



جامعة الشهيد حمه لخضر- الوادي
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق



**الدفع بعدم دستورية القوانين
أمام القضاء**

مذكرة تخرج تدخل ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق

تخصص: قانون إداري

إعداد الطالبين:

بوحفص عبد الرحيم

قادري محمد نجيب

لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الجامعة	الصفة
د/ غريسي جمال	جامعة الشهيد حمه خضر - الوادي	رئيسا
أ.د/ فاروق خلف	جامعة الشهيد حمه خضر - الوادي	مشرفا و مقرا
أ/العبيدي الازهر	جامعة الشهيد حمه خضر - الوادي	مناقشا

الموسم الجامعي: 2018/2017

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

((واللّٰه یقضی بالحق والذین یدعون من دونه لا یقضون

بشیء إن اللّٰه هو السّمع البصیر))

صدق اللّٰه العظیم

سورة غافر، الآیة (20)

شكراً واحترافاً

نشكر المولى عز وجل الذي وفقنا وأعاننا على إتمام هذا العمل
كما نتقدم بجزيل الشكر الى الأستاذ الدكتور "فاروق خلف"
الذي كان لنا الشرف بقبوله الإشراف على مذكرتنا
والذي لم ييخل علينا بتوجيهاته المفيدة
وكان لنا خير رفيق في مشوار عملنا هذا
فتقبل منا سيدي كامل عبارات التقدير والاحترام
كما نشكر جميع أساتذة ودكاترة كلية الحقوق بجامعة حمه لخضر بالوادي
وأخيرا نتقدم بالشكر الكبير للجنة المناقشة.

محمد نجيب عبد الرحيم



بسم الله الرحمن الرحيم و الصلاة والسلام على أشرف

المرسلين و على أصحابه التابعين أما بعد:

نهدي هذا العمل الذي هو ثمرة جهد سنين إلى عائلاتنا

بوحفص و قادري

خاصة الوالدين الكريمين و الذين غرسوا فينا حب العلم

والمعرفة

إلى كل الأصدقاء والأقارب و كل من ساهم في إنجاز هذا

العمل.

قائمة المختصرات:

أولاً: باللغة العربية

ج، ر، ج، ج، د، ش: جريدة رسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.

ج ر: جريدة رسمية.

ص: صفحة.

د، دكتور.

أ، د: أستاذ دكتور.

د، د، ن: دون دار النشر.

د، س، ن: دون سنة النشر.

ط: طبعة.

ثانياً: باللغة الفرنسية:

P: page.

N: Numéro.

Op cit: Ouvrage précédemment cité.

ART: Article.

مقدمة:

من المستقر عليه قانونا، أن الدساتير تسمو وتعلو مرتبة عن باقي القوانين المعمول بها داخليا، ونظرا لكونها تشكل قوانين أساسية في البلاد، فإن احترامها يقتضي مراعاة المشرع لمبدأ سمو الدستور أثناء سنه للقوانين واللوائح التنظيمية بما يتطابق مع أحكام وقواعد النص الدستوري، والحرص على عدم مخالفتها له تماشيا مع المنهج الكلسيني، نسبة للفيقه النمساوي هانس كلسن، في إطار الهرمية التدرجية التي يأتي الدستور على رأسها.

فلضمان سمو الدستور، عملت الدول على تكريس وإقرار الرقابة الدستورية، والتي تختلف من نظام لآخر باختلاف الأنظمة السياسية، فمن حيث طبيعتها قد تكون سياسية (تمارسها مؤسسة دستورية) أو قضائية (تمارسها هيئة قضائية)، ومن حيث وقت ممارستها قد تكون قبلية أو بعدية، ومن حيث آثارها قد تكون رقابة إلغاء أو رقابة امتناع مع استبعاد النص القانوني من التطبيق، ومن حيث كيفية إثارها قد تكون مباشرة بموجب دعوى أصلية وقد تكون عن طريق الدفع (دعوى غير مباشرة).

لذلك، فإن صور الرقابة الدستورية مختلفة ومتعددة ومتنوعة نتج عنها تعدد مناهج القضاء الدستوري ويمكن حصرها في النظام الأمريكي الذي يقوم على فكرة الرقابة القضائية (جميع المحاكم بمختلف درجاتها مختصة للنظر في الدفع بعدم الدستورية لاستبعاد النص القانوني من التطبيق على موضوع النزاع) والنظام الأوروبي (النموذج الكلسيني) الذي يقوم على إسناد الرقابة على دستورية القوانين للقضاء مع إسناد الاختصاص لمحكمة مركزية أي المحكمة الدستورية أو جهة قضائية عليا، وأخيرا النموذج الفرنسي الذي يقوم على فكرة الرقابة السياسية السابقة (رقابة وقائية قد تكون وجوبية فيما يخص القوانين العضوية أو اختيارية بالنسبة للقوانين العادية) أي إسناد الرقابة الدستورية للقوانين للمجلس الدستوري مع عدم تمكين المتقاضين من إخطاره إلا في سنة 2008 عن طريق استحداث آلية المسألة ذات الأولوية الدستورية، أو ما يسمى آلية الدفع بعدم الدستورية.

فالأصل في النصوص التشريعية إذن هو حملها على قرينة الدستورية بافتراض مطابقتها للدستور، ومن ثم لا يجوز أن يكون سريانها متراخيا بل قد يكون إنفاذها اعتبارا من تاريخ العمل بها لازما، ولا يجوز بالتالي أن يكون مجرد الطعن عليها موقفا لأحكامها، أو مانعا عن

فرضها على المخاطبين بها، ذلك أن إبطالها لا يكون إلا بقرار من المجلس الدستوري، إذا ما قام الدليل لديه على مخالفتها للدستور.

في الجزائر، ومع إقرار التعديل الدستوري لسنة 2016، ازدادت أهمية وجوب مراعاة دستورية القوانين، ذلك أنه إذا كانت الدساتير السابقة حرصت على وجوب إحالة القوانين العضوية بوصفها قوانين مكملة للدستور، إلى المجلس الدستوري من أجل البت في مدى مطابقتها للدستور، في إطار الرقابة القبلية (السابقة)، فإن الأمر بالنسبة للقوانين العادية لم تشملها الوجوبية بقدر ما كان الأمر بخصوص إحالتها على المجلس اختياريا فقط بالنسبة للجهات التي لها حق الإخطار، والذي تم تمديده بموجب التعديل أعلاه لكل من الوزير الأول وأعضاء البرلمان، وكذا المتقاضين⁽¹⁾.

ولما كانت الأحكام والقواعد الدستورية التي يتضمنها الدستور هي الكفيلة بضمان ممارسة الحقوق والحريات الأساسية في البلاد وبها تنقيد باقي السلطات، فإن أعمال القوانين وتطبيقه ليس بالأمر اليسير طالما أنه قد يؤدي تطبيقها إلى تضيق وتقييد ممارسة تلك الحريات والحقوق في مواجهة الأفراد، خصوصا في الحالات التي تستدعي فصل المحاكم في المنازعات المعروضة عليها في شأن قضايا تتطلب أعمال وتطبيق القانون عليها، فقد يثير أحدهم دفعا بعدم دستورية نص قانوني أضر به ومس بحقوقه أو سلب من حرياته العامة وضاق بحقوقه الأساسية المكفولة بقوة الدستور جراء تطبيق نص قانوني لا يتطابق وقواعد الدستور على الدعوى المعروضة على محكمة الموضوع.

وهذا هو المستجد الذي جاء به التعديل الدستوري الجديد في شأن رقابة القضاء على دستورية القوانين في إطار الرقابة اللاحقة عن طريق الامتناع، متأثرا بما استحدثه المؤسس الدستوري الفرنسي في سنة 2008، وذلك بإثارة الدفع بعدم دستورية قانون ساري المفعول أمام محكمة الموضوع، وإحالتها من قبل المحكمة العليا أو مجلس الدولة بحسب الحالة على المجلس الدستوري للبت فيه، وهذا ما أشارت إليه (المادة 188 من دستور سنة 2016) وفيما يخص الدفع وإجراءاته وكيفية إثارته فقد أحالت المادة السالفة الذكر إلى القانون العضوي الذي

⁽¹⁾ انظر المادة (187) من دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 1996، المعدل بموجب القانون (01/16)

المؤرخ في 06 مارس 2016، جريدة رسمية عدد (14) المؤرخة في 07 مارس 2016.

لم يصدر بعد، خصوصا وأن بداية العمل في تطبيق المبدأ سيكون في سنة 2019، وذلك رغبة من المؤسس الدستوري في توفير الإطار المناسب قبل بداية العمل به.

تكمن أهمية الموضوع في تبني المؤسس الدستوري الجزائري في سنة 2016 لأول مرة وفقا للنموذج الفرنسي المستحدث في سنة 2008 والذي دخل حيز التنفيذ في سنة 2010 المخالف للنموذج الأوربي والأمريكي فيما يخص إقرار الرقابة الدستورية اللاحقة على القوانين عن طريق الدفع أو ما يسمى المسألة ذات الأولوية الدستورية إلى جانب الرقابة السياسية مع منح اختصاص الفصل في مسألة الدستورية للمجلس الدستوري، الذي يعد آلية ووسيلة للوصول إلى ضمان سمو الدستور⁽¹⁾ بعد الإحالة عليه من المحكمة العليا أو مجلس الدولة إثارة الدفع أمام محكمة الموضوع من قبل احد أطراف الخصومة بعدم دستورية النص التشريعي المراد تطبيقه على موضوع النزاع لمساسه بالحقوق والحريات التي يضمنها الدستور، وذلك ضمانا للحقوق والحريات الأساسية وحدا من السلطة المطلقة للسلطة التشريعية عن طريق رقابة الامتناع للسلطة القضائية في إطار خلق التوازن تعزيزا لمبدأ الفصل بين السلطات.

أما اختيارنا لهذا الموضوع فيعود لأسباب عديدة منها ما هو شخصي يعود لتأثرنا بكل ما يندرج في نطاق القانون العام بصفة عامة وشغفنا بالقانون الدستوري بصفة خاصة لارتباطه الوثيق بالقانون الإداري موضوع تخصصنا، ومنها ما هو موضوعي مرده حادثة آلية الرقابة عن طريق الدفع التي كانت من صنع المؤسس الدستوري الفرنسي في سنة 2008 وتبنيها من المؤسس الدستوري المغربي في سنة 2011، والتونسي في سنة 2014 والجزائري في سنة 2016، مع بعض الفروقات الطفيفة، وكذا أهميتها من حيث أنها تهدف بالأساس لضمان سمو الدستور وبصفة خاصة ضمانه ودعمه للحقوق والحريات عن طريق تنقية النظام القانوني من النصوص التشريعية الماسة بالحقوق والحريات بالإضافة لخصائصها من حيث الشروط والإجراءات وكيفية تفعيلها مقارنة بمختلف صور الرقابة القضائية في إطار الرقابة الدستورية اللاحقة عن طريق الامتناع، خصوصا أمام عدم صدور القانون العضوي المنظم لشروطها وكيفيات تطبيقها بالجزائر.

⁽¹⁾ انظر المادة (182) من دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 1996، المعدل بموجب القانون (01/16) المرجع السابق.

لقد جاء في تعديل الدستور الجزائري لسنة 2016، إقرار مبدأ الدفع بعدم دستورية القوانين أمام القضاء وفقا لما تضمنته المادة (188) منه، وهو الأمر الذي يبعث على التساؤل كما يلي:

ما هو الإطار القانوني المنظم لمبدأ الدفع بعدم دستورية القوانين؟ وما هي الضمانات المقررة له في سبيل تحقيق الأهداف المرجوة منه؟

تفرض طبيعة الدراسة، اعتماد المنهج الوصفي، لإبراز الماهية والطبيعة القانونية لمبدأ الدفع بعدم دستورية القوانين أمام القضاء وشروطه وإجراءاته، وآثاره، إلى جانب المنهج المقارن لإدراج مقارنة مقارنة لمختلف المواضيع المرتبطة بالدفع بعدم الدستورية بين الجزائر وفرنسا وبعض الدول العربية لاسيما المغرب وتونس ومصر، فضلا عن المنهج التحليلي من خلال التعليق على النصوص القانونية والممارسات المكرسة وتقييمها للوقوف على كفايتها لضمان حماية الحقوق والحريات المقررة دستوريا وإقامة التوازن تعزيزا لمبدأ الفصل بين السلطات لتحقيق الغاية الفضلى وهي ضمان سمو الدستور.

أما فيما يخص الدراسات السابقة لهذا الموضوع . الدفع بعدم دستورية القوانين أمام القضاء. فتكاد تكون منعدمة ما عدا بعض المقالات المنشورة في بعض المجلات كمجلات المجلس الدستوري (العدد 02 سنة 2013، العدد 07 سنة 2016 والعدد 08 سنة 2017) وكذا مقالات الأساتذة الجامعيين والباحثين في القانون المنشور في المجلات الجامعية والمواقع الالكترونية على شبكة الانترنت بعد إقرار المؤسس الدستوري لآلية الدفع بعدم الدستورية خلال سنة 2016، بالإضافة لمذكرة جامعية بعنوان الدفع بعدم الدستورية لنيل شهادة الماستر في الحقوق، فرع قانون عام، تخصص الجماعات المحلية والهيئات الإقليمية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، السنة الجامعية 2016/2017، والتي لم يتم الاعتماد عليها في موضوع الدراسة لكونها تناولت الموضوع من زاوية الرقابة القضائية.

وفيما يخص الصعوبات والمعوقات التي صادفت موضوع البحث فتتمثل في عدم كفاية الوقت المخصص لانجاز المذكرة خصوصا مع حداثة موضوع الدراسة وكذا الالتزامات المهنية إلى جانب الدراسة، بالإضافة لقلّة الدراسات والبحوث العلمية بالرغم من كثرة المراجع المعتمدة في الدراسة والتي تتعلق في مجملها بالرقابة القضائية على دستورية القوانين دون ان تتناول بالتفصيل آلية الدفع بعدم الدستورية بالصورة المستحدثة في النموذج الفرنسي، ومرد ذلك حداثة

آلية الدفع بعدم الدستورية التي ابتدعها المؤسس الدستوري الفرنسي في سنة 2008 ولم يتم العمل بها إلا في سنة 2010، دون أن نغفل عدم صدور القانون العضوي الذي أحالت إليه المادة (188) من التعديل الدستوري لسنة 2016، فيما يخص شروط وكيفيات التطبيق، الأمر الذي فرض علينا الاعتماد على الشروط والإجراءات المقررة في القانون المقارن الفرنسي، المغربي والتونسي.

وللإجابة على الإشكالية أعلاه، تم وضع خطة أولية، يعتمد في جزئها الأول على إبراز الإطار القانوني المنظم لمبدأ الدفع بعدم دستورية القوانين (ماهية الدفع بعدم الدستورية، شروطه وإجراءاته وطبيعته القانونية) والتي يبدو منها تأثر المؤسس الدستوري الجزائري بالتجربة الفرنسية فيما يخص رقابة الامتناع دون الإلغاء وإحالة الفصل في مسألة الدستورية إلى هيئة سياسية غير قضائية متمثلة في المجلس الدستوري عكس ما هو معمول به في مصر، تونس والمغرب، وفي الجزء الثاني يعتمد على تبيان الآثار القانونية للدفع بعدم الدستورية، من خلال الضمانات المقررة للمبدأ (استبعاد تطبيق النص القانوني المخالف للدستور على النزاع محل الخصومة وعدم إلغائه وتحصن النص التشريعي بقرينة الدستورية) والأهداف المرجوة من إقراره (تحقيق التوازن بين السلطات تعزيزاً لمبدأ الفصل بين السلطات، وكذا تنقية النظام القانوني من القوانين الماسة بالحقوق والحريات تكريماً للحق في المواطنة في إطار ما يسمى بالأمن القانوني).

الفصل الأول

الإطار القانوني المنظم لمبدأ الدفع بعدم دستورية القوانين

المبحث الأول: ماهية الدفع بعدم الدستورية

المطلب الأول: تعريف الدفع بعدم الدستورية

المطلب الثاني: شروط وإجراءات الدفع بعدم الدستورية

المبحث الثاني: الطبيعة القانونية للدفع بعدم الدستورية

المطلب الأول: طبيعة الدفع بعدم الدستورية

المطلب الثاني: حجية القرارات الصادرة بشأن الدفع بعدم الدستورية

تتخذ الرقابة على دستورية القوانين أكثر من نموذج، فمنها الرقابة السياسية ومنها الرقابة القضائية، ولكل من هذين النوعين أكثر من وجه، فمن أوجه الرقابة السياسية ما هو إجباري ومنها ما هو اختياري، كما أن من أوجه الرقابة القضائية ما يمارس عن طريق الدعوى الأصلية بهدف إلغاء القانون المخالف للدستور نهائياً، ومنها ما يمارس عن طريق الدفع الفرعي بهدف استبعاد تطبيق القانون المطعون ضده بعدم الدستورية على النزاع المعروض، ومنها ما يتخذ شكل محكمة دستورية مركزية متخصصة، ومنها ما يكون أمام جميع المحاكم، غير أن التفاعل الحاصل فيما بين أنظمة العدالة الدستورية في العالم أظهر للوجود فكرة الرقابة الدستورية المختلطة بعد إدخال الرقابة عن طريق آلية الدفع بعدم الدستورية وهي رقابة قضائية محضة لوجود نزاع بين أطراف الخصومة القضائية.

وهي الفكرة التي صارت تعرف في النموذج الفرنسي بنظام الرقابة السياسية اللاحقة على دستورية القوانين عن طريق الدفع بعدم الدستورية، بموجب التعديل الدستوري لسنة 2008⁽¹⁾ بموجب المادة المعدلة (61-الفقرة الأولى منه) إضافة إلى الرقابة السياسية الأصلية المعروفة بموجب المادة (61) من الدستور الفرنسي لسنة 1958⁽²⁾، والتي نظمها القانون العضوي الفرنسي الصادر في 17 أبريل 1958⁽³⁾، حيث يتم إحالة القوانين إلى المجلس الدستوري للنظر في دستوريته بعد التصويت على القانون من طرف البرلمان وقبل إصداره من قبل رئيس الجمهورية وهذا ما يعرف بـ"الإحالة السابقة".

حيث تحول المحكمة الدفع المثار أمامها وفقاً لشروط إجرائية وموضوعية إلى المجلس الدستوري للنظر فيه، والذي يرسل بقراره إلى المحكمة حتى تستأنف النظر في الدعوى الأصلية فإذا أُلغى المجلس الدستوري النص المطعون ضده، صار مُلغى بالنسبة للجميع على خلاف نظام الدفع الفرعي في النموذج الأمريكي الذي يقوم على فكرة الامتناع مبدئياً.

ومن ثم برز هذا النوع من الدفع بعدم الدستورية عن الدفع القضائية من جهة، وبتميزه عن فكرة الرقابة الدستورية السابقة باعتبارها رقابة وقائية تجنب إمكانية الطعن فيها بحيث تصح قبل إصدارها، مما يمنع معه تمكين الأفراد من الطعن فيها بعدم الدستورية، وهذا من

(1) د/ عيد احمد غفول، الدفع بعدم الدستورية في القانون الفرنسي، دار النهضة العربية القاهرة، الطبعة الثانية (2)، 2011،

ص 69.

(2) المرجع نفسه ص 71.

(3) نفس المرجع ص 72.

شأنه أن يحقق نوعاً من الأمن القانوني والاستقرار الدستوري ولو نسبياً، إلا أنها في الوقت نفسه تمنع كشف بعض عيوب النص القانوني التي ستبرز عند تطبيقه⁽¹⁾.

وبناء على ما سبق نعالج بالتحليل والمقارنة آلية الدفع بعدم الدستورية في الجزائر مقارنة مع النموذج الفرنسي وذلك المعمول به في بعض الدول العربية على غرار المغرب وتونس، مع تبيان كيفية تفعيل هذه الآلية في إطار ما يعرف بالرقابة اللاحقة عن طريق الدفع أمام الجهات القضائية (العادية والإدارية)، وذلك في مبحثين: الأول نستعرض فيه ماهية الدفع بعدم الدستورية، شروطه وإجراءاته، في حين نخصص الثاني لإبراز الطبيعة القانونية للدفع بعدم الدستورية، وحججته القرارات الصادرة بشأنها عن المجلس الدستوري.

(1) عيد أحمد غفول، المرجع السابق، ص 69.

المبحث الأول

ماهية الدفع بعدم الدستورية، شروطه وإجراءاته

إن وجود أسلوبين في الرقابة الدستورية أظهر عمليا تفاوتاً في توفير الحماية الفعالة لأحكام الدستور فالرقابة السياسية عن طريق المجالس الدستورية وفقاً للنموذج الفرنسي، تركز على الرقابة الوقائية السابقة، مع حرمان المواطنين من اللجوء إلى المجلس الدستوري⁽¹⁾، مع إقرار الرقابة القضائية اللاحقة على صدور القانون ونفاذه عن طريق الدفع بعدم الدستورية أمام مختلف الجهات القضائية، هذه الأخيرة التي تحيلها للمجلس الدستوري للفصل في الدستورية أي توسيع حق الدفع الدستوري للمواطنين بعد تدارك المؤسس الدستوري الفرنسي سياسته القضائية خلال سنة 2008⁽²⁾.

