.

استقلال القضاة ضمانة للفصل بين السلطات - - -

الدفع بعدم دستورية القوانين في التعديل الدستوري الجزائري 2016



الدكتور / نصر الدين عاشور ط.د / آمال عقبي
كلية الحقوق والعلوم السياسة
جامعة بسكرة جامعة باتنة 1

❋ ❋ ❋ ❋ ❋

مقدّمة:

يعد الدستور أعلى وثيقة قانونية في الدولة، فالقواعد القانونية تندرج في هرم يأتي في قمة هذا الهرم الدستور ،وهو أهم وثيقة قانونية في الدولة إذ يتمتع بسموه على سائر القواعد القانونية الأخرى، ووثيقة الحقوق و الحريات و الواجبات في كل التشريعات الدستورية ، و قد أحاطها الدستور بمجموعة من الضمانات ، و التي لا تتحقق في الواقع إلا بمراقبة مدى احترام مطابقة القوانين للدستور من خلال آلية الرقابة على دستورية القانون.

فالمشرع الدستوري الجزائري أدرك فاعلية هذه الآلية من الرقابة التي تصب في تحقيق العدالة الدستورية و ضمانة لحقوق و حريات الأفراد لبناء دولة القانون، فهذه الآلية سمحت للمتقاضين بالدفع بعدم دستورية القوانين بموجب المادة 188 من التعديل الدستوري لسنة 2016 التي تفتح الباب أمام إخطار المجلس الدستوري بطلب الدفع بعدم الدستورية، بناء على إحالة من المحكمة العليا أو المجلس الدولة أن الحكم التشريعي الذي يتوقف عليه مآل النزاع يمس بالحقوق والحريات التي يضمنها له الدستور ، و عليه جاء قانون العضوي 16/18 المتضمن شروط و كيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية القوانين ، و هذا ما سنتناوله في هذا المقال من خلال الإشكالية التالية: ما مدى فعالية آلية الدفع بعدم الدستورية كضمانة جدية لحماية الحقوق و الحريات الأساسية للأفراد؟

سنحاول الإجابة على هذه الإشكالية من خلال النقاط التالية:

أولا: ماهية الدفع بعدم دستورية قانون وشروط إثارته

1- مفهوم الدفع يعدم الدستورية

2 - شروط الدفع بعدم دستورية قانون

ثانيا: تحديد آجال و الجهات القضائية المختصة في الفصل

1- إجراءات تصفية طلبات الدفوع بعدم دستورية القوانين

2- تبليغ القرار

أولا

ماهية الدفع بعدم دستورية قانون وشروط إثارته

إن الحديث حول مجريات هذه الآلية المستحدثة في إطار التعديل الدستوري لسنة 2016 والتي تعد إجراء سيسمح للمجلس الدستوري و للمرة الأولى في تاريخ المنظومة الوطنية بالمراقبة البعدية لدستورية القوانين ، وعليه سنتناول مفهوم الدفع بعدم الدستورية ثم شروطها و كيفية إثارتها .

1- مفهوم الدفع بعدم الدستورية

إن فكرة الرقابة على دستورية القوانين ظهرت في القرن السابع عشر في بريطانيا باعتبارها أول من تبنى فكرة تقديس و مراقبة كل قانون قد يمس أو يخالف القاعدة القانونية، و من بعدها انتشرت الفكرة إلى باقي النظم القانونية في جل دول العالم.

جاء مبدأ الدفع بعدم دستورية القوانين من خلال نص 188 التعديل الأخير للدستور لسنة 2016، مما يمكن المواطن بإثارة هذا الإجراء في حال ما اعتبر أن حقا من حقوقه المضمونة دستوريا قد تم المساس به من خلال حكم تشريعي يرى فيه انه غير مطابق للدستور[1].

إذ يعتبر الدفع بعدم دستورية القوانين هو منازعة قانون ساري المفعول بمناسبة نزاع معروض أمام القضاء لا يعبر مطابق للدستور ، و للتحقق من ذلك تتم إحالته على رقابة المجلس الدستوري للنظر في ذلك ، باعتباره صاحب الاختصاص الأصيل[2].

ونظرا لحداثة هذا النوع من الرقابة الدستورية فانه لا يوجد له تعريفا في الفقه الجزائري بل نجد أن المجلس الدستوري الفرنسي قد عرفه بأنه " حق يسمح لأطراف الخصومة في رفع دعوى أمام المحكمة المدنية أو الإدارية أو الجنائية بان يطلب إذا أراد مطابقة القانون الذي سيطبق عليه في الدعوى للدستور بواسطة مذكرة مستقلة طالما أن القاضي لا يمكنه أن يثير تلقائيا هذا الدفع[3].

وبالتالي هذا النوع من الإجراء الرقابي يتم بعد دخول القانون حيز النفاذ و أتاحت للمواطن العادي حق تحريك الدور الرقابي للمجلس الدستوري عبر آلية الدفع بعدم الدستورية ، و التي يتم تفعيلها أثناء النظر في نزاع مرفوع أمام القضاء العادي ، وذلك في حال كان الحكم التشريعي الذي يتوقف عليه مآل النزاع ينتهك حقا دستوريا لأحد الأطراف ، حسب ما جاء في نص المادة 188، و بالتالي يمكن اعتبار هذه الأخيرة كوسيلة دفاعية وضعها المشرع الدستوري في يد المتقاضي التي ضمنها له الدستور.

2- شروط الدفع بعدم دستورية قانون

الأسلوب "الدفع الفرعي" أكثر الأساليب شيوعا لتحريك الدعوى الدستورية ، و تكون بان يدفع أمام قاضي الموضوع بعدم دستورية قانون يمس بحق من الحقوق والحريات التي كفلها الدستور ، و لا تتم الإحالة إلا بعد التحقق من شروط صحة الدفوع و فحص مدى جديتها ، و قد جاء في المادة 08 من القانون العضوي 16/18 المتضمن كيفيات شروط الدفع بعدم الدستورية والتي نصت على انه " يتم إرسال الدفع بعدم الدستورية إذا تم استفاء الشروط التالية[4]:

- أن يتوقف على الحكم التشريعي المعترض عليه مآل النزاع و أن يشكل أساس المتابعة .

- لا يكون الدفع بعدم الدستورية طبقا للمادة 188 من الدستور بمناسبة أي حكم أو نص قانوني سبق للمجلس الدستوري أن راقب مدى دستوريته ، وبالتالي لا يمكن أن يتم الدفع بعدم دستورية حكم و تمت مراقبته و صدر قرارا من طرف المجلس الدستوري بشأنه ، نظرا لإلزامية القرارات و الآراء للكافة و منها السلطة القضائية ، فإعادة النظر في حكم أو نص قانوني من جديد و سبق الفصل فيه ، يعد ذلك تعارضا و تضاربا في اجتهادات المجلس الدستوري ، بحيث تعتبر هذه الأخيرة جزاءات رقابية مهمة كفيلة باحترام الدستور .

- أن يكتسي طلب الدفع بعدم الدستورية طابع الجدية بحيث تفحص الجهة القضائية ما إذا كان الوجه المثار تدعيما للدفع بعدم الدستورية هو وجه جدي ، حسب نص المادة04/08 و هو الفاصل و المحدد لإحالة الدفع من عدمه إلى المجلس الدستوري ، دون وضع معيار يحدد لذلك وللقاضي السلطة الأمر للفصل في ذلك[5].

3- كيفية إثارة الدفع بعدم دستورية قانون

حدد المشرع الدستوري شروط إثارة الدفع بعدم الدستورية نذكرها فيما يلي:

أ- إثارة الدفع من طرف احد أطراف المحاكمة

جاء في نص المادة 02 من القانون 16/18 على أنه: "يمكن إثارة الدفع بعدم الدستورية في كل محاكمة أمام الجهات القضائية الخاضعة للنظام القضائي العادي و الجهات القضائية الخاضعة للنظام القضائي الإداري من قبل احد أطراف الدعوى الذي يدعى أن الحكم التشريعي الذي يتوقف عليه مآل النزاع ينتهك الحقوق و الحريات التي يضمنها الدستور"[6].

وقد نص المؤسس الدستوري الجزائري في المادة 188 من التعديل الدستوري الأخير لسنة 2016 عن ذلك صراحة بمنح حق الطعن بعدم الدستورية للمتقاضين ،حيث يمكن إخطار المجلس الدستـــوري بالدفع بعدم الدستورية بناء على إحالة من المحكمة العليا أو مجلس الدولة عندما يدعى احد الأطراف في المحاكمة أمام جهة قضائية دون سواهم، وقد تكون هذه الأطراف التي يحق لها التمسك بهذا الحق أشخاص معنويين أو طبيعيين مع اشتراط وجود المصلحة كشرط لقبول الدفع بعدم الدستورية و يقصد بالمصلحة الشخصية أي وجود ضرر ما قد لحق به جراء تطبيق القانون موضوع الدفع أي لديه صفة المتقاضي ، فالمصلحة هنا تعبر احد شروط قبول الدعوى لقيام دعوى قضائية و قبول الدفع[7].

واستبعد القانون القضاء من حق إثارة الدفع حيث انه لا يمكن للقاضي أن يثير من تلقاء نفسه الدفع بعدم الدستورية باعتباره ليس طرف طرفا في النزاع القائم ، أو أعضاء المجلس الدستوري ، و أبقى حق الطعن حكرا على أطراف المحاكمة فقط.

ب- أن يكون الدفع يستند إلى حق أو حرية مضمونة دستوريا

يقصد بالأحكام التشريعية التي يجوز التمسك بعدم دستوريتها و التي يدفع احد أطراف المرتبطين بمسار الدعوى بالأولية الدستورية ضدها القوانين العادية و الأوامر التي لها قوة تشريعية و هناك خلاف حول مدى امتداد الرقابة اللاحقة على الدستورية التي يمارسها المجلس الدستوري إلى القوانين العضوية والقوانين الاستفتائية[8]، باعتبارها منتجة لأحكام تشريعية ينظر فيها القضاء ، باستثناء اللوائح التي لا

تصدر عن السلطة التشريعية و يفترض خضوعها لرقابة القضاء العادي، وهنا يطرح التساؤل حول كيفية تحديد مجال الأحكام التشريعية التي تخضع لرقابة الدفع؟.

إذ يقصد بمصطلح بالحكم التشريعي التي تكون محلا للدفع بعدم الدستورية حسب مضمون المادة188 لا تخرج مبدئيا عن النصوص الصادرة عن السلطة التشريعية التي تتخذها في المجالات المقررة لها بموجب الدستور ، فقد توجد بعض النصوص التشريعية لا تكون محلا للدفع وهي كالتالي[9]:

أ- القوانين العضوية المقررة بمقتضى المادة 141 من الدستور، وذلك أن المجلس الدستوري يراقب مدى دستوريتها قبل صدورها وجوبا طبقا لأحكام المادة 141 المذكورة آنفا.

ب- أراء المجلس الدستوري و قراراته نهائية وملزمة لجميع السلطات طبقا لأحكام المادة 191 /3 محصنة مما يمنع أي مبادرة لإثارة دستورية القوانين العضوية من جديد.

واستبعد المشرع الدستوري صراحة المعاهدات الدولية و اعتبرها محصنة و لا يمكن للأفراد الدفع بعدم دستوريتها ، خوفا من إثارة المسؤولية الدولية للدولة بتعليق تطبيق أحكام المعاهدة الدولية للدولة .

ج- الطابع الجديد للدفع بعدم الدستورية

أن لا يكون للمجلس الدستوري قد سبق أن قضى بمطابقته للدستور ، يستثنى من ذلك إذا استجدت ظروف واقعية و قانونية جديدة متغيرة[10]، و هذا ما نستنتجه من المادة 191 في الفقرة 03 من الدستور ، وذلك تطبيقا لمبدأ حجية الشيء المقضي به ، و هذا من منطلق أن قرارات المجلس الدستوري غير قابلة لأي وجه من أوجه الطعن بما في ذلك طلب إعادة النظر ، وإلزاميته لجميع السلطات العمومية[11].

ثانيا

تحديد الآجال و الجهات القضائية المختصة في الفصل

تتم عملية تصفية الدفع بعدم الدستورية بالفحص المزدوج كما يلي:

1- الإجراءات تصفية طلبات الدفوع بعدم دستورية القوانين

بمجرد إخطار الجهات القضائية بالدفع بعدم الدستورية فانه يتوجب على هذه الأخيرة الفصل فورا و بقرار مسبب في إرسال هذا الدفع إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة و ذلك بعد استطلاع رأي النيابة العامة أو محافظ الدولة حسب طبيعة الجهة القضائية ، إلا أن المشرع الجزائري لم يحدد إجراءات خاصة محددة لآلية الدفع بعدم الدستورية.

نصت المادة 09 على "يخطر المجلس الدستوري في إطار الرقابة البعدية بالدفع بعدم الدستورية بناء على إحالة من المحكمة العليا أو المجلس الدولة لطبقا للمادة 188 الفقرة الأولى من الدستور، ويفصل بقرار".

وفور وصول الدفع بعدم الدستورية إلى المحكمة العليا أو المجلس الدولة ، تشرع الجهة القضائية الفصل في النزاع المطروح أمامها إلى غاية توصلها بقرار للفصل من المحكمة العليا أو المجلس الدستوري،

ومع ذلك فان قرار إرسال الدفع بعدم الدستورية إلى هذا الأخير لا يترتب عليه وقف التحقيق كما يمكن للجهة القضائية اتخاذ أي تدبير مؤقت أو تحفظي تراه مناسبا.

كما حددت المادة 13 منه مسار الإخطار داخل المجلس بأنه: "تسجل رسالة الإخطار لدى الأمانة العامة للمجلس الدستوري في سجل الإخطار و يسلم إشعار استلام".

فبداية تاريخ سريان الآجال المحدد يبينها تاريخ المسجل على وصل استلام الإشعار حسب المادة 189 من الدستور.

2- تبليغ القرار

يقوم رئيس المجلس الدستوري بتكليف احد أعضاء المجلس الدستوري بالتحقيق في الملف وتحضير مشروع القرار ، حيث يقوم هذا الأخير بجمع كل المعلومات و الوثائق المهمة و التي تخص ملف الإحالة، مع إمكانية الاستعانة بخبير لمساعدته في هذه المهمة الموكلة إليه ،و بعد الانتهاء من العمل المسند إليه يسلم نسخة من الملف موضوع الإخطار إلى كل من رئيس و الأعضاء المجلس مرفقة بتقرير و مشروع القرار[12].

يصدر قرار المجلس الدستوري بعدم دفع الدستورية في خلال أربعة أشهر(04) التي تلي تاريخ الإخطار ويمكن تمديد هذا الأجل مرة واحدة لمدة أقصاها (04) أربعة أشهر بناء على قرار مسبب من المجلس و يبلغ إلى الجهة القضائية صاحبة الإخطار.

والملاحظ أن المشرع الجزائري انه يستغرق وقت طويل للفصل في قرار الدفع بعدم الدستورية حيث يصل إلى ثمانية (08) أشهر في حالة التمديد مقارنة بالمشرع الفرنسي الذي يفصل في قراراته في خلال 03 أشهر دون إعطاء فرصة للتمديد والسبب يعود لعدم تعطيل الدعاوى الأصلية على مستوى المحاكم[13].

حيث يمكن القول أن المشرع الجزائري كان عليه أن يتجنب إطالة مدة النظر في الفصل من قبل المجلس الدستوري فهي مدة طويلة جدا كاف للمساس بحقوق الأفراد والتي لا يمكن إعمال التعويض عنها أو انه يكون غير ذي معنى.

وبذلك المؤسس الجزائري يؤسس لقاعدة تفاعلية وثيقة ما بين المجلس الدستوري و مؤسسات القضاء العادي مما يعزز من الرقابة القضائية للمجلس الدستوري.

يبلغ قرار المجلس الدستوري إلى رئيس المحكمة العليا أو رئيس مجلس الدولة لإعلام الجهة القضائية التي أثير أمامها الدفع بعدم الدستورية[14]، كما نلاحظ أن القانون العضوي رقم 16/18 لم يحدد اجل التبليغ ، مع إلزامية تعليل قرارات المجلس الدستوري الصادرة بخصوص الدفع بعدم الدستورية و ذلك حسب نص المادة 24 من نظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري[15]، كما يرسل القرار إلى الأمين العام للحكومة لنشره في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.

الخاتمة

إن النظام الدستوري الجزائري عرف نقلة نوعية من خلال مواكبته لتطور الأحداث السياسية والاجتماعية التي مرت بها البلاد منذ استقلالها ، و يتجلى ذلك جليا من خلال الجهود التي يبذلها المشرع الدستوري من اجل ضمان الحماية القانونية لحقوق الأفراد و حرياته الأساسية ، و هذا ما يظهر بارزا في

التعديل الدستوري الأخير لسنة 2016 ، وخاصة في مجال الرقابة على دستورية القوانين بحيث تعتبر هذه الآلية للرقابة البعدية جديدة استحدثها المشرع لحماية الحقوق و الحريات و في نفس الوقت حماية لمبدأ سمو الدستور، و بهذا يكون المؤسس الدستور قد خطى خطوة مهمة في توسيع اختصاصات المجلس الدستور في الرقابة على مدى دستورية القانون المطبق على نزاع ما ، بالنظر إلى التجربة الجزائرية الفتية.

