

الءفء بءم ءسءورفة القوانف أءام القاضف الءءارف فف الءزائر وفرنسا " اقءراب من الرقابة القضائف ءسءورفة ؛ ءعزف ءءولة القانون ؟ "



أ/ صالح ءابفر
ءامعة الشهفء ءمة لءضر الواءف
أ/ءعفر عرارم
ءامعة الشهفء ءمة لءضر الواءف

ملءص:

ءعءبر الرقابة على ءسءورفة القوانف من بفن الضمائف المهمة لءعزف ءءولة القانون، وضمائف أكءر لفاعلفة المشروعة القانونية. ءفء النظرفة ءءقلفءفة فف ءءبفء هذه الضمائف ءءضمن فف نموءفءف: الءول فءءلق بالنموءء الأنءلوسءسونف والمءمءل فف الرقابة القضائف على ءسءورفة القوانف، والنموءء اللءفنف والمءمءل فف الرقابة السفسافة على ءسءورفة القوانف. وئظرا لوءاهة النموءء الأنءلوسءسونف، ءبنى المؤسس ءسءورف الفرنسف ءم المؤسس الءزائر ف آلفة ءءفءة ءءمءل فف ءفء بءم ءسءورفة القوانف أءام القضااء الءءارف والءاءف، وهو قء فمءل اقءرابا من النموءء الأنءلوسءسونف من ءهة ومعززا لءءولة القانون من ءهة ءائفة. **الكلمات المفتاحفة:** الرقابة السفسافة على ءسءورفة القوانف، الرقابة القضائف على ءسءورفة القوانف، ءفء بءم ءسءورفة القوانف.

Abstract:

The Control of the constitutionality of laws is one of the important guarantees to strengthen the rule of law and ensure more effective legal legitimacy.

Where the traditional theory in the application of this guarantee includes in two models; the first concerns the model Anglo-Saxon and the judicial control of the constitutionality of laws, and the Latin model, which is the political control of the constitutionality of laws.

In view of the propriety of the Anglo-Saxon model, the French constitutional founder and then the Algerian founder adopted a new mechanism to push the unconstitutionality of laws before the administrative and ordinary courts, which might represent a close Anglo-Saxon model on the one hand and a strengthening of the rule of law on the other.

مقدمة:

ان مبدأ تدرج القواعد القانونية ينجم عنه مبدأ مرتبط به موضوعا ألا وهو مبدأ سمو الدستور عن غيره من التشريعات، حيث يعبر المبدأ الأخير عن ضرورة عدم مخالفة القاعدة الأدنى الاتفاقية، أو التشريعية أو اللائحية للقاعدة الدستورية باعتبارها القاعدة المعيارية، هذه المخالفة قد تكون شكلية أو موضوعية لذلك كرسست ضمانات الرقابة على دستورية القاعدة القانونية، حيث ثار خلاف فقهي قضائي حول مدى حق القضاء برقابة دستورية القوانين¹. حيث تعدى هذا الخلاف الى المشرع في مختلف النظم القانونية للدول، وأيدت بعض التشريعات أحقية القضاء في رقابة دستورية القانون، وعارضت تشريعات أخرى ذلك الأمر.

ان الرقابة على دستورية القوانين تعد من بين الآليات المهمة الضامنة لاحترام المشروعية القانونية بمفهومها الواسع، وتكرس احترام الدستور والقوانين من قبل السلطات العمومية². وبالتالي تعزيز دولة القانون.

وفي النظرية التقليدية الدستورية انقسمت النظم القانونية في رقابة دستورية القوانين الى نظامين؛ الأول تميز بالطابع الوقائي السابق عبر هيئة سياسية وبالتالي سميت الرقابة تبعا له بالرقابة السياسية. أما الثاني فتميز بالطابع العلاجي اللاحق عبر الهيئات القضائية وبالتالي سميت الرقابة تبعا له بالرقابة القضائية³.

ومن خلال الممارسة القانونية الدستورية المتعاقبة لنظم الرقابة على دستورية القوانين، وتعزيز ضمانات حقوق المواطن وتفعيلها دستوريا من خلال تطبيق نص قانوني سليم وصحيح وبعيد عن العوار الدستوري، سواء أكان في صالحه أو ضده، وظهور عيوب عملية في تطبيق أساليب الرقابة التقليدية على دستورية القوانين - السياسية والقضائية - تكفلت النظم الدستورية بتطوير آليات الرقابة على دستورية القوانين، وذلك من خلال آلية الدفع بعدم دستورية القوانين وذلك في نظام الرقابة السياسية الفرنسي أساسا، وبذلك تم التمازج بين آليات الرقابة الدستورية السياسية والرقابة الدستورية القضائية، مع التعديلات الدستورية الجديدة في كل من فرنسا والجزائر.

فالدفع بعدم دستورية القوانين آلية جديدة تبناها المؤسس الدستوري الجزائري بموجب التعديل الدستوري لسنة 2016، يمكن المواطن من خلالها الفات نظر القضاء عموما بعوار قاعدة تشريعية ومخالفتها للدستور.

هذه الآلية في واقع الحال، قد تعبر عن اقتراب النموذج التقليدي للرقابة السياسية الفرنسي المنشأ، الى نموذج الرقابة القضائية، وفي الجهة المقابلة يعبر عن تعزيز لمبادئ دولة القانون، خاصة وأن الدفع مرتبط بالحقوق والحريات المتضمنة في الدستور.

تبعاً لذلك يطرح الباحث الأشكال التالي:

ما مدى فعالية الدفع بعدم دستورية قانون أمام القاضي الإداري في الجزائر أساساً وأثره في تعزيز دولة القانون؟

تبعاً لما تقدم، يمكن ان تنطرق، في مدخل تمهيدي الى النظرية التقليدية للرقابة الدستورية على القوانين ، ثم التحول الذي طرأ على فكرة الرقابة على دستورية القوانين في مسألة الدفع بعدم دستورية القوانين في فرنسا والجزائر، ثم في مبررات الدفع بعدم الدستورية أمام القاضي الإداري وأثره في تكريس دولة القانون.

مدخل تمهيدي: النظرية التقليدية للرقابة على دستورية القوانين.

ترد النظرية التقليدية أساليب الرقابة على دستورية القوانين الى صنفين، الرقابة السياسية والرقابة القضائية.

أولاً: الرقابة السياسية على دستورية القوانين.

يقسم بعض الفقه الدستوري الرقابة السياسية على دستورية القوانين الى قسمين: الرقابة التي تمارس من قبل مجلس دستوري، ورقابة تمارس من قبل هيئة نيابية.

1. الرقابة على دستورية القوانين بواسطة المجلس الدستوري.

تعتبر فرنسا مهد نظام الرقابة السياسية على دستورية القوانين الأول، من خلال اتخاذ هيئة سياسية خاصة غرضها التحقق من مدى مطابقة القانون قبل صدوره للدستور، وبالتالي فهي تعد رقابة قبلية وقائية. حيث طالب الفقيه الفرنسي سيزر بإنشاء هيئة سياسية تكون مهمتها إلغاء القوانين المخالفة للدستور، وذلك بهدف حماية الدستور وضمان حقوق وحريات الافراد والمواطنين.⁴

ويرى الأستاذ سعيد بوالشعير ان فرنسا أخذت بنظام الرقابة السياسية على دستورية القوانين دوناً عن نظام الرقابة القضائية، والذي يعني أساساً بتدخل القضاة في رقابة دستورية القوانين، يعود أساساً الى أسباب تاريخية وقانونية وسياسية.⁵

جميعها مرتبط بواقع ما قبل الثورة الفرنسية، والعداء الذي كان للبرلمانات القضائية ما قبل الثورة الفرنسية والتي كانت تتميز بطابع عدم القانونية والممارسة البرجوازية. فمن الناحية التاريخية كانت القوانين قبل الثورة الفرنسية تجد عرقلة في تنفيذها من قبل المحاكم المسماة البرلمانات، لذلك أثار رجال الثورة عدم اقحام القضاء في رقابة القانون تبعا للتاريخ القديم للقضاء.