ومن ثم يعد حق الدفع بعدم الدستورية القوانين أهم وسيلة دفاعية مقررّة ومتفق عليها لدى غالبية الدول التي تتبناه كوسيلة أساسية لتحريك الدعوى الدستورية في الدولة⁽³⁾، وأن عديد الدول اعتمدت هذا المبدأ لتكريس رقابة القضاء على دستورية القوانين بطريقة الدفع. لذلك سنحاول التطرق لماهية الدفع بعدم الدستورية في المطلب الأول، وشروط وإجراءات الدفع بعدم الدستورية في المطلب الثاني.

المطلب الأول

تعريف الدفع بعدم الدستورية

نظراً لحدّثة هذا الإجراء دستورياً لم نجد له تعريفاً في الفقه الجزائري، بل عرفه المجلس الدستوري الفرنسي بأنه: "حق يخول كل طرف في رفع دعوى أمام المحكمة المدنية أو الإدارية أو الجنائية بأن يطلب، إذا أراد، مطابقة القانون الذي سيطبق عليه في الدعوى للدستور بواسطة مذكرة مستقلة، طالما أن القاضي لا يمكنه أن يثير تلقائياً هذا الدفع"⁽⁴⁾.

(1) سامي جمال الدين، القانون الدستوري والشرعية الدستورية على ضوء قضاة المحكمة الدستورية العليا، دار النهضة، الطبعة الثانية، سنة 2014، ص 146-147.

(2) Syndicate.org/commentary/hadaslebel11/Arabic <http://www.projet>

(3) أحمد كمال أبو المجد، الرقابة على دستورية القوانين في أمريكا، دار النهضة العربية، سنة 1960، ص 512.

(4) Debré (J.L) : «qu'est- ce que la question prioritaire de constitutionnalité», [http://www.conseil-constitutionnel. Fr/français /vidéos/ 2010 qu'est ce que la question prioritaire de constitutionnalité.48275.html](http://www.conseil-constitutionnel.Fr/français /vidéos/ 2010 qu'est ce que la question prioritaire de constitutionnalité.48275.html)- Roussillon (H) : «le conseil constitutionnel », Dalloz, 4^e édition, 2001, p :32.

كما يقصد بالدفع بعدم دستورية نص قانوني، بأنه منازعة قانون ساري المفعول لمخالفته أحكام الدستور يتقدم بها أحد الخصوم بمناسبة نزاع قضائي معروض أمام جهات القضاء العادي أو الإداري، بتوفر شروط وضوابط، وذلك بقصد التأكد من مدى دستوريته بإحالته على رقابة المجلس الدستوري للنظر في ذلك باعتباره صاحب الاختصاص.

وبالتالي، فالدفع بعدم الدستورية هو نوع من الرقابة اللاحقة يتم بعد دخول القانون حيز النفاذ ويدفع به أحد الخصوم في قضية معروضة أمام القضاء كوسيلة للدفاع عن نفسه، بحجة أن القانون الذي سيطبق على النزاع موضوع الدعوى غير دستوري، بهدف استبعاده من التطبيق عن طريق الامتناع بإرجاء القاضي النظر في النزاع، بإحالة القانون على المجلس الدستوري من طرف المحكمة العليا أو مجلس الدولة حسب طبيعة النزاع، وذلك للبت في دستوريته بقرار معلل.

ويمثل التعديل الدستوري الفرنسي الرابع والعشرين لدستور الجمهورية الفرنسية لعام 1958 المؤرخ في: 23 جويلية 2008 بشأن تحديث مؤسسات الجمهورية الخامسة التعديل الأبرز والأهم على الإطلاق في تاريخ التعديلات الدستورية الفرنسية⁽¹⁾، حيث كشف هذا التعديل عن حقيقة الطبيعة القضائية لعمل المجلس الدستوري المختلف فيها بين النقاد⁽²⁾، ووجه الخصوصية فيه إضافته للمادة (61-1) التي تمثل ثورة صامتة على الرقابة السابقة لهذا التعديل، والموسعة لجهة إخطار المجلس الدستوري الفرنسي لصالح الأفراد وفقا لضوابط دستورية محددة، من خلال آلية الرقابة اللاحقة للدفع بعدم الدستورية⁽³⁾.

ولقد دخلت هذه المادة حيز التنفيذ بتاريخ 01 مارس 2010 بعد صدور قانونها "العضوي" رقم: (2009/1523) المؤرخ بتاريخ: 2009/12/10 تطبيقا للمادة (61-1)⁽⁴⁾، وتأتي أهمية هذه المادة، من خلال منحها الأفراد ولأول مرة في التاريخ الدستوري الفرنسي الحق في الطعن في دستورية الأحكام التشريعية أمام القضاء مباشرة بضوابط تجعل منه نظاما خاصا

(1) عيد أحمد غفول، المرجع السابق، ص 133 وما بعدها.

(2) Xavier Magnon, la question Prioritaire de constitutionnalité Pratique et Contentieux: A Jour au 1 Novembre 2010; P12.

(3) محمد محمد عبد اللطيف، المجلس الدستوري في فرنسا والتعديل الدستوري في 23 يونيو 2008، بحث منشور بمجلة الحقوق الكويت، العدد الثالث السنة 34، سبتمبر 2010، ص 37.

(4) La constitution de la république française, op cit, art : 64-1.

بفرنسا بامتياز⁽¹⁾، وبهذا التعديل أصبح المجلس الدستوري الفرنسي يمارس نوعين من الرقابة الدستورية، الرقابة السابقة من خلال إحالة القوانين على المجلس للنظر في دستورتها قبل صدور القانون وفق التنظيم الدستوري للجمهورية الخامسة لسنة 1958، والرقابة اللاحقة من خلال إحالة القوانين على المجلس للنظر في دستورتها بعد صدور القانون، وهو الاختصاص الذي استحدثه التعديل الدستوري لسنة 2008،

ولقد ظل اختصاص المجلس الدستوري الفرنسي في مجال رقابة الدستورية منذ إنشائه عام 1958 وحتى إقرار التعديل الدستوري لسنة 2008، مقصورا في الرقابة السابقة على دستورية القوانين العضوية والعادية، والمعاهدات الدولية، واللوائح الداخلية لكل من الجمعية الوطنية ومجلس الشيوخ، بالإضافة لرقابة دستورية توزيع الاختصاص بين القوانين واللوائح.

وهي الخطوة التي شرعت العديد من الدول العربية في تكريسها وتفعيلها إما تحت ضغط شعوبها في إطار ما يسمى بالربيع العربي، وإما رغبة منها في تعميق التحول الديمقراطي، كما هو الحال مع الدستور المغربي الجديد المعدل سنة 2011، بموجب الفصل (133)⁽²⁾ منه، الذي منح المحكمة الدستورية حق النظر في كل دفع متعلق بعدم دستورية قانون، أثير أثناء النظر في قضية، وذلك إذا دفع أحد الأطراف بأن القانون، الذي سيطبق على النزاع، يمس بالحقوق وبالحرريات التي يضمنها الدستور، بتوفر شروط وإجراءات تطبيق هذا الفصل الذي يحدده قانون تنظيمي، وهو الأمر الذي أقره كذلك الدستور التونسي خلال سنة 2014⁽³⁾.

أما المؤسس الدستوري الجزائري، فلقد استحدث لأول مرة آلية جديدة للرقابة على دستورية القوانين في المنظومة القانونية الجزائرية تتمثل في الدفع بعدم دستورية القوانين أمام القضاء متأثرا في ذلك بالعديد من التجارب على رأسها التجربة الفرنسية، التونسية والمغربية،

(1) علي عيسى اليعقوبي، "تعديل 23 تموز 2008 الدستوري و أثره في تطور الرقابة على دستورية القوانين في فرنسا" تاريخ الولوج 19 جوان 2013 على الرابط الإلكتروني:

<http://hamoudi.org/arabic/dialogue-of-intellenct/22/05.htm>

(2) انظر في هذا الصدد: عليان بوزيان، أستاذ محاضر بكلية الحقوق جامعة تيارت: آلية الدفع بعدم الدستورية وأثرها في تفعيل العدالة الدستورية، مجلة المجلس الدستوري العدد 02 سنة 2013، ص 75.

(3) عليان بوزيان، المرجع نفسه ص 78.

وذلك بمقتضى التعديل الدستوري سنة 2016⁽¹⁾، بموجب المادة (188) منه، الواردة في الفصل الأول من الباب الثالث تحت عنوان الرقابة، والتي تنص على أنه: "يمكن إخطار المجلس الدستوري بالدفع بعدم الدستورية بناءً 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. يحدد شروط وكيفيات تطبيق هذه الفقرة بموجب قانون عضوي."

وبموجب التعديل أعلاه، أصبح للأفراد حق الدفع بعدم دستورية نص قانوني في حال نزاع مطروح أمام القضاء، إذا كان القانون الذي سيطبق على النزاع يمس بالحقوق والحريات التي يضمنها الدستور، وذلك كآلية تمكن من حماية الحقوق والحريات الأساسية.

وذلك في انتظار صدور القانون العضوي المتضمن آليات تطبيق مضمون هذه المادة، وبالتالي فإنه وبمقتضى هذه الآلية فإن حق إحالة القوانين غير الدستورية على المجلس الدستوري لم يعد مقتصرًا على الطبقة السياسية، بل أصبح من حق المتقاضين أيضا من خلال قانون الدفع بعدم الدستورية مما يشكل ثورة حقوقية ونقله نوعية وخطوة حاسمة في النظام لدستوري الجزائري من خلال التوجه نحو الرقابة القضائية اللاحقة على دستورية القوانين متأثرا في ذلك بالتجربة الفرنسية.

علما أن الدول التي تأخذ بنظام الرقابة القضائية على دستورية القوانين تختلف حول كيفية ممارسة هذه الأخيرة، حيث يقسم رجال الفقه أساليب تحريك هذه الرقابة إلى نوعين: تحريك الرقابة عن طريق الدعوى الأصلية، وتحريك الرقابة عن طريق الدفع الفرعي⁽²⁾، وهذه الأخيرة هي التي تبناها المؤسس الدستوري الجزائري متأثرا في ذلك بالنموذج الفرنسي المعتمد سنة 2008، وتعد إجراء قضائيا ذوا طابع متميز عن طريق الحفاظ على الرقابة السياسية السابقة وفقا للنموذج الكلاسيكي الكلسني، والتي تسمى بالمدرسة الأوروبية حسب تصنيف

(1) المادة (188) من دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، الجريدة الرسمية رقم 76 المؤرخة في 08 ديسمبر 1996 المعدل والمتمم بالقانون رقم 16 . 01 المؤرخ في 06 مارس 2016 المؤرخ في 06 مارس 2016، الجريدة الرسمية رقم 14 المؤرخة في 07 مارس 2016.

(2) سليمة مسراتي، نظام الرقابة على دستورية القوانين في الجزائر، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع الجزائر، 2012، ص104.

العميد "لويس فافورو"⁽¹⁾ مع تطعيمها بدور قضائي، عكس الدستور المغربي لسنة 2011 والتونسي لسنة 2014 اللذين تخليا عن الرقابة السياسية باعتمادهما الرقابة القضائية بصفة صريحة عن طريق استحداث المحكمة الدستورية، وهو الأمر الذي يدعو لإبراز شروط وإجراءات الدفع بعدم الدستورية، وهو ما نتناوله بالتفصيل في المطلب الثاني.

المطلب الثاني

شروط الدفع بعدم الدستورية وإجراءاته

لقد أوردت المادة (188) من التعديل الدستوري لسنة 2016 السالفة الذكر أعلاه ثلاثة شروط رئيسية للطعن بعدم الدستورية عن طريق الدفع، حيث يتوقف رفع الطعن بعدم الدستورية على وجود نزاع قائم أمام القضاء، كما يتعين رفع الطعن من قبل أحد أطراف النزاع، وأن ينتهك النص المطعون في دستوريته الحقوق والحريات المضمونة في الدستور. وفيما يخص شروط وكيفيات تطبيق الفقرة أعلاه، فقد أحال النص الدستوري لقانون عضوي لم يصدر بعد، وخلال هذا المطلب، سنحاول أن نستعرض شروط الدفع بعدم الدستورية وكيفية إثارته في الفرع الأول، والإجراءات المقررة له في الفرع الثاني.

الفرع الأول

شروط الدفع بعدم الدستورية

إن التعديل الدستوري لسنة 2016 مكن المتقاضين من حق إخطار المجلس الدستوري، بتقديم دفع بعدم الدستورية أمام القضاء، وينظر في ذلك المجلس الدستوري بناء على إحالة من المحكمة العليا أو مجلس الدولة بحسب طبيعة النزاع، عندما يدعي أحد الأطراف في المحاكمة أمام جهة قضائية (عادية أو إدارية)، أن الحكم التشريعي الذي يتوقف عليه مآل الفصل في النزاع ينتهك الحقوق والحريات الأساسية التي يضمنها الدستور، علما انه أحال فيما يخص شروط وكيفيات تطبيق ذلك إلى القانون العضوي الذي لم يصدر بعد".⁽²⁾

إن عدم صدور القانون العضوي المحدد لشروط وكيفيات تطبيق مبدأ الدفع بعدم دستورية القوانين يدفع بنا للاعتماد في الدراسة على الشروط المقررة بموجب نص المادة (188)

(1) Rousseau (D.) : droit du contentieux constitutionnel , préface de Georges Vedel, 7ème édition, Beyrouth, Montchrestien-Delta, 2006,p :14.

(2) المادة 188 من القانون رقم (01-16) مرجع سابق.

من التعديل الدستوري لسنة 2016 وكذا الشروط المقررة في النصوص الدستورية المقارنة لاسيما فرنسا، المغرب وتونس.

وعليه يمكن حصر الشروط المطلوبة لتقديم الدفع بعدم الدستورية، والتي تبدو مشتركة في الدساتير محل الدراسة فيما يلي:

أولا/ وجود نزاع مطروح أمام إحدى الجهات القضائية (العادية أو الإدارية):

يتطلب الدفع بعدم الدستورية وجود نزاع مطروح أمام القضاء العادي أو الإداري، وأن هناك قانونا موضوعيا يراد تطبيقه من طرف القاضي على ذلك النزاع القائم، فيبادر الشخص المتضرر بالطعن في دستوريته، وإذا تبين للجهة القضائية المعنية جدية الدفع، فإنها تتوقف عن البت في النزاع إلى غاية الفصل في مدى دستوريته، وبالتالي لا يمكن الطعن بعدم الدستورية في حالة عدم وجود دعوى أصلية أمام القضاء تتعلق بنزاع قائم بين الخصوم، وهذا ما يستفاد من تعبير "عندما يدعي أحد الأطراف في المحاكمة أمام جهة قضائية" الوارد في صلب المادة (188) المشار إليها سابقا، وعليه فطريق الدفع بعدم دستورية القوانين هو وسيلة دفاعية يستهدف من ورائها الشخص استبعاد تطبيق نص قانوني عليه في نزاع قائم فعلا، لاعتقاده أن ذلك النص ينتهك الحقوق والحريات المعترف بها في الدستور.

إن اشتراط إثارة الدفع بعدم الدستورية وجوبا أثناء النظر في قضية أمام إحدى الجهات القضائية يجعل من المنازعة الدستورية حقيقية وغير مجردة، لأنها مرتبطة بنزاع حقيقي معروض أمام إحدى الجهات القضائية (العادية أو الإدارية)، سواء كان ذلك أمام محاكم أول درجة أو جهات الاستئناف أو النقض، أو حتى الجهة القضائية الدستورية عندما تكون بمثابة محكمة انتخابية عند فصلها في المنازعات الانتخابية، على اعتبار أن الجهات القضائية الدستورية عادة تختص بالسهل على صحة الانتخابات ذات الطابع الوطني (تشريعية، رئاسية واستفتاء)، وتفصل في الطعون المقدمة بشأنها⁽¹⁾، وفي هذا الصدد فقد نص مشروع القانون التنظيمي المحدد لإجراءات الدفع أمام المحكمة الدستورية المغربية على إمكانية إثارة "الدفع بعدم دستورية قانون" أمام مختلف محاكم المملكة وكذا أمام المحكمة الدستورية بمناسبة البت

⁽¹⁾ أنظر في هذا الصدد: مسعود شيهوب، المجلس الدستوري: قاضي انتخابات، مجلة المجلس الدستوري العدد الأول، سنة

في الطعون المتعلقة بانتخاب أعضاء البرلمان، كما يمكن عند الاقتضاء، إثارة هذا الدفع لأول مرة أمام محكمة الاستئناف أو أمام محكمة النقض⁽¹⁾.

أما المؤسس الدستوري الفرنسي فبنصه على إمكانية إثارة الدفع أمام الجهات القضائية التابعة لمجلس الدولة ومحكمة النقض، يكون قد استبعد بذلك كل من محكمة التنازع والمحكمة العليا للتحكيم، كما استثنى إثارة هذا الدفع أمام محكمة الجنايات، إلا أنه سمح بإثارته في القضايا الجنائية أمام قاضي التحقيق وفي مراحل الاستئناف والطعن بالنقض فقط، لكي لا يفتح المجال لتعطيل سير الدعاوى الجزائية من قبل المتابعين جنائياً⁽²⁾.

ثانياً/ إثارة الدفع الفرعي من قبل أحد الخصوم:

لقد منح المؤسس الدستوري حق الطعن في دستورية القوانين عن طريق الدفع لأطراف النزاع القائم أمام الجهات القضائية العادية أو الإدارية على حد سواء، ويستوي الأمر أن يكون الطاعن مدعياً أو مدعى عليه، وسواءً أكان من الأشخاص الطبيعيين أم الأشخاص المعنويين، واللافت للانتباه، أن النص الدستوري لم يميز بين الوطنيين والأجانب في مباشرة حق الطعن مما يفسح المجال للتأويل، وهو الأمر الذي حصل بفرنسا، قبل أن تستقر أحكام المجلس الدستوري الفرنسي على أنه يحق للأجانب الطعن في دستورية قانون يراد تطبيقه عليهم إذا كان ينتهك الحريات والحقوق التي يتمتعون بها داخل فرنسا⁽³⁾.

كما لا يمكن للقاضي الناظر في الدعوى الأصلية، إثارة الدفع بعدم الدستورية من تلقاء نفسه، بل يجب أن يكون ذلك من قبل أحد أطراف الدعوى، وفي هذا الصدد فقد نص المشرع المغربي صراحة على منع إثارة الدفع تلقائياً من قبل المحكمة التي تنظر في الدعوى⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ المادة (3) من مشروع القانون التنظيمي رقم (15.86) المتعلق بتحديد شروط وإجراءات تطبيق الفصل 133 من الدستور، صيغة 15 ديسمبر 2018، الجريدة الرسمية المغربية.

⁽²⁾ Article (23-1) de l'ordonnance n : (58-1067) du 07 novembre 1958 portant loi organique sur le conseil constitutionnel, modifiée par les lois organiques n ; 2009-1523 du 10 décembre 2009 et n ; (2010-30) du 22 juillet 2010, (al 4).

⁽³⁾ يسري محمد العصار، الجمع بين الرقابة السابقة واللاحقة على الدستورية في فرنسا بمقتضى التعديل الدستوري لعام 2008، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، د.ت، متاح على الموقع <http://hccourt.gov.eg/> : تاريخ الاطلاع 09 أبريل 2018، الساعة 08.00 مساءً .

⁽⁴⁾ المادة (3) الفقرة الأخيرة من مشروع القانون التنظيمي رقم (15 . 86)، المرجع السابق.

ويلاحظ أن المؤسس الدستوري التونسي فيما يخص مقدم الدفع الفرعي استعمل لفظ الخصوم بينما فضل كل من المؤسس الدستوري المغربي ونظيره الجزائري مصطلح الأطراف، خاصة أن هذا الأخير أوسع من الخصوم بل ويشمله، وقد عرف المشرع المغربي لفظ الأطراف بأنه: "كل مدعٍ أو مدعى عليه في الدعاوى المدنية أو التجارية أو الإدارية، وكل مهتم أو مطالب بالحق المدني أو مسؤول مدني في الدعوى العمومي"⁽¹⁾.

وعن شكل الدفع، فقد اشترط المشرع التونسي ضرورة تقديم الدفع بعدم الدستورية في مذكرة مستقلة ومعللة محررة من قبل محام مرسم لدى التعقيب تحتوي على عرض في بيان أسباب الدفع مع تحديد مفصل لأحكام القانون المطعون فيها⁽²⁾.