النتائج:

- آلية الدفع بعدم الدستورية القوانين يعتبر ضمانا لمبدأ سمو الدستور و تحافظ على مكانته في قمة الهرم النظام القانوني ، وفي نفس الوقت ضمانة لحقوق و الحريات الأفراد التي يضمنها الدستور.
- الآثار التي تنجم عن التصريح بعدم دستورية الحكم التشريعي لا تقتصر على أطراف الدعوى و إنما يشمل كل من يسري عليه مضمون هذا النص الذي تم إحالته على المجلس
- إذا قبل المجلس الدستوري الدفع في على أساس المادة 188 فان النص التشريعي يفقد أثره ابتداء من اليوم الذي يحدده قرار المجلس الدستوري .

التوصيات:

- ضبط مفهوم الحكم التشريعي محل الدفع ، بحيث يتوجب على القانون ان يحدد بدقة طبيعة النصوص التي يمكن الدفع بعدم دستوريتها
- تنظيم و ضبط آجال إحالة الدفوع من قبل مجلس الدولة و المحكمة العليا أمام المجلس الدستوري .
- إعادة النظر في أجال الفصل في الدعوى المطروحة أمام المجلس الدستوري .
- يستحسن تبليغ القرار إلى أصحاب الدعوى الأصلية رغم نشر هذا الأخير في الجريدة الرسمية قرينة على علم بالقرار المتخذ من طرف المجلس الدستوري بشان الدفع بعدم الدستورية.

الهوامش:

(1) المادة 188 المؤرخ في 26 جمادي الاول عام 1437 الموافق ل 06 مارس 2016 المتضمن الدستور الجزائري لسنة 2016 ج ر عدد 14.

(2) شامي يسين و لعروسي احمد، آلية الدفع بعدم الدستورية – قراءة في نص القانون رقم 16/18 المحدد لشروط و كيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية – مجلة القانون، المركز الجامعي احمد زبانة بغليزان ، المجلد 08 / العدد01 ،2019، ص 16.

(3) حميداتو خديجة، محمد بن محمد، الدفع بعدم الدستورية في ظل التعديل الدستوري الجديد لسنة 2016، دفاتر السياسية و القانون جامعة ورقلة ، العدد18 جانفي ص332.

(4) المادة 08 من القانون العضوي 16/18 المؤرخ في 02 سبتمبر 2018.

(5) يحي الجمل ، القضاء الدستوري في مصر ، دار النهضة العربية، الطبعة 2008، ص 158.

(6) المادة 02 من القانون العضوي 16/18 ، المرجع السابق.

(7) محمد المنجي، دعوى عدم الدستورية ، التنظيم القانوني و الإجرائي للدعوى عد الدستورية، مراحل الدعوى من الدفع و تحرير الصحيفة إلى صدور الحكم، منشاة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الأولى 2002، ص 201.

[8] سلطاني ليلة فاطيمة، الحقوق و الحريات و الوجبات في ظل التعديل الدستوري الجزائري 2016، مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة، العدد 7، أكتوبر 2016 ص 33.

[9] حميد شاوش وآسيا بورجيبة، الرقابة على دستورية القوانين عن طريق الدفع – قراءة في المادة 188 من دستور 2016- حوليات جامعة قالمة للعلوم الاجتماعية و الإنسانية، العدد 22 ديسمبر 2017، ص 43.

[10] منصور محمد احمد ، الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين في فرنسا ، دار النهضة العربية القاهرة ، سنة2012 ، ص 184 و 185.

[11] الفقرة 03 من المادة 191 مرجع سابق .

[12] المادة 14 و17 من النظام المحدد لقواعد المجلس الدستوري

[13] المادة 189 /2 في التعديل الدستور الجزائري 2016 .

[14] المادة 26 من النظام المحدد لقواعد المجلس الدستوري سابق الذكر

[15] المادة 24 من النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري سابق الذكر

إثارة الدفع بعدم الدستورية أمام الجهات القضائية وتطبيقاتها العملية المشابهة في القضاء المقارن



الدكتور / عبد العزيز نويري
رئيس قسم بمجلس الدولة
أستاذ جامعي مشارك

❋ ❋ ❋ ❋ ❋

مقدّمة:

بناء على المادة 188 من الدستور الجزائري المعدل سنة 2016، أصبح منذ السابع مارس 2019، لكل شخص أن يثير، بمناسبة دعوى منشورة أمام جهات القضاء الاداري والعادي، دفعا مفاده أن الحكم التشريعي الذي يتوقف عليه مآل النزاع المطروح ينتهك الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور[1]. وتطبيقا لهذا الاصلاح الدستوري المذكور، حدث تنظيم للشروط والكيفيات التي تتم من خلالها معالجة مسألة الدفع بعدم الدستورية المثار أمام القضاء الوطني، قبل احالتها على المجلس الدستوري. فتم ذلك بواسطة النظام السابق الذي يحدد قواعد سير المجلس الدستوري الصادر يوم 2016/04/06[2]. ثم تلاه القانون العضوي رقم 18-16 الصادر في 2016/09/03، الذي يحدد شروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية. وفي وقت لاحق عوض نظام المجلس الدستوري المشار إليه بالنظام الحالي الصادر يوم 12 ماي 2019 (المعدل والمتمم بمداولة المجلس المؤرخة في 17 أكتوبر 2019).

بما أن آلية الدفع بعدم الدستورية الموجودة حاليا في القانون الوضعي الجزائري تبدو أنها مقتبسة من آلية المسألة الدستورية الأولية (Q.P.C) الموجودة في القانون الفرنسي، وطالما أن القانون الجزائري لم يتم الشروع في تطبيقه سوى انطلاقا من يوم السابع مارس 2019 فصاعدا؛ فإن هذه الدراسة سوف تنصب، نظريا، على شرح القواعد المنظمة للدفع بعدم الدستوية في القانون الجزائري، مع الاستعانة، عمليا وعلى سبيل الاستئناس فقط، بالاجتهاد الميداني المتطور في فرنسا لقضاء كل من مجلس الدولة ومحكمة النقض. وذلك باعتبار أن كلا من مجلس الدولة ومحكمة النقض يلعبان هناك دور المصفاة الأخيرة في معالجة الدفوع المثارة بعدم الدستورية، سواء كانت هذه الاثارة قد وقعت مباشرة أمامهما، أو حولت لهما من طرف المصفاة الأولى المتمثلة في الجهات القضائية الدنيا التابعة لكل منهما.

سوف يكون نبراسنا فيما يخص الجانب العملي لهذه الدراسة المعمقة معتمدا، أساسا، على تقرير ميداني لفريق عمل فرنسي مشترك بين مجلس الدولة ومحكمة النقض، كان قد أعد سنة 2018

حول التطبيقات القضائية للمسألة الدستورية ذات الأولوية (Q.P.C.) منذ سنة 2010. وهو تقرير منشور عبر موقعي هاتين الجهتين القضائتين العليين المذكورتين[3]. كما سوف نستعين ببعض من القرارات التي أصدرها المجلس الدستوري الفرنسي، التي هي منشورة عبر موقع المجلس المذكور[4].

تتوزع هذه الدراسة خمسة على محاور، هي: محور أول، نستعرض فيه نبذة تاريخية عن آلية الدفع بعدم الدستورية . على التوالي . في كل من النظام القانوني الفرنسي والنظام القانوني الجزائري. وفي محور ثان، نحدد من هو الطرف الذي يمكنه إثارة الدفع بعدم الدستورية، وكيف يتم ذلك، ومتى؟ وعبر محور ثالث، نتطرق إلى الميدان المرسوم لاثارة الدفع بعدم الدستورية. ومن خلال محور رابع، نفصل كيف يتم مرور الدفع على مصفاتين قضائتين، قبل إحالته على المجلس الدستوري صاحب الاختصاص النوعي في هذا الشأن. وبموجب محور خامس وأخير، نتعرض للكيفية التي يفصل بها المجلس الدستوري في الدفع المخطر به، وكذا الآثار القانونية لقرار هذا المجلس على كل من النزاع الاصلي المعروض أمام الجهات القضائية التي أثير الدفع أمامها في البداية، وكذا على المشرع صاحب النص المنتقد.

أولاً

نبذة تاريخية عن الرقابة الدستورية للقوانين في كل من فرنسا والجزائر

تعد الرقابة الدستورية على القوانين موجودة منذ زمن في البلدان الغربية، كالولايات المتحدة الامريكية، أين أصدرت المحكمة الاتحادية العليا هناك قرارا يوم 1803/02/24، أرست فيه المحكمة هذا المبدأ، الذي عرف بقرار: marbury v. madison. حيث أكدت المحكمة العليا المذكورة في قرارها المذكور أن المحاكم، والمحكمة العليا ذاتها على وجه الخصوص، مؤهلة كي تقضي بمدى مطابقة القوانين مع الدستور. وبالتالي يمكنها استبعاد المتعارض منها، عن طريق عدم تطبيقه. وبذلك أعطى القرار للمحكمة أهم سلطة لها. وجعل منها أول محكمة دستورية في التاريخ[5].

يمكننا أن نذكر في أوربا، كمثال، دولة بلجيكا التي نص دستورها الصادر سنة 1989 في مادته 142 على أن مجلسها الدستوري يمكنه تولي مهمة الفصل في الدفوع بعم الدستورية المثارة أمام جهتي القضاء العادي والاداري. وتبعا لذلك، صدر قانون فصل آلية الدفع بعدم الدستورية. كما أورد الدستور الفرنسي لسنة 1958 تعديلا سنة 2008 على المادة 61 منه. حيث نص فيه على المسألة الدستورية الأولية. وهو النص الذي انبثق عنه قانون عضوي صادق عليه البرلمان سنة 2009. وبدأ سريان مفعوله سنة 2010.

سوف نقوم فيما يلي بإلقاء نظرة وجيزة على كيفية ممارسة الرقابة الدستورية على القوانين في كل من النظام القانوني الفرنسي والنظام القانوني الجزائري، باعتبارهما موضوع هذه الدراسة القانونية المقارنة.

أ- الرقابة الدستورية على القوانين في فرنسا

ظهرت الرقابة الدستورية على القوانين في فرنسا متأخرة بالمقارنة مع الديموقراطيات الغربية الأخرى. فقد ورد في مشروع دستور 1940، أن المحكمة العليا للقضاء لها صلاحية النظر في الطعون

المتعلقة بدستورية القوانين. وأول ما بدأت به الجمهورية الرابعة (1946-1958) تميزها عن الجمهورية الثالثة (1870-1940) هو احداثها لجنة دستورية عليا مكلفة برقابة مطابقة القوانين للدستور. غير أن تلك اللجنة المذكورة لم تجتمع سوى مرة واحدة سنة 1943 (للنظر في الصعوبات المتعلقة باجراءات اعلان حالة الطوارئ)[6]. زيادة على ذلك، لم يكن لتلك اللجنة سوى سلطة رقابة قبلية على القوانين، دون الرقابة البعدية. وفي 1958/10/04، تم إنشاء المجلس الدستوري الفرنسي الأول بموجب دستور الجمهورية الخامسة، الذي أرسى رقابة قبلية للقوانين، يمارسها المجلس المذكور. أما الرقابة البعدية، فقد ظهرت لاحقا، استنادا إلى قرار أصدره المجلس الدستوري نفسه يوم 1975/11/15 (بشأن القانون المتعلق بالاسقاط الارادي للحمل، أي الاجهاض). حيث خول المجلس المذكور لكل من محكمة النقض ومجلس الدولة امكانية ممارسة الرقابة البعدية على القوانين، وذلك فقط من خلال استبعاد آثار تلك القوانين المخالفة للدستور، دون الغائها. وفي سنة 1989 تم إجراء مراجعة لدستور 1958، بغرض وضع رقابة بعدية عن طريق الدفع بعدم دستورية القوانين التي تمس بالحريات الاساسية للأشخاص. غير أن مناقشات البرلمان الفرنسي حول مشروع النص لم تسمح بايجاد توافق بين غرفتيه. وفي سنة 1993، نصبت لجنة استشارية لمراجعة الدستور برئاسة فقيه القانون العام الأستاذ Georges Vedel من أجل وضع تدابير جديدة لآلية الدفع بعدم دستورية القوانين. وفي الأخير، ظهرت هذه الآلية بمناسبة المراجعة الدستورية التي وقعت يوم 2008/07/23. حيث أصبحت هذه الرقابة الدستورية البعدية موجودة في الميدان من خلال المادة 61-1 من الدستور الفرنسي الحالي. غير أن هذه المادة الدستورية لم تعط لهذه الآلية الدستورية الجديدة سوى تسمية تدعى: " المسألة la question ."[7] ثم أصبحت في لاتداول لها تسمية مختصرة لعبارة متكونة من ثلاثة حروف، هي: Q.P.C. وكانت كتابات الحقوقين الفرنسيين في البداية تتناول الحرف الأوسط "P" بتفسيرات مختلفة، مثل: Préliminaire - Préalable - Préjudicielle. غير أن ذلك الاختلاف لم يطل أمده. حيث تدخل المجلس الدستوري الفرنسي، بمناسبة رقابته للقانون العضوي الذي يطبق المادة الدستورية المشار إليها أعلاه. فأعطى للحرف المذكور تفسيرا آخر هو مصطلح Prioritaire. ومنذئذ أصبحت الآلية الجديدة تدعي: المسألة ذات الأولوية الدستورية: La Question Prioritaire de constitutionalité (Q.P.C)

بعد التعديل الدستوري المشار إليه فوقه، صدر في فرنسا قانون عضوي يوم 2009/12/10 واضعا حدا للجدل المشار إليه، عندما أعطى للعبارة تسميتها النهائية، وهي: " المسألة ذات الأولوية الدستورية La question prioritaire" مكان كلمة " المسألة La question " التي جاءت في المادة 61-1 من التعديل الدستوري الفرنسي[8].

كي يتم وضع المسألة الدستورية في نسقها، جرى أيضا تعديل لعدد من التشريعات الفرنسية. وهي كل من قانون الجهات القضاية الادارية، وقانون التنظيم القضائي، وقانون الاجراءات المدنية، وقانون الاجراءات الجزائية، وقانون الجهات القضائية المالية[9]. كما أعاد المجلس الدستوري النظر في نظامه الخاص يوم 2010/02/04، بشأن الاجراءات المتبعة أمامه حول المسألة الأولية.

ب- الرقابة الدستورية على القوانين في الجزائر

نص الدستور الجزائري الأول لسنة 1963، على إحداث أول مجلس دستوري. حددت المادة 64 منه صلاحية المجلس، التي تمثلت في: " الفصل في دستورية القوانين والأوامر التشريعية بطلب من رئيس الجمهورية ورئيس المجلس الشعبي الوطني." غير أنه لم يتم تنصيب المجلس المذكور. بل توقف العمل بالدستور نهائيا إثر ما عرف آنذاك بالتصحيح الثوري ليوم 1965/06/19.

لم يتضمن الدستور الجزائري الثاني لسنة 1976 أي هيئة تتولى مهمة رقابة دستورية القواينن التي يصدرها البرلمان المتمثل آنذاك في المجلس الشعبي الوطني وحده.

ظهرت فكرة الرقابة الدستورية من جديد بموجب الدستور الجزائري الثالث ليوم 1989/02/23. حيث أعاد هذا الدستور إحداث مجلس دستوري، متكون من 07 أعضاء. وخوله صلاحيات عديدة، منها، على وجه الخصوص،: رقابة دستورية المعاهدات والقوانين والتنظيمات. كما خول الدستور المذكور كلا من رئيس الجمهورية ورئيس المجلس الشعبي الوطني صلاحية اخطار المجلس الدستوري من أجل اجراء مطابقة بعدية للقوانين الصادرة مع الدستور.

تعززت الرقابة الدستورية في ظل التعديل الدستوري الحاصل يوم 1996/11/28. حيث أقر التعديل رفع عدد أعضاء المجلس الدستوري من 07 إلى 09 أعضاء. وكذا توسيع صلاحياته، لتشمل الرقابة القبلية الووبية للقوانين العضوية. وهي رقابة إجبارية يطلبها رئيس الجمهورية على هذه القوانين المذكورة قبل إصدارها من طرفه. كما فتح التعديل الدستوري المذكور مجال إخطار المجلس الدستوري لسلطة سياسية أخرى، متمثلة في رئيس مجلس الأمة، وهو المجلس المستحدث هو ذاته لأول مرة بموجب ذلك التعديل الدستوري.

في سنة 2013، عينت رئاسة الجمهورية لجنة اسشارية لمراجعة الدستور، كانت مشكلة من مجموعة من الكفاءات العلمية الوطنية، برئاسة البروفيسور قردون عزوز. وتم تعديل الدستور سنة 2016 من قبل غرفتي البرلمان مجتمعتين (المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة)[10]. حيث أعاد التعديل الدستوري النظر في تنظيم المجلس الدستوري، وذلك بتمديد عهدته من 06 إلى 08 سنوات. كما رفع التعديل عدد أعضاء المجلس من 09 إلى 12 عضوا، وذلك بغرض ضمان تمثيل متوازن للسلطات الثلاث داخله (السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية). وتم استحداث منصب نائب رئيس المجلس الدستوري، من أجل ضمان استقرار وديمومة عمل المجلس. ووسع التعديل أيضا مجال إخطارالمجلس، ليمتد إلى كل من الوزير الأول والأقليات البرلمانية (على الأقل: 50 نائبا من المجلس الشعبي الوطني أو 30 عضوا من مجلس الأمة).