أما من الناحية القانونية، فأصل الرقابة السياسية على دستورية القوانين، يجد مصدره من تطبيق مبدأ الفصل بين السلطات الذي فهمه وكرسه رجال الثورة الفرنسية، وذلك بعدم تدخل القضاء باختصاصات وصلاحيات السلطتين التشريعية والتنفيذية.

أما سياسيا، فقد اعتبر تدخل القضاة بتقدير مدى مطابقة القانون للدستور هو تعدي على ارادة الأمة، حيث هذه الأخيرة اسمى من ارادة القاضي، وبالتالي لا يجوز سياسيا وقانونيا وأخلاقيا رقابة دستورية قانون صادر عن الأمة من قبل القاضي.

2. الرقابة السياسية على دستورية القوانين بواسطة هيئة نيابية.

لقد آثرت بعض النظم الدستورية احالة الرقابة على دستورية القوانين الى هيئات نيابية هي في الغالب تتمثل في البرلمان، وذلك اعلاء من شأن الهيئة المنتخبة في تلك النظم باعتبارها ممثلة للشعب الضامنة لحقوق الجماعة والارادة الجماعية للجميع، وقد تبني هذا الاتجاه سابقا في دول الاتحاد السوفياتي والمانيا الشرقية⁶.

وهذه الطريقة الثانية منتقدة لعدم فاعليتها مقارنة بغيرها، لأنه ببساطة لا يمكن لهيئة تشريع وتعمل على رقابة مدى دستورية القانون الذي صدر منها في آن واحد⁷.

ثانيا: الرقابة القضائية على دستورية القوانين.

الرقابة القضائية على دستورية القوانين، تمثل النموذج الأنجلوسكسوني، وتعني أساسا تولي جهة قضائية معينة رقابة مدى مطابقة قانون معين للدستور، وهي تتعد في صور مختلفة، يمكن ردها الى صنفين، رقابة قضائية لدستورية القوانين عن طريق الدعوى الاصلية ورقابة قضائية لدستورية القوانين عن طريق الدفع الفرعي⁸.

1- الرقابة القضائية على دستورية القوانين عن طريق الدعوى الأصلية.

هذه الرقابة ينص عليها الدستور صراحة، من خلال اسناد مهمة الرقابة الى جهة قضائية بعينها، تكون في العادة محكمة عليا في الدولة، وهي رقابة هجومية، تسمح للمواطن رفع دعوى اصلية مباشرة أمام الجهة القضائية المخولة برقابة دستورية القوانين حتى ولو لم يطبق القانون عليه، حماية لمصلحة قد تمس مستقبلا بتطبيق القانون، وحكم الجهة القضائية بات ونهائي وذو حجية مطلقة في مواجهة الكافة.

2- الرقابة القضائية على دستورية القوانين عن طريق الدفع.

لا ينص الدستور غالبا على هذا النوع من الرقابة، انما يثار الدفع تلقائيا عندما يثار نزاع قضائي يدفع احد الخصوم بعدم دستورية قانون معين، حيث للمحكمة النظر في دستورية او عدم دستورية القانون وهو يخص النزاع المعروض فقط أي له حجية على اطراف النزاع فحسب.

المطلب الأول: التحول في الرقابة على دستورية القوانين في فرنسا الجزائر

ان الاشكالية الأساسية التي طرحت للبحث الدستوري هو مسألة " السلطة المخولة بالدفع بعدم دستورية القوانين " و " سلطة الحكم بدستورية أو عدم دستورية القوانين "، حيث النظرية التقليدية للرقابة على دستورية القوانين، ترى أن الرقابة السياسية ذات النموذج الفرنسي الأول – قبل التحول والتطور الجديد – ترى أن طبيعة الرقابة هي وقائية والسلطة المخولة بالدفع بعدم الدستورية تتمثل في سلطات عمومية من رئيس الجمهورية ورئيسي غرفتي البرلمان الى أن توسعت الى اعضاء من السلطة التشريعية لاحقا، دوناً عن الأفراد. وسلطة الحكم هي هيئة سياسية لا قضائية تتمثل في المجلس الدستوري، أما الرقابة القضائية ذات النموذج الأمريكي، ترى أن طبيعة الرقابة لاحقة والسلطة المخولة بالدفع بعدم الدستورية هي متاحة للفرد بالدرجة الاولى، والذي يمثل المعنى المباشر بتطبيق القاعدة القانونية التي قد تكون مخالفة للدستور. والقاضي يفصل في موضوع الدستورية، سواء بالإلغاء الكلي للقاعدة القانونية أو الاكتفاء بعدم تطبيقها على النزاع فقط متى قضى بعدم دستورتها.

والباحث في هذا المقام، يرى اقتراب النموذج الفرنسي في الرقابة على دستورية القوانين من النموذج الأنجلوسكسوني، وذلك من خلال تفعيل دور الفرد في اثاره الدفع بعدم الدستورية بداية، واتاحة الأمر أن تكون أروقة القضاء مجالا للدفع بعدم دستورية القوانين واحالة الامر للمجلس الدستوري فيما بعد، وذلك بموجب التعديل الدستوري لسنة 2008، والذي تبعه الدستور الجزائري وذلك في تعديل 2016.

أي أن الباحث؛ يرى بداية تأثير النظام الرقابي لدستورية القوانين في كل من فرنسا والجزائر بالنموذج الرقابي القضائي لدستورية القوانين المتمثل في النموذج الأمريكي أساسا.

وهذا التوجه؛ يمكن ان نبينه من خلال التحول الذي طرأ على رقابة دستورية القوانين من خلال الدفع بعدم الدستورية، في فرنسا بداية ثم في الجزائر.

الفرع الأول: الدفع بعدم الدستورية في فرنسا.

ان أساس الرقابة الدستورية على القوانين في النظام الفرنسي، تقوم على قاعدة الرقابة السياسية من خلال المجلس الدستوري، والتي يقابلها الرقابة القضائية في نظم قانونية أخرى. وطبيعة الرقابة قبلية قبل دخول القانون حيز النفاذ.

لكن تعديل الدستور الفرنسي في 23 جويلية 2008 أتى بآلية جديدة في الرقابة على دستورية القوانين، حيث أتاح هذا التعديل لأول مرة الطعن في الأحكام التشريعية الصادرة عن البرلمان من قوانين عضوية وعادية وأوامر بغرفتيه (الجمعية الوطنية ومجلس الشيوخ) أمام القضاء. وكان ذلك في نص المادة 61 من الدستور حيث اضيفت فقرة بهذا الشأن: " عند مناسبة النظر في دعوى مقامة أمام القضاء، ودفع أحد أطراف الدعوى، بأن حكما تشريعيا ينتهك الحقوق والحريات التي كفلها الدستور، يستطيع المجلس الدستوري النظر في هذه المسألة بناء على احوالها اليه من مجلس الدولة أو محكمة النقض الذين يتخذان قرارهما خلال فترة محددة، ويحدد بقانون عضوي شروط تطبيق هذه المادة".

حيث صدر فعليا هذا القانون العضوي في 10 ديسمبر 2009 حيث سعى هذه الرقابة ب:

La Question Prioritaire de Constitutionnalité

أي: "مسألة الأولوية الدستورية"، أو اختصارا باللغة الفرنسية QPC⁹.

حيث يثار الدفع بعدم دستورية القانون أمام المحاكم الفرنسية بمختلف درجاتها، سواء أكانت محكمة درجة أولى أو محكمة استئناف، أو محكمة نقض. وسواء أكانت عادية تخضع لمحكمة النقض أو ادارية تخضع لمجلس الدولة¹⁰.