ومن جانبه، أتاح المشرع الفرنسي للمتقاضي إمكانية تقديم الدفع بنفسه أو عبر محاميه، هذا الأخير الذي تخضع الاستعانة به لنفس الإجراءات المطبقة على الدعوى الأصلية، ففي القضايا التي يتطلب فيها الاستعانة بمحام يجب أن يقدم الدفع بعدم الدستورية من قبل محام، أما تلك التي لا يشترط فيها وجود محامي فيمكن أن يقدم الدفع من قبل المتقاضي نفسه، وفي كل الحالات يجب أن يكون الدفع في عريضة منفصلة مكتوبة ومعللة، وتشترط الكتابة حتى أمام الجهات القضائية التي لا تتطلب الإجراءات أمامها تقديم مذكرات كتابية.

وفي نفس الصدد، نجد بأن المشرع المغربي قد اشترط تحت طائلة عدم القبول، إثارة الدفع بعدم الدستورية بواسطة مذكرة كتابية تتوافر فيها الشروط المحددة بموجب المادة (5) من مشروع القانون التنظيمي رقم (86/15)، المتعلق بتحديد شروط وإجراءات تطبيق الفصل (133) من الدستور المغربي⁽³⁾.

(1) المادة (2) فقرة (ب) من مشروع القانون التنظيمي رقم (15 . 86)، المتعلق بتحديد شروط وإجراءات تطبيق الفصل (133) من الدستور المغربي لسنة 2011.

(2) الفصل (55) القانون الأساسي رقم (50) لسنة 2015 المؤرخ في 03 ديسمبر 2015 المتعلق بالمحكمة الدستورية التونسية.

(3) المادة 5 من مشروع القانون التنظيمي رقم (15 . 86)، المتعلق بتحديد شروط وإجراءات تطبيق الفصل 133 من الدستور، أوجبت أن تكون معللة و مقدمة بصفة مستقلة، أن تكون موقعة من قلب الطرف المعني أو من قبل محام مسجل في جدول هيئة من هيئات المحامين بالمغرب مع مراعاة الاتفاقيات الدولية النافذة، أن تكون مؤدى عنها الرسم القضائي الذي يحدد مبلغه وفق التشريع الجاري به العمل، أن تتضمن المقتضى التشريعي موضوع الدفع بعدم الدستورية، الذي يعتبره صاحب الدفع أنه يمس بحق من الحقوق أو بحرية من الحريات التي يضمنها الدستور، أن تتضمن بيان الأوجه الخرق أو الانتهاك أو الحرمان من الحق أو الحرية المذكورة في البند أعلاه، يجب أن ترفق المذكرة بنسخ منها مساوية لعدد الأطراف، و عند الاقتضاء، بأي

ثالثا/ أن ينصب الدفع بعدم الدستورية على قانون:

الدفع بعدم الدستورية يقتضي أن ينصب على مواجهة نص قانوني عن طريق الطعن في دستوريته، والمؤسس الدستوري الجزائري استخدام مصطلح الحكم التشريعي متأثرا بنظيره الفرنسي، في حين فضل كل من المؤسس الدستوري المغربي ونظيره التونسي توظيف مصطلح القانون، إلا أن اختلاف تسمية المصطلح لا تثير أي إشكال، لأن المقصود بالقانون، بالاستناد للتجربة الفرنسية السباقة في هذا المجال، هو كل نص صادر عن جهة تمتلك سلطة التشريع في مفهومه الضيق، بمعنى كل نص صوت عليه البرلمان بأشكاله المختلفة (قانون عادي أو عضوي أو أمر مصادق عليه من قبل البرلمان)، وبالتالي يستثنى من ذلك الأوامر التي لم يصادق عليها البرلمان بعد، والمراسيم والقرارات الفردية، لأنها تعتبر أعمالا إدارية تخضع لرقابة القضاء الإداري.

ومن جانبه عرف المشرع المغربي القانون الذي يدفع أحد أطراف الدعوى بأنه يمس بحق من الحقوق أو بحرية من الحريات التي يضمنها الدستور بأنه: " كل مقتضى ذو طابع تشريعي يراد تطبيقه في دعوى معروضة على المحكمة، ويدفع طرف من أطرافها بأن تطبيقه سيؤدي إلى خرق أو انتهاك أو حرمان من حق من الحقوق أو حرية من الحريات التي يضمنها الدستور"⁽¹⁾.

رابعا/ أن يكون القانون المطعون فيه مطبقا على النزاع:

لتفادي كثرة الدفوع بعدم الدستورية، وما قد ينتج عنه من تعطيل للجهات القضائية أثناء الفصل في الدعاوى الأصلية المرفوعة أمامها، وحفاظا على الأمن القانوني، خاصة ما تعلق منه بالاستقرار التشريعي، يشترط لقبول الدفع بعدم دستورية قانون ما أن يكون مطبقا على موضوع النزاع الأصلي، كما نص على ذلك المؤسس الدستوري المغربي، أي أن يكون متوقفا عليه مآل النزاع، وهو ما أقره وأكده المؤسس الدستوري الجزائري، في حين أن المؤسس الدستوري التونسي لم ينص على هذا الشرط، تاركا ذلك للمشرع الذي أكد عليه ضمن أحكام القانون الأساسي للمحكمة الدستورية.

وثيقة أخرى يرغب الطرف المعني في الإدلاء بها لدى المحكمة، يسلم وصل للمعني بالأمر، عند إيداع المذكرة المشار إليها أعلاه بكتابة الضبط بالمحكمة، و تعتبر النسخة الحاملة لطابع كتابة الضبط بمثابة وصل يشهد بذلك.

⁽¹⁾ المادة (2) فقرة أ من مشروع القانون التنظيمي رقم (15 . 86)، المتعلق بتحديد شروط وإجراءات تطبيق الفصل (133) من الدستور المغربي لسنة 2011.

خامسا/ أن يكون القانون المطعون فيه يمس بالحقوق والحريات التي يكفلها الدستور:

هذا الشرط الذي سبق للمؤسس الدستوري الفرنسي وأن نص عليه في تعديل الدستور سنة 2008، استلهمه كل من المؤسس الدستوري الجزائري ونظيره المغربي، في حين ترك المشرع التونسي باب الدفع مفتوحا لكل أوجه عدم الدستورية، ولم يقيد بضرورة مساس القانون بالحقوق والحريات المكفولة دستوريا، ويبقى من اختصاص المحامي تبيان مختلف أوجه المخالفة الدستورية التي تشوب القانون المطعون فيه، علما أن القانون الأساسي للمحكمة الدستورية⁽¹⁾ أكد على أنه من بين أهم مهامها ضمان علوية الدستور وحماية الحقوق والحريات⁽²⁾.

وعليه فلا يتصور قبول الطعن بعدم الدستورية عن طريق الدفع سوى في حالة انتهاك حكم تشريعي للحقوق والحريات التي أقرها الدستور، وفي هذا الإطار نعتقد أن الحكم التشريعي الذي يقصده المؤسس الدستوري يشمل القوانين التي تدخل في نطاق الرقابة الاختيارية والمتمثلة في القوانين العادية، والمعاهدات، والتنظيمات، ولا يتصور أن يشمل القوانين العضوية والنظاميين الداخليين لغرفتي البرلمان، طالما أن نصوصها تخضع للرقابة الدستورية السابقة الوجوبية قبل دخولها حيز التنفيذ، وذلك بناء على إخطار من رئيس الجمهورية.

إن التضيق في أوجه الدفع بعدم الدستورية وحصرها في المساس بالحقوق والحريات الأساسية يرمي إلى ترشيد استخدامه، لكن المؤسس الدستوري التونسي جاء بعكس ذلك، بتركه للدفع بعدم الدستورية مفتوحا لكل الصور المخالفة للدستورية، وهو ما سيؤدي دون شك لتكاثر الدفوع، الأمر الذي سيساهم من جهة في تنقية النظام القانوني من القوانين المخالفة للدستور، إلا أنه سيكون له لا محالة تأثير على الاستقرار التشريعي من جهة أخرى.

أما بالنسبة لربط الدفع بعدم الدستورية بضرورة مساس القانون بالحقوق والحريات الأساسية فيطرح من جانبه عدة تساؤلات، أهمها: هل يقتصر الأمر هنا على قائمة الحقوق

(1) الفصل (56) من القانون الأساسي، عدد (50)، لسنة 2015، المؤرخ في 3 ديسمبر 2015، المتعلق بالمحكمة الدستورية التونسية.

(2) عمار عباس، انفتاح القضاء الدستوري على المتقاضين ومساهمته في تنقية النظام القانوني من القوانين الماسة بالحريات والحقوق في الدساتير المغاربية، تونس والغرب نموذجان، مقال منشور بمجلة المجلس الدستوري الجزائري، عدد (07)، سنة 2016، ص 33 و34.

والحريات التي عددها المؤسس الدستوري في الدستور بمفهومه الشكلي، بمعنى الوثيقة الرسمية المكتوبة؟ أم يمتد إلى مجموع الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور في مفهومه المادي؟، أي إلى كل القواعد القانونية ذات المضمون الدستوري وبمختلف درجاتها، وفي أي مصدر من مصادر القانون الدستوري وجدت حتى العرفية منها⁽¹⁾، وبمفهوم آخر، كل ما تحتويه مكونات الكتلة الدستورية في كل بلد من حقوق وحريات؟.

هذا التساؤل تم الفصل فيه في فرنسا من قبل المجلس الدستوري، بمناسبة قراره الشهير حول حق التجمع سنة 1971⁽²⁾، بمناسبة رقابته للقانون المعدل للقانون المتضمن تكوين الجمعيات حيث حدد من خلاله مكونات الكتلة الدستورية المتضمنة للحقوق والحريات، والتي تتكون من دستور 1958 وديباخته وما أحالت عليه من ميثاق للبيئة، وديباجة دستور 1946 والإعلان العالمي لحقوق الإنسان والمواطن لسنة 1789، وأضاف إليها بعد ذلك من خلال اجتهاداته في مناسبات أخرى، المبادئ المعترف بها من قبل قوانين الجمهورية، والمبادئ والأهداف ذات القيمة الدستورية⁽³⁾.

أما عندنا في الجزائر فقد سبق للمجلس الدستوري أن وسع من الكتلة الدستورية إلى ابعاد الحدود بمناسبة فصله في مختلف الإخطارات الموجهة إليه، حيث كانت القواعد المرجعية التي يستند عليها لإصدار قراراته وآراءه تمتد من الدستور إلى الديباجة إلى المعاهدات الدولية، بل وحتى الأعراف الدبلوماسية تكريسا لمبدأ سمو الدستور⁽⁴⁾.

غير أن هذا التوجه كان قبل انفتاح القضاء الدستوري على المتقاضين، إلا أن الأمر سيكون صعبا في الفترة المقبلة، والتي ستتكاثر فيها الإحالات على المجلس الدستوري في حالة تمسكه باجتهاداته السالفة، كما سيكون للمشرع دور بارز للإجابة على التساؤل السابق، بمناسبة إعداده للقانون العضوي المنضم للدفع بعدم الدستورية، في انتظار ذلك فصل المؤسس

(1) احمد الرشدي، تحرير مصطفى علوي، الإصلاح المؤسسي، الإطار الدستوري كأساس لإدارة شؤون الدولة والمجتمع، مركز دراسات واستشارات الإدارة العامة، منتدى السياسات العامة، 2001، ص 14.

(2) عمار عباس، المرجع السابق، ص 33 و 34.

(3) عمار عباس، المرجع نفسه ص 56.

(4) حول المجلس الدستوري الجزائري، انظر، نوري مزرة جعفر، المجلس الدستوري الجزائري بين النظرية والتطبيق، المجلة الجزائرية للعلوم الاقتصادية والسياسية، رقم 4، سنة 1990.

الدستوري في الجزائر وتونس والمغرب في القيمة القانونية للديباجة، معتبرا إياها جزءاً لا يتجزأ من الدستور⁽¹⁾.

وتجدر الإشارة أن الدافع لربط قبول الدفع بعدم الدستورية على الأقل من الناحية الشكلية بضرورة مساسه وتعارضه مع أحد الحقوق والحريات التي يقرها الدستور، يجد سنده في كون أن القضاء ليس الضامن الأساسي لدولة القانون فحسب، بل يمثل كذلك الضامن الأساسي لحقوق وحررياتهم المقررة دستوريا⁽²⁾.

سادسا/ أن لا يكون القانون المطعون فيه متمتعا بقرينة الدستورية:

لا يجوز الدفع بعدم دستورية قانون أو حكم تشريعي سبق لجهة القضاء الدستوري مراقبته وقضت بدستوريته، على غرار ما ذهب إليه المشرع الفرنسي، فعلى اعتبار أن قراراتها نهائية وغير قابلة لأي وجه من أوجه الطعن وملزمة لجميع السلطات بنص الدستور، سواء في دستور المغرب أو تونس أو الجزائر، فالقوانين العضوية (التنظيمية أو الأساسية) أخضعها المؤسس الدستوري لرقابة المطابقة للدستور قبل صدورها، وهي رقابة إلزامية على هذا النوع من القوانين، الأمر الذي يجعلها متمتعة بقرينة الدستورية بعد صدورها، نفس الأمر كذلك، بالنسبة للقوانين العادية التي يمكن أن تخضع للرقابة الدستورية السابقة الاختيارية، وهو ما يجعل عددا من هذه القوانين أو على الأقل بعض أحكامها متمتعا هو الآخر بقرينة الدستورية، وبالتالي تتحصن من الدفع بعدم الدستورية، علما أن القوانين المعدلة للقوانين العادية والتي سبق وأن خضعت للرقابة الدستورية، لا يمكن أن تكون عرضة لها ومن ثم للدفع بعدم الدستورية⁽³⁾.

في هذا الإطار، فقد نص المشرع المغربي صراحة على عدم قبول الدفع بعدم دستورية مقتضى نص قانوني سبق البت بمطابقته للدستور، ما لم تتغير الظروف⁽⁴⁾.

(1) عمار عباس، نفس المرجع، ص ص 33 و 34.

(2) ميثم حسين الشافعي، دور الرقابة القضائية على دستورية القوانين في حماية الحقوق والحريات العامة، دراسة مقارنة، مجلة دراسات إسلامية معاصرة، جامعة كربلاء، العراق، العدد 2012، ص 19.

(3) رشيدة العام، المجلس الدستوري الجزائري، دار الفجر للنشر والتوزيع، 2006، ص 222.

(4) المادة (6 الفقرة الثالثة) من مشروع القانون التنظيمي رقم (15 . 86)، المتعلق بتحديد شروط وإجراءات تطبيق الفصل (133) من الدستور المغربي لسنة 2011.

ومن خلال استعراض النصوص الدستورية أعلاه، يمكننا القول بأن الشروط المطلوبة لتقديم الدفع بعدم الدستورية، تبدو مشتركة في الدساتير الثلاثة مع بعض الاختلافات الطفيفة، وتبعاً لذلك وجب البحث في إجراءات الدفع بعدم الدستورية وهو ما سنتناوله في الفرع الثاني.

الفرع الثاني

إجراءات الدفع بعدم الدستورية

إن إجراءات إثارة الدفع بعدم الدستورية يمكن أن نوجزها في الإحالة غير المباشرة على جهة القضاء الدستوري وتحديد أجل للجهات القضائية للفصل في الدفع بعدم الدستورية مع التنويه بأن تحديد الإجراءات المتعلقة بالدفع بعدم الدستورية من اختصاص المشرع.

أولاً/ الإحالة غير المباشرة على جهة القضاء الدستوري:

تفاديا لكثرة الدفوع وبغرض ترشيدها، وضع المؤسس الدستوري الفرنسي إجراءات لا بد أن يمر بهما الدفع بعدم الدستورية، إذ لا يمكن للمتقاضي أن يوجه دفعه إلى المجلس الدستوري مباشرة بل يجب أن يحال من قبل قاضي الدعوى الأصلية، إلى محكمة النقض أو مجلس الدولة واللذان يحيلانه من جانبهما على المجلس الدستوري متى كان جدياً، وهو النهج الذي سار عليه التعديل الدستوري لسنة 2016، باشتراطه إحالة الدفع من قبل قاضي الموضوع على مجلس الدولة أو المحكمة العليا حسب الاختصاص، وبدورهما يحيلانه على المجلس الدستوري⁽¹⁾.

على خلاف ذلك، لم يأخذ لا المؤسس الدستوري التونسي ولا المشرع بمبدأ ثنائية الإجراءات التي يخضع لها الدفع، بل جعله مباشراً، حيث ألزم المحاكم عند الدفع أمامها بعدم دستورية القوانين إحالة المسألة فوراً على المحكمة الدستورية، دون اشتراط تمريره على أية جهة قضائية أخرى، إذا استثنينا تلك اللجان الخاصة التي تحدث لدى المحكمة الدستورية بقرار من رئيسها والمكونة من ثلاثة أعضاء من ذوي الاختصاص في القانون، والتي توكل لها مهمة التثبت في مدى احترام مذكرة الدفع بعدم الدستورية لموجباتها الشكلية والإجرائية، وترفع على اثر ذلك لرئيس المحكمة الدستورية اقتراحاتها الرامية لقبول الإحالات من الناحية الشكلية والإجرائية أو رفضها، لكي تتولى البت فيها⁽²⁾.

(1) المادة (188) من التعديل الدستوري الجزائري لسنة 2016 المرجع السابق.

(2) الفصل (59) من القانون الأساسي، عدد (50) لسنة 2015، مؤرخ في 3 ديسمبر 2015، يتعلق بالمحكمة الدستورية التونسية.

وفي مقابل ذلك، لم ينص لا الدستور المغربي لسنة 2011 ولا القانون التنظيمي للمحكمة الدستورية على أية قناة يجب أن يمر بها الدفع بعدم الدستورية قبل عرضه على المحكمة الدستورية، غير أن قراءة مشروع القانون التنظيمي المنظم لإجراءات الدفع بعدم الدستورية يتبين منها أن المتقاضي يقدم طعنه للمحكمة الدستورية بنفسه، دون أن تحيله عليها جهة أخرى، عندما نص على أنه بعد أن "تتحقق المحكمة من استيفاء الدفع للشروط المذكورة في المادة (6) وتحدد لصاحب الدفع، بموجب مقرر غير قابل للطعن، أجل شهر يبتدئ من تاريخ صدور المقرر المذكور لتقديم دفعه أمام المحكمة الدستورية، وفي هذه الحالة يتعين على صاحب الدفع الإدلاء بما يفيد تقديمه للدفع داخل الأجل السالف الذكر، كما أن على هذه الأخيرة إشعار المحكمة التي أثير أمامها الدفع كتابة بذلك داخل أجل (08) أيام من تاريخ تقديم الدفع، وإذا لم يقدم الدفع داخل الأجل المذكور اعتبر كأنه لم يكن، أما في حالة ما إذا تبين للمحكمة عدم استيفاء الدفع للشروط المذكورة، فإنها تبلغ مقررها القاضي بعدم قبول الدفع فوراً للأطراف⁽¹⁾.

ثانياً/ تحديد أجل للجهات القضائية للفصل في الدفع بعدم الدستورية:

كان رئيس المجلس الدستوري الفرنسي السابق، السيد جون لويس ديبري (Jean-Louis Debré)، أحد أبرز مهندسي الدفع بعدم الدستورية في فرنسا، يرى أن وقت العدالة هو وقت المتقاضين، لذلك كان يطالب بتحديد آجال معقولة للجهات القضائية لتفصل خلالها في المسألة الدستورية ذات الأولوية التي تثار أمامها، وكذلك الشأن بالنسبة للمجلس الدستوري، مقترحا مدة ستة (06) أشهر للفصل، وهو ما تحقق قانونا وواقعا⁽²⁾.

لذلك، فالإحالة عملية أساسية في الدفع بعدم الدستورية لتحريك رقابة المجلس الدستوري، غير أن المجلس الدستوري الفرنسي أخذ بعين الاعتبار حالة عدم إبداء الرأي من مجلس الدولة أو محكمة النقض في الدفع بعدم الدستورية خلال المدة المحددة لهما، وهذا ما أكده في قراره رقم (595-2009) بأن المادة (23-7) من القانون التنظيمي المتعلق بتطبيق الفصل (61-1) من الدستور الفرنسي تنص على أن يرفع مجلس الدولة أو محكمة النقض المسألة إليه عن

⁽¹⁾ عمار عباس، المرجع السابق، ص 38.

⁽²⁾ Article 23-1 de l'ordonnance n : (58-1067) du 07 novembre 1958 portant loi organique sur le conseil constitutionnel, modifiée par les lois organiques n ; (2009-1523) du 10 décembre 2009 et n ; (2010-30) du 22 juillet 2010, (al 3).

طريق قرار مسبب مصحوب بمذكرات أو طلبات الأطراف المنفصلة والمسببة والتي يجب أيضا إحالتها على المجلس الدستوري، وإذا قرر مجلس الدولة أو محكمة النقض عدم عرض المسألة على المجلس الدستوري، فعلى هذا الأخير أن يتسلم صورة من الحكم المسبب، غير أنه في حالة ما إذا لم يبد كل منهما رأيه حسب الحالة خلال مدة ثلاثة أشهر المقررة، فإن المسألة تحال عليه (أي المجلس الدستوري) بقوة القانون.