أدرج التعديل الدستوري لسنة 2016 كذلك آلية جديدة تسمح للمتقاضين بالادعاء أمام الجهات القضائية الجزائرية بعدم دستورية أي نص تشريعي يتوقف عليه حل النزاع القضائي الذي يعنيهم. حيث يتم إخطار المجلس الدستوري وجوبا بهذا الدفع من قبل المحكمة العليا أو مجلس الدولة، وذلك حسب

طبيعة النزاع (عادي أو إداري). لتبقى في الأخير للمجلس الدستوري وحده صلاحية النطق بدستورية أو عدم دستورية النص التشريعي المحتج عليه.

إثر ذلك، صاغ المجلس الدستوري نظامه الجديد في 2016/04/06، من أجل أن يتكيف مع تدابير التعديل الدستوري الحاصل، بما في ذلك تكيفه مع الآلية الجديدة للدفع بعدم الستورية[11]. (وهو النظام الذي عوضها لمجلس لاحقا بنظام آخر، وضعه في 2019/05/12. ثم عدله في 2017/10/17).

تلا ذلك، التصويت على مشروع القانون العضوي رقم 18-16 الذي يحدد شروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية للدستور، من طرف المجلس الشعبي الوطني في 2018/06/25. كما صوت عليه مجلس الأمة يوم 2018/07/01. (دخل حيز التطبيق، عملا بالمادة 26 منه، ابتداء من يوم 2019/03/07).

بتاريخ 2017/08/04، أحال رئيس الجمهورية القانون العضوي المصوت عليه إلى المجلس الدستوري، بغرض إجراء رقابة قبلية عليه طبقا للدستور. وفي 2017/08/02 أبدى المجلس الدستوري رأيه بالموافقة على القانون العضوي تحت رقم 03/ ق.ع/م د/18.

في يوم 2018/09/02 أصدر رئيس الجمهورية القانون العضوي رقم 18-16 الذي يحدد شروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية. وفي 2018/09/05 تم نشر القانون العضوي بالجريدة الرسمية، مرفوقا في نفس الوقت بالرأي الموافق للمجلس الدستوري[12].

يتكون القانون رقم 18-16 المؤرخ في 2018/09/02 من 27 مادة، وهي موزعة على خمسة فصول، هي: الفصل الأول، تحت عنوان: أحكام عامة (المواد من 01 إلى 05). والفصل الثاني، تحت عنوان: شروط وكيفيات ممارسة الدفع بعدم الدستورية (المواد من 06 إلى 12). والفصل الثالث، تحت عنوان: الأحكام المطبقة أمام المحكمة العليا ومجلس الدولة (المواد من 13 إلى 20). والفصل الرابع، تحت عنوان: الأحكام المطبقة أمام المجلس الدستوري (المواد من 21 إلى 24). وأخيرا الفصل الخامس، تحت عنوان: أحكام ختامية (المواد من 25 إلى 27).

ثانياً

من له الحق في إثارة الدفع بعدم الدستورية؟ وكيف؟ ومتى؟

نستعرض في هذا المحور . تباعا . هذه النقاط الاجرائية. حيث نتولى تحديد الجهة التي خولها القانون الحق في اثارة الدفع بعدم الدستورية (أ)، ثم التعرف على كيفية فحص الدفع المثار أما القضاء (ب). وأخيرا، نستعرض ماهي الآجال التي تتم فيها مثل هذه المعالجة؟ (ج)

أ- من له الحق في اثارة الدفع؟

حصرت المادة الثانية من القانون العضوي رقم 18-16 الجهة التي يمكنها الاحتجاج على عدم دستورية أي حكم تشريعي. بحيث لا يحق إثارة الدفع بعدم دستوريته سوى " من قبل أحد أطراف الدعوى." وتبعا لذلك، منعت المادة الرابعة " أن يثار الدفع بعدم الدستورية تلقائيا من طرف القاضي."

في هذا الصدد، قضى مجلس الدولة الفرنسي بأن المتدخل في الخصام غير مقبول منه أن يثير تلقائيا مسألة عدم الدستورية . أي لا يجوز له ذلك بمبادرته الشخصية، طالما لم تتم اثارة الدفع من قبل طرف آخر من أطراف النزاع الأصليين[13].

أوجب القانون العضوي الجزائري أن: " تطبق أحكام قانون الاجرات المدنية والادارية وقانون الاجراءات الجزائية أمام الجهات القضائية التي يثار أمامها الدفع بعم الدستورية." وذلك " مع مراعاة الأحكام المنصوص عليها في هذا القانون العضوي."

بشأن تمثيل الأطراف عند اثارة الدفع أمام الجهات القضائية الادارية، فهو وجوبي لجميع أطراف النزاع الأصلي، باستثناء الادرارات العمومية المذكورة في المادة 800 ق.إ.م. (الدولة والولاية والبلدية والمؤسسة العمومية ذات الصبغة الأدارية). فيتم التمثيل ، إذن، بواسطة محام أمام كل جهة قضائية يستوجب فيها النزاع الأصلي توكيل محام. لأن القانون العضوي رقم 18-16 قد فرض في المادة 5 منه أن تطبق على اثارة الدفع أحكام كل من قانون الاجراءات المدنية والادارية، وقانون الاجراءات الجزائية. (بالنسبة للمنازعة الادارية، مثلا، ينبغي أن تطبق عليها بشأن وجوب التمثيل بواسطة محام، خصوصا المواد 815 و826 و827 و906 ق.إ.م.إ.)[14].

ب- كيفية إثارة الدفع وفحصه

أجاز القانون العضوي رقم 18-16 للمتقاضي المعني أن يثير الدفع بعدم الدسورية في أي مرحلة يكون عليها الخصام. أي سواء أمام قضاء الدرجة الأولى للتقاضي، أو على مستوى درجة الاستئناف، أو على مستوى الطعن بالنقض. وبالتالي لا يمكن المتقاضي المعني أن يخطر المجلس الدستوري مباشرة بدفع بعدم الدستورية[15]. بل يجب عليه أن يطرح الدفع، بالضرورة، بمناسبة دعوى مرفوعة أمام جهة قضائية خاضعة للنظام القضائي العادي أو الاداري. أي أمام جهة قضائية تابعة للمحكمة العليا أو مجلس الدولة.

فيما يتعلق بالجهات القضائية التابعة للنظام القضائي العادي والمعنية باثارة الدفع، فهي كل من: المحاكم والمجالس القضائية والمحكمة العليا. وتضاف إليها أيضا جهات قضائية أخرى متخصصة، مثل المحاكم العسكرية ومجالس الاستئنافات العسكرية المنصوص عنها بالمادة 180 من قانون القضاء العسكري الجزائري[16]. وعملا كذلك بالمادة 19 من قانون التنظيم القضائي الجزائري الصادر سنة 2005[17]. ونذكر كذلك لجنة التعويض المتواجدة على مستوى المحكمة العليا. وهي هيئة قضائية معنية بالتعويض عن كل من الخطإ القضائي[18]، والحبس المؤقت غير المبرر[19]. وتتكون هذه اللجنة من الرئيس الأول للمحكمة العليا أو ممثله، رئيسا، وقاضيي حكم تابعين لنفس المحكمة.

فيما يخص الجهات القضائية الخاضعة للنظام القضائي الاداري الجزائري، فهي تضم حاليا كلا من المحاكم الادارية (صاحبة الولاية العامة في المنازعات الادارية)، وكذا مجلس الدولة، (في انتظار احداث مجالس الاستئنافات الادارية المرتقبة مستقبلا)[20]. كما يعني ذلك أيضا جهات قضائية ادارية أخرى متخصصة في نزاعات معينة، يطعن في قرارتها بالنقض أمام مجلس الدولة بنص قانوني، مثل مجلس

المحاسبة. وهو ما أوردته المادة 9 من القانون العضوي لمجلس الدولة[21]. كما يعني الشأن كذلك جهات قضائية إدارية أخرى متخصصة، أوكل لها الاختصاص بناء على اجتهاد من مجلس الدولة ذاته. مثل الطعن بالنقض ضد قرارات اللجنة المصرفية وقرارات المجلس الأعلى للقضاء الصادرة عن تشكيلته التأديبية، وكذا قرارات اللجنة الوطنية المختلطة للطعن الناظرة في القرارات الصادرة عن المجالس التأديبيه لمنظمات المحامين، وأيضا القرارات التأديبية الصادرة عن كل من اللجنة الوطنية التأديبية المختلطة للموثقين واللجنة الوطنية التأديبية المختلطة للمحضرين القضائيين.

فيما يتعلق بالدعاوي التي يمكن أن تعرض على جهات القضاء الاداري، فهي لا تضم فقط الدعاوي المعروضة على الجهات القضائية الابتدائية المخطرة بموضوع النزاع، وإنما يمكنها أن تضم أيضا الدعاوي الاستعجالية المعروضة على قاضي الاستعجال. وهي مثلا بالنسبة للمنازعات الادارية تلك المسائل الواردة في الكتاب الرابع من قانون الاجراءات المدنية والادارية، وهي التي تتعلق بكل من: استعجال الحريات، والاستعجال الفوري، والاستعجال في مادة التسبيق المالي، والاستعجال في المادة الجبائية، واستعجال ايقاف تنفيذ القرارات الصادرة عن الادارة وأحكام المحاكم الادارية. وهي كذلك كل النزاعات التي تمس بالموضوع لكن القانون ينص صراحة على وجوب الفصل فيها في آجال قصيرة، عملا بالمبدإ العام الذي أوردته المادة 300 من قانون الاجراءات المدنية والادارية[22]. وكذلك تنفيذا لنصوص تشريعية أخرى، مثل قانون الانتخابات فيما يخص المنازعات الانتخابية المتعلقة بالتسجيل في القوائم الانتخابية والشطب منها، منازعات رفض طلبات الترشح للانتخابات المحلية والبرلمانية ... إلخ.

في هذا الاطار، قضى مجلس الدولة الفرنسي، فيما يخص قبول دفع يتعلق باستعجال الحريات[23]. وكذا بالنسبة لاستعجال ايقاف التنفيذ[24].

بالنسبة للتشكيلة القضائية المكلفة بنظر الدفع المثار على مستوى الجهتين القضائتين العليين، فقد حددتها المادة 16 من القانون العضوي. وتتكون هذه التشكيلة من رئيس الجهة القضائية العليا أو نائبه رئيسا. وعضوية رئيس الغرفة المعنية وثلاثة مستشارين يعينهم رئيس تلك الجهة القضائية العليا.

أجازت كذلك الفقرة الثانية من المادة 2 من القانون العضوي رقم 18-16 أن "يثار هذا الدفع للمرة الأولى في الاشتئناف أو الطعن بالنقص، من قبل المتقاضي".

حسب الفقرة الأخيرة من المادة الثانية من القانون العضوي، "إذا تمت إثارة الدفع بعدم الدستورية أثناء التحقيق الجزائي، تنظر فيه غرفة الاتهام." وعملا بأحكام المادة الثالثة ف1و2 من القانون العضوي المذكور: " لايمكن إثارة الدفع بعدم الدستورية أمام مكمة الجنايات الابتدائية. غير أنه، يمكن إثارة الدفع بعدم الدستورية، عند استئناف حكم صادر عن محكمة الجنايات الابتدائية، بموجب مذكرة مكتوبة ترفق بالصريحبالاستئناف"

بفهوم المخالفة لما أورده الدستور الجزائري والقانون العضوي، نرى أنه لا تجوز اثارة الدفع بعدم الدستورية أمام محكمة التنازع، باعتبار هذه الأخيرة تعلو جهتي القضاء العادي والاداري معا، من جهة. وهي، من جهة أخرى، ينحصر دورها فقط في تحديد الاختصاص النوعي لكل من هاتين الجهتين

القضائيتين. بينما يمكن إثارة الدفع أمام المحكمة العليا للدولة المتعلقة بمحاكمة رئيس الدولة والوزير الأول، وكذا يمكن إثارة الدفع أمام المجلس الدستوري مباشرة بشأن المازعات الانتخابية ذات الطابع الوطني، باعتبارها موكولة له وحده. وهي الانتخابات الرئاسية والبرلمانية والاستفتائية.

بمفهوم المخالفة لمثل هذا الحكم القانوني، رفض مجلس الدولة الفرنسي اخضاع دفع بعدم الدستورية مماثل لدفع سبق ان شكل أمام قاضي الموضوع وسبق لهذا الاخير أن رفض تحويله، مشترطا أن يكون الدفع اللاحق مستند على أوجه جديدة[25].

حسب المادة 6 من القانون العضوي الجزائري، يجب أن " يقدم الطعن بعدم الدستورية، تحت طائلة عدم القبول، في شكل " مذكرة مكتوبة ومسببة ومنفصلة " عن تلك التي تحتوي على مبررات النزاع الاساسي[26]. ويترتب عن ذلك أنه لا تجوز إثارة الدفع في عريضة الدعوى الافتتاحية أو عريضة الطعن بالاستئناف أو الطعن بالنقض.

ج- الآجال القانونية التي تتم فيها معالجة الدفع المثار

يتميز الدفع بعدم الدستورية بأن له طابع الأولوية في المعالجة. وبالتالي نجده محكوما وجوبا، وعلى جميع الاصعدة الاجرائية، بمواعيد قصيرة نص عليها القانون العضوي الجزائري. لأن طابع الأولوية هذا قد جاء بغرض ألا تكون للدفع آثار تمديد، تتجاوز آجال الحكم الذي يعني النزاع الأصلي.

يعتبر الدفع بعدم الدستورية ذات أولوية في معالجته. أي أنه يجب فحصه من طرف القضاة قبل النظر في أي وجه آخر، بما في ذلك الأوجه المثارة حول مدى تطابق القانون المحتج عليه مع الاتفاقيات الدولية المعتمدة في الدولة. لأن مثل هذه الأوجه الأخيرة يمكن أن تثار، عند الاقتضاء، من طرف المتقاضي في اطار النزاع الأصلي المعروض على هجات القضاء (الاداري والعادي).

حسب المادة 7 من القانون العضوي رقم 18-16، ينبغي أن تفصل الجهة القضائية الدنيا " فورا " بقرار مسبب في شأن مدى قبولها تحويل الدفع بعدم الستورية الى الجهة القضائية العليا (مجلس الدولة أو المحكمة العليا)، وذلك بعد استطلاع رأي محافظة الدولة أو النيابة العامة حسب طبيعة النزاع المعروض على الجهه القضائية المعنية[27]. وقد أوضح المجلس الستوري في رأيه المنشور ما المقصود بكلمة " فورا"، حيث ذكر أن " ... المشرع باستعماله هذه الكلمة يقصد أن الجهة القضائية التي يثار أمامها الدفع بعدم الدستورية تفصل فيه بصفة أولوية ومستعجلة بعد التأكد من مدى توفر شروط قبوله..."[28] كما يتعين على الجهة القضائية الدنيا، حسب المادة 9، أن تبعث قرار تحويل الدفع الذي تصدره الى إحدى هاتين الجهتين القضائيتين العليين خلال مدة " عشرة (10) أيام من صدوره ."وأوجبت المادة 13 من القانون العضوي أن يفصل كل من مجلس الدولة والمحكمة العليا في مسألة اثارة الدفع بعدم الدستورية ومدى قبول إحالته إلى المجلس الدستوري في أجل " شهرين (2) ابتداء من تاريخ استلام الارسال " الوارد اليهما من الجهات القضائية التابعة لهما.

عملا بالفقرة الأولى من المادة 10 من القانون العضوي، عندما تقرر الجهة القضائية الدنيا أو العليا المخطرة بالنزاع . حسب الأحوال . تحويل الدفع بعدم الدستورية إلى مجلس الدولة أو احالته على

المجلس الدستوري، يكون لقرار تلك الجهة القضائية المعنية أثر موقف للفصل في النزاع القضائي الأصلي. بحيث يتجسد ذلك الأثر، خصوصا، في أن الجهة القضائية المعنية: " ترجئ الفصل في النزاع الى غاية توصلها بقرار مجلس الدولة أو المجلس الدستوري عند احالة الدفع" إلى هذا الأخير. وبعبارة أخري، يجب أن تتوقف اجراءات موضوع النزاع الأصلي، لتنتظر صدور قرار نهائي حول الدفع بعدم الدستورية. وبالتالي يتعين على القاضي ألا يقوم بالفصل في النزاع الأصلي المعروض عليه سوى بعد الرد على الدفع بعدم الدستورية، الذي يجيب عن مدى إحالة الدفع وعن وجه عدم الدستورية المطعون فيه. فالقرار الذي ينتظره القاضي يتمثل: إما في قرار صادر عن مجلس الدولة، يتضمن رفض إحالة الدفع على المجلس الدستوري، أو في قرار صادر عن المجلس الدستوري يفصل في الدفع المثار.

يلاحظ في هذا الصدد أن المجلس الدستوري قد أورد نظامه الدلخلي حكما قاونيا جديدا لم يرد النص عليه سواء في الدستور أو في القانون العضوي. حيث نصت المادة 16 من الظام المحدد قواعد عمل المجلس، قائلة: " في حالة رفض المحكمة العليا أو مجلس الدولة، إحالة الدفع بعدم الدستورية على المجلس الدستوري، يستلم هذا الأخير نسخة من القرار المسبب." يبدو لنا أن هذا التدبير الجديد الذي أتى به المجلس الدستوري ليس الهدف منه رقابة الجهتين القضائيتين العليين، وإنما ورد بغرض تمكين المجلس من الاطلاع فقط على مختلف حالات عدم قبول طلبات الدافعين بعدم السورية شكلا، وكذا حالات رفضها موضوعا. وذلك من أجل إجراء معاينة شاملة لآلية الدفع والالمام بختلف صورها، سواء تلك التي عرضت عليه أو لم تعرض.