حيث يجب أن يكون الطعن مكتوبا ومسببا ومنفصلا عن اجراءات الدعوى الأخرى، للسماح للقاضي في النظر فيه مستقلا ومباشرة دون تأخير معلنا أولويته على بقية الدعوى، حيث اذا استوفى الطعن الشروط القانونية المطلوبة أحيل الى محكمة النقض أو مجلس الدولة بحسب طبيعة النزاع. أما اذا رفض القاضي الاحالة الى القضاء الأعلى فيمكن الطعن في ذلك القرار أمام محكمة النقض أو مجلس الدولة بحسب الحالة. حيث على هاتين الجهتين الفصل في الدعوى في مدة لا تتجاوز الثلاثة أشهر، بعدها يتخذ القرار في

الإحالة إلى المجلس الدستوري حين قبول الطعن أو يرفض الطعن لعدم قبوله ولا يحال إلى المجلس، حيث قرار محكمة النقض ومجلس الدولة نهائيا وغير قابل للطعن¹¹.

وقد بين القانون العضوي 2009/12/10 شروط نظر الطعن من قبل المجلس الدستوري، وهي شروط بعضها خاص بقبول مسألة الأولوية الدستورية عند الدفع بها أمام أول درجة في التقاضي، وشروط خاصة بإحالتها إلى محكمة النقض أو مجلس الدولة، وشروط خاصة بإحالتها إلى المجلس الدستوري، ومن بين أهم تلك الشروط¹²:

- ضرورة أن يكون النص التشريعي محل الطعن بعدم الدستورية متعلق بنزاع بمناسبة دعوى مرفوعة أمام إحدى جهات القضاء، حيث يمكن تقديم الدفع بعدم الدستورية في أية مرحلة من مراحل التقاضي الدرجة الأولى والاستئناف والنقض، كما يجوز تقديمه أمام محاكم القضاء الإداري ومجلس الدولة، كما يمكن إثارته أمام محكمة التنازع، ومحكمة العدل العليا المختصة بمحاكمة رئيس الجمهورية والوزراء.

- أن يكون الطعن ذا طبيعة جادة أو يثير مسألة جديدة نتيجة تغير الظروف، مع ملاحظة أن يكون الفحص عن الجدية مختصرا أمام محكمة الموضوع ومشددا أمام محكمة النقض أو مجلس الدولة.

- أن لا يكون للمجلس الدستوري قد سبق وان قضى بمطابقته للدستور، يستثنى من ذلك إذا استجدت ظروف واقعية وقانونية جديدة متغيرة، ويجب أن يصدر قراره خلال ثلاثة أشهر. ويمكن أن نبين شروط قبول الدفع بعدم الدستورية من خلال تصنيفها إلى شروط شكلية وشروط موضوعية.

أولاً: الشروط الشكلية لقبول الدفع بعدم الدستورية.

- تقديم مذكرة الدفع بعدم الدستورية في صورة مكتوبة ومنفصلة ومسببة:
- يجب أن يقدم الدفع بعدم الدستورية في مذكرة مكتوبة لا شفوية، ومنفصل ومستقل بمعنى لا يجوز تقديمه مع الطلب الأصلي، مبينا سبب تقديمه من حيث انتهاك النص القانوني الواجب التطبيق على النزاع الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور¹³.

وفي ذلك قضى مجلس الدولة الفرنسي ومحكمة النقض بأنه إذا يقدم الدفع بعدم الدستورية في طلب مستقل سيتم رفضه¹⁴.

وذاً الحكم في حالة عدم تحديد النص التشريعي المطعون عليه بعدم الدستورية¹⁵.

ثانياً: الشروط الموضوعية لقبول الدفع بعدم الدستورية.

نص الدستور الفرنسي في المادة 61-1 المعدل في 2008، وفي المادة 23-2 من القانون العضوي الصادر بتاريخ 10-12-2009 المتعلق بتطبيق هذه المادة على الشروط الموضوعية الواجب توافرها لقبول الدفع بعدم الدستورية وهي التالية ذكرها¹⁶:

- صلة النص التشريعي بالنزاع المعروض على القضاء.
- الا يكون قد سبق الحكم بدستورية النص المطعون عليه ما لم تتغير الظروف.
- جدية الدفع بعدم الدستورية.

ثالثا: اختصاص القاضي بنظر الدفع بعدم الدستورية.

ان القاضي الذي يمكن ان ينظر في مسألة الدفع بعدم الدستورية قد يكون قاضي الموضوع على مستوى المحاكم الدنيا سواء العادي أو الإداري، وقد يكون النظر على مستوى القضاء العالي لكل من محكمة النقض ومجلس الدولة. وبالتالي القاضي على مستوى المحاكم الإدارية وكذلك قاضي مجلس الدولة له اختصاص النظر في الدفع بعدم دستورية القوانين.

ان لقاضي الموضوع لدى المحاكم الإدارية في حالة توافر الشروط الشكلية والموضوعية السابقة الذكر له ان يصدر قرار مسببا في الدفع بعدم الدستورية المثار أمامه بإحالته الى مجلس الدولة، أو رفض الدفع بعدم الدستورية تطبيقا لنص المادة 23-02 السالفة الذكر.

حيث القرار الصادر بعدم الاحالة يمكن الطعن عليه بمناسبة الطعن على الحكم الصادر في الدعوى الأصلية وليس على حده، أما قرار الاحالة الى مجلس الدولة فلا يمكن الطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن وذلك ضمانا قانونية فعلية لتفعيل الرقابة الدستورية¹⁷.

الفرع الثاني : الدفع بعدم دستورية القوانين في الجزائر.

تنص المادة 188 من الدستور الجزائري لسنة 1996 المعدل والمتمم على ما يلي: "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 يضمنها الدستور.

تحدد شروط وكيفيات تطبيق هذه الفقرة بموجب قانون عضوي".

وتطبيقا للمادة التاسعة من النظام المحدد لعمل المجلس الدستوري المحرر بتاريخ: 06 أفريل 2016¹⁸: "يخطر المجلس الدستوري في إطار الرقابة البعدية بالدفع بعدم الدستورية بناء على إحالة من المحكمة العليا أو مجلس الدولة طبقا للمادة 188 (الفقرة الأولى) من الدستور، ويفصل بقرار".

وحسب المادة 26 من ذات النظام: "يبلغ القرار إلى رئيس المحكمة العليا أو رئيس المجلس الدستوري في إطار أحكام المادة 188 من الدستور وإلى السلطات المعنية".

إن إقرار الدفع بعدم دستورية نص تشريعي في النظام القانوني الجزائري أمام القاضي عموما والقاضي الإداري خاصة، جاء وفقا للتعديل الدستوري الأخير لسنة 2016 فقط. حيث قبل هذا التعديل لم يكن للقضاء ومنه القضاء الإداري دور وأثر في الدفع بعدم دستورية القوانين. وتبعاً لذلك نتلمس توجه المؤسس الدستوري الجزائري إلى تكريس الرقابة البعدية اللاحقة على دستورية القوانين باعتماد الدفع الفرعي، وذلك بمنح حق للأفراد الدفع بعدم دستورية قاعدة قانونية سارية النفاذ يمكن تطبيقها بإخطار المجلس الدستوري عن طريق القضاء.

حيث دور القضاء العادي ومجلس الدولة في هذا المقام هو دور الوسيط بين المواطن والمجلس الدستوري، حيث عند نظر خصومة في القضاء ويرى المواطن أن القاعدة القانونية التي سيطبقها القاضي عليه قد تكون مشوبة بعيب وتهدر حقا لهوفها بالأساس عوار عدم الدستورية، فيدفع بعدم دستورتها، يتوقف البت في الدعوى ويحيل القضاء الإداري والعادي كذلك ممثلاً في مجلس الدولة والمحكمة العليا ذلك الدفع إلى المجلس الدستوري للبت فيه¹⁹.