على هذا النهج، سار كل من المؤسس الدستوري الجزائري ونظيره التونسي، أين حدد الأول للمجلس الدستوري مدة أربعة (4) أشهر لإصدار قراره عندما يخطر في إطار الدفع بعدم الدستورية، ويمكن تمديد هذا الأجل مرة واحدة فقط لمدة أقصاها أربعة (4) أشهر، بناء على قرار مسبب من المجلس الدستوري، يبلغ إلى الجهة القضائية صاحبة الإخطار⁽¹⁾، أما نظيره التونسي فقد ألزم المحكمة الدستورية بالبت في الطعون المعروضة عليها خلال مدة ثلاثة (03) أشهر قابلة للتمديد لنفس المدة مرة واحدة، على أن يكون ذلك بموجب قرار معلل⁽²⁾.

أما في المغرب، فلا الدستور ولا القانون التنظيمي للمحكمة الدستورية حددا لها أجلا للفصل خلاله في الدفع بعدم الدستورية، وترك ذلك للقانون التنظيمي المحدد لإجراءات الدفع بعدم الدستورية الذي ألزمها بالبت في الدفع داخل أجل ستين (60) يوما تبدأ من تاريخ توصلها بمذكرة الدفع⁽³⁾.

إن هذه الآجال، ورغم تفاوتها إلا أنها تتماشى مع المدد التي حددها المشرع الفرنسي لمجلس الدولة ومحكمة النقض وللمجلس الدستوري، والتي لا يمكن أن تتجاوز مجتمعة في كل الأحوال ستة أشهر (06)، إلا أنها تبقى معقولة، وحتى أن إمكانية التمديد من شأنها أن تتيح لجهة القضاء الدستوري وقتا كافيا لإجراء التحقيقات اللازمة والاستماع للأطراف وإصدار قراراتها بعيدا عن التسرع والاستعجال، كما أنها بالرغم من ذلك ستساهم لا محالة في تقادي تراكم القضايا لدى الجهات القضائية الدستورية، وهي الظاهرة السلبية التي يعرفها القضاء العادي والإداري، الأمر الذي أصبح يمس بمشروعيته.

(1) الفقرة الثانية من المادة (189) من التعديل الدستوري الجزائري، لسنة 2016، مرجع سابق.

(2) الفصل (123) من الدستور التونسي الصادر بتاريخ 27 جانفي 2014، منشور على الموقع:

www.legislation.tn-files-constitution.

(3) المادة (120) من مشروع القانون التنظيمي رقم (15. 86) المغربي، السابق ذكره.

ثالثا/ تحديد الإجراءات المتعلقة بالدفع بعدم الدستورية من اختصاص المشرع:

إذا كان المؤسس الدستوري قد وضع شروطا أولية مبدئية للدفع بعدم الدستورية، فإنه قد أحال في مقابل ذلك على المشرع لتحديد باقي الإجراءات المنظمة له، وذلك بموجب قانون عضوي (تنظيمي أو أساسي).

وقد كان للمشرع المغربي السبق في المصادقة على القانون التنظيمي للمحكمة الدستورية⁽¹⁾ بحكم أن التعديلات الدستورية التي أقرت الدفع بعدم الدستورية كانت مبكرة في المغرب مقارنة بالجزائر وتونس، إلا أنه أحال من جانبه على قانون تنظيمي آخر لتحديد الإجراءات المتعلقة بالدفع بعدم الدستورية⁽²⁾، على خلاف ذلك تضمن القانون الأساسي المتعلق بالمحكمة الدستورية التونسية مختلف الإجراءات الواجب اتباعها للدفع بعدم الدستورية ومبينا حتى النتائج المترتبة عليه⁽³⁾.

في انتظار إصدار النصوص القانونية تطبيقا لأحكام الدستور الجزائري بعد التعديل الأخير له، ومنها على الخصوص القانون العضوي الذي يأتي تطبيقا لما جاء في الفقرة الأولى من المادة (188) من القانون (01-16) المتضمن تعديل الدستور الذي يحدد شروط وكيفيات تطبيقها، فإن الإحالة تبقى الطريق المؤدي لتحريك عمل المجلس.

إن المؤسس الدستوري الجزائري تبنى تسمية " الدفع بعدم الدستورية "، والتي يجب أن تمر قبل الفصل في دستورية النص القانوني من طرف المجلس الدستوري عبر عملية الإحالة من الهيئات القضائية العليا، هذه العملية التي تسبقها عملية التصفية كما ورد في النظام القانوني الفرنسي، الأمر الذي يدفع لتبيان المقصود من التصفية والإحالة وذلك على النحو التالي:

أ/ التصفية: هذه العملية وإن كانت أساسية إلا أن الفقرة الأولى للمادة (188) من القانون (01-16) المتضمن تعديل الدستور الجزائري لم تنص عليها، وهي التي يقوم بها القضاء

(1) القانون التنظيمي رقم (066.13) المتعلق بالمحكمة الدستورية المغربية، الجريدة الرسمية، عدد (6288)، الصادرة بتاريخ 4 سبتمبر 2014.

(2) المادة 28 من القانون التنظيمي رقم (066.13) المتعلق بالمحكمة الدستورية المغربية، أنظر: مشروع القانون التنظيمي رقم (86.15) المحدد لإجراءات الدفع بعدم الدستورية، المرجع السابق.

(3) القانون الأساسي، عدد (50)، لسنة 2015، مؤرخ في 3 ديسمبر 2015، يتعلق بالمحكمة الدستورية التونسية، خاصة من الفصل (54) إلى الفصل (61).

العادي قبل إحالة المسألة إلى المجلس الدستوري بحكم أنها تسهل عمل هذا الأخير، حيث ينتظر النص عليها في القانون العضوي الذي يحدد شروط وكيفيات تطبيق الفقرة الأولى من هذه المادة.

ومقارنة بما ورد في التشريع الفرنسي، فإن المسألة المطروحة أمام القضاء العادي تخضع في المرحلة الأولى إلى عملية التصفية قبل إحالتها إلى المجلس الدستوري، وهذه العملية قد تكون مزدوجة تقوم فيها الهيئة القضائية بمراقبة أولية على مستواها، ثم بعدها مراقبة ثانية من طرف مجلس الدولة أو محكمة النقض بعد تحويلها إليهما حسب الحالة بالاعتماد على الإجراءات المحددة في القانون التنظيمي رقم (2009-1523) المتعلق بتطبيق الفصل (61-1) من الدستور الفرنسي المعدل للأمر (58-1067) المؤرخ في 7 نوفمبر 1958 المتعلق بالقانون التنظيمي الخاص بالمجلس الدستوري⁽¹⁾، كما قد تكون تصفية وحيدة إذا تم طرح المسألة لأول مرة بمناسبة الطعن أمام مجلس الدولة أو محكمة النقض.

وتتم التصفية بمراعاة ومراقبة شروط قبول الدفع من طرف الجهات القضائية والتي حددتها المادة (23-2) من القانون التنظيمي المذكور، وذلك بأن يكون النص القانوني قابلاً للتطبيق أو يمثل أساساً للمتابعات، كما لم يكن محل قرار بالمطابقة من قبل المجلس الدستوري ما لم تتغير الظروف، وأن المسألة لا تخلو من الجدية أو أن تكون جديدة.

ب/ الإحالة: تبقى الإحالة إلى المجلس الدستوري الجزائري من صلاحيات الهيئات القضائية العليا (مجلس الدولة أو المحكمة العليا) كما ورد صراحة في نص المادة (188) من قانون التعديل الدستوري الجديد، وهذا ما ورد على سبيل الحصر أيضا في المادة (61-1) من الدستور الفرنسي بالنسبة لمجلس لدولة ومحكمة النقض.

ولم يحدد الدستور الجزائري الأجل الذي يجب أن تتم فيه تاركا ذلك للقانون العضوي، كما هو الحال في القانون التنظيمي رقم (2009-1523) المتعلق بتطبيق الفصل (61-1) من الدستور الفرنسي الذي أوجب أن تتم خلال أجل ثلاثة (03) أشهر المحدد للبت في الدفع كما تنص عليه المادة 23-4 منه، ويأتي ذلك تأكيدا على أنه لا يمكن أن تتم الإحالة مباشرة

⁽¹⁾ Loi organique n°(2009-1523) du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article(61-1) de la constitution de la République Française, JORF n° (287) du 11 décembre 2009.

من أي محكمة أخرى، وقاضي الموضوع الذي ينتظر الفصل في المسألة عليه أن يقوم بتحويلها إلى هاتين الهيئتين حسب الحالة⁽¹⁾.

إن هذه العلاقة الجديدة بين السلطة القضائية والمجلس الدستوري يحكمها خضوع السلطات العمومية وكل السلطات الإدارية والقضائية لآراء وقرارات المجلس الدستوري التي لها قوة الشيء المقضي به⁽²⁾.

في حين أن المشرع الجزائري لم يتدخل بعد لإعداد هذا القانون، وربما يرجع ذلك لامتلاكه فسحة من الوقت مقدرة بثلاث (3) سنوات، والتي أقرها المؤسس الدستوري قبل دخول إجراء الدفع بعدم الدستورية حيز النفاذ والتطبيق وذلك بموجب المادة (215) من التعديل الدستوري لسنة 2016⁽³⁾، كل ذلك بهدف توفير وتهيئة الإطار المناسب لتطبيق المبدأ.

وتجدر الإشارة في الأخير أن الإجراءات المتعلقة بالدفع بعدم الدستورية أمام مختلف الجهات القضائية ستتطلب حتما تحيينا للقوانين المتعلقة بالإجراءات المتبعة أمامها، على غرار قوانين الإجراءات المدنية والإدارية والجزائية على الخصوص، تماشياً مع هذا المستجد الذي أقره المجلس الدستوري على اعتبار أنها ستكون مطبقة على الدفع بعدم الدستورية التي تثار أمام الجهات القضائية العادية والإدارية، وهو الأمر الذي يستوجب البحث في الطبيعة القانونية لهذا الدفع ذلك ما سنتطرق له بالتفصيل في المبحث الثاني.

المبحث الثاني

الطبيعة القانونية للدفع بعدم الدستورية وحجيته

إن البحث في مسألة الدفع بعدم الدستورية تقتضي إبراز الطبيعة القانونية لهذا الدفع اعتماداً على النظرية العامة للدفع من حيث أنه دفع شكلي، أو موضوعي، أو قانوني أم أنه دفع ذو طبيعة خاصة، كما أن القيمة القانونية لهذا الدفع بعد إثارته أمام القضاء تتجلى من خلال الحجية التي تتمتع بها القرارات الصادرة بشأنها عن الجهة المختصة (المجلس الدستوري) للفصل فيها بعد النظر في دستورية الحكم التشريعي المطعون فيه من عدمه، ومن خلال هذا

(1) Guy Carcassonne, op.cit, p76.

(2) المادة (191) من القانون رقم (16-01) مؤرخ في 06 مارس 2016، يتضمن تعديل الدستور، المرجع السابق.

(3) انظر المادة (215)، المرجع نفسه.

المبحث سنستعرض الطبيعة القانونية للدفع بعدم الدستورية في المطلب الأول وفي المطلب الثاني سننظر لحجية القرارات الصادرة بشأن الدفع بعدم الدستورية.

المطلب الأول

الطبيعة القانونية للدفع بعدم الدستورية

إن تحديد الطبيعة القانونية للدفع بعدم الدستورية تقتضي التطرق إلى مسألة الدفع، هذه الأخيرة التي تنقسم في مجملها إلى شكلية وأخرى موضوعية.

ويُقصد بالدفع الشكالية تلك الدفوع التي يُطعن بها في صحة الخصومة القائمة أمام المحكمة أو في بعض إجراءاتها⁽¹⁾، أو يُطلب بها تأخير الحكم فيها إلى أن ينقضي ميعاد أو يُستوفي إجراء من الإجراءات المقررة. بينما يقصد بالدفع الموضوعية تلك الدفوع التي يرد بها الخصم على أصل الحق المدعى به، وهي تمثل كل وسيلة من وسائل الدفاع يهدف من خلالها المدعي عليه التوصل للحكم برفض دعوى خصمه⁽²⁾.

ويُفرق الفقه بين الدفوع الشكالية والدفوع الموضوعية⁽³⁾، من زاوية أن الدفع الشكالي يطعن به في صحة الإجراءات، بينما الدفع الموضوعي يُنكر به الحق المطالب به، ومن ثم فإن الحكم بقبول الدفع الشكالي لا يمس أصل الحق المدعى به، بحيث يجوز تجديد الدعوى مع اتباع الإجراءات الصحيحة، بينما ينهى الحكم الصادر بقبول الدفع الموضوعي النزاع على أصل الحق بحيث يحول دون تجديده أمام القضاء، مع بقاء حق الطعن للنظر فيه من جهة قضائية أعلى، وباكتسابه النهائية ينشأ عنه حق التمسك بسبق الفصل عند وحدة المحل والأطراف والسبب.

وفي هذا الصدد يثار التساؤل عن طبيعة الدفع بعدم الدستورية، هل يعد دفعاً شكلياً؟ أم دفعاً موضوعياً؟ أم أنه دفع ذو طبيعة خاصة؟

(1) شعبان أحمد رمضان، أثر انقضاء المصلحة على السير في إجراءات دعوى الإلغاء والدعوى الدستورية، دار النهضة العربية، 2009، ص ص 108 و 109، وما بعدها.

(2) شعبان أحمد رمضان، المرجع السابق، ص 109.

(3) شعبان أحمد رمضان، الدعوى الدستورية في النظام الدستوري البحريني دراسة مقارنة، المجلة المصرية للدراسات القانونية والاقتصادية، العدد الأول، مصر، مارس 2014، ص 162.

إن الدعوى الدستورية بطبيعتها هي دعوى عينية، تستهدف مخاصمة قانون، خصوصا وأن قواعد الدستور تسمو ولا يعلى عليها⁽¹⁾، ومن ثمة يعتبر الفقه الدستوري الدفع بعدم دستورية القوانين من طائفة الدفوع الموضوعية لكونه وسيلة دفاع، بخلاف الدفوع الشكلية التي تتصل بالإجراءات التي تثار قبل الدخول في مناقشة الموضوع، وإلا سقط الحق في الدفع به، خاصة وأن المصلحة في الدعوى الدستورية مرتبطة بالمصلحة في الدعوى الموضوعية، لأن الفصل في هذه الأخيرة يتوقف على الفصل في الدعوى الدستورية، وعليه فإن التكيف الأنسب للدفع بعدم الدستورية أن يكيف بأنه دفع موضوعي، لأنه الأصلح لحماية الحقوق والحريات⁽²⁾، لذلك فهو ليس من الدفوع الشكلية التي تثار قبل أي دفع في الموضوع.

كما أنه قد يكيف أيضا بأنه دفع قانوني، يمكن أن يثار في أي مرحلة من مراحل الدعوى، ولو لأول مرة أمام محكمة النقض⁽³⁾، فمتى تبين لمحكمة الموضوع أن الدفع جدي فإنها ترجئ الفصل في الدعوى لتمكين الخصم من رفع دعوى بعدم الدستورية أمام المحكمة الدستورية أو المجلس الدستوري بناء على الإحالة بحسب اختلاف الأنظمة القانونية.

فالمشرع الفرنسي من الناحية الشكلية، نص على أنه يقتضي طرح مسألة الأولوية الدستورية بكتابة مذكرة منفصلة غير تلك المرفوعة في موضوع الدعوى، وأن إمكانية إثارتها تبقى قائمة في كل وقت سواء أمام المحاكم الابتدائية، أو في حالة استئناف، أو لأول مرة أمام مجلس الدولة أو محكمة النقض. وقد أكد المجلس الدستوري الفرنسي في قراره رقم (2009-595)⁽⁴⁾، عند نظره في المادة (05) من القانون التنظيمي المتعلق بتطبيق الفصل (1-61) من الدستور الفرنسي أن مسائل أولوية الدستور التي تكون مقبولة، هي تلك التي تكون في محرر أو مذكرة منفصلة ومسببة.

ويمكن الإشارة أن المجلس الدستوري الفرنسي أكد وبوضوح في نفس القرار المذكور أعلاه (رقم 2009-595) الحق المعترف به في المادة (1-61) من الدستور بإثارة مسألة

(1) انظر في هذا الصدد: عليان بوزيان، أستاذ محاضر بكلية الحقوق جامعة تيارت: آلية الدفع بعدم الدستورية وأثرها في تفعيل العدالة الدستورية، مجلة المجلس الدستوري، العدد 02، سنة 2013، ص 76.

(2) عادل محمد الشريف، قضاء الدستورية، طبعة سنة 1988، ص 395.

(3) عبد العزيز محمد سلمان، نظم الرقابة على دستورية القوانين دراسة مقارنة، الناشر: سعد السمك للمطبوعات القانونية القاهرة، طبعة 2000، ص 182.

(4) Décision n°2009-595 DC du 03 décembre 2009, Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution.

الدستورية من المتقاضين، فيما يخص حضر تقديم مسألة أولوية الدستورية أمام محكمة الجنايات كما جاء في المادة (23-1-فقرة 4) من القانون التنظيمي المذكور، حيث رأى أن المشرع وإن كان قد راعى اعتبار خصوصية تنظيم المحكمة وسير الإجراءات أمامها، إلا أنه وضح أن ذلك لا يغفل الحق المعترف به، أي يكون أثناء التحقيق الجنائي أو في مرحلة الاستئناف أو الطعن بالنقض.

وفيما يخص أيضا الدعاوى الاستعجالية وحالة صدور حكم نهائي فيها فقد صرح بأن المادة (23-3) من القانون التنظيمي لا تتعارض مع الدستور شرط مراعاة تحفظه، حيث أخذ بعين الاعتبار حالتين: في الحالة التي تفصل فيها المحكمة في الموضوع دون انتظار لقرار مجلس الدولة أو محكمة النقض أو المجلس الدستوري إذا كان الأمر قد عرض عليه، أنه على الجهة المرفوع أمامها طعن بالاستئناف أو النقض أن تتوقف عن الفصل في الدعوى من حيث المبدأ، وفي إمكانية صدور حكم نهائي في دعوى معروض بمناسبة مسألة أولوية الدستورية، فإن النص القانوني وقوة الشيء المقضي به لا يمكن أن يحرم المتقاضي من رفع دعوى جديدة حتى يتمكن من أخذ قرار المجلس الدستوري في الاعتبار.

وإذا كانت طبيعة الدفع بصفة عامة أنه دفع عام يمكن أن يناقشه أي قاض ودون حاجة إلى نص يسمح للقاضي بذلك، فإن القضاء مختلف في تقرير ذلك بالنسبة للدفع بعدم الدستورية ففي القانون الفرنسي يمنع على القاضي قبول الدفع ضد بعض القوانين مثل القوانين العضوية وقوانين المصادقة على المعاهدات الدولية والقوانين الاستثنائية نظرا لطبيعتها الخاصة.

ومن ثم فلا يمكن وفقا لمبدأ تدرج القوانين وعند تعارض قانون عادي مع الدستور إلا تغليب هذا الأخير، والامتناع عن تطبيق القانون العادي، وهو الاتجاه الذي دافع عنه الفقه والقضاء الدستوري المصري، وأخذت به بعض القوانين المنظمة للمحاكم الدستورية، حيث اعتبرت المحكمة الدستورية العليا في مصر أن الدفع بعدم الدستورية يتعلق بالنظام العام، بموجب المادة (29 الفقرة - أ-) من قانون المحكمة الدستورية، وهذا على خلاف قاضي الموضوع الفرنسي الذي لا يملك سلطة الدفع التلقائي، كما أن دستور مملكة البحرين أجاز لمحاكم الموضوع أن تحيل على المحكمة الدستورية أي نص قانوني تبين لها عدم دستورية⁽¹⁾.

(1) انظر في هذا الصدد: عليان بوزيان، أستاذ محاضر بكلية الحقوق جامعة تيارت: آلية الدفع بعدم الدستورية وأثرها في تفعيل

كما يتميز الدفع بعدم الدستورية بأنه ذو طابع قضائي منتج للامتناع، مما سيقيد القاضي بعدم تطبيق القانون المطعون فيه على النزاع المعروض عليه، على عكس أسلوب الدفع الفرعي المنتج للإلغاء، الذي يترتب عليه إلغاء القانون المخالف للدستور لمساسه بالحقوق والحريات المنصوص عليها فيه، والذي يمارس وفق قواعد خاصة تطبق أمام المحاكم بمختلف درجاتها وأمام محكمة النقض وأمام مجلس الدولة الفرنسي، وهو الاتجاه الذي أخذ به المشرع الفرنسي في المرسوم رقم: (2010/1448) المؤرخ في: 2010/02/16 ضمن ما يعرف بالمسألة ذات الأولوية الدستورية التي حددت كيفية مباشرة إجراءات الطعن بعدم الدستورية، ومن أهمها الإحالة على محكمة النقض أو مجلس الدولة لممارسة التصفية، إما بقبول الدفع، وفي هذه الحالة تحيله على المجلس الدستوري ليمارس الرقابة المركزية، أو برفضه وبالتالي ترجع الملف إلى المحكمة التي إحالته عليها لمواصلة النظر في الدعوى⁽¹⁾.