بشأن الآجال المقلصة دائما، أوجبت المادة المادة 19 من القانون العضوي الجزائري أن " يتم إعلام الجهة القضائية التي أرسلت الدفع بعدم الدستورية بقرار المحكمة العليا أو مجلس الدولة ويبلغ للأطراف في أجل عشرة (10) أيام من تاريخ صدوره."

من جهتها، نصت المادة 20 من القانون العضوي المذكور على أنه: " في حالة عدم فصل المحكمة العليا أو مجلس الدولة في الآجال المنصوص عليها ... يحال الدفع بعدم الدستورية، تلقائيا، إلى المجلس الدستوري."

ثالثاً

ميدان تطبيق اثارة الدفع بعدم الدستورية يعد مسارا مرسوم المعالم القانونية

أوردت كل من المادة 188 ف1 من الدستور والمادة الثانية من القانون العضوي رقم 18-16 شرطين اثنين، يجب توفرهما لقيام صحة الدفع بعم الدستورية، وهما: أن يكون الدفع منصبا على حكم تشريعي يتوقف عليه حل النزع الأصلي (أ)، وأن يكون هناك انتهاك للحقوق والحريات التي يضمنها الدستور (ب)

أ- المقصود بعبارة: "الحكم التشريعي الذي يتوقف عليه مآل النزاع"

يلاحظ في البداية أن المؤسس الدستوري قد استعمل عبارتين مترادفتين في الدستور، هما عبارة: حكم تشريعي في المادة 188، وعبارة: نص تشريعي في المادة 191.

إن المقصود بعبارة "الحكم التشريعي الذي يتوقف علية مآل النزاع" الواردة في المادتين المشار إليهما فوقه، هو ذلك النص القانوني الذي يمكن نقده والاحتجاج عليه بمناسبة نزاع قضائي قائم. فهذه العبارة إذن لا تضم فقط أحكام القوانين المصوت عليها مؤخرا من قبل البرلمان بغرفتيه. وإنما يدخل تحت لواء هذا العنوان كذلك مختلف التشريعات الوضعية السارية المفعول، منذ استعادة الاستقلال الوطني يوم 1962/07/05 إلى اليوم. ونذكر في هذا المنوال النصوص ذات الطابع التشريعي التي صدرت عن البرلمان أو من قام مقامه خلال مختلف المراحلة المؤسساتية التي مرت بها الجزائر. وهي كل من: من الأوامر التي أصدرها رئيس الدولة (أحمد بن بله)، والقوانين التي صادق عليها المجلس الوطني التأسيسي، وبعده المجلس الشعبي الوطني من 1962 إلى 1965. وهي أيضا الأوامر التشريعية التي صدرت عن مجلس الثورة من 1965 إلى 1977 ووقعها الرئيس هواري بومدين، ومثل مختلف القوانين التي صدرت عن المجلس الشعبي الوطني منذ 1976 تحت لواء الدستور الثاني لسنة 1976. وكذا القوانين التي صدرت في ظل دستور1989 إلى غاية توقيف المسار الديموقراطي في مطلع سنة 1992. ونفس الكلام ينصرف على النصوص التشريعية التي صدرت خلال مرحلة توقيف المسار الانتخابي. وهي المراسيم التشريعية التي صدرت في عهد المجلس الأعلى للدولة منذ مطلع سنة 1992 إلى تاريخ انتهاء عهدة هذا المجلس (عهد الرئيس علي كافي)، وهي كذلك الأوامر الصادرة في عهد الرئيس اليامين زروال منذ تنصيبه رئيسا للدولة عقب ما سمي بندوة الوفاق الوطني سنة 1994 مرورا بفترة انتخابه رئيسا للجمهورية سنة 1995 إلى غاية سنة 1997 تاريخ تنصيب البرلمان بغرفتيه (المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة)، وهو البرلمان المنبثق عن التعديل الدستوري الواقع سنة 1996، والذي صار يصدر قوانين وقوانين عضوية، حسب الأحوال المنصوص عنها في الدستور، مذاك إلى اليوم.

يبدو لنا أن هناك نصوصا تشريعية لا تقبل الطعن فيها بعدم الدستورية بسبب طبيعتها. كما هو الشأن بالنسبة للقانون المتضمن إعلانا دستوريا أو تعديلا للدستور، والقوانين المصادقة على الاتفاقيات والمعاهدات والقوانين المستفتى عليها. والنظامين المنظمين لغرفتي البرلمان والنظام المحدد قواعد المجلس الدستوري ... إلخ.

فيما يعني القوانين العضوية، فهي لا تخضع للدفع بعدم الدستورية بسبب سبق عرضها وجوبا على المجلس الدستوري وأبدى رأيه المسبق فيها قبل صدورها. اللهم إلا إذا تغيرت الظروف التي صدرت في ظلها.

نرى أيضا أنه لا تكون قابلة للدفع بعدم دستوريتها كذلك، النصوص الواردة في شكل أوامر يصدرها رئيس الدولة أثناء شغور المجلس الشعبي الوطني، أو خلال مرحلة العطلة البرلمانية، أو خلال مرحلة إعلان حالة االطوارئ[29]. لأن مثل هذه الأوامر تبقى مجرد قرارت ادارية تخضع لرقابة القضاء الاداري، ولا تكتسي طابعا تشريعيا سوى منذ المصادقة عليها من قبل البرلمان. وإذا لم يصادق عليها البرلمان تعد ملغاة. فالأوامر التي يصدرها رئيس الدولة تبقى،إذن، مجرد قرارات إدارية تنظيمية صادرة عنه بصفته رئيس السلطة التنفيذية. وبالتالي يمكن الطعن فيها أمام مجلس الدولة مباشرة بطريق الالغاء أو

التفسير أو تقدير المشروعية. وذلك ما يستشف من قراءة المادة 142 من الدستور الجزائري إثر تعديله الواقع ستة 2016[30]. وهو ما كرسته المادة 9 من قانون مجلس الدولة[31]، وأكدته المادة 901 من قانون الاجراءات المدنية والادارية[32].

تبعا لذلك، تستبعد من ميدان تطبيق الدفع بعدم الدستورية جميع القرارات الصادرة عن السلطات الادارية، أي عن السلطة التنفيذية. ونعني بها كلا من الأوامر الرئاسية غير المصادق عليها بعد من طرف البرلمان والمراسيم والمراسيم الرئاسية والمراسيم التنفيذية والقرارات والمقرارات التنظيمية والمناشير والمذكرات والمقررات الفردية ... إلخ). لأن رقابة دستورية جميع هذه الأعمال الادارية تبقى ضمن الاختصاص النوعي للقاضي الاداري، الذي له سلطة رقابتها.

جدير بالملاحظة في هذا الصدد أنه بالنسبة للتطبيقات القضائية الادارية في فرنسا، نجد مجلس الدولة هناك قد توسع في مفهوم النص التشريعي إلى غاية قبول دفع أثاره أحد العارضين كان قد احتج، عبر هذا الطريق، على (تفسير قضائي سابق جرى لنص قانوني). حيث رأى المجلس المذكور أن التفسير القضائي المطعون فيه غير منفصل عن القانون المفسّر[33]. كما قضى المجلس نفسه بأنه لا يهم إن كان الحكم التشريعي المحتج عليه قد تم الغاؤه أو تعديله بعد رفع الدفع، طالما أن ذلك القانون كان قابلا للتطبيق على النزاع الأصلي[34].

من جهة أخرى، قضى مجلس الدولة الفرنسي بأن أحكام الامر الرئاسي، الذي لم يكن موضوع مصادقة عليه من طرف البرلمان، يحتفظ بطابعه التنظيمي[35].

الحقيقة أن رقابة مجلس الدولة الفرنسي للأوامر الرئاسية لم تكن وليدة اليوم. ولعل أبرز قرار أصدره المجلس هو قرار Canal المؤرخ في 1962/10/19، عندما أبطل فيه أمرا كان قد أصدره الرئيس Charles Degaulle، تضمن إحداث محكمة جزائية استثنائية لمحالكمة بعض الضباط العسكريين المتمردين. وكاد ذلك القرار القضائي أن يحدث أزمة بين السلطة التنفيذية والسلطة القضائية، لولا تراجع الرئيس وخضوعه لمبدإ الفصل بين السلطات[36].

ب- معنى عبارة: "الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور"

يعد الحكم القانوني الذي لا يعترف بالحقوق والحريات التي يضمنها الدستور هو وحده الذي يمكن نقده لتدعيم الدفع بعدم دستوريته. وهذه الحقوق والحريات ورد النص عليها في المواد من 32 إلى 73 من الدستور الجزائري. وهي تعني: الحق في المساواة أمام القانون، والتمتع بالجنسية الجزائرية، والحق في انشاء الأحزاب السياسية والجمعيات المدنية والنقابات، والحق في حرمة المسكن والحياة الخاصة والكرامة والشرف والاعتبار، وحرية الصحافة والتعبير والابتكار والتظاهر والاستثمار، وضمان الحق في الملكية الخاصة، وحماية قرينة البراءة، وحماية الأسرة والطفولة والشيخوخة ... إلخ.

زيادة على ذلك، يمكن أيضا استخلاص مفهوم الحقوق والحريات من ديباجة الدستور الجزائري ذاتها، مثل: عمل الدولة على ترقية وتطوير المكونات الأساسية للأمة (التي هي الاسلام والعروبة والأمازيغية)، ومشاركة كل جزائري في تسيير الشؤون العمومية، وضمان الدولة تحقيق العدالة الاجتماعية

والمساواة الحريات، وحماية اختيار الشعب، واضفاء المشروعية على ممارسات السلطات العمويمة، وتكريس التداول الديموقراطي عن طريق انتخابات حرة ونزيهة، والفصل بين السلطات، واستقلال العدالة، ورقابة السلطات العمومية في مجتمع تسوده الشرعية، والحد من الفوارق الاجتماعية، والقضاء على كل أوجه التفاوت الجهوي، وبناء اقتصاد منتج وتنافسي في اطار التنمية المستامة، والحفاظ على البيئة ... إلخ. يدخل ضمن مفهوم الحقوق والحريات أيضا، مختلف النصوص التي تحيل ديباجة الدستور عليها.

بالنسبة لفرنسا، لا تعني الحقوق والحريات فقط تلك الواردة في نصوص دستور الجمهورية الخامسة لسنة 1958 وحدها، وإنما تشمل كذلك الحقوق والحريات المحمية بالنصوص التي يحيل عليها الدستورالمذكور، وهي: إعلان حقوق الانسان والمواطن لسنة 1789 وديباجة دستور الجمهورية الرابعة لسنة 1946، وميثاق البيئة المستفتى عليه سنة 2005[37].

في فرنسا دائما، لا تشكل أي قاعدة قانونية تلقائيا حقا أو حرية يضمنها الدستور بمفهوم المادة 1-61 منه (م 188 دستور جزائري). وبالتالي يترتب عن ذلك، مثلا: أن مبدأ سنوية الميزانية (L'annualité du budget) لا يعتد به للدفع بعدم دستوريته. فقد حصل ذلك رغم أن هذا المبدأ المذكور له قيمة دستورية باعتباره يشكل قاعدة لتقديم ميزانية الدولة. ومع ذلك فهو لا يثار في هذا الاطار[38]. وكذلك الشأن بالنسبة لمبدإ صدق الميزانية (La sincérité du budget)[39].

رابعاً

معالجة الدفع المثار عبر مصفاة قضائية قبل إحالته على المجلس الدستوري

من أجل تفادئ أن يكون لإثارة الدفع بعدم الدستورية أغراض متلكئة أو معرقلة للنزاع الأصلي، وكذلك من أجل تفادي أن تعرض على المجلس الدستوري مسائل غير مؤسسة بكيفية صارخة أو ليست لها علاقة بالنزاع الأصلي؛ أخضع القانون العضوي الجزائري أن يمر فحص إثارة الدفع بعدم الدستورية أمام مصفاة قضائية مزدوجة (Un double filtre judiciaire). وعليه، فإن جهة قضاء الموضوع المخطرة بالنزاع، وأيضا عند الاقتضاء الجهة القضائية العليا للنظام القضائي الذي تتبعه، يتعين عليها أن تقوم بمراجعة ما اذا كان الدفع بعدم الدستورية تتوفر فيه الشروط الفروضة قانونا، كي تتم احالته في النهاية على المجلس الدستوري صاحب الاختصاص .

نستعرض فيما يلي . تباعا . كلا من خطوات فحص الدفع المثار من قبل الجهات القضائية الادرية الدنيا (أ)، ثم مساعي معالجة إثارة الدفع من طرف المصفاة القضائية العليا (ب).

أ- فحص اثارة الدفع بعدم الدستورية من طرف الجهات القضائة الادارية الدنيا

مثلما ذكرنا أعلاه، تفصل الجهات القضائية الدنيا التي يثار أمامها الدقع بعدم الدستورية بدون أجل، وتصدر قرارا مسببا حول تحويل الطلب الى المحكمة العليا او مجلس الدولة. وفي هذا الشأن، يجري القاضي القاعدي فحصا أوليا للدفع بعدم الدستورية، حيث يراجع ما إذا كانت هناك ثلاثة شروط قانونية قد توفرت فيه أم لا. وهي شروط نذكرها هنا باختصار، تاركين تفصيلها أكثر لاحقا إلى مناسبة

التطرق لمعالجة اثارة الدفع بعدم الدستورية من قبل الجهتين القضائيتين العليين. وهذه الشروط قد حددتها المادة 8 من القانون الجزائري. وتتمثل فيما يلي:

" 1 . أن يتوقف على الحكم التشريعي المعترض عليه مآل النزاع، أو أن يشكل أساس المتابعة.

2 . ألا يكون هذا الحكم التشريعي قد سبق التصريح بمطابقته من طرف المجلس الدستوري، باستثناء حال تغير الظروف.

3 . أن يتسم الوجه المثار بالجدية."

متى رأت الجهة القضائية الدنيا أن هذه الشروط الثلاثة قد توفرت مجتمعة في الدفع المثار، فهي تحول ملف الدفع بعدم الدستورية إلى الجهة القضاية التي تتبعها. وينبغي على تلك الجهة القضائية الدنيا أن تتوقف مبدئيا عن الفصل في النزاع الاصلي.

غير أن هناك بعض لاستثناءات التي لا يتوقف فيها القاضي عن الفصل في الخصومة الأصلية المعروضة عليه. وهذه الاستثنااات تظهر، خصوصا، في الحالة التي يكون فيها موضوع الدعوى هو وضع حد لتدابير مقيدة للحرية (وجود شخص في الحبس المؤقت، مثلا)، أو عندما تفصل الجهة القضائية بصفة مستعجلة أو خلال أجل مقيد بالقانون. وهو ما ورد النص عليه في المادة 11 من القانون العضوي رقم 16-18[40].

بالعكس من ذلك، متى رأت الجهة القضائية الدنيا عدم توفر تلك الشروط القانونية الثلاثة مجتمعة، فإنها تفصل برفض الطلب، دون تحويل ملف الدفع بعدم الدستورية إلى الجهة القضائية العليا (مجلس الدولة أو المحكمة العليا). وهنا لا يمكن الطالب أن يطعن في قرار رفض الطلب لوحده. وإنما له أن يجرح فيه فقط بمناسبة الطعن بالاسئناف أو الطعن بالنقص الممارس ضد الحكم الصادر عن قضاة الموضوع والفاصل في النزاع الأساسي[41].

ب- معالجة اثارة الدفع بعدم الدستورية من قبل الهة القضائية العليا

في اطار وظيفته كقاض مصفاة نهائية، يقوم كل م مجلس الدولة والمحكمة العليا بفحص معمق وتمحيص مدقق لشروط احالة الدفع بعدم الدستورية مثلما هي مذكورة في المادة 08 من القانون العضوي. وهذه الشروط، مثلما أشرنا أعلاه، تتظهر فيما يلي: يجب أن يكون الحكم التشريعي موضوع الدفع قابلا للتطبيق على النزاع، أو أنه يشكل أساسا للمتابعة (1). وألا يكون هذا الحكم القانوني المحتج عليه قد سبق التصريح بأنه مطابق للدستور في أسباب ومنطوق قرار أصدره المجلس الدستوري، باستثناء حالة تغير الظروف (2). وأخيرا، ينبغي أن يكون الدفع جديا أو يمثل طابع جديدا(3). وسوف نورد من جديد هذه الشروط القانونية الثلاثة بشيئ من التفصيل، كما وعدنا به أعلاه.

الشرط الأول: أن يكون الحكم التشريعي موضوع الدفع قابلا للتطبيق على النزاع أو الاجراءات، أو انه يشكل أساسا للمتابعة

هذا الشرط مشترك بين القضاة القاعديين وقضاة الجهتين العليين، بصفة هاتين الأخيرتين، سواء جهة قضاء الدرجة الأولى أو هيئة استئناف أو هيئة نقض.

يتم النظر إلى الحكم التشريعي المطعون فيه بأنه قابل للتطبيق على النزاع، متى رأى القضاة أن له علاقة كافية بمرافعات المنازعة الأصلية. ويمكن استخلاص هذه العلاقة، مثلا، من أن القرار الاداري المطعون فيه في اطار النزاع الاصلي يؤدي الى تطبيق الحكم التشريعي المحتج عليه.