يرى الباحث، من زاوية اعتبار مجلس الدولة والمحكمة العليا وسيطا بين طرفين المواطن والمجلس الدستوري، بحيث يمنع عليه البت في قرار اعتبار القاعدة القانونية محل النزاع دستورية أو لا انتقاصاً من مكانة وهيبة القضاء العالي في النظام القضائي في الجزائر، على اعتبار أن كل من مجلس الدولة والمحكمة العليا هما هيئات عليا تساهم في توحيد الاجتهاد القضائي واثرائه، وذلك بموجب المادة 171 من دستور 1996 المعدل والمتمم، وتبعاً لذلك ليس هناك غضاضة في إعطاء سلطة البت في دستورية القاعدة القانونية لمجلس الدولة أو المحكمة العليا، ولتكن للغرف المجتمعة في مجلس الدولة وبالتالي نعطي لهذه التشكيلة سلطة أخرى بموازاة توحيد الاجتهاد القضائي بما يتيح لها إثراء العمل القضائي بالاجتهاد الدستوري من مزايا في تحسين جودة التشريع.

يمكن أن نتكلم في أطراف الدفع بعدم الدستورية أمام القاضي الإداري، ثم في ميعاد رفع الطعن بعدم الدستورية على القوانين.

أولاً: أطراف الدفع بعدم الدستورية أمام القاضي الإداري.

ان الدعاوى المثارة أمام القضاء الإداري هي بالأساس دعاوى إدارية، تخص غالباً إدارة عمومية في مواجهة شخص خاص، وبالنظر إلى المشرع الدستوري في المادة 188 سالفه الذكر نجد استعمل عبارة أحد الأطراف في المحاكمة، وحيث أن الإدارة العمومية غالباً تكون في موقع المدعى عليه في الدعاوى الإدارية، فإن الطرف الثاني يكون إما شخصاً طبيعياً أو شخصاً معنوياً عاماً أو خاصاً، وبالتالي يجوز لأطراف أي دعوى مقامة أمام جهات القضاء الإداري الدفع بعدم دستورية القوانين الذي يتوقف عليه مآل النزاع.

وفي هذا المقام السؤال الأساسي:

مدى امكانية اثاره الدفع بعدم دستورية القوانين من قبل القاضي الإداري خاصة والقاضي العادي كذلك في الشق العادي من الدعاوى؟

ان التكييف القانوني للدفع بعدم الدستورية ان كان متعلقاً بالنظام العام أم لا، يرتب مدى الصلاحية التي يمكن ان تكون للقاضي الإداري في الدفع بعدم الدستورية من تلقاء نفسه، حيث المشرع الدستوري في المادة 188 سالفه الذكر سكت عن امكانية منح للقاضي امكانية اثاره الدفع بعدم الدستورية وحصراً فقط لأطراف المحاكمة، وتبعاً لذلك فالدفع بعدم الدستورية هي ليست من النظام العام²⁰.

ولعل ما يدعم مسألة عدم اعتبار الدفع بعدم الدستورية من النظام العام هو المادة 187 للدستور والتي تتعلق بالهيئات التي يمكنها اخطار المجلس الدستوري بخصوص فبخصوص التعديل الدستوري، في كل من رئيس الجمهورية والوزير الأول ورئيسي غرفتي البرلمان و50 نائباً من المجلس الشعبي الوطني، أو ثلاثون عضواً من مجلس الأمة. حيث لا يمكن ان يتحرك المجلس الدستوري من تلقاء نفسه.

وفي نفس السياق،؛ يمكن طرح التساؤل عن نوع الدفع بعدم الدستورية هل من الدفوع الشكلية أم الدفوع الموضوعية؟

ان تحديد طبيعة الدفع بعدم الدستورية هل هو من الدفوع الشكلية أو الموضوعية، يمكن ان ينظر فيها إلى طبيعة الدفع هل هو شخصي أو عيني؟

وبالرجوع الى أحكام الدستور الحالي خاصة المادة 191 في الفقرة الثانية منها، يتبين ان طبيعة الدفع بعدم الدستورية هو من الدفع العينية لا الشخصية، ذلك أن المادة قالت انه اذا قضى المجلس الدستوري بعدم دستورية النص التشريعي يفقد أثره ابتداء من اليوم الذي يحدده قرار المجلس الدستوري. وبالتالي يعد ذلك النص التشريعي على العامة. وحيث اذا كان الدفع بعدم الدستورية عينيا، فهو ينتمي الى الدفع الموضوعية لا الشكلية تبعا لذلك.

ثانيا: ميعاد رفع الطعن بعدم دستورية القوانين والحكم فيه.

بالرجوع الى نص المادة 188 من دستور 1996 المعدل والمتمم، نجدها أحالت الى القانون العضوي والذي سيحدد شروط وكيفيات تطبيق اجراءات الدفع بعدم الدستورية، وعلى حد علمنا مازال لحد كتابة هذا المقال لم يصدر بعد.

غير أن المادة 189 التالية، أشارت الى المدة القانونية التي يمكن للمجلس الدستوري اصدار قراره بشأن الدفع بعدم الدستورية هو خلال الاربعة 04 أشهر التالية للإخطار، والتي يمكن أن تمتد لمدة أربعة أشهر فقط.

ومن جهة مقابلة ؛ يرى البعض²¹ أن لهذا الاقرار – الدفع بعدم دستورية القوانين أمام القضاء - من قبل المؤسس الدستوري يرتب أثارا قانونية مهمة ومنها:

- تعزيز سلطة المواطن في الدفاع عن الحقوق والحريات الأساسية؛ وذلك من خلال تعزيز مفهوم المواطنة، وتجاوز عقبات مبدأ التمثيل الشعبي، وتحقيق المصلحة العامة. وتفعيلا لبنود الاتفاقيات الدولية التي تقر حق الأفراد في الدفاع عن حقوقهم أمام القضاء بالوسائل المناسبة.
- تأسيس علاقة قانونية بين القاضي العادي أو الإداري مع القاضي الدستوري.
- التجسيد العملي لنمط الدفع بعدم الدستورية سيضمن تفعيلا حقيقيا للعدالة الدستورية في ضمان جودة العمل التشريعي وترقيته في الجزائر²².

ويرى الباحث أن من بين الآثار المهمة في اقرار المشرع الدستوري الجزائري الدفع بعدم دستورية القوانين، اعطاء دور للقاضي عامة والقاضي الإداري كذلك في تقدير مدى مطابقة قاعدة قانونية تشريعية لنص قاعدة دستورية، وفي ذلك يعني دراسة لمضمون القاعدة القانونية مع الدستور أي اعتبار القاضي – العادي أو الإداري – حكما على مدى مطابقة النص التشريعي مع النص الدستوري. وفي ذلك

كله إعادة انعاش للدور الحقيقي للقاضي سواء أكان في القضاء العادي أو القضاء الإداري باعتباره مجتهد إلى حد الحكم بعدم دستورية قاعدة قانونية.

المطلب الثاني: في مبررات الدفع بعدم الدستورية أمام القاضي الإداري وأثره في تكريس دولة القانون. يمكن بداية تحديد أهم المبررات للدفع بعدم الدستورية للقوانين أمام القاضي الإداري، ثم أثر ذلك في تعزيز دولة القانون.

الفرع الأول: في مبررات الدفع بعدم الدستورية أمام القاضي الإداري.

يرى الباحث أن تبرير الدفع بعدم الدستورية أمام القاضي الإداري يكمن في تعزيز دولة القانون أكثر كمبرر سامي، ويكون ذلك من خلال تعزيز مراكز أطراف العلاقة القانونية في القضاء الإداري والتي هي دائرة بين القاضي الإداري أولاً، والمواطن المتقاضي ثانياً، والإدارة العمومية ثالثاً، والقاعدة القانونية المطبقة رابعاً. أولاً: تعزيز سلطة القاضي الإداري.