ونرى من جانبنا أن الدفع بعدم الدستورية لا يعد من قبيل الدفوع الشكلية أو الموضوعية وإنما يعد دعواً ذا طبيعة خاصة لكونه يعنى بمقابلة النصوص التشريعية المطعون فيها بمخالفة أحكام الدستور ترجيحاً لأحكام هذا الأخير باعتبارها أعلى القواعد القانونية داخل الدولة. ومؤدى ذلك أنه يعد من قبيل الدفوع المتعلقة بالنظام العام، بحيث يجوز إثارته في أي حالة تكون عليها الدعوى، وأمام أي محكمة أياً كانت درجتها في السلم التقاضي، وهو ما أكدته المحكمة الدستورية العليا المصرية².

وتماشياً مع الغاية من إقرار العدالة الدستورية، فإن أغلب الأنظمة الدستورية تحرص على إعطاء الدفع بعدم الدستورية ذاتية مستقلة عن باقي الدفوع الأخرى من خلال النص عليه استقلالاً في النص الدستوري من خلال تضمين دساتيرها الحق في التقاضي أمام القضاء الدستوري كأحد أهم آليات تكريس مبدأ الرقابة على دستورية القوانين بهدف استبعاد أو إلغاء التشريعات المخالفة للدستور، غير أن إنشاء مجلس دستوري أو محكمة دستورية لا يكفي لحماية الدستور من صدور قوانين وتنظيمات ومعاهدات مخالفة له، بل لابد من تفعيل هذه

(1) عليان بوزيان مرجع نفسه، ص 123.

(2) حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في الدعوى الدستورية رقم (23) لسنة 2014، قضائية- دستورية - بجلسة 1994/2/12، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا- الجزء السادس، ص 174. نقلاً عن شعبان أحمد رمضان، الدعوى الدستورية في النظام الدستوري البحريني دراسة مقارنة، نفس المرجع، ص 163.

الرقابة وهو التفعيل الذي ينطلق من تمكين المواطنين في الطعن بعدم دستورية القوانين وعدم تعقيد إجراءات تحريك الدعوى الدستورية كضمانة لقيام دولة القانون.

وخلاصة القول أن الدفع بعدم الدستورية يعد دعواً ذا طبيعة خاصة يستهدف النصوص التشريعية المطعون فيها بعدم الدستورية، وأنه دفع يتعلق بالنظام العام يمكن إثارته في أي مرحلة تكون عليها الدعوى وأمام أي درجة من درجات التقاضي، الأمر الذي يدعو للبحث في مدى إمكانية إثارته تلقائياً من قبل القاضي في حالة عدم الدفع به من احد الخصوم؟ ذلك ما سنتناوله في الفرع الأول.

الفرع الأول

سلطة قاضي الموضوع في إثارة الدفع بعدم الدستورية

إن الدفع بعدم الدستورية بالرغم من تعلقه بالنظام العام كما سبق الذكر وذلك لإمكانية إثارته في أي مرحلة تكون عليها الدعوى وأمام أي درجة من درجات التقاضي حتى وإن كان ذلك لأول مرة أمام محكمة النقض، إلا أن قاضي الموضوع لا يملك حق إثارته تلقائياً لأنه حق مقرر لأطراف الخصومة فقط للتمسك به وإثارته في حالة ما إذا كان النص التشريعي المراد تطبيقه على النزاع يمس بالحقوق والحريات التي يضمنها الدستور.

وبناء عليه، فلا يمكن للقاضي الناظر في الدعوى الأصلية، إثارة الدفع بعدم الدستورية من تلقاء نفسه، بل يجب أن يكون ذلك من قبل أحد أطراف الدعوى، وفي هذا الصدد فقد نص المشرع المغربي صراحة على منع إثارة الدفع تلقائياً من قبل المحكمة التي تنتظر في الدعوى⁽¹⁾. في حين اعتبرت المحكمة الدستورية العليا في مصر أن الدفع بعدم الدستورية يتعلق بالنظام العام، وذلك خلافاً لما قرره محكمة النقض المصرية، التي استبعدت إثارته لأول مرة خلال مرحلة الطعن بالنقض، إضافة إلى ذلك فإن المحكمة الدستورية العليا في مصر تمارس حق التصدي المسند إليها بموجب المادة (29 الفقرة -أ-) من قانون المحكمة الدستورية العليا التي أجازت لها فحص دستورية قانون أو لائحة تلقائياً، بمناسبة نزاع معروض عليها، وهذا على خلاف قاضي الموضوع الفرنسي الذي لا يملك سلطة الدفع التلقائي⁽²⁾.

(1) المادة (3) الفقرة الأخيرة من مشروع القانون التنظيمي رقم (15 . 86)، المرجع السابق.

(2) انظر في هذا الصدد: عليان بوزيان، نفس المرجع السابق، ص 116.

وبالرغم من أن قاضي الموضوع في الجزائر، فرنسا والمغرب لا يملك سلطة الدفع التلقائي فيما يخص الدفع بعدم الدستورية إلا أنه بالمقابل تبقى له سلطة تقدير جدية الدفع بعدم الدستورية وهو ما نتناوله في الفرع الثاني.

الفرع الثاني

تقدير جدية الدفع بعدم الدستورية

إن قاضي الموضوع هو الذي يقدر جدية الدفع، فهو إن قدر جدية الدفع اخذ الموضوع طريقه إلى المجلس الدستوري أو المحكمة الدستورية، وإذا قدر عدم جدية الدفع حكم برفضه، وهذا الحكم برفض الدفع قابل للطعن بالطرق المقررة للطعن في الأحكام القضائية، ولكن يطعن فيه أمام المحكمة الاستئنافية بالنسبة للمحكمة التي رفضت الدفع ولا يطعن فيه أمام المحكمة الدستورية ذلك أن هذه المحكمة ليست جهة طعن بالنسبة إلى محكمة الموضوع، وإنما جهة ذات اختصاص أصيل حدده قانون إنشائها.

وقد جاء هذا التعديل لسد ثغرة كانت قائمة قبل إقراره، حيث كان الدستور يتمتع بحماية قانونية أقل من الحماية التي تتمتع بها المعاهدات وفقا للمادة (55) من الدستور، حيث تملك المحاكم باختلاف أنواعها سلطة الامتناع عن تطبيق أي قانون يتعارض مع إحدى المعاهدات، ولكنها لم تكن تملك الحق في الامتناع عن تطبيق القانون الذي يخالف الدستور، إذا كان هذا القانون لم يقض بعدم دستورية في ظل نظام الرقابة السابقة التي يمارسها المجلس الدستوري، وذلك نظرا لأن إحالة القوانين له هي إحالة جوازية للجهات التي منحها القانون هذه الرخصة، وليست إجبارية عليه.⁽¹⁾

أن الدفع بعدم الدستورية يندرج ضمن النظرية العامة للدفع طالما لم يوجد نص قانوني يمنع القاضي من اختصاص مناقشة الدفع بعدم الدستورية، وهو ما يترتب عليه إلزامية قيام القاضي بمناقشة هذا الدفع والرد عليه إيجابا أو سلبا⁽²⁾، لأن أعمال قواعد الشرعية الدستورية تقتضي بأن يكون كل عمل أو قانون أو تنظيم صادر عن إحدى مؤسسات الدولة مطابقا وغير مخالف لأحكام الدستور، وفقا لمبدأ تدرج القواعد القانونية بتقديم الضمانات التي تضمن تعزيز

⁽¹⁾ يسري محمد العصار، الجمع بين الرقابة السابقة واللاحقة على الدستورية في فرنسا بمقتضى التعديل الدستوري لعام 2008، مرجع سابق، ص 3.

⁽²⁾ محمد رأس العين، الرقابة على دستورية القوانين عن طريق الدفع الفرعي، الندوة الوطنية الثانية للقضاء بنادي الصنوبر أيام 25/14/23 فبراير 1991، ص 165.

هذا التدرج⁽¹⁾، وآلية ذلك هو مبدأ الرقابة على دستورية القوانين كضمانة أساسية لحسن نفاذ القاعدة الدستورية وضمان سموها.

وفي هذا الصدد، نأمل من المشرع الجزائري أن يتصدى لمسألة تحديد الطبيعة القانونية للدفع بعدم الدستورية وكيفية إثارته عند صياغته للقانون العضوي المحدد لشروط وكيفيات تطبيق المبدأ بحسب ما نصت عليه المادة (188) من دستور سنة 2016، وذلك بالتفصيل في شروطه وإجراءاته مع مراعاة طبيعته الخاصة باعتباره دفعا مقدما من قبل أطراف الخصومة في مواجهة النص التشريعي المطعون فيه بعدم دستوريته لمسأسه بحق من الحقوق أو حرية من الحريات التي يقرها الدستور.

بعد التطرق لمسألة تحديد الطبيعة القانونية للدفع بعدم الدستورية ووقت وكيفية إثارته يتعين دراسة حجية القرارات الصادرة بشأنه، أي القرارات الصادرة بشأن الدفع بعدم الدستورية الصادرة عن المجلس الدستوري وذلك في المطلب الثاني.

المطلب الثاني

حجية القرارات الصادرة بشأن الدفع بعدم الدستورية

قبل التطرق لمسألة حجية قرارات المجلس الدستوري في إطار الرقابة الدستورية اللاحقة عن طريق الدفع بعدم الدستورية أمام القضاء، لا بد من التطرق للمجلس الدستوري كجهة مختصة للفصل في مدى الدستورية على ضوء ما جاء في تعديل المجلس الدستوري لسنة 2016 في الفرع الأول، بعدها دراسة مسألة الحجية التي تكتسبها قراراته الصادرة بشأن الدفع بعدم الدستورية بعد فحص الدستورية للحكم التشريعي في الفرع الثاني.

الفرع الأول

تمسك المؤسس الدستوري بالمجلس الدستوري ومحاولة تفعيله

إن من بين أهداف التعديلات الدستورية، التي تضمنها التعديل الدستوري لسنة 2016، تفعيل دور المجلس الدستوري وذلك بتوسيع تشكيلته ووضع شروط للعضوية، إضافة لتمديد حق الإخطار للوزير الأول وأعضاء البرلمان، مع تمكين المتقاضين بالطعن في الأحكام التشريعية الماسة بالحقوق والحريات التي يكفلها الدستور، والتأكيد على إلزامية قرارات وآراء المجلس الدستوري في مواجهة جميع السلطات.

(1) بوكرا إدريس، الوجيز في القانون الدستوري والمؤسسات السياسية، دار الكتاب الحديث، 2003، ص 97.

فعلى مستوى التشكيلة، تم رفع عدد أعضاء المجلس الدستوري من تسعة (9) أعضاء إلى اثني عشر (12) عضواً⁽¹⁾، مع استحداث منصب لنائب رئيس المجلس الدستوري حفاظاً على استمرارية هذه المؤسسة، وتشكيلته نصت عليها المادة (164) من الدستور المعدل لسنة 2016، وقراراته تتخذ بالأغلبية وفي حالة تعادل الأصوات بين أعضاء المجلس الدستوري يكون صوت رئيسه مرجحاً⁽²⁾.

زيادة على ذلك، فقد وضعت شروط صارمة للعضوية في المجلس الدستوري، إذ يجب أن يتمتع أعضاؤه بخبرة مهنية مدتها خمس عشرة (15) سنة على الأقل بالتعليم العالي في العلوم القانونية أو في القضاء، أو في مهنة محام لدى المحكمة العليا أو لدى مجلس الدولة أو في وظيفة عليا في الدولة، وأن يكونوا بالغين أربعين (40) سنة كاملة يوم تعيينهم أو انتخابهم⁽³⁾. هذه الشروط ستسمح من دون شك، بوصول الكفاءات للمجلس الدستوري بالنظر إلى الاختصاصات المخولة له، وعلى رأسها الفصل في طعون المتقاضين التي ستم إحالتها عليه من مجلس الدولة والمحكمة العليا، إضافة إلى رقابة دستورية القوانين والتنظيمات والمعاهدات والأنظمة الداخلية لغرفتي البرلمان، ورقابة صحة الانتخابات الرئاسية والتشريعية والاستفتاءات والنظر في الطعون المقدمة بشأنها وإعلان نتائجها النهائية⁽⁴⁾.

وحفاظاً على استقلالية المجلس الدستوري، أصبح رئيسه ونائبه وأعضاؤه، يتمتعون بالحصانة القضائية في المسائل الجزائية خلال عهدهم، وبذلك لا يمكن أن يكونوا محل متابعات أو توقيف بسبب ارتكاب جريمة أو جنحة إلا بتنازل صريح من المعني بالأمر أو بترخيص من المجلس الدستوري⁽⁵⁾، وتأكيداً على حيادهم والتزامهم بأداء مهامهم، يؤدي أعضاء المجلس الدستوري اليمين أمام رئيس الجمهورية قبل مباشرة مهامهم.

(1) حددت المادة (164) من الدستور الجزائري لسنة 2016، تشكيلة المجلس الدستوري باثني عشر عضواً، موزعين كما يلي: أربعة (4) أعضاء من بينهم رئيس المجلس ونائب رئيس المجلس يعينهم رئيس الجمهورية، اثنان (2) ينتخبهما المجلس الشعبي الوطني، اثنان (2) ينتخبهما مجلس الأمة، اثنان (2) تنتخبهما المحكمة العليا، اثنان (2) ينتخبهما مجلس الدولة.

(2) المادة (164) من التعديل الدستوري لسنة 2016، المرجع نفسه.

(3) المادة (184) من التعديل الدستوري لسنة 2016، نفس المرجع.

(4) أنظر عمار عباس، دور المجلس الدستوري الجزائري في ضمان مبدأ سمو الدستور، مجلة المجلس الدستوري الجزائري، العدد (01)، سنة 2013.

(5) المادة (184) من التعديل الدستوري الجزائري لسنة 2016، المرجع السابق.

إن القرارات الصادرة عن المجلس الدستوري في حالة إخطاره 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⁽¹⁾، تستدعي البحث في حجية القرارات الصادرة عنه في هذا الصدد وذلك في الفرع الثاني.

الفرع الثاني

حجية قرارات المجلس الدستوري

تتجلى أهمية الرقابة على دستورية القوانين في ضمان مبدأ سمو الدستور وذلك من خلال الحجية التي تحوزها قرارات وآراء المجلس الدستوري الصادرة بمناسبة الفصل في الدفع الفرعي بعدم الدستورية في مواجهة جميع السلطات⁽²⁾.

إن المؤسس الدستوري الجزائري في التعديل الدستوري لسنة 2016 أكد على القوة الإلزامية لقرارات وآراء المجلس الدستوري⁽³⁾، مقتدياً في ذلك بالدستور الفرنسي لسنة 1958، متداركاً بذلك الفراغ الذي كان سائداً في ظل دستور 1996، الذي دفع بالمجلس الدستوري آنذاك إلى سده بنصه صراحة في النظام المحدد لقواعد عمله⁽⁴⁾، على أن قراراته ملزمة لكافة السلطات العمومية والقضائية والإدارية وغير قابلة لأي طعن⁽⁵⁾.

وبالرجوع لنص المادة (184) من دستور سنة 2016 فإنها نصت صراحة على أن: "قرارات المجلس الدستوري نهائية، وملزمة لكل السلطات العمومية والإدارية والقضائية"⁶.

(1) المادة (188) من التعديل الدستوري الجزائري لسنة 2016، المرجع نفسه.

(2) محمد المجذوب، رقابة دستورية القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، ص 170-176.

(3) إن آراء المجلس الدستوري لها نفس القوة والحجية التي تحوزها قراراته، لأن المجلس الدستوري ميز بين القرارات والآراء ليس من منظور الحجية وإنما من منظور توقيت الرقابة، لان الآراء مرتبطة بالرقابة السابقة، أما القرارات فتكون بصدد الرقابة اللاحقة، انظر في هذا الصدد لمين شريط، الوجيز في القانون الدستوري والمؤسسات السياسية المقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثانية، 2002، ص 155.

(4) انظر النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري، المصادق عليه بتاريخ 28 يونيو 2000، والمنشور في الجريدة الرسمية للجمهورية رقم (48) المؤرخة في 06 غشت 2000، والمعدل بموجب المداولة المؤرخة في 14 يونيو 2009، المنشورة بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية رقم (04) المؤرخة في 06 يناير 2009.

(5) المادة (49) من النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري.

(6) المادة (184) من التعديل الدستوري الجزائري لسنة 2016، المرجع السابق.

إضافة إلى ذلك، فإن المؤسس الدستوري حدد أجلا لإصدار قرارات وآراء المجلس الدستوري لاسيما في حالة إخطاره من قبل المتقاضين في إطار الدفع بعدم الدستورية على أساس المادة (188)، فألزمه بأن يصدر قراره خلال أجل أربعة (4) أشهر، مع إمكانية تمديد الأجل بنفس المدة بناء على قرار مسبق من المجلس، ويبلغ إلى الجهة القضائية التي أحالت الإخطار طبقا للمادة (189 فقرة 02) منه⁽¹⁾، وهو أجل يختلف عن ذلك المحدد بفرنسا والمقدر بثلاثة (03) أشهر بداية من تاريخ رفع المسألة أمام المجلس، حيث يقوم الأطراف بإبداء ملاحظاتهم حضوريا ما عدا في الحالات الاستثنائية المحددة بالنظام الداخلي للمجلس الدستوري الفرنسي⁽²⁾ كما تنص عليه المادة (23-10) من القانون التنظيمي المتعلق بتطبيق الفصل (61-1) من الدستور الفرنسي.

أما عن النتائج المترتبة على رقابة المجلس الدستوري، فهي تتأرجح بين حالتين وهما: الإقرار بالدستورية أو عدمها، فإذا أقر، أن نصا تشريعا أو تنظيميا غير دستوري، فقد هذا الأخير أثره ابتداء من يوم قرار المجلس الدستوري، وإذا اعتبر نص تشريعي ما بأنه غير دستوري على أساس المادة (188)، فيفقد النص أثره ابتداء من التاريخ الذي يحدده قرار المجلس الدستوري⁽³⁾، في حين أن الإقرار بالدستورية يضيفي على النص المراقب قرينة الدستورية، ويحصنه من أي طعن لاحق، كما أكد على ذلك المجلس في بعض قراراته.

لقد نص الدستور الجزائري في مجال أثر حجية الحكم بعدم الدستورية على أنه: "إذا ارتأى المجلس الدستوري أن نصا تشريعا أو تنظيميا غير دستوري، يفقد هذا النص أثره، ابتداء من يوم قرار المجلس، وإذا اعتبر نص تشريعي ما غير دستوري على أساس المادة (188) أعلاه، فإن هذا النص يفقد أثره ابتداء من اليوم الذي يحدده قرار المجلس الدستوري. وتكون آراء المجلس الدستوري وقراراته نهائية وملزمة لجميع السلطات العمومية والسلطات الإدارية والقضائية⁽⁴⁾."

(1) المادة (189)، المرجع نفسه.

(2) Décision du 4 février 2010 portant règlement intérieur sur la procédure suivie devant le constitutionnalité. <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTewte.do?cidTexte=JORFTEXT000021841763JORF n°0041 du 18 février 2010 page 2986>.

(3) المادة 191 من التعديل الدستوري الجزائري لسنة 2016، المرجع السابق.

(4) المادة (191)، من القانون رقم (16-01) المتضمن التعديل الدستوري لسنة 2016، المرجع نفسه.

من خلال الشروط والإجراءات المتعلقة بالدفع بعدم الدستورية أمام جهات القضاء الدستوري في الجزائر وتونس والمغرب، يتبين لنا الطابع القضائي الذي أصبحت تتمتع به المنازعة الدستورية سيرا على خطى المجلس الدستوري الفرنسي، الذي أكد وظيفته القضائية هو الآخر بوضعه لإجراءات الدفع في إطار المسألة ذات الأولوية الدستورية⁽¹⁾، حيث أصبحت قواعد المحاكمة العادلة متوفرة أمامه، من وجاهية وعلانية جلسات ومرافعات المحامين وسرية المداولات، إضافة إلى حياد القضاة وإمكانية ردهم، وحتى من حيث الجانب المعماري، ببناء قاعة للجلسات مماثلة لباقي الجهات القضائية⁽²⁾، تماشياً مع ما رسخته المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في اجتهاداتها⁽³⁾، وتبعاً لما قرره الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان⁽⁴⁾، وهو ما أكدت عليه مؤخرا اللجنة الأوروبية المكلفة بالعدالة على مستوى الاتحاد الأوروبي معتبرة أن الحق في محاكمة عادلة يعتبر أحد الأركان الأساسية للأنظمة القضائية في أوروبا⁽⁵⁾.