لتوضيح الحدود المخولة للقضاة بشأن تقدير مدى توفر الشروط القانونية في الدفع المثار، ذكر المجلس الدستوري في الأي الذي أبداه بشأن القانون العضوي رقم 18-16، قائلا: " اعتبارا أن ممارسة الاختصاص الذي يعود حصريا، وبإرادة من المؤسس الدستوري، إلى المجلس الدستوري تقتضي أن يتقيد القضاة، عند ممارسة ممارسة صلاحياتهم، بالحدود تاتي تسمح فقط بتقدير مدى توفر الشروط المنصوص عليها في المادة 9 من القانون العضوي، موضوع الاخطار، دون أن يمتد ذلك إلى إلى تقديرهم لدستورية الحكم التشريعي المعترض عليه من قبل أحد أطراف النزاع ... "

في هذا الاطار، أخذ مجلس الدولة الفرنسي بتقدير واسع لهذا الشرط القانوني الأول. حيث اعتبره متوفرا حتى ولو أنه ناتج عن تفسير لتدبير تشريعي محتج عليه، رغم أن ذلك التدبير القانوني ليس الوحيد في الاحتجاج[42]. كما قبل مجلس الدولة المذكور أيضا حتى مجرد دفع بعدم دستورية حكم تشريعي أثاره عارض ولو أنه يتعلق بخطإ لا ينطبق على وضعية ذلك العارض[43]، ولكن شريطة أن يكون العارض المعني ضحية ذلك الإقصاء[44].

غير أنه في حالات معينة، خلص هذا القاضي الاداري العالي في فرنسا إلى عدم وجود شرط قابلية التطبيق على حكم تشريعي منتقد في النزاع. حيث رأى أن هناك فئة معينة من القوانين لا يمكنها، بسبب موضوعها، أن ينظر إليها على أنها "قابلة للتطبيق" على الخصام. مثل القانون المتضمن المصادقة على معاهدة من قبل البرلمان[45]، ومثل قانون البرمجة[46]. كما أنه، في حالات أخرى، استمد مجلس الدولة الفرنسي عدم الأخذ بالدفع من ظروف النزاع ذاتها[47].

الشرط الثاني: ألا يكون الحكم التشريعي المحتج عليه قد سبق التصريح بأنه مطابق للدستور في أسباب ومنطوق قرار أصدره المجلس الدستوري، باستثناء حالة تغير الظروف

هذا الشرط الثاني مشترك كذلك بين قضاة الجهات القضائية الدنيا وقضاة الجهتين القضائيتين العليين. وهو ناتج عن قوة الشيئ المقضي فيه لقرارات المجلس الدستوري التي سبق أن أعطى اجتهادا فيها.

في هذا الميدان، قضى مجلس الدولة الفرنسي بأنه حتى ولو لم ينطق المجلس الدستوري بشأن مطابقة الحكم التشريعي المحتج عليه للحقوق والحريات المثارة في اطار الدفع بعدم الدستورية؛ فإن مجرد أنه تم التصريح بأن هذا النص التشريعي يعد دستوريا من خلال أسباب ومنطوق قراره حتى ولو أن اجتهاده كان مرتكزا على مبدإ آخر. وعليه، فإن ذلك الموقف للمجلس الدستوري، يشكل عقبة أمام الجهة القضائية المعنية قيما يخص تحويل أو احالة الدفع بعدم الدستورية[48].

غير أن "استثناء تغير الظروف" يشكل عرقلة لمثل هذا المسار. فقد أكد المجلس الدستوري الفرنسي أن هذا المفهوم يجب بأن ينظر إليه على أنه يعني " ظروف القانون وظروف الوقائع."[49] ومثل هذا التحول يمكن ان ينتج عن " تطور الإطار القانوني " الذي يسجل فيه الحكم التشريعي موضوع الاحتجاج. وبناء على

ذلك، فإن التعديل الجوهري للقواعد المطبقة على تمويل الحملات الانتخابية قد مكن من تبرير اخضاع أحكام معينة من قانون الانتخاب الفرنسي الى رقابة المجلس الدستوري من جديد[50].

زيادة على تغير الظروف القانونية، يمكن أيضا أن تؤخذ التغيرات ذات الطابع الواقعي في الحسبان. كما هو الشأن، مثلا، بالنسبة لتطور الأعباء والتأمينات المالية للولايات الفرنسية. فهي ظروف يمكنها تبرير أن يعاد من جديد فحص مطابقة دستورية الأحكام التشريعية التي تنظم المقاصة المالية La compensation financière بشأن تحويل الاختصاصات في مادة منح المردود الادنى للدعم[51]. ونفس الشيئ يقال بالنسبة للتغيرات الواقعية التي تأثرت بالحياة السياسية والتنظيم المؤسساتي في فرنسا. حيث قبل مجلس الدولة الفرنسي في هذا البلد اثارة دفع بعدم الدستورية كان منصبا على أحكام قانونية تخص "جمع التوقيعات Le parrainage" الخاصة بالمترشحين للانتخابات الرئاسية. فقد حصل ذلك، رغم سبق التصريح بأن تلك الأحكام التشريعية مطابقة الدستور[52].

الشرط الثالث: أن يكون الدفع (جديا)، أو أنه يمثل طابعا (جديدا)

يكمن جوهر عمل قاضي المصفاة في تقديره لاثارة الدفع بعدم الدستورية المقدم أمامه لتحديد ما إذا كان له طابع جدي، أو أنه يعد دفعا جديدا. وبالتالي يكون من شأن ذلك الدفع تبرير تحويله إلى الهة القضائية العليا. ومن ثمة، احالته على المجلس الدستوري، صاحب الاختصاص النوعي للفصل فية بصفة نهائية.

من الصعوبة بمكان حصر أو جمع مجمل الحلول التي توصل لها كل من مجلس الدولة ومحكمة النقض في فرنسا للتأكد من تواجد هذا المعيار الثالث المتعلق بالجدية، والمفروض قانونا، خصوصا فيما يخص الطابع الجديد للدفع المثار. فهناك عدد قليل من القرارات القضائية التي كانت موضوع تلخيص أو فهرسة حول هذه المسألة. وتفسر هذه الندرة، أساسا، بأن الحل المقدم، في كل قضية، مرتبط بصفة ضيقة ببعد وتحرير النص التشريعي المنتقد، من جهة. وكذلك بمحتوى مبررات نقده، من جهة أخرى[53].

يمنع القانون العضوي الجزائري رقم 18-16 القاضي من اثارة الدفع بعدم الدستورية تلقائيا. ويستتبع عن ذلك أن فحص الدفوع المثارة أمامه هي تلك الواردة في مبررات الطلب المقدم للقاضي. ففي هذا النطاق تمكن القضاء الفرنسي من أن يقضي بأن حكما تشريعيا منتقدا لا يحال على المجلس الدستوري بسبب احتجاج يعد قليل الجدية. بينما حتم على مجلس الدولة المذكور أن يقبل، في وقت لاحق، تبريرا آخر. لأنه تبرير قاطع في الاحتجاج بشأن ذات الحكم التشريعي. حيث قام مجلس الدولة باحالة ذلك الدفع الجديد على المجلس الدستوري[54].

لا يعد قاضي المصفاة هو قاضي دستورية القوانين بالمعنى الدقيق لهذه العبارة، حتى ولو أن مهمة القاضي المذكور تقوده إلى الاقتراب من هذا القاضي الدستوري. بحيث أن قاضي المصفاة يصل به الأمر إلى غاية رفض احالة الدفع أمام المجلس الدستوري. فيمكنه مثلا الوصول إلى ذلك من خلال تبني مسار وأسباب قريبة من تلك التي يسلكها المجلس الدستوري[55]. ومع ذلك، يبقى أن هذا المجلس الأخير هو وحدة الذي يمكنه التصريح بأن حكما تشريعيا مخالفا للدستور أم لا. وهو ما يستوجب على كل من

مجلس الدولة والمحكمة العليا أن يحيلا على المجلس الدستوري مجموع الدفوع التي يريان وجود شك أو ريبة في دستورية النصوص المحتج عليها.

تتفق الجهتان القضائيتان العليان في فرنسا، وفقا للاجتهاد القضائي للمجلس الدستوري المستمد من فقه القانون الحي (Le droit vivant)، على تفسيرهما الاجتهادي الخاص والمتوافق على الحكم التشريعي المطعون فيه، في أنه عبر ذلك الطعن، من شأنه أن يتحج عليه عن طريق دفع بعدم الدستورية[56]. بيد أن حدود هذا الموقف تبقى مجرد اجتهاد قضائي لا يشكل اجتهاد جهة قضائية عليا بالمعنى الحقيقي. وبالتالي ليس من شأنه أن يكون موضوع دفع بعدم الدستورية عندما لا يكون نقده مرتبطا بصفة مباشرة بحكم تشريعي[57]. وكذلك الأمر عندما يكون النقد منصبا على القاعدة الاجتهادية بدلا من من أن ينصب على الحكم التشريعي المحتج عليه نفسه[58]. كما أنه ليس من الممكن أن يتم، تحت غطاء البعد الفعلي لاجتهاد قضائي مستقر مضفى على حكم تشريعي، انتقاد مؤسس على اجتهاد قضائي منفصل رغم أنه مطبق على ميدان مغطى بواسطة الحكم التشريعي المنتقد[59].

برى كل من مجلس الدولة ومحكمة النقض في فرنسا أيضا أنهما يستطيعان القيام بتحديد أو تدقيق اجتهادهما بمناسبة فحص دفع بعدم الدستورية. وهو الاجتهاد الذي من شأنه أي يكون، في غالب الأحوال، نتيجة عدم احالة الدفع إلى المجلس الدستوري طالما أن تفسير القانون المعني عن طريق الاجتهاد مرتبط بالمتطلبات الدستورية[60]. فقد طبقت الهيئتان القضائيتان العليان المذكورتان تقنية التفسير المطابق، وذلك من أجل تفسير القانون وتطبيقه في اتجاه مطابق للمتطلبات الدستورية.

إن تقنية التفسير المطابق هذه معروفة من قبل هاتين الجهتين القضائيتين، إذ تستعملانها عادة في اطار رقابتهما للمشروعية ورقابتهما الممارسة على الاتفاقيات. وعليه، فإن هناك قرارات بعدم الاحالة على المجلس الدستوري قد صرحت بأن التفسير الاجتهادي يؤخذ بالمقارنة مع ما يمكن أن يشكل تحفظا لتفسير المجلس الدستوري. فقاضي المصفاة يتولى، إذن، اجراء تحكيم بشأن إحالة المسألة على المجلس الدستوري كي يتخذ هذا الأخير، من جهته مباشرة، تفسيرا المطابقة بشأنها[61].

في نفس التوجه، قبلت محكمة النقض الفرنسية اجراء تغيير في الاجتهاد بمناسبة فحص مسألة دستورية أولية[62]. بيد أن مثل هذه التحول رغم أنه يبقى نادر الحدوث؛ فهو يسمح سريعا بترضية المتقاضي الذي يحتج على الاجتهاد القضائي القديم، عندما لا يبدو التمسك به مطابقا لتطور حالة القانون أو لاجتهادات المجلس الدستوري أو المجلس الأوربي. ويسجل عدم احالة الدفع المبرر بالبحث في مطابقة تفسير المعيار مع الاجتهاد الدستوري في منطق فقه القانون الحي، مثلما يجب أن يطبق من طرف الهيئتين القضاتين العليين، باعتبارهما قاضي المصفاة[63].

يفتح فحص طابع مدى جدية الدفع المثار مجالا لبحث معمق في مجموع اجتهاد القضاء الدستوري الفرنسي ذات العلاقة. حيث أن هذا الاجتهاد المذكور قد أصبح اليوم ثريا بكيفية معتبرة منذ التطبيق الميداني لآلية المسألة الدستورية المثارة من قبل المتقاضين. وذلك بفعل عدد الدفوع بعدم الدستورية ذاتها، والتي سمحت خلال ثمانية أعوام (2010-2018) بتنقية وفرز عدد معتبر من

الاحتجاجات المتعلقة بدستورية القوانين. وقد رفع اثراء الاجتهاد القضائي للمجلس الدستوري عدد الحالات التي يبدو الحل فيها فارضا نفسه. حيث تمكن كل من مجلس الدولة ومحكمة النقض الفرنسيين من اعطاء بعد واسع لقرار المجلس الدستوري بشأن قضائه بأن حكما تشريعيا معينا مطابق للدستور. وذلك بتمديده إلى أحكام تشريعية مشابهة[64]. بل أن مجلس الدولة الفرنسي استطاع، في ترتيب خاص، أن يستخلص مباشرة، بشأن حكم تشريعي آخر، نتائج أحد قرارت المجلس الدستوري الذي سبق أن أصدره هذا المجلس الأخير حول حكم تشريعي مخالف للدستور. وذلك بالاستناد على المادة 62 من الدستور الفرنسي التي تضفي قوة الشيء المقضي فيه على قرارات المجلس الدستوري[65]. (تقابلها المادة 187 من الدستور الجزائري)[66].

يمكن أيضا لاثراء اجتهاد الجهتين القضائيتين العليين أن يتوافق مع بعضه البعض بغرض عدم احالة الدفوع المتشابه أمام المجلس الستوري. مثلما حصل بالنسبة لقرار أصدرته الغرفة الاجتماعية بمحكمة النقض الفرنسية، حيث استند قرارها إلى اجتهادين سابقين كانا قد صدرا عن كل من مجلس الدولة ومحكمة النقض، وهما اللذان كانا قد طبقا المبادئ العامة التي تحكم المنازعة الادارية. وذلك، باعتبار أنه لا يوجد في قضية الحال مساس بالحق في طعن قضائي ذات طابع فعال، أو مساس بحق ملكية رب عمل، أو بمبدأي المساواة أمام القانون والمساواة أمام الأعباء العامة[67]. وكما هو الشأن أيضا بالنسبة لقرار صدر عن الغرفة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية، الذي احتفظ بعدم وجود تفسير قضائي يعاين نص المادة 38 من قانون البريد والاتصالات الالكترونية. حيث استخلصت الغرفة المذكورة، بعد المواءمة مع اجتهاد مجلس الدولة، أن المتعاملين البديلين يمكن حرمانهم من كل امكانية تجعلهم يعاينون الأفعال الجرمية التي سبق للمتعامل التاريخي أن وضع حدا لها وحصل على تعويض عن الضرر الواقع له أمام قاضي الموضوع[68].

من جهة أخرى، يظهر بوضوح أن كلا من مجلس الدولة الفرنسي ومحكمة النقض يريان أنه يجب الفصل من طرف المجلس الدستوري في دفوع دستورية معينة. لأنها منصبة على مواضيع حساسة وذات مناقشات اجتماعية أوجدالات سياسية. كما هو الشأن، مثلا، بالنسبة للدخول المألوف إلى المواقع الالكترونية ذات الطابع الارهابي[69]، وأيضا بالنسبة لاثارة الدفع من طرف لاتحاد النقابي للقضاة الفرنسيين فيما يخص استقلالية النيابة العامة[70]. وكذلك الأمر فيما يتعلق بقانون اعلان حالة الطوارئ الفرنسي الصادر سنة 1955. حيث تمت احالة جميع المسائل التي أخطر بها مجلس الدولة على المجلس الدستوري، بما في ذلك الحالة التي لا تشكل فيها المسألة أي شك لديه. كما هو الوضع، مثلا، بالنسبة لظهور مسألة جديدة في الميدان[71]. ومثلما هو الشأن بالنسبة لاحالة مسألة جدية[72]، ومثل الحالة التي يتم فيها طرح مسألة تتضمن معرفة ما إذا كان المساس بالحرية المحمية دستوريا متناسبا مع الهدف المتبع فيما يخص تكييف الفعل الارهابي الفردي[73]. ففي مثل جميع هذه الحالات، حتى ولو أنه في حقيقة الأمر لم يتثبت قاضي المصفاة كثيرا بشأن الاجابة التي ستقدم، فإن التطبيق المتقارب لكل من مجلس

الدولة ومحكمة النقض في فرنسا يكمن في احالة المسألة المنتقدة على المجلس الدستوري، من أجل أن يفصل فيها هذا الأخير بصفته القاضي المختص نوعيا في مادة دستورية القوانين[74].

استطاع مجلس الدولة في فرنسا، في حالات معينة، استعمال مفهوم " المسألة الجديدة " من أجل احالة مثل هذه الدفوع على المجلس الدستوري. غير أن هذا الاستعمال بقي نادرا بسبب قبوله الضيق الاحالة على المجلس الدستوري للمسائل التي تثير دفوعا دستورية جديدة وهي لا زالت خالية من كل تفسير معطى من طرف هذا المجلس الأخير[75]. كما بقي استعمال مجلس الدولة نادرا فيما يخص قبوله الآلي الذي يسمح بتبرير احالة المسائل على أنها تمثل وضعا جديدا[76]. و نفس الشيء يقال بالنسبة لمسعى محكمة النقض الفرنسية[77].