- في حماية الحقوق والحريات الأساسية:

بما أن فقه القانون الإداري دائماً يتغنى بأن القاضي الإداري حامي الحقوق الفردية والجماعية، والحصن الحصين لحقوق الأفراد والمواطنين من تعسف السلطات، بل أحياناً كما قال بعض الفقه الإداري حتى القاضي الإداري حقوق الأفراد والمواطنين بطريق أكثر فاعلية من القاضي العادي، فإن الباحث يرى أن تكريس آلية الدفع بعدم دستورية القوانين تعزز من دوره في حماية أكثر للحقوق والحريات، ليس كآلية وقائية فحسب بل كآلية ردعية في هذا المقام، حيث يتدخل القاضي الإداري عند تطبيق القاعدة القانونية على الفرد والمواطن، والتي قد يرى فيها مساساً بحقوقه وحرياته، والتي قد تكون افلتت من رقابة الدستورية القبلية.

حيث يتجاوز القاضي الإداري في تكريس آلية الدفع بعدم الدستورية أمامه، عقبة أساسية في الرقابة السياسية المتبناة في النموذج الفرنسي والجزائري، وهي افلات القاعدة القانونية من الإعدام وتقرير عدم دستوريته بعد مرورها على الرقابة القبلية عن طريق الإخطار العادي المسبق قبل دخولها إلى حيز التنفيذ. وبالتالي يتعزز دوره من خلال رقابة المشروعية القانونية للقواعد القانونية ذاتها، ويساهم من خلال ذلك في تعزيز دولة القانون. من خلال رقابة مدى جدية الدفع بعدم دستورية قوانين وقواعد تمس بحقوق الأفراد والمواطنين، ثم إحالتها للمجلس الدستوري.

- في تأكيد سلطة القاضي الإداري في انشاء القاعدة القانونية.

من المتعارف عليه في فقه القانون الإداري، أن القانون الإداري هو قانون قضائي المنشأ، حيث كان لمجلس الدولة الفرنسي دور وأثر بارز في ذلك. غير أن بعض الفقه اليوم يتساءل عن بقاء هذا الدور في ظل الثورة التشريعية التي عرفها موضوع القانون الإداري وذلك من خلال اصدار عديد التشريعات والقوانين المتعلقة بمختلف موضوعاته سواء في فرنسا أو الجزائر، وبالتالي مسألة التأسيس لقضائية القانون الإداري اليوم وبقائه هي محل نظر، في نظر هذا التوجه الفقهي²³.

حيث يرى الباحث، أن مسألة اقرار وامكانية الدفع بعدم دستورية قانون أمام القاضي عموما ومنه القاضي الإداري، هو تأكيد على تكريس وتعزيز الفكرة التاريخية لدور القاضي الإداري في صناعة القاعدة القانونية بوجه معين، حيث اذا كان للقاضي دور أولي في ابتداء المبادئ العامة للقانون حسب نظرية القضاء الإداري، وبالتالي تشريع قواعد القانون الإداري من هذا الجانب، فان اعطاء سلطة للقاضي الإداري في دراسة جدية مدى دستورية قاعدة قانونية هو بتعبير آخر احتكام لسلطته في مدى قانونية قاعدة قانونية ومطابقتها للدستور أم لا، وبالتالي قبولها كقاعدة صحيحة أو رفضها وبالتالي الاحالة الى المجلس الدستوري للنظر في ذلك، هو تشريع ضمني ان صح الوصف.

ثانيا: تعزيز سلطة المواطن المتقاضي.

- في تعزيز ممارسة حق الدفاع:

اذا كانت القاعدة القانونية التي يمكن ان يطبقها القاضي الإداري ضد متقاضي تمس بحقوقه وحرياته، وقد تحدث له أثرا سلبيا، خاصة في دعوي الالغاء؛ كحال الحكم بصحة قرار عزله من وظيفته، قد تكون غير دستورية، فان منح حق المتقاضي الدفع أمامه بعدم الدستورية هو ملاذ حقيقي لتكريس حقوق الدفاع وتكريس ان صاحب الحق هو المسؤول الأول في الدفاع عن نفسه، وذلك في النهاية يعزز من دولة القانون.

فما هي الفائدة من قاعدة قانونية غير دستورية تطبق على متقاضي وتحرمه من حقوقه ولا يمكن ان يمارس بصدها حق دفاعه مطالبا بعدم تطبيقها ودافعا بعدم دستورتها، بحجة ان القاعدة فلتت من الرقابة القبلية سلفا، " فصاحب الحق يجب أن يملك سلطة الدفاع عنه"²⁴.

- في تكريس مضامين المواطنة الفعلية:

ان المواطنة الفعلية تتجسد من خلال تمتع الفرد داخل نظام قانوني معين بكامل حقوقه وحرياته وممارستها بفعالية، مع الالتزام بكامل الواجبات التي يمكن ان ينظمها ذلك النظام، مع ضرورة حماية تلك الحقوق أساسا وتحمل الالتزامات بآليات عملية بجوار النصوص القانونية.

فليس مطلوبا فقط في ظل دولة معينة، النص على حقوق وحریات المواطنين في صلب الوثيقة الدستورية و فقط، ما لم يجسد ذلك بميكانيزم وآلية لرعاية الحقوق والالتزام بالواجبات.

وتبعاً لذلك؛ تعد آلية الدفع بعدم الدستورية أمام القاضي الإداري، تعتبر ميكانيزم أساسي لتفعيل المواطنة الفعلية: من خلال اتاحة المجال للمواطن المتقاضي الدفع بعدم دستورية قاعدة قانونية، والتي قد تكون منتهكة لحق من حقوقه، أو ملزمة له بالالتزام مخالف لنصوص الدستور وفجواه.

وفي تفعيل آلية الدفع بعدم الدستورية، تجسيد عملي للمواطنة الفعلية وتعزيز لمبادئ دولة القانون، والتي منها الاعلاء من شأن قيم ومبادئ المواطنة.

ثالثا: تعزيز سلطة الادارة العمومية.

ان الدفع بعدم دستورية القوانين أمام القاضي الإداري في أساسه منازعة بين ادارة عمومية غالبا مع مواطن بخصوص حق معين، حيث يتنازع الخصام مصلحتين - مصلحة الادارة العامة والمتمثلة في المصلحة العمومية، ومصلحة المواطن ممثلة في المصلحة الخاصة - ولما كانت المصلحة العمومية في فهم الفقه والتشريع الإداري خاصة فكرة غامضة ومرنة ويكتنفها تداخل عديد المعايير والمضامين، يأتي القاضي الإداري بما له من سلطة الاجتهاد في الموازنة بين المصلحة العمومية الغامضة أحيانا والمصلحة الخاصة للمتقاضي المواطن. وبالتالي ادخل القاضي في دراسة مدى جدية الدفع بعدم الدستورية وامكانية الاجالة الى المجلس الدستوري هو في حقيقة الأمر موازنة بين مصلحتين أساسيتين للمتقاضيين.

وبالتالي يرى الباحث؛ أنه اعمالا لآلية الدفع في دستورية القوانين، يعزز من سلطة الادارة العمومية في توكي المصلحة العمومية أحيانا متى رأى ان القاعدة القانونية المثار حولها الدفع مجسدة لذلك و يجب مراعاة ذلك دوناً عن مصلحة الفرد الخاصة.

وبالتالي، الدفع بعدم دستورية القوانين، تعزز من سلطات الادارة العمومية في توكي المصلحة العمومية من خلال احترام القواعد القانوني المتبناة منها في ذات الشأن.

رابعا: تعزيز صحة القاعدة القانونية المطبقة.

- في احترام مبدأ تراتبية القواعد القانونية:

ان الدفع بعد دستورية القوانين أمام القاضي الإداري، يساهم وبلا شك في احترام مبدأ أساسي من مبادئ دولة القانون، ألا وهو تدرج القواعد القانونية²⁵.