وبهذا يتحول المواطن إلى مشارك في حماية الحقوق والحريات الأساسية، بعد أن أصبح باب القضاء الدستوري مفتوحاً على مصراعيه بعدما كان ضيقاً، على رأي العميد جورج فودال (G.Vedel) ليخرج بذلك القانون الدستوري من الجامعة ليجد مكاناً له في أروقة المحاكم⁽⁶⁾.

يستخلص مما سبق أنّ المؤسس الدستوري الجزائري فيما يخص حجية الحكم الصادر بعدم دستورية النص التشريعي فقد أكد على تبني مبدأ عدم الرجعية بالنسبة للحكم الصادر بعدم الدستورية إضافة لإقرار الحجية له من خلال نصه على أن آراء المجلس الدستوري وقراراته نهائية وملزمة لجميع السلطات العمومية والسلطات الإدارية والقضائية، وهو الأمر الذي

(1) Philippe Xavier, La questions prioritaire de constitutionnalité : à l'aube d'une nouvelle ère pour le contentieux constitutionnel française de droit constitutionnel, 2010/2 n°82, p, 273-287.

(2) Dominique Rousseau, le procès constitutionnel, pouvoirs, N°137, 2001, pp. 51-52.

(3) انظر في هذا الصدد: عمار عباس، أستاذ التعليم العالي، بكلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة معسكر: انفتاح القضاء الدستوري على المتقاضيين ومساهمته في تنقية النظام القانوني من القوانين الماسة بالحقوق والحريات، مجلة المجلس الدستوري العدد 02 سنة 2013، ص ص 47 و48.

(4) نصت المادة السادسة فقرة 1 من اتفاقية روما المؤرخة في 4 نوفمبر 1950 على حق كل شخص عند الفصل في حقوقه المدنية و التزاماته، أو في اتهام جنائي موجه إليه، في مرافعة علنية عادلة خلال مدة معقولة أمام محكمة مستقلة غير منحازة مشكلة طبقاً للقانون و تصدر الحكم علنياً.

(5) عمار عباس، المرجع السابق، ص 59-62.

يستدعي دراسة الآثار المترتبة عن قرارات المجلس الدستوري بشأن الدفع بعدم الدستورية ذلك ما نتناوله في الفصل الثاني.

الفصل الثاني

الآثار القانونية للدفع بعدم دستورية القوانين

المبحث الأول: الضمانات المقررة للدفع بعدم دستورية القوانين

المطلب الأول: استبعاد تطبيق النص القانوني المخالف للدستور من التطبيق

المطلب الثاني: تحصن النص التشريعي بقرينة الدستورية

المبحث الثاني: الأهداف المرجوة من تطبيق مبدأ الدفع بعدم الدستورية

المطلب الأول: تكريس التوازن تعزيزاً لمبدأ الفصل ما بين السلطات

المطلب الثاني: ضمان الحقوق والحريات الأساسية تكريماً للأمن القانوني

من نتائج التأسيس الدستوري لآلية الدفع بعدم الدستورية في إطار الرقابة السياسية على دستورية القوانين، هو الاعتراف بحق المواطنين في التقاضي أمام القضاء الدستوري الذي يصبح بموجب هذا التأسيس الدستوري ذا مفهوم واسع، بحيث يعد كل قاض أثير أمامه دفع بعدم دستورية القانون المراد تطبيقه على النزاع قاضيا دستوريا وفقا للمعيار الموضوعي، لأن القاضي العادي يبحث في مسألة الدستورية عند التصدي لمناقشة جدية الدفع، في حين أن المجلس الدستوري يتصدى لمسألة الدستورية أثناء الفصل بعد الإحالة عليه من هرمي الجهة القضائية.

والذي يجب تثمينه في هذا الصدد والتأكيد عليه هو الدور الإيجابي الذي يقوم به القضاء الدستوري في إعادة الاعتبار لخصوصية إشكالية الصراع الأزلي بين السلطة والحرية لصالح حماية حريات المواطنين تجاه السلطة وعدم التعرض لانتهاك حقوقهم وحررياتهم كمظهر من مظاهر تطور المجتمعات الإنسانية، وذلك عن طريق آلية الدفع بعدم الدستورية في مجال تأمين ممارسة الحريات الأساسية بإضفاء الطابع القضائي على عمل المجلس الدستوري.

وتتجلى أهمية الرقابة على دستورية القوانين في ضمان مبدأ سمو الدستور من خلال النتائج أو ما يسمى بالآثار القانونية المترتبة على عملية الرقابة، كضمانة للدفع بعدم الدستورية، وذلك باستبعاد تطبيق النص التشريعي المصرح بعدم دستوريته على موضوع النزاع وكذا إلغاؤه لمخالفته لأحكام الدستور تنقية للنظام القانوني من الأحكام التشريعية المخالفة للدستور أو التصريح بدستوريته، وبالتالي تحصنه بقرينة الدستورية كل ذلك استنادا إلى الحجية التي تحوزها قرارات وآراء المجلس الدستوري في مواجهة جميع السلطات في الدولة، أو في تداعيات القرار أو الرأي على النص التشريعي موضوع الرقابة⁽¹⁾، وهو ما سنستعرضه في المبحث الأول.

كما تترتب عن آلية الدفع بعدم الدستورية مجموعة من الآثار الجماعية، والتي هي في الأصل تتجلى من خلال الأهداف المرجو تحقيقها من تفعيل آلية الرقابة الدستورية اللاحقة عن طريق الدفع، والتي يمكن حصرها في إقامة التوازن بين السلطات تعزيزا لمبدأ الفصل بين السلطات، وضمان حماية الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور تكريسا للأمن القانوني عن طريق تعزيز المواطنة وتحقيق المصلحة العامة بإقامة وتأسيس علاقة بين القضاء العادي

(1) حول حجية الحكم الصادر عدم الدستورية، انظر الياس جوادي، رقابة دستورية القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، تقديم

والقضاء الدستوري لاسيما الطبيعة القضائية لهذا الأخير وحجية قراراته وآراءه وقوتها الإلزامية في مواجهة جميع السلطات العمومية لتكريس مبدأ سمو الدستور الذي هو الغاية الفضلى من إقرار الرقابة الدستورية، وهو ما سنتطرق له في المبحث الثاني.

المبحث الأول

الضمانات المقررة للدفع بعدم دستورية القوانين

إن آثار قرارات المجلس الدستوري وآراءه على النص، موضوع الرقابة تتجلى من خلال النتائج المترتبة على الدفع بعدم الدستورية إذ أن هناك مآلين لا ثالث لهما لفحص دستورية القانون من قبل جهة القضاء الدستوري في إطار الرقابة اللاحقة، إذا ما استثنينا صيغة التحفظات⁽¹⁾، إما التصريح بعدم دستوريته فيلغى ويستبعد من تطبيقه على موضوع النزاع وبالتالي تنقية النظام القانوني منه، وهو ما سنتناوله في المطلب الأول، وإما التصريح بدستوريته ومطابقته للدستور فيبقى ساريا وبالتالي تحسن النص التشريعي بقريته الدستورية وهو ما سنتناوله في المطلب الثاني.

المطلب الأول

استبعاد تطبيق النص القانوني المخالف للدستور من التطبيق

أن تصريح المؤسسة الدستورية (المجلس الدستوري أو المحكمة الدستورية العليا) بعدم دستورية النص التشريعي المَحال عليه من أحد هرمي الجهة القضائية (المحكمة العليا أو مجلس الدولة) المدفوع فيه بعدم الدستورية تترتب عليه نتائج تختلف باختلاف الأنظمة الدستورية فقد يلغى ويستبعد من تطبيقه على موضوع النزاع وبالتالي تنقية النظام القانوني منه

⁽¹⁾ التحفظ طريقة رسخها المجلس الدستوري الفرنسي من خلال اجتهاداته واستلهمها منه المجلس الدستوري الجزائري، وهي صيغة يقر فيها المجلس الدستوري بدستورية قانون شريطة أن يطبق أو يفسر وفق الشكل الذي يحدده المجلس، وهي طريقة طبقتها المجلس مبكرا بعد إنشائه بمناسبة رقابته للنظام الداخلي للجمعية الوطني سنة 159، وهي طريقة ليست حكرا على المجلس الدستوري الفرنسي بل استخدمها قبله القضاء الدستوري الإيطالي والاسباني والألماني.

أنظر حول التحفظات، الأمين شريط، مكانة البرلمان الجزائري في اجتهاد المجلس الدستوري، مرجع سبق ذكره، ص19. وانظر كذلك:

-cf, Bachir Yelleschaouchee, la technique des réserves dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel Algérien, revue du Conseil Constitutionnel, N°1,2013,pp,166-177. Les réserves d'interprétation émises par le Conseil Constitutionnel, Exposé présenté par M. Xavier Samuel, Chargé de mission au Conseil Constitutionnel, à l'occasion de l'accueil des nouveaux membres de la Cour de cassation au Conseil constitutionnel le 26 janvier 2007.

وهو ما سنتناوله في الفرع الأول، لكن جهة القضاء الدستوري تبقى لها السلطة التقديرية في تحديد تاريخ سريان ونفاذ قرارها في إطار ما يسمى بالأثر الفوري أو النسبي وهو ما سنتناوله في الفرع الثاني.

الفرع الأول

استبعاد تطبيق النص التشريعي على موضوع النزاع وإلغائه

نص الدستور التونسي لسنة 2011 صراحة على النتيجة المترتبة على الرقابة الدستورية بتأكيدده على أن قرار المحكمة الدستورية ينص على أن الأحكام موضوع الطعن دستورية أو غير دستورية⁽¹⁾، كما وضع حدودا للمحكمة الدستورية لا يمكن تجاوزها، عندما ألزمها بفحص ما طلب منها فقط، فعند تعهدها تبعا للدفع بعدم دستورية قانون، فإن نظرها يقتصر على الدفع التي تمت إثارته⁽²⁾.

أما عن النتيجة المترتبة على التصريح بعدم دستورية قانون في إطار الدفع بعدم الدستورية فقد نصت عليها دساتير كل من الجزائر وتونس والمغرب، ومن ثمة، فكل مقتضى (نص قانوني) صرحت المحكمة الدستورية المغربية بعدم دستوريته، ينسخ (يلغى) ابتداء من التاريخ الذي حدده قرارها⁽³⁾، وكل نص تشريعي قرر المجلس الدستوري الجزائري عدم دستوريته، يفقد أثره ابتداء من اليوم الذي يحدده قراره⁽⁴⁾.

وفي نفس السياق فكل قانون أو بعض أحكام قانون قضت المحكمة الدستورية التونسية بعدم دستوريته يتوقف العمل به في حدود ما قضت به⁽⁵⁾، كما أضاف المشرع التونسي أن ذلك يكون في مواجهة الكافة، دون أن يكون له مفعول رجعي على الحقوق المكتسبة، أو على القضايا السابق الحكم فيها بصفة باتة⁽⁶⁾.

(1) الفصل (121) من دستور تونس لسنة 2014، المرجع السابق.

(2) الفصل (123) من دستور تونس لسنة 2014، المرجع نفسه.

(3) الفصل (134) من دستور المغرب لسنة 2011، المرجع السابق، والمادة (22) من مشروع القانون التنظيمي رقم (86.15) الذي سبق ذكره.

(4) الفقرة الثانية من المادة (191) من التعديل الدستوري الجزائري لسنة 2016، المرجع السابق.

(5) الفصل (123) من دستور تونس لسنة 2014، المرجع السابق.

(6) الفصل (60) من القانون الأساسي المحكمة الدستورية التونسية، مرجع سابق، كما أضاف المشرع في نفس الفصل على أنه "ثبت المحكمة الدستورية في المطاعن خلال ثلاثة أشهر قابلة للتديد 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 أو الديوانية"

يلاحظ أن المشرع التونسي انفرد بالتمييز بين باقي القوانين الانتخابية، فهذه الأخيرة إذا ما أقرت المحكمة الدستورية بعدم دستورتها، يتوقف العمل بالأحكام موضوع الطعن في حق الطاعن دون سواه، بداية من تاريخ صدور قرار المحكمة الدستورية، على أن يتوقف العمل بأحكام هذا القانون انطلاقاً من الانتخابات الموالية⁽¹⁾.

يتبين مما سبق، أنه سواء تعلق الأمر بنسخ القانون أو فقدان أثره أو توقف العمل به فالنتيجة واحدة، وهي تحيته من النظام القانوني الساري في الدولة وتوقيته منه، كما أن قرار جهة القضاء الدستوري يتمتع بحجية مطلقة، وبالتالي يختلف ذلك عن النتيجة المترتبة عن تطبيقه في القضية الأصلية فقط، أين يكون له أثر نسبي، كما هو الحال في أسلوب الدفع بالامتناع المعروف في القضاء الدستوري في الولايات المتحدة الأمريكية، إذا استثنينا ما أقره المشرع التونسي، بخصوص القوانين الانتخابية، هذه الأخيرة إذا ما أقرت المحكمة الدستورية بعدم دستورتها، يتوقف العمل بالأحكام موضوع الطعن في حق الطاعن دون سواه، بداية من تاريخ صدور قرار المحكمة الدستورية، على أن يتوقف العمل بها انطلاقاً من الانتخابات الموالية⁽²⁾، إذ يلاحظ هنا أن قرار المحكمة الدستورية يكون له أثر نسبي في البداية لكون آثاره تسري على الطاعن فقط دون غيره، ثم يتحول إلى أثر مطلق في الانتخابات اللاحقة، وهذه خصوصية انفرد بها المشرع التونسي.

تجدر الإشارة إلى أنه بخلاف الرقابة السابقة، أين ينتج قرار جهة القضاء الدستوري أثره فور صدوره، فإن الأمر مختلف بالنسبة للدفع بعدم الدستورية، إذ تتمتع جهة القضاء الدستوري بسلطة تقديرية لتحديد تاريخ نفاذ قرارها، وهو ما أكد عليه كل من المؤسس الدستوري المغربي ونظيره الجزائري.

في هذا الإطار، فقرار كل من المحكمة الدستورية المغربية والمجلس الدستوري الجزائري في إطار الدفع بعدم الدستورية، يترتب عليه نسخ القانون أو فقدانه لأثره من التاريخ الذي يحدده

(1) الفصل (60) من القانون الأساسي المحكمة الدستورية التونسية، مرجع سابق

(2) الفصل (60) من القانون الأساسي المحكمة الدستورية التونسية، مرجع سابق، كما أضاف المشرع في نفس الفصل على أنه "تبث المحكمة الدستورية في المطاعن خلال ثلاثة أشهر قابلة للتמיד 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 يوماً في صورة الدفع بعدم دستورية القوانين المتعلقة بالمادتين الجبائية أو الديوانية"

قرارهما⁽¹⁾، بينما لم يشر المؤسس الدستوري التونسي لذلك، واكتفى بالنص على توقف العمل بكل قانون أو بعض أحكام قانون قضت المحكمة الدستورية بعدم دستوريه في إطار الدفع بعدم الدستورية في حدود ما قضت به⁽²⁾، وهو نفس ما تضمنه القانون الأساسي للمحكمة، مضيفاً أن ذلك يكون تجاه كافة دون أن يكون له أثر رجعي على الحقوق المكتسبة أو على القضايا السابقة الحكم فيها بصفة باتة⁽³⁾، غير أنه ألزم المحكمة الدستورية بإعلام المحكمة التي أثير أمامها وهو ما قد يفيد أنه ينتج أثره خلال هذه المدة على أقصى تقدير⁽⁴⁾.

الفرع الثاني

السلطة التقديرية لجهة القضاء الدستوري في تحديد تاريخ سريان ونفاذ قرارها

إن السلطة التقديرية التي تتمتع بها جهة القضاء الدستوري لتحديد التاريخ الذي ينتج فيه قرارها آثاره في إطار الدفع بعدم الدستورية، وعلى غرار ما ذهب إليه المشرع الفرنسي⁽⁵⁾، مرده مراعاة دواعي الأمن القانوني، ولإعطاء البرلمان فسحة من الوقت لإعداد تشريعات تصحح تلك التي تم إعلان عدم دستورتها، حيث يطلب المجلس الدستوري الفرنسي من الهيئات القضائية التوقف عن تطبيق هذه القوانين على النزاعات المعروض أمامها لغاية تصحيح الوضع، وهو ما حاول المجلس ترسيخه في أول قراراته بعد دخول المسألة الدستورية ذات الأولوية حيز النفاذ مباشرة⁽⁶⁾، غير أن هذا التوجه قد يترتب عنه حرمان مقدم الدفع بالاستفادة من إلغاء القانون الماس بحقوقه الأساسية، بسبب إرجاء ذلك إلى وقت لاحق، وهذا ما قد يدفع بالمتقاضي لاختيار طرق بديلة لاستبعاد تطبيق القانون في النزاع الذي هو طرف فيه، من دون إلغائه على غرار ما يتيح له الدفع بعدم الاتفاقية⁽⁷⁾.

(1) الفصل (134) من الدستور المغربي لسنة 2011، والفقرة الثانية من المادة 191 من الدستور الجزائري لسنة 2016، المرجع السابق.

(2) الفصل (123) من الدستور التونسي لسنة 2014، المرجع السابق.

(3) الفصل (60) من قانون الأساسي للمحكمة الدستورية التونسية، المرجع السابق.

(4) الفصل (61) من القانون الأساسي للمحكمة الدستورية التونسية، المرجع نفسه.

(5) cf, Dissant Mathieu, <Les effets dans le temps des décisions QPC> Le Conseil Constitutionnel, <<maître du temps>>? Le législateur, bouche du Conseil Constitutionnel?, Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel, 2013/3N°40, p.63-82.

(6) cf, CC, 28 mai 2010, 2010-1QPC, JO, 29 MAI 2010, p.9728.

(7) Dominique Rousseau, le procès constitutionnel, op.cit, pp.54-55

إن الانعكاسات التي تترتب على الدفع بعدم الدستورية، خاصة ما تعلق منها بتنتقية النظام القانوني من الأحكام غير الدستورية، سواء تلك الماسة بالحقوق والحريات كما هو في المغرب والجزائر، أو على كافة القوانين المخالفة للدستور في تونس، ستتحدد أهميتها بالنظر إلى الفترة التي سيمتد إليها الدفع بعدم الدستورية، فما دام الأمر يتعلق برقابة لاحقة لصدور القوانين، فهل سينطبق ذلك على كل القوانين النافذة في البلد؟ أم هل سيحدد المشرع من خلال القوانين العضوية المنظمة للدفع بعدم الدستورية تاريخا معينا لا يمكن الطعن في القوانين الصادرة قبله أو يسمح به فقط ضد القوانين الصادرة بعد إدراج مسألة الدستورية على إثر الإصلاحات الدستورية الأخيرة؟

في رأينا، إذا تم تحديد أجل معين للقوانين التي تكون خاضعة للدفع بعدم الدستورية دون غيرها، حتى وإن كان ذلك مبررا بفكرة الأمن القانوني والحفاظ على الاستقرار التشريعي، فإن ذلك سيكون مخالفا للدستور، لأنه سيضيق من حق خوله الدستور للمتقاضين، والدليل على ذلك ما توجه إليه المشرع الفرنسي بعدم استثنائه لأي قوانين من الدفع بعدم الدستورية، بما فيها تلك الصادرة قبل دستور الجمهورية الخامسة لسنة 1958.

المطلب الثاني

تحصن النص التشريعي بقرينة الدستورية

قد تكون النتيجة المترتبة على رقابة النص التشريعي المطعون فيه بعدم الدستورية في إطار الدفع بذلك، التصريح بدستوريته، وبالنتيجة تطبيقه على موضوع النزاع وعدم استبعاده من التطبيق مع تحصنه بقرينة الدستورية.

إن فعالية الدفع بعدم الدستورية متى انتهى إلى تقرير دستورية القانون أو الحكم التشريعي المطعون فيه بعدم الدستورية، تتحدد بالقوة الإلزامية لقرارات جهة القضاء الدستورية (المجلس الدستوري في الجزائر والمحكمة الدستورية في المغرب وتونس)، وهو الأمر الذي أكدت عليه دساتير المغرب وتونس والجزائر، فقرارات المحكمة الدستورية المغربية لا تقبل أي طريق من طرق الطعن، ويترتب على ذلك التزام كل السلطات العامة وجميع الجهات الإدارية والقضائية بها⁽¹⁾.

(1) الفصل (134) من دستور المغرب لسنة 2011، المرجع السابق.

وفي نفس السياق، فإن آراء المجلس الدستوري الجزائري وقراراته نهائية وملزمة لجميع السلطات العمومية والسلطات الإدارية والقضائية⁽¹⁾، وهو نفس الاتجاه الذي أخذه به المؤسس الدستوري التونسي، الذي أكد على أن قرارات المحكمة الدستورية تكون ملزمة لجميع السلطات⁽²⁾.