اعتبر مجلس الدولة الفرنسي وجود " مسالة جديدة " مثارة، خصوصا، بالنسبة لمعيار لم يسبق فحصه من طرف قاضي الدرجة الأولى، عندما لا يكون المقياس الدستوري المثار موضوع أي تطبيق من طرف المجلس الدستوري. كما هو الحال، مثلا، بالنسبة للمادة 66-1 من الدستور الفرنسي التي نصت على أنه لا يجوز أن يدان شخص بعقوبة الاعدام التي أثيرت في مواجهة حكم تشريعي يعني قانون دخول واقامة الأجانب وحق اللجوء[78]. كما قبل مجلس الدولة الفرنسي، تحت هذا العنوان، احالة دفع أثاره أحد أطراف النزاع الذي كان قد قدر وجود تدبير قانوني معين وكيفه على أنه مبدأ معترف به من قبل قوانين الجمهورية الفرنسية. فتمت الاحالة على أساس أن المجلس الدستوري لم تسبق له فرصة معرفة وجود ذلك التدبير التشريعي[79]. ورأى أيضا كل من مجلس الدولة ومحكمة التقض أن تطور الاجتهاد القضائي للمجلس الدستوري الفرنسي يشكل تغيرا في الظروف[80]. وبناء على ذلك، يمكن الجهتين القضائيتين العليين أيضا تبرير احالة حكم تشريعي من جديد على المجلس الدستوري. ونفس الشيئ يقال، عندما يمكن لتطور اجتهادهما أن يشكل أيضا مثل هذا التغير[81].

يلاحظ كذلك أن معيار فحص طابع (جدية الدفع) . الذي هو معيار أكثر صرامة من المعيار المطبق أمام قضاة الدرجة الأولى الذين ينظرون ما إذا كانت المسألة غير " خالية من طابع الجدية ". هو معيار يقود قاضي المصفاة العليا والأخيرة (مجلس الدولة ومحكمة النقض) إلى استبعاد المسائل غير المؤسسة بصفة صارخة، وكذا الدفوع التي لا تدع أي مجال للشك حول قيام المجلس الدستوري بمراقبة الحكم التشريعي على أساس الاحتجاجات المثارة ضده[82].

بالعكس من ذلك، لم يقبل المجلس الدستوري الفرنسي احالة مجلس الدولة أمامه مسألة على أساس أنها " جدية ". حيث رأى المجلس الدستوري أن مجلس الدولة لم يقم بتقدير عدم الدستورية، وأخطأ في المعاينة بصفته كان يلعب دور قاضي المصفاة، عندما رأي بدون تركيز أن المسالة تستدعي اخضاعها لرقابة المجلس الدستوري[83].

مثلما يحصل أمام قضاة الدرجة الأولى، يسمح القانون الفرنسي لكل من مجلس الدولة ومحكمة النقض بالقضاء بعدم احالة الدفع الذي يحتج على حكم تشريعي كان المجلس الدستوري قد سبق اخطاره به. وذلك عندما تؤسس الاحتجاجات " على نفس الأسباب." وبالعكس من ذلك، يمكن مجلس

الدولة احالة الدفع بعدم دستورية نص قانوني، متى تضمن الدفع المثار وجها آخر يعطيه طابعا جديا، شريطة ألا يكون المجلس الدستوري قد سبق أن نطق بعدم دستورية الدفع الأول[84].

خامساً

قواعد عمل المجلس الدستوري في مجال الدفع بعدم الدستورية

بعد اخطار المجلس الدستوري بالدفع بعدم الستورية من قبل مجلس الدولة أو المحكمة العليا،، يتولى المجلس الدستوري، بصفته صاحب الاختصاص، مهمة الفصل في النزاع المتعلق بمدى دستورية النص المخطر به (أ). وتترتب عن قرار المجلس الدستوري الفاصل في الدفع آثار قانونية على النزاع الأصلي الذي أثير الدفع بمناسبته (ب).

أ- فصل المجلس الدستوري في الدفع بعدم الدستورية

يتم الفصل في الدفع من قبل المجلس الدستوري الجزائري بعد اتباع اجراءات رسمها القانون العضوي رقم 18-16، وكذا النظام المحدد قواعد عمل هذا المجلس. وهو الصادر في 12 ماي 2019، والمعدل والمتمم بمداولة المجلس المؤرخة في 17 أكتوبر 2019. وهو ما يدعونا إلى التوقف عند اجراءات الدفع المتبعة أمام المجلس الدستوري (1)، ثم التعرض للحالات التي يصدر فيها المجلس قراراته (2)، وأخيرا نورد الآثار المترتبة على قرارات المجلس(3).

1. اجراءات الدفع بعدم الدستورية المتبعة أمام المجلس الدستوري

أورد الدستور الجزائري المعدل سنة 2016 الأجل الذي يجب أن يفصل فيه المجلس الدستوري في مسألة الدفع (المادة 189 – فقرة 2). ووضع القانون العضوي رقم 18-16 الأحكام المطبقة للدفع أمام المجلس الدستوري (المواد من 21 إلى 24). كما أورد الباب الثالث من نظام المجلس الدستوري لسنة 2019 أحكاما تفصيلية متعلقة بالدفع بعدم الدستورية (المواد من 35 إلى 47).

حسب الفقرة الثانية من الدستور: " عندما يخطر المجلس الدستوري على أساس المادة 188 أعلاه، فإن قراره يصدر خلا الأشهر الأربعة (4) التي يلي تاريخ اخطاره. ويمكن أن تمديد هذا الأجل مرة واحدة."

حسب المادة 21 من القانون العضوي، "يعلم المجلس الدستوري فورا رئيس ابجمهورية عند اخطاره طبقا للمادة 188 من الدستور. كما يعلم رئيس مجلس الأمة ورئيس المجلس الشعبي الوطني والوزير الأول، الذين يمكنهم توجيه ملاحظاتهم للمجلس الدستوري حول الدفع بعدم الدستورية المعروض عليه." وأوجبت المادة الموالية (فقرة أولى) أن: "تكون جلسات المجلس الدستوري علنية، إلا في الحالات الاستثنائية المحددة في النظام المحدد قواعد عمله". وأردفت الفقرة الثانية والأخيرة من هذه المادة تقول أنه:" يتم تمكين الأطراف، الممثلين من قبل محاميهم وممثل الحكومة من تقديم ملاحظاتهم وجاهيا."

من جهتها، نصت المادة 23 من القانون العضوي، قائلة:" لا يؤثر انقضاء الدعوي التي تمت بماسبتها اثارة الدفع بعدم الدستورية، لأي سبب كان،على الفصل بعدم الدستورية الذي تم اخطار

المجلس الدستوري به". أضافت المادة 24 من القانون ذاته تنص على أنه:" يبلغ قرار المجلس الدستوري إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة، لابلاغ الجهة القضائية التي أثير أمامها الدفع بعدم الدستورية." وأخيرا، أوجبت المادة 25 من القانون نفسه أن: "ينشر قرار المجلس الدستوري في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديموقراطية الشعبية".

فيما يخص التفاصيل التدققية، نصت المادة 36 من نظام المجلس الدستوري على أنه: " يعين رئيس المجلس الدستوري، من بين أعضاء المجلس، مقررا أو أكثر للتكفل بدراسة ملف الاخطار أو الإحالة، وتحضير تقرير ومشروع رأي أو مشروع قرار." وعملا بالمادة 37 الموالية، "يخول المقرر جمع كل المعلومات والوثائق المتعلقة بالاخطار أو الإحالة الموكل إليه، ويمكنه كذلك الاستعانة بأي خبير في الموضوع، بعد موافقة رئيس المجلس الدستوري". ونصت المادة 38 على أنه: "يسلم العضو المقرر إلى رئيس المجلس الدستوري وأعضاء المجلسن بعد الانتهاء من الدراسة، نسخة من ملف الإخطار، مرفقة بتقرير ومشروع رأي أو مشروع قرار." وأضافت المادة 40 أنه: "لا تصح مداولات المجلس الدستوري إلا بحضور تسعة (9) من أعضائه، على الأقل." وأردفت المادة 41 تقول أنه: "يتداول المجلس الدستوري في جلسة مغلقة. ويبدي آراءه ويتخذ قراراته بأغلبية أعضائه، دون المساس بأحكام الفقرة الأولى من المادة 102 من الدستور".

2 . الحالات التي يصدر فيها المجلس الدستوري قراراته

تجب التفرقة بين ثلاث حالات يصدر فيها المجلس الدستوري قراراته المتعقة بالدفوع بعدم الدستورية المحالة عليه. وهذه الحالات هي: حالة عدم الفصل في طلب إحالة الدفع على المجلس الدستوري (1)، وحالة رفض الإحالة على الملجلس (2) وحالة قبول الإحالة عليه (3).

الحالة الأولى: عدم الفصل في طلب إحالة الدفع على المجلس الدستوري (الإحالة التقائية)

أوردت المادة 20 من القانون العضوي رقم 18-16 النص على الإحالة التلقائية على المجلس الدستوري عندما يقع تراخ أو امتناع من قبل المحكمة العليا أو مجلس الدولة في نظر الدفع خلال أجل الشهرين المحددين قانونا، بقولها: "في حالة عدم فصل المحكمة العليا أو مجلس الدولة في الآجال المنصوص عليها في المادة 20، يحال الدفع بعدم الستورية تلقائيا إلى المجلس الدستوري."[(85)].

من جهتها ذكرت المادة 16 من النظام الداخلي للمجلس أنه: " تسري على الإحالة التلقائية المنصوص عليها في المادة 20 من القانون العضوي رقم 18-16 المؤرخ في 2 سبتمبر سنة 2018 الذي يحدد شروط وكيفيات الدفع بعدم الدستورية نفس الأحكام المطبقة على الإحالة العادية وفق أحكام هذا النظام."

الحالة الثانية: القضاء برفض إحالة الدفع على المجلس الدستوري

نصت المادة 16 من نظام المجلس الدستوري على أنه: في حالة رفض المحكمة العليا أو مجلس الدولة، إحالة الدفع بعدم الدستورية على المجلس الدستوري، يستلم هذا الأخير نسخة من القرار المسبب".

الحالة الثالثة: القضاء بإحالة الدفع على المجلس الدستوري

نصت الفقرة الأولى من المادة 11 من نظام المجلس الدستوري على أنه: " يسجل قرار إحالة المحكمة العليا أو مجلس الدولة المتعلق بالدفع بعدم بالدستورية، بالسجل الخاص بالدفع بعدم الدستورية، لدى كتابة ضبط المجلس الدستوري." وأردفت الفقرة الثانية الأخيرة على أنه: " يرفق قرار الإحالة بعرائض ومذكرات الأطراف و،عند الاقتضاء، بالوثائق المدعمة."

من جهتها نصت المادة 12 من النظام على أنه: " يتم اشعار رئيس الجمهورية، ورئيس مجلس الأمة ورئيس المجلس الشعبي الوطني والوزير الأول، والأطراف، فورا، بقرار الإحالة مرفقا بعرائض ومذكرات الأطراف". وأوردت المادة 13 (فقرة 1) تنص على أنه: " يتضمن الإشعار الأجل المحدد للسلطات المعنية والأطراف، لتقديم ملاحظاتهم المكتوبة مرفقة بالوثائق المدعمة، إلى كتابة ضبط المجلس الدستوري." وأضافت الفقرة 2 من هذه المادة، قائلة: "وتبلغ الملاحظات للسلطات والأطراف للرد عليها في أجل ثان يمكن أن يحدده المقرر لذلك." وأضافت القرة 3 الموالية تقول: " يتم تبليغ الإشعارارت والملاحظات والوثائق بكل وسائل الاتصال". ونصت المادة 14 على أنه: " تستبعد الملاحظات والوثائق المرفقة التي ترسل بعد انقضاء الأجل المحدد لتقديمه." ونصت المادة 18 تذكر أنهت: " بعد انهاء التحقيق، يأمر رئيس المجلس الدستوري بجدولة الدفع بعدم الدستورية، ويحدد تاريخ الجلسة. يبلغ تاريخ الجلسة للسلطات والأطراف ... يتم تعليق الجدول بمدخل قاعة الجلسات، وينشر في الموقع الالكتروني للمجلس الدستوري. وأردفت المادة 24 تنص على أنه: "يدرج رئيس المجلس الدستوري الدفع، عند نهاية الجلسة في المداولة. ويحدد تاريخ النطق بالقرار".

فيما يتعلق بالتطبيقات القضائية الأولى للمجلس الدستوري بشأن الدفوع بعدم الدستورية المحالة عليه إلى غاية كتابة هذا العرض، نشير إلى أن المجلس الدستوري الجزائري قد أصدر قرارين اثنين يوم 20 نوفمبر 2019، فصل بمقتضاهما في دفعين بعدم الدستورية، كانا قد أخطر بهما بناء على إحالتين صادرتين عن المحكمة العليا.

القرار الأول: يحمل رقم 01 مؤرخ في 2019/11/20، تتعلق وقائعه بمتقاض صدر ضده حكم عن محكمة الجنح بأميزور يوم 2012/02/12 قاضيا عليه بغرامة نافذة قدرها عشرين ألف دينارا (20.000 د.ج) من أجل أفعال الضرب والجرح والسب والشتم. وبعد استئناف هذا الحكم أمام الغرفة الجزائية لمجلس قضاء بجاية، قدم المعني بواسطة محاميه دفعا بعدم دستورية المادة 416 من قانون الاجراءات الجزائية التي تمنع، بمفهوم المخالفة، في فقرتها الأولى استئناف الأحكام القاضية بعقوبة الغرامة التي تساوي أو تقل عن 20.000 دج. فيما يخص الشخص الطبيعي. وأسس الطاعن دفعه على خرق الحكم التشريعي الاجرائي المذكور لنص المادة 160 من الدستور، التي توجب التقاضي على درجتين في المادة الجزائية. وفي 2019/06/12، أصدر مجلس قضاء بجاية قرارا بتحويل طلب الدفع إلى المحكمة العليا. وفي 2019/07/24، أصدرت هذه الأخيرة قرارا قضت فيه بإخطار المجلس الدستوري عن طريق إحالة الدفع المثار. وعندها أصدر المجلس قراره الأول، مصرحا بما يلي:

أولا: المطابقة الجزئية للمادة 416 من قانون الاجراءات الجزائية للدستور.

ثانيا: 1 - عدم دستورية الحكم التشريعي الوارد في الفقرة الأولى من المادة 416 من القانون المذكورأعلاه في شطرها الأول المحرر كالتلي: " إذا قضت بعقوبة حبس أو غرامة تتجاوز 20.000 دج بالنسبة للشخص الطبيعيّ."

ولم يكتف المجلس الدستوري في قراره بالاستجابة للطلب الوارد في الدفع فقط، وإنما تصدى أيضا لحكم تشريعي آخر ورد النص عليه في الشطر الثاني من المادة 416 المشار إليها أعلاه. واعتمد المجلس الدستوري في تصديه على المادة 29 – الفقرة الثانية- من نظام قواعد المجلس ذاته، وذلك بتصريحه الآتي:

ثالثا: 1 – عدم دستورية الحكم التشريعي الوارد في نفس الوارد في الفقرة الأولى من المادة 416 من القانون المذكور أعلاه وفي شطرها المحرر كالتالي" و100.000 دج بالنسبة للشخص المعنوي".

2 – عدم دستورية الحكم التشريعي الوارد في " الفقرة الثانية" من المادة 416 من القانون المذكور في في شطرها المحرر كالتالي: " القاضية بعقوبة الحبس بما في ذلك المشمولة بوقف التنفيذ".

رابعا: تفقد الأحكام التشريعية المقرر عدم دستوريتها أعلاه أثرها فورا.

خامسا: يسري أثر القرار بعدم الدستورية المصرح به أعلاه على كل الأحكام الجزائية التي لم تستنفد آجال الاستئناف عند تطبيق أحكام المادة 416 من القانون المذكور أعلاه.

سادسا: يعلم رئيس الدولة، رئيس مجلس الأمة بالنيابة، رئيس المجلس الشعبي الوطني والوزير الأول بهذا القرار.

سابعا: يبلغ هذا القرار إلى الرئيس الأول للمحكمة العليا.

ثامنا: ينشر هذا القرار في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية اليمقراطية الشعبية.

القرار الثاني: يحمل رقم 02 مؤرخ في 2019/11/20، تتعلق وقائعه بأحد المتقاضين كان قد صدر ضده حكم عن محكمة الجنح بخشنلة في 2019/01/20 قضى بإدانته من أجل جنحة قيادة مركبة بدون رخصة سياقة وعقابه بغرامة نافذة قدرها 20.000 دج. وبعد تسجيل استئناف في الحكم المذكور أمام المجلس القضائي، قدم المعني بواسطة محاميه دفعا بعدم دستورية المادة 416 ق.إ.ج في فقرتها الأولى – الشطر الأول- وذلك بسبب تعارضها مع المادة 160 من الدستور. وبعد تحويل المجلس المذكور طلب المعني إلى المحكمة العليا، أصدرت هذه الأخيرة قرارا بتاريخ 2019/09/16، قضت فيه بإحالة الطلب على المجلس الدستوري صاحب الاختصاص النوعي كي يفصل فيه. وبتارخ 2019/11/20، أصدر المجلس الدستوري قرارا فاصلا في الخصام، قضي فيه بما يلي:

أولا: التصريح بسبق الفصل في الدفع بعدم دستورية المادة 416 من قانوة الاجراءات الجزائية بموجب القرار الصادر عن المجلس الدستوري بتاريخ 20 نوفمبر 2019 تحت رقم 01/ق.م.د/دع د/19.

وكرر المجلس الدستوري ما ورد في قرار السابق رقم 01 المذكور أعلاه بشأن البنود: الوادرة في منطوق هذا القرار تحت العناوين من ثانيا إلى ثامنا، مثلما هي مفصلة فوقه.