حيث اذا كان المتقاضي أمام هيئة القضاء في خصومة ونزاع مع آخر، فالقاضي حتما سوف يطبق قاعدة قانونية معينة، هذه القاعدة مفترض فيها انها أدنى من القاعدة الدستورية، وحيث اذا كانت القاعدة محل التطبيق القضائي مخالفة للقاعدة السامية، فان للقاضي الإداري هنا احالة الأمر الى القضاء الدستوري ممثلا في المجلس الدستوري للحكم عليها بعد الطعن من المتقاضي طبعاً، وفي ذلك تجسيد قضائي لمبدأ تراتبية القواعد القانونية وتعزيز لدولة القانون تبعاً لذلك.

- في تجسيد بعض مبادئ الأمن القانوني:

يعد الأمن القانوني من بين الحاجيات الضرورية التي تتبناه الدول القانونية اليوم، وذلك من خلال اشتراط عدة معايير تمس بالقواعد القانونية السارية المفعول، والي من بينها تكريس مبدأ جودة التشريع والقوانين، هذا المبدأ الأخير قد يتحقق متى فعلت الرقابة على دستورية القوانين عن طريق الدفع أمام الهيئات القضائية، ومنها القضاء الإداري، حيث يمكن للقاضي الإداري عندما يدفع بعدم دستورية نص قانوني أمامه ويدرس مدى جديته المساهمة في لفت عناية المجلس الدستوري سواء في النموذج الفرنسي أو الجزائري، أن خلافاً لأصحاب نص قانوني ينظم واقعة أو حرية معينة، وبالتالي تعمل السلطات المختصة بالتشريع واحتكاماً لآراء وقرارات المجلس الدستوري بناء على احالة القضاء الإداري في تحسين القاعدة القانونية وصياغتها بما يتناسب مع التشريع الجيد.

ومن جهة ثانية؛ في الدفع بعدم الدستورية أمام القاضي الإداري، يساهم في معالجة بعض مظاهر أزمة تضخم التشريعات، خاصة وان كان المتقاضي بين نصوص قانونية متعددة ومتضاربة ومتناقضة. حيث ذلك الدفع يتيح له لفت عناية المشرع المختص أخيراً في ضبط القاعدة القانونية المناسبة محققاً مظهر أساسياً مقابلاً للأمن القانوني وهو وضوح القاعدة القانونية.

- تدارك الخطأ التشريعي للقاعدة القانونية في أي وقت:

ان من بين المميزات المسيئة للقواعد القانونية عامة في النموذج التقليدي للرقابة الدستورية على القوانين، هو تمتعها بالحصانة الاجرائية بعد دخولها حيز النفاذ، لعدم امكانية الطعن بمخالفة الدستور في تلك المرحلة.

لذلك آلية الدفع بعدم الدستورية أمام القضاء تعد ضماناً أساسية لتكريس مبدأ الرقابة الدائمة على صحة القاعدة القانونية وعدم وجود عوار دستوري بخصوصها متى رأى المتقاضى ذلك وفي أي وقت. وذلك ما يعزز فكرة دولة القانون باعتبار القضاء حارس للصحة التشريعية عبر كامل مراحل حياة القاعدة القانونية، أي منذ لحظة ميلادها إلى تاريخ وفاتها.

الفرع الثاني: أثر الدفع بعدم الدستورية أمام القاضي الإداري في تعزيز دولة القانون.

شهد توجه الدولة الجزائرية للرقابة على النصوص التشريعية تطوراً مشهوداً، فمن النهج الاشتراكي البارز في دستور 1976، إلى تفعيل دور المجلس الدستوري بوصفه هيئة رقابية على التشريعات في دستور 1989، ومع ذلك ضلت الرقابة مقيدة بالإخطار من طرف رئيس الجمهورية أو رئيس المجلس الشعبي الوطني أو رئيس مجلس الأمة، ليصدر دستور 2016، محدثاً تغيراً فعلياً في التوجه الرقابي على التشريعات، فزاد من عدد الجهات المخولة بإخطار المجلس الدستوري فأضاف هذه الصلاحية للوزير الأول وبعض أعضاء البرلمان، وطرح فكرة جديدة على الدساتير الجزائرية تتمثل في إمكانية الدفع بعدم دستورية القانون الذي من الممكن أن يطبق على النزاع، ونص الدستور الجزائري على ذلك بشكل صريح من خلال المادة 188 من القانون 01-16 المتعلق بالتعديل الدستوري سنة 2016.

تعتبر الدعاوى المتعلقة بدستورية النصوص القانونية من أهم أدوات حماية مبدأ المشروعية، فبوصف الدستور القانون الأعلى للدولة، لا يجوز للسلطة التشريعية ولا للسلطة التنفيذية بوصفهما صاحبا الاختصاص في التشريع بحكم المهمة الأساسية بالنسبة للسلطة التشريعية وبحكم إمكانية التشريع عن طريق الأوامر بالنسبة للسلطة التنفيذية، حيث يكون لزاماً عليهما مراعاة القانون الأعلى وعدم إصدار نصوص قانونية مخالفة للدستور، فهذه الدعاوى الهجومية تستهدف النصوص القانونية التي يشتهى مخالفتها لأحكام وضوابط الدستور.²⁶

تعتبر الرقابة على دستورية القانون ضماناً إضافية لتكريس دولة القانون، من خلال إخضاع النصوص الصادرة عن السلطة التشريعية للفحص والتدقيق في موافقتها لأحكام الدستور، مما قد يعارض النصوص المخالفة عرضة للإلغاء، أو عدم التطبيق.

كما أن إتاحة المجال للأفراد والهيئات لرفع دعاوى عدم دستورية القوانين هو في حد ذاته تعزيزاً لعملية الرقابة المخولة للمجلس الدستوري، مما يساهم في دعم استقرار القانون وعدم تعارض النصوص القانونية.

الأن الدستور رغم منحه للمواطن هذا الحق إلا أنه قيده، بقيدين أولهما موضوعي والثاني زمني، فالقييد الأول يتمثل في أن الأفراد ليس بإمكانه رفع دعوى أصلية بعدم الدستورية وإنما تثار إذا ما تعلق الأمر بدعوى قضائية جارية وكان القانون المطلوب النظر في دستورية متعلق بالنزاع الحاصل، ومن الممكن تطبيقه في النزاع الواقع و ماسا بالحقوق والحريات، بحيث يقوم أحد الأطراف بمسلك دفاعي بإثارة عدم دستورية القانون الذي سوف يطبق ويمس بحقه.

أما القيد الزمني فيتمثل في ما طرحته المادة 215 من التعديل الدستوري والتي أقرت بأن فاعلية المادة 188 منه تكون سارية النفاذ ابتداء من شهر مارس 2019.²⁷

تسهم مثل هذه الدعاوى في تكريس فكرة حق المواطن في الدفاع عن الحقوق والحريات التي كفلها الدستور، مما يسهم في تكريس مفهوم المواطنة، ويؤدي إلى تجاوز عقبات التمثيل الشعبي، خاصة في حال ما إذا كانت إرادة المنتخبين مخالفة لإرادة المواطن في إطار العملية التشريعية.²⁸

يعزز العلاقة بين القضاء الإداري والمجلس الدستوري أو المحكمة العليا، ويدعم فكرة الرقابة البعدية على النصوص التشريعية.

من شأن المادة 188، المتعلقة بالرقابة القضائية على النصوص القانونية، إحداث نوع من التوازن بين السلطات الثلاث، فهذا الدفع من طرف المواطن يشرك القضاء بصفة غير مباشرة من خلال التثبيت و التحقق في توفر الشروط المطلوبة لإحالة ذلك الدفع، وبالتالي يسهم القضاء في صيانة الحريات العامة و الحقوق و ضمان سمو الدستور.