إن الحجية التي تضى على قرارات الجهات القضائية الدستورية، وعلى غرار التجربة الفرنسية في مجال القضاء الدستوري المسند للمجلس الدستوري الفرنسي، تهدف إلى توحيد التفسيرات الدستورية⁽³⁾، وتفاذي التضارب بين الجهات القضائية، خاصة وأن رقابة الجهات القضائية الدستورية عند فصلها في الدفع بعدم الدستورية، تنصب على قانون ساري المفعول "نافذ"⁽⁴⁾، على أساس أنه يكون محل تطبيق على منازعة معروضة على القضاء، لأجل ذلك يخضعه قاضي الدعوى الأصلية للتفسير، وكذلك الشأن بالنسبة للقاضي الدستوري، وليس فقط على القانون البرلماني الذي لم يصدر بعد، عندما يكون في الحالة التي صوت عليه البرلمان كما هو الحال في الرقابة السابقة⁽⁵⁾.

لقد أكد المشرع المغربي على ضرورة تمسك مختلف الجهات القضائية بالمملكة بتفسيرات المحكمة الدستورية عندما ألزمها بالأخذ بالتفسير الذي تمنحه المحكمة الدستورية

(1) الفقرة الثالثة من المادة (191) من تعديل الدستور الجزائري لسنة 2016، المرجع السابق.

(2) الفصل (121) من دستور تونس لسنة 2014، المرجع السابق.

(3) cf, Olivier Dutheillet de lamothe, Membre du Conseil Constitutionnel, L'AUTORITE DE L'INTERPRETATION CONSTITUTIONNELLE, Intervention prononcée à la Table ronde organisée par l'AIDC les 15 et 16 octobre 2004 à l'Université Montesquieu-Bordeaux IV sur l'interprétation constitutionnelle.

(4) cf, Gustavo Zagrebelski, << La doctrine du droit vivant la QPC >>. in Constitution. Revue du droit constitutionnel appliqué, n°1. Dalloz, 2010; Catrina Séverino, La Doctrine du droit vivant, Paris, Aix-en-Provence, Economica-PUAM, 2003.

(5) "Avec la QPC, le contrôle de constitutionnalité sort d'une logique purement abstraite pour connaître non plus la loi parlementaire mais la loi <<juridictionnelle>>, la loi vivante selon l'expression de la doctrine italienne. Celle qui a produit des effets concrets sur le justiciable et qui, pour cette raison, soulève le litige constitutionnel, se porte partie d'un procès qualifié de constitutionnel parce que le litige porte sur la constitutionnalité de la disposition applicable», Dominique Rousseau, le procès constitutionnel, p.cit, p.50.

للمقتضى (النص) القانوني موضوع الدفع، والذي قررت هذه الأخيرة مطابقته للدستور تحت شرط هذا التفسير⁽¹⁾.

وإعمالا لقرينة الدستورية واحتراما لسلطة الشيء المقضي به في قرارات المجلس الدستوري فإنه فيما يخص المسائل الجديدة يجب أن تتعلق بنص لم يسبق للمجلس بأن صرح بأنه مطابق للدستور في الأسباب ومنطوق القرار إلا إذا تغيرت الظروف، وتعد هذه الأخيرة نظرية شائعة لأنها طبقت من قبل في إطار الرقابة السابقة للمجلس الدستوري الفرنسي، وأيضا من طرف مجلس الدولة الذي سبقه في ذلك حينما أقر بأنه يمكن للاتحة أن تصبح غير شرعية بسبب تغيير وضعية أو تغيير في محتوى نص قانوني⁽²⁾.

وفي انتظار ما تحققه هذه التجربة الجديدة في الجزائر من خلال استخدام آلية الدفع بعدم الدستورية، فإنه يمكن التطرق إلى ما صدر عن المجلس الدستوري الفرنسي فيما يخص إثارة مسألة عدم الدستورية، فمن مجموع قراراته هناك (255 قرار)، وهذا الرقم يعادل نسبة ستة وثلاثين بالمائة (36%) من مجموع قراراته ككل منذ سنة 1959، غير أن ذلك تحقق في مدة ثلاث (03) سنوات فقط وتحديدا منذ الأول من شهر مارس سنة 2010 (تاريخ سريان القانون التنظيمي تطبيقا للمادة (61-1) من الدستور الفرنسي) إلى غاية الأول من شهر مارس سنة 2013⁽³⁾، أما بالنسبة لعدد الملفات المسجلة لدى المجلس الدستوري فهو كبير جدا بالمقارنة مع ما أصدره من قرارات، لأنه بلغ (1520) ملف مرسل له من طرف محكمة النقض ومجلس الدولة، علما أن عددا كبيرا جدا منها لم يتم إحالته إلى المجلس بعد إجراء التصفية من قبل الجهة القضائية (محكمة النقض أو مجلس الدولة) المدفوع أمامها بعدم الدستورية، حيث تم

⁽¹⁾ المادة 23 من مشروع القانون التنظيمي رقم 86.15، مرجع سابق.

⁽²⁾ CC,15 mars 1999,99-410 DC, Loi organique relative à la Nouvelle-Calédonie, cons.4;CC,12 février 2004, 2004-490 DC? Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie Française, cons.9

CE, Rec, p26; CE, Ass, 3 février 1989, Alitalia, Rec.,p44

Voir: Emmanuel Piwinicia; op. cit, p177.

⁽³⁾ Rapport d'information de M. Jean-Jacques Urvoas déposé en application de l'article 145 du règlement, par la commission des lois constitutionnalité, de la législation et de l'administration générale de la République sur la question de la prioritaire de constitutionnalité. Sur le République sur la questions de la prioritaire De constitutionnalité. Sur le site internet: <http://www.assemblee-nationale.fr/14/rap-info/i0842.asp>.

إحالة (314) ملف فقط⁽¹⁾، وهذا ما يبرز أهمية التصفية التي يقوم بها القضاء العادي قبل الإحالة على المجلس الدستوري.

أما بخصوص مضمون ما صرح به المجلس الدستوري الفرنسي في قراراته، فإنه قضى في ستة وستون (66) قرارًا له من بين (255) قرار بعدم المطابقة الكلية أو الجزئية للدستور، أما من حيث المجالات التي نظر فيها، فإنه من المواضيع الأساسية التي راقبها المجلس وأثرى بها اجتهاده الدستوري هو مج القانون العقوبات والإجراءات الجزائية، والباقي في مجالات قانونية مختلفة منها قانون (الضرائب، الصحة العمومية، المعاشات، الانتخابات، الأسرة ... الخ).⁽²⁾

وفي الأخير، يمكن القول أنه مهما اتسع دور القاضي (العادي والإداري) من خلال هذه الآلية الجديدة، فإن دور القاضي الدستوري هام وأساسي لأنه يتحرك في الحدود التي ترسمها الكتلة الدستورية بكل حدودها المتغيرة⁽³⁾، وهذا ما يعزز من دوره في ضمان الحقوق والحريات بل وبفضله قد يظهر دوره حتى كمؤسس دستوري بتكريسه لحقوق جديدة تماشياً وأجيال الحقوق والحريات السائدة والمتطورة⁽⁴⁾، وذلك من خلال تفسيره للنصوص الدستورية واستخدامه لآلية التحفظ.

⁽¹⁾ <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/a-la-une/mars-2013-3-ans-de-qpc-quelques-chiffres.136319.html>.

⁽²⁾ Ibid

⁽³⁾ Phillipe Ardant, op.cit, p141.

. أنظر تفصيل أكثر حول موضوع الكتلة الدستورية: يوسف حاشي، في النظرية الدستورية، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت، سنة 2009، ص 319-336.

⁽⁴⁾ Nicolas Molfessis, La dimension constitutionnelle des libertés et droits fondamentaux, sousdir, Rémy Cabrillac et autres, Libertés et droits fondamentaux, 16^{ème}, Dalloz, Paris, 2010, p85.

المبحث الثاني

الأهداف المرجوة من تطبيق مبدأ الدفع بعدم الدستورية

إن آلية الدفع بعدم الدستورية لتحريك الرقابة على النصوص القانونية بمناسبة دعوى قضائية والمنصوص عليها في المادة (188) من الدستور الجزائري المعدل سنة 2016، والتي يفصل فيها المجلس الدستوري بعد الإحالة عليه من هرمي القضاء العادي أو الإداري تحقق مجموعة من الأثار القانونية الجماعية التي هي عبارة عن أهداف تهدف إلى تكريسها، بداية من إقامة التوازن بين السلطات تعزيزا لمبدأ الفصل بين السلطات وهو ما سنتناوله في المطلب الأول، وكذا ضمان الحقوق والحريات الأساسية تكريسا للأمن القانوني بوجود سلطة للمواطن في الدفاع عن الحقوق والحريات المكفولة دستوريا، تحقيق للمصلحة العامة بإلغاء النص غير الدستوري وهو ما سنستعرضه في المطلب الثاني.

المطلب الأول

تكريس التوازن تعزيزا لمبدأ الفصل ما بين السلطات

إن الرقابة الدستورية اللاحقة عن طريق الدفع، أو ما يسمى رقابة الامتناع تعني قيام القضاء بالتحقق من مطابقة النص القانوني المطعون بعدم دستوريته لأحكام الدستور وعدم مخالفته⁽¹⁾، فهي رقابة تشكل أساس عمل قانوني يهدف إلى التأكد من تطابق القانون مع أحكام الدستور وعدم مساسه بالحقوق والحريات التي يضمنها الدستور للتعرف عما إذا كانت السلطة التشريعية قد التزمت حدود اختصاصاتها أو تجاوزتها⁽²⁾، فإذا ثبت لها أو حصل شك بأن النص التشريعي المراد تطبيقه على النزاع يخالف المبادئ التي جاء بها الدستور، فيلزم الأمر إرجاء الفصل في النزاع إلى غاية الفصل في المسألة الأولية الدستورية من قبل الجهة المختصة (في الجزائر المجلس الدستوري)، ويتحصل ذلك بتوقيع جزاء يختلف باختلاف النظم الدستورية⁽³⁾، ويتحقق إما بعدم تطبيقه على النزاع أو بإلغائه بعد إصداره⁽⁴⁾.

(1) إبراهيم عبد العزيز شيحا، الوجيز في النظم السياسية والقانون الدستوري، الدار الجامعية، بدون سنة طبع، ص 721، وكذلك

إبراهيم عبد الكريم الغازي، الدولة والنظم السياسية، بدون دار نشر، 1989، ص 195.

(2) نعمان احمد الخطيب، الوسيط في النظم السياسية و القانون الدستوري دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2006، ص 55.

(3) عبد العزيز محمد سلمان، رقابة دستور القوانين، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، 1995، ص 32.

(4) ماجد راغب الحلو، النظم السياسية والقانون الدستوري، منشأة المعارف الإسكندرية، سنة 2005، ص 79.

وأن تولي القضاء مهمة مراقبة النشاط التشريعي للسلطة التشريعية، من أجل الحفاظ على المبادئ الدستورية وكفالة حسن تطبيقها، بحيث يتمتع المشرع العادي عن انتهاكها أثناء عملية سن القوانين⁽¹⁾.

ويمتلك القضاء في كثير من الدول حق الرقابة على دستورية القوانين لضمان مطابقتها للدستور فيما يخص مساسها بالحقوق والحريات المقررة دستورياً، وهو هنا يراقب السلطة التشريعية، والقضاء الذي يراقب السلطة التشريعية قد يكون قضائياً عادياً أو إدارياً، وذلك عن طريق الامتناع عن الفصل أي إرجاء الفصل في النزاع إلى غاية فصل الجهة المختصة في مسألة الدستورية، أو قد تمارس محكمة مختصة مهمة هذه الرقابة⁽²⁾.

إن الدفع بعدم الدستورية عبارة عن إجراء قضائي متميز بحسب النموذج الفرنسي وبالتالي فهو يندرج ضمن الرقابة القضائية اللاحقة على دستورية القوانين، هذه الأخيرة التي أحدثت جدلاً فقهيًا فيما يخص مساسها بمبدأ الفصل بين السلطات من عدمه، وهو ما سنتناوله في الفرع الأول.

الفرع الأول

موقف الفقه من الدفع بعدم الدستورية بوصفها رقابة قضائية

لقد انقسم موقف الفقه بصدده الرقابة إلى فريقين متعارضين، فريق ينكر حق القضاء في ذلك لما له من مساس بمبدأ الفصل بين السلطات، وآخر يؤيده لما في ذلك من إقامة التوازن تعزيزاً لمبدأ الفصل بين السلطات له:

أولاً: الاتجاه الأول

ذهب البعض إلى إنكار حق القضاء في التعرض لبحث دستورية القوانين من الناحية الموضوعية مستندا إلى الحجج الآتية:

إن الاعتراف للقضاء بالرقابة على دستورية القوانين يتضمن اعتداءً على سيادة الأمة، لأن القانون هو المعبر عن الإرادة العامة وليس من الجائز فرض الرقابة عليه، كما أن خضوع القوانين التي يسنها المشرع لرقابة القضاء تؤدي إلى زعزعة ثقة الأفراد بها ويضعف كذلك من قوتها مادامت صحة هذه القوانين معلقة على شرط تأكد القضاء من مدى مطابقتها لأحكام الدستور، الأمر الذي يستوجب تحرير إرادة المشرع من كل رقابة أو فحص أو تعطيل أعمالها

(1) جعفر صادق مهدي، ضمانات حقوق الإنسان، رسالة ماجستير، كلية القانون جامعة بغداد، 1990، ص70.

(2) محمد كامل ليله، الرقابة على أعمال الإدارة، دار الفكر العربي، 1973 ص160.

واستندوا في ذلك إلى أن الرقيب على أعمال المشرع هو ضمير أعضائه الممثلين عن الأمة وشعورهم بالمسؤولية أمام مواطنيهم الذين قاموا بانتخابهم⁽¹⁾.

وكذلك فإن الفقهاء بفرنسا وفي كثير من الدول الأخرى، استندوا إلى مبدأ الفصل ما بين السلطات لمنع القضاء من الرقابة على دستورية القوانين، لأن تناول أعمال السلطة التشريعية بالفحص والرقابة يعد تدخلا في أعمالها واختصاصاتها وهذا يتنافى مع مبدأ الفصل بين السلطات والذي تمارسه كل سلطة دون تدخل من قبل السلطات الأخرى، ومن ثم فليس للقضاء الحق في مراقبة مدى مراعاة السلطة التشريعية للحدود المقررة لها في الدستور، لأنها صاحبة الاختصاص الأصيل في إصدار القوانين⁽²⁾.

ثانيا/ الاتجاه الثاني

فقد ذهب أنصار هذا الاتجاه الذي يعترف للقضاء بالحق في رقابة دستورية القوانين ويتضمن ذلك بحث القانون من الناحية الموضوعية للتحقق ما إذا كان مخالفا للدستور من عدمه، وأن الحجج التي استند إليها منكرو هذا الحق غير منتجة، وذهبوا إلى القول: انه من الناحية الأولى لا يوجد تعارض بين حق القضاء في فحص دستورية القوانين ومبدأ سيادة الأمة، بل على العكس من ذلك، وأن هذه الرقابة تعزز وتؤكد سيادة الأمة، لأن القضاء بممارسته لهذه الرقابة يضمن احترام إرادة الأمة المتمثلة في الدستور⁽³⁾.

كذلك إن السلطة التشريعية، وإن كانت المعبرة عن إرادة الأمة فإن ذلك لا يمنحها الحق أو الصلاحية لإصدار قانون مخالف لأحكام الدستور، بل على العكس من ذلك فإن هذا الأمر يستوجب على البرلمان عندما يشرع أن يحترم أحكام الدستور الذي يمثل إرادة الأمة العليا. وبالتالي فإن رقابة القضاء على دستورية القوانين بإعلاء لإرادة الأمة وسيادتها⁽⁴⁾، وكذلك يرى الفقه المؤيد بأن الاعتراف للقضاء بمهمة الرقابة على دستورية القوانين لا يتنافى ومبدأ الفصل ما بين السلطات، بل يعد التطبيق الصحيح لهذا المبدأ، فالفصل بين السلطات لا

(1) حسين عثمان محمد عثمان، النظم السياسية والقانون الدستوري، الدار الجامعية، 1988، ص 92، وكذلك: عبد الغني بسيوني، النظم السياسية والقانون الدستوري، منشأة المعارف الإسكندرية، 1997، ص 133.

(2) احمد كمال أبو المجد، الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية وفي الإقليم المصري، دار النهضة العربية، 1960، ص 93.

(3) حسين عثمان محمد، المرجع السابق، ص 93.

(4) زهير المظفر، القانون الدستوري و المؤسسات السياسية، الجزء الأول، مركز البحوث و الدراسات الإدارية، تونس، 1992، ص 199.

يمكن أن يكون مطلقا، بمعنى أن تستقل كل سلطة عن السلطات الأخرى استقلالا تاما، بل هو فصل مرن مصحوب بالرقابة والتأثير المتبادل بين السلطات بهدف إقامة التوازن، فاختصاص القضاء بالرقابة على دستورية القوانين التي تسنها السلطة التشريعية هي ممارسة طبيعية لعمل السلطة القضائية كذلك أن من واجبات القاضي عندما تتعارض أمامه قواعد قانونية مختلفة الدرجة كأن يتعارض قانون مع الدستور، فيتعين عليه أن يغلب الدستور لكونه يحتل المكانة الأسمى والأعلى في ترتيب القواعد القانونية⁽¹⁾.

وكذلك انه ليس من مقتضى مبدأ الفصل بين السلطات إذا خرجت السلطة التشريعية عن أحكام الدستور أن يسمح بإجبار غيرها من السلطات ومنها السلطة القضائية على الانقياد وراءها في هذا الاعتداء، وإنما عليها احترام نصوص الدستور والامتناع عن تطبيق قانون أصدرته السلطة التشريعية على خلاف أحكام الدستور ما دامت السلطة القضائية مستقلة⁽²⁾.

ولما كان الأمر بصدد هذا الخلاف فقد أثبتت الرقابة القضائية على دستورية القوانين رغم اختلاف آليات تفعيلها والجهة المختصة بالفصل فيها، فائدتها ونجاحها في العديد من الدول وقد أخذت بها معظم النظم الدستورية، وهذا يرجع بدوه إلى أسباب عدة منها:

أن الرقابة على دستورية القوانين تعد من أهم الوسائل لحماية مبدأ سيادة القانون الذي يقتضي بخضوع جميع السلطات في الدولة من تشريعية وتنفيذية وقضائية لحكم القانون، ولذلك فإذا كانت وظيفة السلطة التشريعية هي سن القوانين فيجب عليها عند ممارستها وظيفتها في إصدار القوانين أن تمارسها في إطار الدستور ولا يجوز لها أن تخالف بإصدار ما تشاء من التشريعات التي تستهدف النيل من رقابة القضاء عن طريق المنع أو التضيق⁽³⁾، ولن تكون هناك فائدة من مبدأ سيادة القانون إذا لم يكن هناك جزاء يتم توقيعه عند مخالفة السلطات

(1) السيد علي الباز، الرقابة على دستورية القوانين دراسة مقارنة، موسوعة الفقه و القضاء للدول العربية، ج76، 1982، ص302، كذلك د. حسين عثمان محمد، المرجع السابق، ص93.

(2) سامي جمال الدين، النظم السياسية والقانون الدستوري، منشأة المعارف الإسكندرية، 1986، ص512 وكذلك فؤاد العطار، القضاء الإداري، دار النهضة العربية، بدون سنة طبع، ص100.

(3) عدنان عاجل عبيد، اثر استقلال القضاء على الحكومة في دولة القانون، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، مطبعة سومر، 2008، ص115.

العامة للقانون، وهذا الجزاء لا يتم توقيعه إلا بواسطة القضاء، فالرقابة القضائية على أعمال السلطة التشريعية هي التي تحمي أحكام القانون من الاعتداء⁽¹⁾.

لذلك فإن سيادة القانون تتحقق بكفالة الرقابة لأنها تعمل على تقويم عمل السلطة التشريعية بإلغائها كل تصرف أو الامتناع عن تطبيقه إذا تبين أنه مخالف لأحكام الدستور⁽²⁾، كما أن الرقابة القضائية على دستورية القوانين تحول دون استبداد المشرع، لأنه بدون هذه الرقابة تصبح السلطة التشريعية فوق السلطات تسن ما تشاء من التشريعات والقوانين لتطبق بصورة مباشرة دون مراقبة أو مراجعة⁽³⁾.

لذلك فإن الرقابة القضائية على دستورية القوانين تعد من أحد الضمانات التي تكفل احترام مبدأ سمو الدستور، لأنه من المعروف أنه لا يكفي فقط النص على تنظيم السلطات العامة في تحديد اختصاصاتها ووظائفها فحسب، وإنما يجب أن يضمن الدستور احترام هذه الاختصاصات الدستورية وإن أفضل وسيلة هي الرقابة التي تقوم بها السلطة القضائية بمختلف صورها⁽⁴⁾.