تعميما لفائدة هذه الدراسة الميدانية المقارنة، نضيف أنه بالرجوع إلى حصيلة المجلس الدستوري الفرنسي بشأن تطبيق مسألة الدفع بعدم الدستورية منذ دخول هذا الاصلاح سنة 2010 حيز التنفيذ إلى غاية سنة 2018، نجد أنه قد أصدر قرارات كثيرة بمعدل 75 قرارا سنويا. وأن المجلس لم يتجاوز إطلاقا الثلاثة (03) أشهر المخولة له دستوريا للنطق بقراراته. فهو قد أصدر قراراته كلها في أجل متوسط قدره 75 يوما من تاريخ اخطاره. وجدير بالتنبيه كذلك إلى أن المسائل التي أخطر بها تعني جميع مجالات القانون. (قانون جزائي، جبائي، عام، تنظيم فضائي ... إلخ).

ب . الآثار القانونية المترتبة عن قرارات المجلس الدستوري في مجال الدفع بعدم الدستورية

حسب المادة 29 من النظام الداخلي، " يفصل المجلس الدستوري بقرار في الحكم التشريعي موضوع الدفع بعدم الدستورية ."

تترتب عن قرارات المجلس الدستوري الصادرة في مادة الدفع بعدم الدستورية آثار قانونية مهمة، لكنها مختلفة عن بعضها البعض. لأنها آثار مترتبة عن حالتين اثنتين، هما: إما حالة قضاء المجلس الدستوري بأن النص القانوني المنتقد يعد مطابقا للدستور (1). أو حالة تصريح المجلس بأن الحكم التشريعي المحتج عليه يتعارض مع الدستور (2).

1 . تصريح المجلس الدستوري بأن الحكم التشريعي المنتقد يعد مطابقا للدستور

إذا قرر المجلس الدستوري أن الحكم القانوني المنتقد يعتبر مطابقا للدستور، فإن ذلك الحكم القانوني يحتفظ بمكانته داخل النظام القانوني الداخلي. وعندئذ يتعين على الجهة القضائية المخطرة بالنزاع الأساسي أن تطبق ذلك النص القانوني مبدئيا، مع الأخذ في الحسبان التحفظات فيما يخص التفسير المشكل نهائيا بشأنها من طرف المجلس الدستوري.

غير أنه يجب على تلك الجهة القضائية المعنية بالخصام الأصلي أن تضع في حسبانها ألا يكون تفسير المجلس الدستوري متعارضا مع القانون الدولي، المتمثل في الاتفاقيات والمعاهدات التي انضمت اليها الدولة بصفة قانونية. لأن مثل هذه النصوص الدولية تعلو على القانون الداخلي بموجب بنص المادة 150 من الدستور الجزائري ذاته[86].

2 . قضاء المجلس الدستوري بأن الحكم التشريعي المطعون فيه يعد مخالفا للدستور

تطبيقا للمادة 191 فقرة أولى من الدستور التي تنص على أنه: " إذا ارتأى المجلس الدستوري أن نصا تشريعيا (أو تنظيميا) غير دستوري يفقد هذا النص أثره ابتداء من اليوم الذي يحدده قرار المجلس الدستوري؛ ذكرت الفقرة الثانية والأخيرة من المادة 29 من النظام الداخلي للمجلس أنه: " في حالة التصريح بعدم دستورية الحكم التشريعي، يحدد تاريخ فقدان أثره، طبقا للفقرة 2 من المادة 191 من الدستور"[87].

إذا قرر المجلس الدستوري أن الحكم التشريعي المحتج عليه مخالف للدستور، فإن ذلك الحكم التشريعي يكون عديم الأثر (مبدئيا)، ابتداء من تاريخ نشر قرار المجلس المذكور في الجريدة الرسمية، أو من التاريخ الذي يحدده المجلس في قراره ذاته . وهذا يعني أن ذلك الحكم التشريعي يجب أن يختفي من النظام

القانوني الوطني. وبالتالي، لا يطبق سواء تجاه صاحب الدفع بعدم الدستورية في النزاع الذي أثير بمناسبته، أو سواء في مواجهة الدعاوي القضائية الأخرى الجارية عند تاريخ نشر قرار المجلس الدستوري.

يمكن المجلس الدستوري أيضا أن يحدد الشروط والحدود التي تنتج فيها الآثار التي انتهكها الحكم التشريعي المنتقد والتي من شأنها أنها كانت محل ريبة. فتحت هذا العنوان قضى المجلس الدستوري الفرنسي، مثلا، بأنه يتعين على المشرع تبني أحكام تشريعية متعلقة بالدعوى المنشورة[88] وتبعا لذلك، أكد مجلس الدولة الفرنسي بأنه عندما يستعمل المجلس الدستوري هذا الخيار، فإنه يتعين على القاضي الاداري، المخطر بنزاع متعلق بآثار منتجه عن طريق الحكم التشريعي المصرح بعدم دستوريته، أن يرتاب هذا القاضي ويحتاط من آثار ذلك الحكم التشريعي. وبالتالي يستبعده القاضي، عند الاقتضاء تلقائيا، وذلك بالشروط والحدود التي رسمها المجلس الدستوري[89].

أوجبت الفقرة الأولى المادة 32 من النظام الداخلي على المجلس الدستوري إعلام كل من رئيسس الجمهورية ورئيس مجلس الأمة ورئيس المجلس الشهبي الوطني والوزير الأول، بقراره حول الدفع بعدم الدستورية. كما اوجبت الفقرة الثانية والأخيرة من هذه المادة المجلس المذكور أن: " يبلغ القرار. حسب الحالة . إلى الرئيس الأول للمحكمة العليا أو رئيس مجلس الدولة في أجل أقصاه ثمانية (8) أيام."

أخيرا، أورت المادة 34 أنه: "يمكن للمجلس الدستوري تصحيح الأخطاء المادية التي قد تشوب قرارته، تلقائيا او بطلب من السلطات أو الأطراف المذكورة في المادة 12 من هذا النظام".

خاتمة

يعد الدفع بعدم دستورية القوانين، الذي يثيره المتقاضون، آلية ديموقراطية جديدة جاء بها الاصلاح الدستوري الواقع في الجزائر سنة 2016. حيث أورد الدستور ميكانيزم الدفع بعدم الدستورية في المواد 188 و189 و191منه. وتمارس هذه الرقابة الدستورية البعدية المخولة للمتقاضين وفقا لضوابط وشروط رسمها القانون العضوي رقم 18-16 المؤرخ في 2018/09/02، الذي يحدد شروط وكيفيات تطبيق المادة الدستورية 188 المشار إليها أعلاه. وهو النص التشريعي الذي دخل حيز التطبيق أمام مختلف الجهات القضائية الجزائرية (الادارية والعادية) بعد مضي ثلاثة (03) أشهر من نشره في الجريدة الرسمية، أي ابتداء من تاريخ 2019/03/07. كما تم تدقيق وتفصيل ضوابط الدفع الذي ينظره المجلس الدستوري بموجب النظام المحدد قواعد عمل المجلس المؤرخ في 2019/05/12، المعدل والمتمم بمداولة المجلس نفسه المؤرخة في 17 أكتوبر 2019.

أخيرا، نخلص في هذه الدراسة المعمقة إلى حصيلة مفادها أن آلية الدفع بعدم الدستورية المخولة للمتقاضين والمتمثلة في امكانية التجريح في نص تشريعي ما، يجب أن تستعمل بكيفية موضوعية. وذلك من خلال احترام الضوابط والشروط المرسومة في القانون. وإنه تفاديا لاستعمال هذه الآلية الديموقراطية الجديدة بطريقة تعسفية أو اعتباطية، ينبغي أن يتم فحصها بدقة متناهية من طرف الجهات القضائية الدنيا. كما يتعين على الجهتين القضائيتين العليين (مجلس الدولة والمحكمة العليا) أن يتوليا . كل في مجاله . معالجة مدى جدية اثارة الدفع بعدم الدستورية وتوفر شروطه القانونية. بحيث

يتم الوصول إلى هذا المبتغى المنشود من خلال فحص الدفع المثار فحصا مدققا وتناول معالجته معالجة مركزة قبل اتخاذ القرار باخطار المجلس الدستوري صاحب الاختصاص النوعي في تقييم مدى دستورية الحكم التشريعي المنتقد.

آخرا، نختم دراستنا هذه بصفوة كلام، نقول فيها أنه متى تم استعمال هذه الآلية القانونية الجديدة، كرقابة دستورية بعدية يمارسها المتقاضون المضرورون، في الوجهة الصحيحة المرجوة منها؛ فهي بذلك سوف تشكل . بالضرورة . ضمانة قانونية إضافية لحماية الحقوق والحريات المخولة دستوريا للمواطنين. وبالتالي يتدعم مبدأ دولة سيادة الحق والقانون ببلادنا. لأن هذا المبدأ سيتكرس . لا محالة . أكثر فأكثر في الميدان وعلى أرض الواقع من خلال مختلف التطبيقات القضائية.

الهوامش:

(1) نصت المادة 188 من الدستور الجزائري صراحة على أنه: " **يمكن اخطار المجلس الدستوري بالدفع بعدم الدستورية بناء على احالة من المحكمة العليا أو مجلس الدولة، عندما يدعي أحد الأطراف في المحاكمة أمام جهة قضائية أن الحكم التشريعي الذي يتوقف عليه مآل النزاع ينتهك الحقوق والحريات التي يضمنا الدستور. تحدد شروط وكيفيات تطبيق هذه الفقرة بموجب قانون عضوي.**"

(2) عوض النظام المحدد قواعد عمل المجلس الدستوري مؤخرا بنظام جديد مؤرخ في 12 ناي 2019، (ج ر: رقم 42 ليوم 30 جوان 2019).

(3) Groupe de travail commun au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation sur la question prioritaire de constitutionnlité, (www.Conseil-etat.fr/ www.cour de cassation. Fr/).

(4) conseil-constitutinnel.fr

(5) www wikipidia. Fr

(6) Christine Maugue, Jacques-henri Stahl, La question prioritaire de constitutionnalité, Paris, éd. Dalloz. 2011. p. 279.

(7) Art.61-1 de la constitution française: " Lorsque à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte au droits et libertés garantis par la constitution, peut être saisi de cette question sur renvoi du conseil d'Etat et de la cour de cassation qui prononce dans un délai détermine.

(8) قانون عضوي فرنسي رقم 2009-123 صدر في 2009/12/10. ومطبق ابتداء من يوم 2010/03/01.

(9) عدل القانون العضوي الفرنسي كلا من: قانون الجهات القضائية الادارية (المواد:771 .LO و 1-771 .LO و1-77 .R)، وقانون التنظيم القضائي (المواد: 1-461 .LO. و LO. 461-2 و1-461 .R)، وقانون الاجراءات المدنية (المواد: 630 .LO و2-49 .R و34-49 .R)، وقانون الاجراءات الجزائية (احداث باب خامس مكرر: المواد من 126-1 إلى 126-13)، وقانون الجهات القضائية المالية (المادة 2-142 .LO).

(10) وقع تعديل الدستور الجزائري بموجب القانون رقم 16-01 المؤرخ في 2016/0/60، وهو منشور بالجريدة الرسمية رقم 14 ليوم 2016//03/07.

(11) نصت المادة 9 من النظام الداخلي للمجلس الدستوري الجزائري على أنه: " يخطر المجلس الدستوري في اطار الرقابة البعدية بالدفع بعدم الدستورية، بناء على احالة من المحكمة العليا أو مجلس الدولة، طبقا للمادة 188 من الدستور، ويفصل بقرار."

(12) الجريدة الرسمية رقم 54 ليوم 2018/09/05.

(13) C.E, 22 fév.2013,M.C.M., n°366245.

(14) نصت المادة 815 ق.إ.م.إ على أنه: " مع مراعاة المادة 827 أدناه، ترفع الدعوى أمام المحكمة الادارية بعريضة موقعة من محام.":. ونصت المادة 826 على أن: " تمثيل الخصوم بمحام وجوبي أمام المحكمة الادارية، تحت طائلة عدم القبول". ونصت المادة 827 (فقرة أولى) على أنه: " تعفى الدولة والأشخاص المذكورة في المادة 800 أعلاه، من التمثيل الوجوبي بمحام في الادعاء أو الدفاع أو التدخل." وذكرت المادة 906 أنه: " تطبق أحكام المواد من 826 إلى 828 أعلاه ، فيما يخص تمثيل الأطراف أمام مجلس الدولة."

(15) هناك فرضية وحيدة في القانون الفرنسي يمكن فيها اثارة مسألة عدم الدستورية مباشرة أمام المجلس الدستوري، هي عندما يكون النزاع مطروحا أمام هذا المجلس كقاضي موضوع، خصوصا بصفته قاض فاصل في المنازعات الانتخابية.

(16) تنص المادة 180 من الأمر رقم 71-28 من المتضمن قانون القضاء العسكري، المعدل والمنمم، على أنه: " يجوز، في كل وقت، الطعن في القرارات الصادرة عن مجالس الاستئنافات العسكرية وأحكام المحاكم العسكرية أمام المحكمة العليا ضمن الشروط وطبقا للاجراءات المنصوص عليها في المادة 495 من قانون الاجراءات الجزائية مع مراعاة أحكام هذا القانون."

(17) نصت المادة 19 من القانون العضوي رقم 05-11 المتعلق بالتنظيم القضائي الجزائري على موقع الجهات القضائية العسكرية ضمن التنظيم القضائي الوطني، باعتبارها جهات قضائية متخصصة تخضع أحكامها لرقابة المحكمة العليا.

(18) المواد من 137 مكرر إلى 137 مكرر 14 ق.إ.ج.

[19] المادتان 531 و531 مكرر ق.إ.ج..

[20] تم اعداد مشروع قانون أولي يتضمن احداث اربعة محاكم استئنافات ادارية على مستوي جهات الوطن. وصرح وزير العدل أن مشروع القانون سيعرض على مجلس الوزراء خلال شهر مارس 2018. غير أن ذلك قد تأجل، في انتظار تحريكه والدفع به إلى الأمام.

[21] تنص المادة 9 من القانون العضوي رقم 98-01 المؤرخ في 1998/05/30 المتعلق باختصاص وتنظيم عمل مجلس الدولة وتنظيمه وعمله، المعدل والمتمم، على أنه: " يفصل مجلس الدولة في الطعون بالنقض ضد قرارات الجهات القضائية الصادرة نهائيا، وكذا الطعون بالنقض في قرارت مجلس المحاسبة."

[22] نصت المادة 300 ق.إ.م.إ. على أنه: " يكون قاضي الاستعجال مختصا أيضا في المواد التي ينص القانون صراحة على أنها من اختصاصه، وفي حالة الفصل غي الموضوع يحوز الأمر الصادر فيه حجية الشيء المقضي فيه."

[23] C.E, 16/06/2010, Mme Diakité, n° 340250.

[24] C.E, 21/10-2010, Conference nationale des presidents des unions régionales des médecins libéraux, n°343527.

[25] C.E, 01/12/2011, Sarl rotoctch, n° 342536.

[26] كانت الصياغة الواردة من البرلمان لهذه المادة تتكلم عن عريضة " **مستقلة**". غير أن المجلس الدستوري حولها إلى عريضة " **منفصلة**"، على أساس أن المؤسس الدستوري يستعمل كلمتي" استقلالية " و " مستقلة" باعتبارهما صفتين ملازمتين للهيئات والسلطات التي أقر لها صفة الاستقلالية في عملها أو الاستقلالية المالية والادارية كما ورد ذلك في المواد 156 و176 و182 و194 و198 و202 من الدستور. وفي الصدد، يمكن الرجوع إلى نظام المجلس الدستوري المنشور مع القانون العضوي رقم 18-16 في الجريدة الرسمية رقم 54 لسنة 2018.

[27] يلاحظ هنا أن كلا من النيابة العامة ومحافظة الدولة تبديان رأيهما بشأن مدى توفر الشروط التي يتطلبها لقانون في الدفع المثار. فهما لا تعدان سوى طرف منظم في هذه المسألة يطالب بتطبيق القانون لا غير.

[28] رأي المجلس الدستوري رقم 18/03 مؤرخ في 2018/08/02 يتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي الذي يحدد شروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الستورية للدستور. الجريدة الرسمية رقم 54 لسنة 2018.

[29] يلاحظ هنا أنه عملا بالمادة 142 الدستور الجزائري الحاصل ستة 2016، تم سنة 2018 تعديل القانون العضوي رقم 98-02 المؤرخ في 1998/05/30المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله، بحيث أصبح المجلس المذكور يبدي رأيه الاستشاري للحكومة بشأن مشاريع الأوامر الرئاسية وفقا للاجراءات التي يدرس بها مشاريع القوانين والقوانين العضوية. وهذه تبدو مقارقة عجيبة بالتسبة لمجلس الدولة، لأنه من غير المستساغ أن يبدي رأيا استشاريا لرئيس الدولة بصفة هذا الأخير رئيسا للسلطة التنفيذية، بحيث يمكمن أن تخضع قراراته لرقابة هذا المجلس، باعتبارها أعمالا ادارية. (قانون عضوي رقم 18-02 مؤرخ في 20018/03/30 يعدل ويتمم القانون العضوي رقم 98-01).

[30] نصت المادة 142 من الدستور الجزائري، قائلة: " لرئيس الجمهورية أن يشرع بأوامر في مسائل عاجلة في حالة شغور المجلس الشعبي الوطني أو خلال العطل البرلمانية، بعد رأي مجلس الدولة. ويعرض النصوص التي اتخذها على كل من غرفتي البرلمان في أول دورة ليوافق عليها. يمكن رئيس الجمهورية أن يشرع بأوامر في الحالة الاستثنائية المذكورة في المادة 187 من الدستور. تعد لاغية الأوامر التي لا يوافق عليها البرلمان."