تجاوز الإطار الضيق للمراقبة القبلية، لأنها لا تعدوا إلا أن تكون رقابة سياسية محصورة في أشخاص فاعلة سياسيا، لتصبح رقابة قانونية للقاضي رأي فيها بحكم أنه الشخص الأكثر ارتباطا بالنصوص وإسقاطها على وقائع النزاع.

إذا كان القضاء الإداري يراقب القرارات الإدارية ومدى توافقها مع قواعد الدستور والقانون والمبادئ العامة للقانون، فإن القضاء الدستوري يراقب قوانين البرلمان على أساس توافقها مع قواعد الدستور، فالقاضيان يتوافقان في النظر في الجوانب - العيوب - التالية بالنسبة لكل من القرار الإداري والقانون التشريعي.

عيب عدم الاختصاص. عيب الشكل. عيب المحل . عيب السبب . عيب الغاية من التشريع أو ما يعرف بالانحراف التشريعي

فيكفي تحقق وجهها واحدا من عدم الدستورية هذه ليكون القانون معيبا، معرضا للإبطال أو الامتناع عن تطبيقه بحسب الصلاحية المخولة للقاضي في كل دولة إذ تختلف الدول من حيث وجهة نظرها لصلاحية القاضي في هذه الحالة بين من اتجه الى الحكم بإلغاء النص التشريعي، وبين من يصدر حكمه بالامتناع عن تطبيق النص التشريعي دون إلغائه ليصبح ذلك القانون لا يحوي أي قيمة عملية.

و أثير هذا الاشكال بصورة جدية في بعض الدول التي لم تبين بشكل واضح صلاحيات المحكمة المختصة بالرقابة ففي مصر مثلا لم يعطي القانون رقم 48 لسنة 1979 المتعلق بإنشاء المحكمة الدستورية العليا صلاحية إلغاء²⁹ لقانون المخالف للدستور ويمكن تلخيص الإتجاهات المختلفة تجاه آثار النص القانوني المخالف لمبدأ الدستورية فيما يأتي:

أولا: الاتجاه الذي أخذ بإلغاء النص التشريعي.

يرى جانب من الفقه والقضاء أنه بصدد البت في النزاع القائم وفي حال ثبوت مخالفة النص القانوني للقواعد الدستورية فإن للقاضي المختص بالرقابة الحكم بإلغاء النص التشريعي المخالف ويكون الحكم بالإلغاء بناء على دفع مقدم من طرف شخص له مصلحة، فيجب أن يكون قد أصابه ضرر من ذلك القانون أو يحتمل أن يصيبه منه ضرر، ويكون للحكم الصادر من المحكمة المختصة الحجية المطلقة فيسري الحكم على الجميع دون استثناء،

مما أخذ على أصحاب هذا الاتجاه أن المتضرر في هذه الحالة يكون في وضعية دفاعية فهدفه من تقديم الدفع ليس إلغاء القانون وإنما يطالب فقط بعدم تطبيقه على النزاع القائم. فالمتضرر من القانون يكون هنا في وضعية دفاعية يطالب فيها القضاء فقط بالامتناع عن تطبيق القانون. فمن المفترض انه إذا كان هدفه الالغاء أن يقدم الطرف المتضرر طعنا مباشرا الى المحكمة المختصة بهدف إلغاء القانون المخالف للقواعد الدستورية- أي بشكل دعوى أصلية.

كما أن المشرع المصري في المادة 49 من قانون إنشاء المحكمة الدستورية السالف الذكر، بعد أن قرر الأثر العام المترتب على الحكم بعدم دستورية النص ، عالج في الفقرة الاخيرة من تلك المادة الأثر المترتب على الحكم بعدم دستورية نص جنائي ، فقرر صراحة أن الأحكام التي صدرت بالإدانة استناداً إلى ذلك

النص تعد كأنها لم تكن ، فهذا الحكم الصريح انما يجد تبريره في أن المشرع قد قصر أثر الحكم بعدم دستورية النص على عدم جواز تطبيقه ، ولكنه لم يقرر انعدامه ، بحيث يصبح قانوناً كأنه لم يكن ويفقد كل آثاره القانونية.³⁰

كما يرى منتقدي هذا الاتجاه في مصر بأن الحكم على التشريع الذي يصدر عن السلطة التشريعية بالانعدام أو الالغاء يمثل افتتاتاً من المحكمة الدستورية العليا على السلطة التشريعية ، يخرج المحكمة الدستورية العليا عن نطاق الصلاحيات التي حددها لها القانون الصادر بشأنها من هذه السلطة التشريعية ذاتها.³¹

ثانياً: الاتجاه الذي ذهب الى الامتناع عن تطبيق النص التشريعي دون إلغائه

ظهر هذا الاتجاه كاتجاه موازي للاتجاه الأول حيث يرى أنصار هذا المذهب بأن القانون لا يلغى إلا بقانون من نفس درجته أو أعلى درجة منه وبالتالي فهم يرون بأنه لا يجوز للقاضي الحكم بإلغاء النص القانوني المخالف وإنما يكفي بالحكم بعدم تطبيق القانون المخالف، فلا يتم تنفيذ ذلك القانون تاركا المجال للمشرع فيما بعد بإصدار نص تشريعي آخر يلغى به القانون المخالف.³² واتجه القضاء الإداري المصري على إثر قيام المحكمة الدستورية العليا بالحكم بعدم دستورية قانون الجمعيات والمؤسسات الأهلية الصادر بالقانون رقم 153 لسنة 1999 (19)، الى إعادة الاعتبار للقانون السابق للجمعيات الصادر بالقانون رقم 32 لسنة 1964 واعتبرته القانون الواجب التطبيق على النزاع المعروض

وهذا ما أثار جدلاً فقهيًا حيث يرى بعض الفقهاء حيث ذهب الدكتور محمد عبد الواحد الجميلي الى ان: (اتجاه محكمة القضاء الإداري كان يمكن قبوله وبأثر رجعي لو أن المشرع كان قد رتب على الحكم بعدم الدستورية إلغاء أو إعدام التشريع المخالف ولكنه لم يرتب هذا الإلغاء أو الإعدام وكل ما رتبته على نشر الحكم في الجريدة الرسمية "عدم جواز تطبيقه أي الامتناع عن تطبيق النص ، مما يعني أن التشريع أو النص المخالف يظل باقياً إلى أن تلغيه أو تعدله السلطة التشريعية أو التنفيذية حسب طبيعة النص وهي ملزمة بذلك لما يتمتع به حكم الدستورية من حجية مطلقة. إن بقاء النص على الرغم من فقدانه لقوة نفاذه يقف حائلاً يمنع من إعادة النص القديم إلى الحياة مرة أخرى . باعتباره هو القانون الواجب التطبيق)³³.

ثالثاً: موقف المشرع الجزائري.

لا تزال الرقابة القضائية على دستورية القوانين لم تفعل بعد، وسيبدأ سريانها انطلاقاً من مارس 2019 بموجب نص المادة 215 من التعديل الدستوري لسنة 2016.

واعتقد أن اشكالية الالغاء أو الامتناع غير مطروحة في التشريع الجزائري، إذ أن النظر في دستورية القوانين من صميم اختصاص المجلس الدستوري وهو الهيئة التي تتم الاحالة إليها من طرف القضاء. ولازال لم يصدر قانون عضوي يوضح آليات تطبيق المادة 188 من الدستور.