[31] تنص المادة 9 من القانون العضوي رقم 98-01 المتعلق باختصاصات مجلسس الدولة وتنظيمه وعمله على أنه: " يفصل مجلس الدولة ابتدايا ونهائيا في: 1- الطعون بالالغاء المرفوعة ضد القرارات التنظيمية والفردية الصادرة عن السلطات المركزية والهيئات العمومية الوطنية والمنظمات المهنية الوطنية. 2- الطعون الخاصة بالتفسير ومدى شرعية القرارات التي تكون نزاعاتها من اختصاص مجلس الدولة."

[32] نصت المادة 901 ق.إ.م.إ. على أنه: " يختص مجلس الدولة كدرجة أولى وأخيرة، بالفصل في دعاوي الالغاء والتفسير وتقدير المشروعية في القرارات الصادرة عن السلطات الادارية والمركزية."

[33] C.E, 16/07/2010, SCI La saulaie, n° 334665.

[34] C.E, 23/07/2010, M. Laurent, n° 340115.

[35]) C.E, 11/03/2011, M. Alexandre A., n° 341658.

[36] تتمثل الوقائع في أن الجنرال Charles De Gaulle رئيس الجمهورية الفرنسية كان قد أصدر أمرا يوم 1962/06/01 أنشأ بموجبه مجلسا عسكريا للقضاء، وستند في ذلك على قانون استفتائي (Loi référendaire) كان الشعب الفرنسي قد صوت عليه مباشرة يوم 1962/04/09 بشأن قبول اتفيات ايفيان المبرمة بين الدولة الفرنسية والحكومة الجزائرية المؤقتة. وكان ذلك القانون الاسستفتائي قد خول لرئيس الدولة الفرنسية اتخاذ أمر أو مرسوم يصدر في مجلس الوزراء، يحدد فيه " جميع التدابير التشريعية أو التنظيمية المتعلقة بتطبيق اتفاقيات ايفيان." وعلى هذا الأساس، أحدث الجنرال De Gaulle جهة قاضئية متخصصة، تتمثل في مجلس عسكري للقضاء من أجل محاكمة بعض الأشخاص المتمردين الذين ارتكبوا جرائم محددة لها علاقة بالحوادث الجزائرية. وبعد ادانة ثلاثة متهمين بالإعدام، وهم المسمين: Canal وRobin وGadot، طعن هؤلاء بالالغاء أمام مجلس الدولة ضد الأمر الرئاسي المشار إليه. وفي النهاية، أبطل مجلس الدولة أمر رئيس الدولة، مستندا في قضائه على نوعية الاجراءات المتبعة أمام ذلك المجلس العسكري، من جهة. وعلى انعدام أي طريق من طرق الطعن للأشخاص المدانين (الفاعلون وشركاؤهم)، من جهة أخرى. وهو ما شكل مساسا بالمبادئ العامة للقانون الجزائي. وقد تسبب قرار مجلس الدولة الصادر أنذاك في حدوث تشنج لدى الجنرال Degaulle. وهدد هذا الأخير بذلك كيان مجلس الدولة ذاته، إن لم يكن في وجوده فهو كان على الأقل في صلاحياته. غير أن الرئيس تراجع عن موقفه المتشنج خوفا من المساس بهيئة قضائية دستورية. وهكذا يكون مجلس الدولة الفرنسي قد اعترف لنفسه بالنطق باختصاصه في مراقبة الأمر التشريعي المتخذ في مجلس الوزراء بناء على تفويض من البرلمان (القانون الاستفتائي). فقد أعطى مجلس الدولة لذلك النص التشريعي الاستفنائي تفسير ضيقا، عندما أسس اجتهاده على سببين اثنين، هما: السبب الأول، هو أن احداث المجلس العسكري للقضاء لا يدخل في اطار التفويض الذي خوله القانون الاستفتائي لرئيس الدولة الفرنسية، وذلك بسبب عدم النص عليه صراحة في القانون. وبالتالي لا يجوز أن ينظر إلى ذلك المجلس على أنه يمكن انشاؤه من قبل الرئيس كاستثناء عن المبادئ العامة للقانون، بما فيها مبادئ القانون الجزائي. أما السبب الثاني، فهو مؤسس على تطبيق نظرية الظروف الاستثنائية، وذلك باعتبار أنه إذا كانت "ظروف ذلك الوقت" يمكن أن تبرر قانونيا بعض الانتهاكات المشروعة، فيجب أن تكون تلك الانتهاكات ضرورية بصرامة من أجل اتباع الهدف المتوخى، وهو اتفاقيات ايفيان في قضية الحال. وفي هذا الصدد، رأى مجلس الدولة الفرنسي أن الهدف المتبع في القضية لا يبرر الانتهاكات الخطيرة الماسة بالمبادئ العامة للقانون الجزائي، مادام الهدف المنشود يمكن الوصول إليه دون ارتكاب مثل تلك الانتهاكات.

(37) Loi constitutionnelle n° 2005-05 du 01/03/2005, JORF du 02/03/2005, p. 3697.

(38) C.E, 25/06/2010, Region Lauraine, n° 340492.

(39) C.E, 15/07/2010, n° 340492b.

(40) نصت المادة 11 من القانون العضوي الجزائري على أنه: " لا ترجئ الجهة القضائية الفصل في الدعوى، عندما يكون شخص محروم من الحرية بسبب الدعوى أو عندما تهدف هذه الأخيرة إلى وضع حد للحرمان من الحرية وعندما ينص القانون على وجوب فصل الجهة القضائية في أجل محدد أو على سبيل الاستعجال."

(41) تجدر الاشارة في هذا المنوال إلى أنه في فرنسا، سمحت المادة R6771-. من التنظيم ، التابع لقانون الجهات القضائية الادارية، لقاضي الدرجة الأولى بعدم تحويل الدفع بعدم دستورية حكم تشريعي على أساس نفس الأسباب التي سبق لمجلس الدولة أو المجلس الدستوري أن أخطر بها. وفي هذه الحالة يتوقف القاضي عن الفصل في النزاع الأصلي المعروض عليه إلى إعلامه بنتائج تحويل الملف السابق إلى مجلس الدولة أو انتظار قرار المجلس الدستوري في هذا الشأن.

(42) C.E, 14/04/2010, Union des familles en Europe, n° 1323830.

(43) C.E, 14/04/2010, M. Khedija A. et M. Mokhtar A. n° 336753.

(44) C.E, 13/01/2014, M.C.B., n° 372804.

(45) C.E, 14/05/2010, M. Senad B., n° 313205.

(46) C.E, 18/07/2011, Fédération nationale des chasseurs et autre, n° 340412.

(47) C.E, 19/10/2011. Earl Scmidtteppel et autre, n° 343889.

(48) C.E, 19/03/2010. Commune de Buc, n° 330310.

(49) C.E, 03/12/2009,n° 2009-595. DS.

(50) C.E, 28/10/2011, M. Jean-Paul A., n° 388199.

(51) C.E, 20/04/2014, Departement de la Somme, n° 344660.

(52) C.E, 22/12/2012, Mme Marine A., 355137.

(53) Rapport commun, op, cit., p.9.

(54) Rapport commun, op, cit., p.10.

(55) Cass. Crm., 22/01/2013, n° 12-09.065..

(56) Cass. Soc., 28/09/2010, n° 10-40.027; Cass. Civ., 25/09/2013, n° 13-40.044, Bull 2013 I n° 185.

(57) Cass. soc., 17/02/2016, n° 15-40.042.

(58) Cass. Sos., 28/11/2012, n° 11-17.941.

(59) Cass. Civ., 30/03/2017, n° 16-22.058.

(60) Cass. Civ., 13/02/2014, n° 13-22.383; C.E, 1/12/2014, SA Technicolor, 380942; C.E, 26/06/2017, SAS PalmElit, n° 410437; C.E, 25/09/2017, n° 412024.

(61) Ppport commun, op. cit., p.8..

(62) Cass. Crim., 12/04/2012, n° 12-900.04; Cass. Crim., 05/10/2011, n° 11-90.087, Buul. Crim, 2011, n° 196; Cass. Crim. 26/06/2012, n° 12-80.319, BULL. crim. 2012, n° 159. CASS. Crim. 20/02/213, n° 12-85.116; Cass. Civ. 10/0/2014, n° 13-25.985; Cass. Com. 05/09/2013, n° 13-'0.034, Bull. 2013, IV n° 127; Cass. Civ. 27/04/2017, n° 17-400.027.

(63) Rapport commun, op. cit., p. 8.

(64) Cass. Civ. 26/06/2013, n° 13-40.027; Cass. Civ; 04/12/2013, n° 13-14.056; C.E, 07/07/2017 n° 410620; C.E, 28/12/2017, n° 415038.

(65) C.E, 16/01/2015, Sté Métropole télévision, ° 386031, p.9.

(66) نصت المادة 187 (فقرة أخيرة)من الدستور الجزائري على أنه: " تكون آراء المجلس الدستوري وقراراته نهاية وملزمة لجميع السلطا ت العمومية والسلطات الادارية والقضاية."

(67) Cass. Soc, 20/12/2017, 17-13.449.

(68) Cass. Com, 15/02/218, n° 17-22.192.

(69) Cass. Crim, 29/11/2016. N° 16-90.024.

(70) C.E, 27/09/2017, n° 410403,

(71) C.E, 15/01/2016, Ligue des droit de l'hmme, n° 395091.

(72) C.E, 11/12/2015, n° 395009; C.E, 2/12/2017, M. C..A..B, et ligue des droits de l'homme, n° s 415434, 415697.

(73) Cass; crim., 25/1/ 2017, n° 16-90.030.

(74) Rappport commun, op. cit. p.10.

(75) C.E, 01/10/2010. 338505.

(76) C.E, 18/09/2013, n° 369834; Cass. Cos., 20/02/2014. n° 13-20.70.

(77) Cons..Const., Cass. Crim., 19/01/ 2011, n° 10-85.159.

كان لمحكمة النقض الفرنسية مسعى مماثل لمسعى مجلس الدولة. وذلك باستعمالها معيار المسألة الجديدة من أجل احالة دفع كانت سابقا لا تعتبر أنه يمثل طابعا جديا. كما هو الشأن، مثلا، بالنسبة لعدم تسبيب قرارت محكمة الجنايات التي خضعت، في الأخير بعد تردد، لرقابة المجلس الدستوري من هذه الزاوية.

(78) C.E, 08/10/2010, M. Kamel A., n°338505.

(79) C.E, 21/09/2011, M.G., n°350385.

(80) Cass. Soc., 13/07/2016, n° 16-40.209; Cass. Civ., 01/03/2017, n° 16-40.278.

(81) Cass. Soc., 12/03/2014, n° 13-23.174, Bull2014, V, n° 774; a contrario, Cass. Crim., 01/10/2014, n° 14-85.722.

(82) Rapport commun, op. cit., p. 10.

(83) Rappport commun, op. cit., p.10.

(84) C.E, 24/11/2010. M.C., n°340970.

(85) المادة 13: " تفصل المحكمةالعليا أو مجلس الدولة في الة الدفع بعدم الدستورية إلى المجلس الدستوري في أل شهرسن(2) من تاريخ استلام الارسال المنصوص عليه في المادة 9 من هذا القانون."

(86) تنص المادة 150 من الدستور الجزائري على أن: " المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية، حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور، تسمو على القانون."

(87) تنص المادة 191 (فقرة 2) من الدستور قائلة: " إذا ارتأى المجلس الدستوري أن نصا تشريعيا (أو تنظيميا) غير دستوري يفقد هذا النص أثره، ابتداء من يوم قرار المجلس الدستوري."

(88) Cons. Const. ,2010-1. QPC, 28/05/2010.

(89) C.E, 13/05/2011, n°316734.

توصيات الملتقى الدولي العاشر الموسوم بـ: القضاء والدستور المنعقد يومي: 8 و 9 ديسمبر 2019 بكلية الحقوق والعلوم السياسة جامعة الشهيد حمة لخضر بالوادي

اجتمعت لجنة **التوصيات** المشكلة من :

الرئيس: الدكتور سعيد مقدم

المقرر: الأستاذ الدكتور عمار بوضياف

الأستاذ الدكتور مسعود شيهوب

الأستاذ الدكتور عصام بنحسن

الأستاذ الدكتور محمد الناصر بوغزالة

الأستاذ الدكتور عزري الزين

الدكتور لحبيب بلحاج

الدكتور المستشار نويري عبد العزيز

المستشار عبد العزيز مقران

القاض فراس لوكيل

الأستاذة الدكتورة فدوى المصمودي

حيث أكد المشاركون في فعاليات الملتقى على **أهمية موضوع الملتقى** كونه يتعلق **بالتشريع الأسمى للدولة** و أحد سلطاتها الثلاث ألا وهي السلطة القضائية ، بالإضافة أن الملتقى يتزامن مع **صدور** القرار الأول والثاني عن **المجلس الدستوري الجزائري** وما خوله التعديل الدستوري لسنة **2016** من أحكام ذات نوعية تعزز الدور الرقابي للمجلس الدستوري في مجال حماية الحقوق والحريات الدستورية تحقيقا وارساء لدولة القانون مع الاستئناس بدراسات و بتجارب دول المغرب العربي و الأنظمة المقارنة.

اتسم الملتقى بمداخلات علمية ثرية من لدن أساتذة وباحثين دوليين:

الجلسات العامة 16 مداخلة .

الورشات **76** مداخلة

وسجل الملتقى بارتياح كبير مساهمات وتجاوب المشاركين من أساتذة وطلبة من مختلف مسارات التكوين التي عكست المستوى العالي من حيث الطرح والإنشغال والمقترحات.

يثمن الملتقى مشاركة ومساهمة سائر المؤسسات ذات العلاقة بالموضوع منها:

1- المجلس الوطني لحقوق الإنسان ممثلا في رئيسه
2-المجلس الشورى لإتحاد المغرب العربي ممثلة في أمينه العام
3-مجلس الدولة الجزائري ممثلا في مستشار الدولة الدكتور عبد العزيز نويري
4-المحكمة الإدارية التونسية
5-الجامعات التونسية: صفاقس- قابس- سوسة
6-المؤسسات الجامعية الوطنية- 22 مؤسسة.

وانتهى المتدخلون للتوصيات التالية:

1-دعوة المؤسس الدستوري الجزائري لتعزيز الدور الرقابي للمجلس الدستوري في مجال رقابة دستورية القوانين لتشمل النصوص التنظيمية حفاظا على انسجام النصوص وفعاليتها. و كذا مراجعة القانون العضوي 18-16 المتعلق :

-تقليص الآجال المخصصة للمجلس الدستوري للبت في الدفع.

-تعديل سائر القوانين ذات العلاقة بنظام الدفع بعدم الدستورية لا سيما قانون الإجراءات المدنية في مادته 360 والإجراءات الجزائية في مادته 500 قصد التكفل بمبدأ الوجاهية المنصوص في الدستور .

- اعتبار الدفع بعدم الدستورية من لنظام العام بما يخول للقاضي إثارته من تلقاء نفسه بهدف المحافظة على علوية الدستور وتوسيع جهات الإخطار في غير حالات الدعاوىالقضائية لتشمل مثلا مؤسسات المجتمع المدني المتخصصة والفاعلة وتوسيع موضوع الدفع بعدم الدستورية على أن يشمل كل النصوص الدستورية.

- النظر في إمكانية استحداث محكمة دستورية أو توسيع الاختصاص القضائي للمجلس الدستوري في هذا المجال وذلك بدعمها بقانون إجرائي ينظم الدعوى القضائية الدستورية على غرار ما هو معمول به في بعض التجارب المقارنة.

-تعديل المادة 194 من التعديل الدستوري لسنة 2016 باستبدال تسمية الهيئة الوطنية المستقلة لتنظيم الانتخابات ب " السلطة الوطنية المستقلة للانتخابات"

2-إنشاء مركز مغاربي للدراسات والبحوث في مجال الحقوق والحريات تكريسا لدولة القانون يتكون من خبراء في المجال المذكور ويكمن دوره أساس في نشر وإشعاع الثقافة الدسستورية.

3-إعداد ميثاق مغاربي لحماية الحقوق والحريات إرساء لمنظومة مواطنة مغاربية منسجمة.

4-تشجيع توأمة مخابر البحث المتخصصة في مجال الحقوق والحريات والقضاء الدستوري بين دول المغرب العربي بما يسمح بتبادل الخبرات وترقية البحث العلمي المشترك.

5-إيلاء الأهمية القصوى والعاجلة لمنظومة تكوين القضاة ومساعدي العدالة في المسائل الدستورية وتحسين مستوى التأهيل.

6- التخلي عن قاعدة أو شرط أغلبية الثلثين لاختيار أعضاء المحكمة الدستورية التونسية من قبل مجلس نواب الشعب والمجلس الأعلى للقضاء.

وفي الأخير رفع المشاركون في الملتقى رسالة تقدير وعرفان لراعي الملتقى الأستاذ الدكتور عمر فرحاتي وعميد الكلية الأستاذ دراجي المكي وكافة الساهرين على إنجاح هذا الملتقى من لجنة علمية وتنظيمية وأساتذة من تونس والجزائر و طلبة من كل المسارات والمؤسسات الإعلامية آملين مزيدا من النجاح والتوفيق في لقاء قريب لتسليط الضوء على موضوع الرقابة على العملية الانتخابية في الدول المغاربية.

شكرا على كرم الإصغاء

أعمال
الملتقى الدولي العاشر

القضاء والدستور