خاتمة:

أحدث التقنين الدستوري للرقابة القضائية على دستورية القوانين تأثيراً نوعياً في ميزان العلاقة بين السلطات، إذ لم تعطي الدساتير السابقة هذه الصلاحية للقضاء، وعلى الرغم من أن سريان هذه القاعدة الدستورية المؤكدة بالمادة 188 لن يبدأ العمل بها إلا في شهر مارس من سنة 2019، إلا أنها جاءت دعماً لفكرة المواطنة وحق الفرد في الدفاع عن حرياته وحقوقه، وعلى الرغم من أننا لازلنا ننتظر القانون العضوي المبين لكيفيات تطبيق هذا النص الدستوري، لا زال التساؤل يطرح نفسه، هل الدفع بعدم دستورية نص تشريعي من النظام العام؟ وإن كان ظاهر الأمر أنها ليست من النظام العام لأن القاضي لا يستطيع إثارته من تلقاء نفسه رغم إمكانية علمه بمخالفة القاعدة لقاعدة دستورية، فهي كما سبق وان فصلنا لا تثار إلا بصدد نزاع حاصل من طرف شخص ذي مصلحة متضرر من القانون، بدعوى عدم تطبيق القانون المعيب في حقه. ويبقى السؤال المطروح إذا كانت القاعدة القانونية مخالفة للدستور، لم لا يجوز للقاضي إخطار المجلس الدستوري من تلقاء نفسه لتفادي خرق القواعد الدستورية.

النتائج:

- الاقرار الدستوري للدفع بعدم الدستورية للقوانين أمام القاضي الإداري والقاضي العادي كذلك هو بداية التبني لنظام الرقابة القضائية والبعديّة لدستورية القوانين، وان كان دور القضاء غير مكتمل، مع الإبقاء على الرقابة السياسية القبلية.
- منح حق دراسة مدى جدية الدفع بعدم الدستورية للقاضي الإداري، اعترافاً ضمناً لمكانة القاضي الإداري في حماية المشروعية الدستورية، وان كان القرار النهائي للمجلس الدستوري.
- آلية الدفع بعدم الدستورية أمام القاضي الإداري تعزز أكثر لمبادئ دولة القانون وحماية حقوق الأفراد الدستورية.

التوصيات:

منح سلطة اثاره الدفع بعدم الدستورية الى القاضي الاداري - والقاضي العادي - أيضا ولتكن هيئة الغرف المجتمعة صاحبة الاختصاص في دراسة مدى جدية الدفع بعدم الدستورية، مع منح سلطة اعداد مشروع قرار تمهيدي في مدى دستورية القانون يدرس ثانية أمام المجلس الدستوري، وله كصاحب اختصاص أصيل سلطة البت في ذلك بقرار نهائي كما جاء في فحوى الدستور.

الهوامش:

- 1- فوزي أوصديق، الوافي في شرح القانون الدستوري الجزائري، ج 2، النظرية العامة للدساتير د م ج، ط 3 2003، ص 200، سامي جمال الدين، تدرج القواعد القانونية ومبادئ الشريعة الإسلامية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص 3.
- 2- سعيد بوالشعير، القانون الدستوري والنظم السياسية، الجزء الأول، د م ج ط 8، ص 193.
- 3- أنظر: المرجع نفسه، ص 193 وما بعدها.
- 4- أنظر: المرجع نفسه، ص 194، 195.
- 5- المرجع نفسه، ص 195.
- 6- المرجع نفسه، ص 199-200.
- 7- المرجع نفسه، ص 200.
- 8- للمزيد من التفاصيل حول موضوع الرقابة على دستورية القوانين أنظر على سبيل المثال: الأمين شريط، الوجيز في القانون الدستوري والمؤسسات السياسية المعاصرة، د م ج، 1998، ص 153 وما بعدها. عمر صدوق، مدخل للقانون الدستوري والنظام السياسي الجزائري، د م ج، 1986، ص 19 وما بعدها. محسن خليل، النظم السياسية والقانون الدستوري. اندري هوريو، القانون الدستوري والمؤسسات السياسية، مترجم الى اللغة العربية، 1977.
- 9- أنظر في النص www.Legifrance.gouv.fr/affich
- 10- Favoreu, Louis, *Droit Constitutionnel*, Dalloz, *Précis Droit Public*, p
نقلا عن: عمار كوسة، "محاضرات في القضاء الدستوري"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سطيف 2، 2015/2014، مطبوعة منشورة على شبكة الانترنت، تم الاطلاع عليها يوم 2016/11/16، بتوقيت: 20.00 ليلا، ص 41.
- 11- علي عيسى اليعقوبي، "تعديل 23 تموز 2008 الدستوري وأثره في تطور الرقابة على دستورية القوانين في فرنسا، مجلة العلوم القانونية، جامعة بغداد، السنة 2012، مجلد 27، ص 393.
- 12- عليان بوزيان، "آلية الدفع بعدم الدستورية وأثرها في تفعيل العدالة الدستورية"، مجلة المجلس الدستوري الجزائري، ع 2، 2013، ص 87 وما بعدها.
- 13- شريف يوسف خاطر، المسألة الدستورية الأولية دراسة مقارنة، دار الفكر والقانون، 2015، ص 132.
- 14 - C.E. QPC. 9 avr 2010. Martelly, req. N 312251: AJDA 2010. 763; CAA Bordeaux, 11 mai 2010, Cne de Saint-andré- de- Cubzac: req n 09BX01487...
- 15 - شريف يوسف خاطر، المرجع نفسه، ص 134-135.
- 16- أنظر: المادة 23-2 من القانون العضوي 10-12-2009.
- 17- C.E. QPC. 1 -02-2011. SARL Prototype technique industrtrie, req. N 342536. Lebon 24; AJDA
- 18- الجريدة الرسمية ع 29، المؤرخ في: 04 شعبان 1437 هـ الموافق ل: 11 ماي 2016.
- 19 - أنظر: ليندة أونيسي، "التعديل الدستوري 2016 وأثره في تطوير الرقابة الدستورية في الجزائر"، القوانين"، ع 06، حوان ص 109.
- 20- أنظر: ليندة أونيسي، المرجع نفسه، ص 110
- 21- ابراهيم بلمهدي، "آلية الدفع بعدم دستورية في أحكام تعديل الدستور الجزائري 2016"، حقوق جامعة بسكرة، ص 5.
- 23 - ليندة أونيسي، مرجع سابق، ص 102.
- 24 - أنظر: عصام نجاح، وناس يحي، "القانون الإداري في الجزائر قضائي أم تشريعي"، مجلة الحقيقة، ع 33، جوان 2015، جامعة أحمد درارية أدرار، ص 1 وما بعدها.

G. Vedel, "Le droit administratif peut-il être indéfiniment jurisprudentiel ?", ECDE, 1979-1980, n° 31.

- 25- أنظر: إبراهيم بلمهدي، مرجع سابق، ص 6.
- 26- في دراسة مبدأ تدرج القواعد القانونية، أنظر: أجسن رابحي، "مبدأ تدرج المعايير القانونية في القانون الجزائري"، رسالة دكتوراة، معهد الحقوق والعلوم الإدارية بن عكنون، جامعة لجزائر، 2005-2006.
- 28- غني زغير طية محمد، الدعوى الدستورية بين القانون وقرارات المحكمة الاتحادية العليا في العراق، مجلة جامعة ذي قار، العراق، المجلد 11، العدد 2، حزيران 2016، ص 52.
- 29 - نصت المادة 215 من القانون 01-16 المتعلق بالتعديل الدستوري على أن سرعان أحكام المادة 188، يكون بعد 3 سنوات من تاريخ سرانها التعديل.
- 30- بالمهدي إبراهيم، مرجع سابق، ص 161.
- 31-
- 32- مها بهجت يونس الصالحي، الحكم بعدم دستورية نص تشريعي ودورة في تعزيز دولة القانون، دون دار نشر، دون سنة نشر، ص 80-87.
- 33- نفس المرجع، نفس الصفحة.
- 34- ليلى بن بغيله، دعوى الدفع بعدم الدستورية في ظل التعديل الدستوري لسنة 2016، مجلة الشريعة والاقتصاد، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، المجلد 6، العدد 12، سنة 2017، ص 56، 57.
- 35- نص مقتبس، مها بهجت يونس الصالحي، المرجع السابق، نفس الصفحة.