هذا بالنسبة لموقف الفقه، أما في الجزائر فنظرا لحدثة آلية الدفع بعدم دستورية فبالرغم من إثارته أمام قاضي الموضوع بمناسبة انعقاد الخصومة القضائية إلا أن المؤسس الدستوري منح حق الفصل في مسألة الدستورية للمجلس الدستوري متأثرا في ذلك بالنموذج الفرنسي، لكن بحث القاضي في المسألة الأولية فيما يخص جدية الدفع يدفعنا للبحث عن موقف المجلس الدستوري ودوره في تكريس وتعزيز مبدأ الفصل ما بين السلطات عن طريق إقامة التوازن بآلية الدفع بعدم الدستورية قياسا بدوره في إطار الرقابة الدستورية وهو ما نستعرضه في الفرع الثاني.

الفرع الثاني

دور المجلس الدستوري في تعزيز مبدأ الفصل ما بين السلطات

إن إسناد مسألة الفصل في مدى دستورية النص التشريعي للمجلس الدستوري في إطار الرقابة اللاحقة عن طريق الدفع أمام القضاء له أثر على تعزيز مبدأ الفصل ما بين السلطات لأنه وعلى الرغم من عدم النص صراحة على مبدأ الفصل بين السلطات في دستور 1996

(1) سعاد الشراوي، النظم السياسية في العالم المعاصر، الجزء الأول، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1982، ص342.

(2) فؤاد العطار، المرجع السابق، ص88.

(3) أحمد كمال أبو المجد، المرجع السابق، ص29.

(4) إبراهيم محمد حسنين، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الفقه والقضاء، دار النهضة العربية، 2006، ص116.

المعدل سنة 2016⁽¹⁾، إلا أن المجلس الدستوري استند إلى روح النص الدستوري، ليؤكد دوره في الرقابة على احترام السلطات لاختصاصاتها.

فقد جاء في ديباجة تعديل دستور 1996⁽²⁾ على أن هذا الأخير "يضي الشرعية على ممارسة السلطات، ويكفل الحماية القانونية، ورقابة عمل السلطات العمومية في مجتمع تسوده الشرعية"⁽³⁾.

كما أشير صراحة للفصل ما بين السلطات في مواضع أخرى من الدستور، وفي نصوص ذات طبيعة دستورية، كالتأكيد على استقلالية السلطة القضائية⁽⁴⁾، أو ما تضمنته اللائحة المتضمنة النظام الداخلي للمجلس الشعبي الوطني لسنة 1989، من أن المجلس الشعبي الوطني قد اقره "اعتباراً لمبدأ الفصل بين السلطات" الذي يكرسه الدستور⁽⁵⁾.

فاستناداً على ما سبق أكد المجلس الدستوري، على أن هذا المبدأ يرمي إلى تحديد عمل كل سلطة "والحد من القابضين عليها، وضمانات ذلك بموجب تبني سمو الدستور والرقابة على دستورية القوانين"⁽⁶⁾، كما أكد موقفه عند رقابته لقانون النائب، عندما لاحظ بأن هذا القانون اسند للنائب مهاماً تتجاوز إطار صلاحياته الدستورية⁽⁷⁾، كما جدد ذلك بمناسبة رقابته للقانون العضوي للانتخابات لسنة 2012⁽⁸⁾.

(1) من رأي المجلس الدستوري رقم (01) المؤرخ في 6 مارس 1997 والمتعلق بمراقبة مطابقة الأمر المتضمن القانون العضوي المتعلق بالأحزاب السياسية للدستور، الجريدة الرسمية رقم (12)، المؤرخة في 6 مارس 1997، ص 8.

(2) انظر مزود أحسن، الفصل بين السلطات في دستور 1996، الندوة الوطنية حول العلاقة بين الحكومة والبرلمان، نشر الوزارة المكلفة بالعلاقات مع البرلمان، 2000.

(3) انظر الفقرة العاشرة من تعديل دستور 1996. الجريدة الرسمية رقم (76)، المؤرخة في 8 ديسمبر 1996، معدل ب : القانون رقم (02-03)، المؤرخ في 10 أبريل 2002.

(4) جاء في المادة 138 من تعديل دستور 1996 مرجع سابق، على أن "السلطة القضائية مستقلة و تمارس في إطار القانون".

(5) انظر لائحة المجلس الشعبي الوطني المؤرخة في 29-10-1989، المتضمنة النظام الداخلي للمجلس الشعبي الوطني، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، رقم (52)، المؤرخة في 11-12-1989، ص 1406.

(6) سعيد بو الشعير، النظام السياسي الجزائري، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، 1990، ص 195.

(7) طه طيار، المجلس الدستوري الجزائري، تقديم وحوصلة لتجربة قصيرة، إدارة، عدد 02، 1996، ص 42-43، انظر في هذا الصدد، قرار المجلس الدستوري رقم (2) المؤرخ في 30 أوت 1989، المتعلق بالقانون الأساسي للنائب، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، رقم 37 المؤرخة في 30 أوت 1989، ص 1058، وانظر كذلك:

-Cf, Laggoune. W, la concépception du contrôle de constitutionnalité en Algérie; IDARA, N2, 1996, p. 25.

(8) انظر رأي المجلس الدستوري رقم (03)، المؤرخ في 22 ديسمبر 2011، الجريدة الرسمية رقم (1)، المؤرخة في 14 جانفي 2012، ص 6، "عندما ارتأى أن المشرع بنصه على أن جميع الأطراف المشاركة في العملية الانتخابية تلتزم بقرارات اللجنة

وبالرجوع لنص المادة (122) من تعديل الدستور الحالي لسنة 2016 نجد بأن التشريع في مجال الحقوق والحريات من المجالات المخصصة حصرا للسلطة التشريعية دون غيرها وهي لا تخضع لرقابه المطابقة المسبقة وجوبا كالقوانين العضوية، مما قد يؤدي لسن نصوص تشريعية تمس بالحقوق والحريات التي يكفلها ويضمنها الدستور ولا تفعل بشأنها الرقابة الاختيارية، لذلك فإن المؤسس الدستوري الجزائري قد حقق نقلة نوعية في مجال حماية الحقوق والحريات عن طريق إقرار آلية الدفع بعدم الدستورية أمام القضاء وحق هذا الأخير للتطرق لمناقشة مسألة الدستورية عند إثارتها من قبل أطراف الخصومة، وبالتالي أصبحت للسلطة القضائية وسيلة تأثير على السلطة التشريعية في إطار تكريس ميكانزمات التأثير المتبادل بهدف إقامة التوازن تعزيزا لمبدأ الفصل بين السلطات، خصوصا أن السلطة القضائية حامية للحقوق والحريات التي يقرها الدستور، لاسيما وأن الرقابة القضائية تعني بحماية الحقوق والحريات، في حين أن الرقابة السياسية تعني بحماية النظام القانوني لمطابقته أحكام الدستور.

ومن خلال الشروط والإجراءات المتعلقة بالدفع بعدم الدستورية أمام جهات القضاء الدستوري في الجزائر وتونس والمغرب، يتبين لنا الطابع القضائي الذي أصبحت تتمتع به المنازعة الدستورية، سيرا على خطى المجلس الدستوري الفرنسي، الذي أكد وظيفته القضائية هو الآخر بوضعه لإجراءات الدفع في إطار المسألة ذات الأولوية الدستورية⁽¹⁾.

مما تقدم يتبين لنا أن الرقابة القضائية على دستورية القوانين لا تعني تغليب السلطة القضائية على السلطة التشريعية، ولا تدخل في أعمالها وإنما تعني تطبيق أحكام الدستور وتغليب قواعده، والرقابة القضائية لا تلغي العمل الصادر من السلطة التشريعية أو تستبعده من التطبيق إلا إذا جاء مخالفا لأحكام الدستور.

وأن من أهم المبادئ الدستورية التي يجب على المشرع الالتزام بها هو مبدأ استقلالية القضاء، لأن الرقابة القضائية بمختلف صورها لاسيما آلية الدفع بعدم دستورية القوانين هي جزء من ولاية القضاء، استنادا لمبدأ الفصل ما بين السلطات الذي يقرر التعاون والرقابة بين السلطات الثلاث في الدولة بهدف إقامة التوازن كما سبق ذكره أعلاه، وتبعاً لذلك فإن الرقابة

الوطنية لمراقبة الانتخابات، يكون قد جعل قراراتها نافذة في مواجهة المؤسسات والهيئات الأخرى، بما فيها المجلس الدستوري والجهات القضائية، وفي ذلك مساس بالدستور وبمبدأ الفصل بين السلطات".

(1) Philippe Xavier, La question prioritaire de constitutionnalité: à l'aube d'une nouvelle ère pour le contentieux constitutionnel français de droit constitutionnel, 2010/2 n°82, p, 273-287.

اللاحقة عن طريق الدفع تسعى كذلك لضمان الحقوق والحريات تكريسا للأمن القانوني وهو ما سنتطرق له في المطلب الثاني.

المطلب الثاني

ضمان الحقوق والحريات الأساسية تكريسا للأمن القانوني

إن ضمان الحقوق والحريات الأساسية تكريسا للأمن القانوني بوجود سلطة للمواطن في الدفاع عن الحقوق والحريات المكفولة دستوريا، يعزز من مفهوم المواطنة، ويمكن من يتجاوز عقبات التمثيل الشعبي عند عدم تطابق إرادة الممثلين المنتخبين فيما يخص التشريع، وفي تحقيق المصلحة العامة بإلغاء النص غير الدستوري.

كما يمتد الأثر إلى تأسيس علاقة قانونية بين القضاء العادي (العادي والإداري) والمجلس الدستوري، من خلال الدور الجديد للقضاء العادي في تحريك الرقابة الدستورية عن طريق الإحالة إلى هذا الأخير من طرف مجلس الدولة أو المحكمة العليا، وهو ما يفعل الرقابة البعدية (اللاحقة) للمجلس الدستوري في غياب النص على رقابة سابقة إلزامية منه على كل القوانين والتنظيمات، ومقارنة ذلك على الخصوص بالتجربة الدستورية الفرنسية بعد التعديل الدستوري لعام 2008.

الفرع الأول

سلطة المواطن في الدفاع عن الحقوق والحريات الأساسية

رغم المكانة التي أصبحت تحتلها الحقوق والحريات بتضمينها في دساتير أغلب الدول باعتبارها قوانين أساسية وفي القوانين الداخلية الأخرى، إلا أن الحديث عن وجود سلطة للمواطن في الدفاع عنها يرتبط أكثر بطرحه مسألة دستورية النصوص القانونية وخصوصا فيما يمس بالحقوق والحريات الأساسية، وتظهر بصفة عامة كسلطة الأفراد إما عن طريق الدعوى وذلك بمواجهة القانون مباشرة لإلغائه أو استبعاد تطبيقه أو عن طريق الدفع.

وبعيدا عن رقابة القضاء الدستورية القانونية تبنت بعض الدول ومنها الجزائر النموذج الفرنسي، متمثلا في (المجلس الدستوري) كمؤسسة دستورية تراقب دستورية القوانين، بالإضافة لاختصاصاتها المقررة بموجب تعديل سنة 2016 فيما يخص آلية "الدفع بعدم الدستورية" طبقا للمادة (188) من القانون رقم (16-01) المتضمن تعديل الدستور⁽¹⁾، وذلك لوضع حد لخطر المساس بالحقوق والحريات، الأمر الذي يترتب عليه مجموعة من الأثار بالنسبة لسلطة

⁽¹⁾ المادة (188/ ف 1)، من التعديل الدستوري الجزائري لسنة 2016، المرجع السابق.

المواطن للدفاع عن الحقوق والحريات الأساسية تتمثل في تعزيز مفهوم المواطنة، عن طريق تجاوز عقبات التمثيل الشعبي وتحقيق المصلحة العامة.

أولا/ تعزيز مفهوم المواطنة:

إن المقصود بلفظ " المواطنة " في هذا الصدد ليس بالمعنى الضيق من منظور ارتباطها بالمشاركة في السلطة فقط، كما يؤكد تاريخ الشعوب حينها ساد مصطلح " الرعية " إلى غاية تجسيد الديمقراطية التي ترتبط بمصطلح " مواطن"، فالمواطنة كمفهوم لها ارتباط بالشأن العام وهذا ما يفرض المساواة بين المواطنين، ولكن ذلك لا ينفي ارتباطها بالمجتمع السياسي القائم، وهذا ما يجعل من مفهوم المواطنة يتحدد ضيقا واتساعا وفقا لذلك.

لذلك فتعزيز المواطنة ينجر عنه تجاوز عقبات مبدأ التمثيل الشعبي خصوصا وأن الديمقراطيات الحديثة تعترف بمبدأ التمثيل - للشعب أو الأمة - وتكرسه في دساتيرها عبر الانتخابات الحرة والنزيهة طبقا لمبدأ المساواة، وعليه فأن إشكالية تمثيل الإرادة العامة من طرف الممثلين المنتخبين تظل قائمة خصوصا إذا تعارضت إرادتهم مع إرادة المواطنين، وذلك من خلال النصوص التشريعية التي قد تصدر من دون أن تتعرض لرقابة المجلس الدستوري وتحديدا فيما يخص القوانين العادية، وبهذا يتم التطرق إلى أثر حصر الإخطار في الجهات السياسية العامة، وكذا عامل الاعتبارات السياسية.

1/ عدم كفاية حصر الإخطار في ممثلي الشعب:

لقد ظل دور المجلس الدستوري الجزائري مرهونا بإخطار من الجهات السياسية المحددة دستوريا (رئيس الجمهورية ورئيسي غرفتي البرلمان) فيما يخص رقابة القوانين العادية والتنظيمات والمعاهدات والاتفاقيات، وفي وجود استحالة ما يسمى بالإخطار الذاتي أو "التلقائي" من المجلس الدستوري لأن هذا النوع اقتصر فقط على حالة تصويب خطأ مادي في قراراته كما هو الحال بالنسبة للمجلس الدستوري المغربي والفرنسي⁽¹⁾.

وبالإضافة للاستحالة المذكورة فإنه كان أيضا من غير الممكن لعدد محدد من أعضاء البرلمان الجزائري إخطار المجلس الدستوري، إلا بعد تعديل الدستور لعام 2016 بموجب المادة (187) من القانون (01-16) التي سمحت للأقلية البرلمانية بإمكانية الاعتراض على قانون حصل على أصوات الأغلبية إذا ما تضمن ما هو غير دستوري، وذلك عن طريق إخطار

⁽¹⁾ بالمهدي إبراهيم، المجالس الدستورية في دول المغرب العربي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2010، ص 121-122.

المجلس من طرف خمسين (50) نائبا بالمجلس الشعبي الوطني أو ثلاثين (30) عضوا بمجلس الأمة.

إن الأثر الإيجابي لتوسيع نطاق الإخطار لعدد من أعضاء البرلمان ظهر بفرنسا منذ تعديل الدستور عام 1974، أين منحت تلك الإمكانية لستين (60) نائبا أو شيخا وهذا ما أدى لعدد معتبر من الإخطارات تمت من طرفهم، وانعكس ذلك في صدور قرارات هامة للمجلس الدستوري فيما يخص الحقوق والحريات ومنها على سبيل المثال قراره المؤرخ في: 10 و 11 أكتوبر 1984 حول حرية الصحافة، ولكن حتى هذا النوع من الإخطار بقي غير كاف لحماية الحقوق والحريات مقارنة مع ما أثبتته التجربة الدستورية الفرنسية بعد التعديل الدستوري لسنة 2008 بالنظر لما صدر عنه من قرارات عديدة.

2/ تجاوز تأثير الاعتبارات السياسية على محدودية الإخطار:

إذا كان حصر إخطار المجلس الدستوري في جهات سياسية معينة هو من الحدود القانونية التي تعود للنص الدستوري أساسا، فإن هناك محددات عملية تضعف من دوره في أداء مهمته الرقابية والتي ترجع إلى ما قد يحدثه التوجه السياسي الواحد بالنسبة لهذه الجهات السياسية العامة، لأن الاعتبار السياسي قائم ولا يمكن إنكاره فيما يخص الإخطار من طرف رئيس الجمهورية أو من رئيسي غرفتي البرلمان وحتى الوزير الأول ولعدد محدد من أعضاء البرلمان.

إن حصر حق إخطار المجلس الدستوري في الجهات السياسية العامة فقط لا يمكن أن يمثل ضمانا كافية، لأن هذا الحق قد لا يستعمل لحماية الدستور والدفاع عنه بقدر ما يستعمل لتحقيق أهداف سياسية، مما جعل البعض يرى أن المواطنين لا يملكون سوى وسيلة الضغط على السلطات المختصة بإخطار المجلس لرقابة النص الذي يرونه بأنه غير دستوري لأن الإخطار ظل سياسيا لمدة طويلة.

وهذا الطرح الأخير تم تجاوزه سواء في فرنسا بعد تعديل الدستور سنة 2008 وفي الجزائر بعد التعديل الدستوري الأخير لسنة 2016، حيث جاء هذا الأخير في صالح الاتجاه المنادي بحق الأفراد بطلب رقابة دستورية القوانين، وبالتالي أصبح من الممكن للمواطن أن يطعن بعدم دستورية القانون المطبق عليه استنادا لخرقه مبدأ المساواة الذي تدور حوله أغلبية

الطعون التي تتعلق بدستورية القوانين بفرنسا، بعدما كانت حماية هذا المبدأ غير قوية وغير كافية لحصر الأخطار في السلطات السياسية فقط⁽¹⁾.

ثانيا/ تحقيق المصلحة العامة:

بالإضافة إلى تعزيز مفهوم المواطنة بفضل تعديل الدستور الجزائري الأخير وفقا لنص المادة (188) منه بتجاوز عقبات التمثيل السياسي سواء تعلق الأمر بالبرلمان عن طريق القوانين أو رئيس الجمهورية عن طريق الأوامر التشريعية، فإن تحقيق المصلحة العامة بعد إقرار آلية الدفع بعدم الدستورية، تتجلى من خلال بيان القيود المفروضة على سلطة المواطن، وفي عملية إلغاء النص غير الدستوري.

1/ محدودية سلطة المواطن:

لقد ربط المؤسس الدستوري الجزائري بموجب المادة (188) من الدستور المعدل لسنة 2016 تحريك آلية "الدفع بعدم الدستورية" بمناسبة دعوى قضائية لا غير، يقوم من خلالها أحد أطراف الدعوى في المحاكمة أمام جهة قضائية قبل أن يتم الفصل فيها من طرف المجلس الدستوري بعد الإحالة عليه من المحكمة العليا أو مجلس الدولة، متأثرا في ذلك بالتجربة الفرنسية لسنة 2008 (مسألة الأولوية الدستورية)، وهو ما أدرجه الفصل (133) من الدستور المغربي لعام 2011⁽²⁾ بعد إحداثه للمحكمة الدستورية بموجب الفصل (129) منه.

إن وجود سلطة للمواطن من خلال إقرار "الدفع بعدم الدستورية" حتى وإن تحقق، إلا أن هذه السلطة تبقى مقيدة بالنظر إلى أحكام نص المادة (188) من التعديل الدستوري لسنة 2016، لأنه لا يمكن استعمالها إلا بمناسبة دعوى قضائية وضمن حدود ضيقة، لأن إثارته تكون في مواجهة النص التشريعي الذي سيطبق على النزاع فقط إذا كان يمس بالحقوق والحريات المقررة دستوريا، بالإضافة لوجود قيد زمني مؤقت أورده المادة (215) من التعديل الدستوري أعلاه التي أرجئت أعمال آلية الدفع بعدم الدستورية التي نصت عليها المادة (188) بعد أجل ثلاث (03) سنوات من بداية سريان أحكام هذا التعديل الدستوري أي أن نفاذه ابتداء من شهر مارس من سنة 2019.

(1) أمين عاطف صليبا، دور القضاء الدستوري في إرساء دولة القانون، دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2002، ص395.

(2) الدستور المغربي، ظهير شريف رقم 91.11.1 صادر في 29 يوليو 2011 بتنفيذ نص الدستور، الجريدة الرسمية المغربية (عدد5964) مكرر، الصادرة في 30 يوليو 2011.

2/ إلغاء النص غير الدستوري:

أن إثارة مسألة عدم دستورية نص تشريعي أمام القضاء العادي أو الإداري سواء بالجزائر أو فرنسا أو بالمغرب بمناسبة دعوى قضائية تنطلق من فكرة المصلحة الشخصية لا المصلحة العامة، لأن الدفع بعدم الدستورية يثار بمناسبة دعوى قضائية من قبل أحد أطرافها، غير أنه عمليا إذا كان المتقاضي يبحث عن تحقيق مصلحة شخصية بدفعه بعدم الدستورية، غير أن الدافع قد يختلف عن النتيجة لأن ذلك لا يمنع من تحقيق المصلحة العامة بإلغاء النص القانوني الذي يمس بالحقوق والحريات الأساسية، وتبقى السلطة التقديرية للمجلس الدستوري دون غيره لتحديد اليوم الذي يفقد فيه النص أثره كما نصت على ذلك الفقرة الثانية (02) للمادة (191) من التعديل الدستوري لسنة 2016.

إن السماح للمتقاضي بطرح مسألة الدستورية عن طريق "الدفع" يدعم الديمقراطية ودولة القانون ويحمي الحقوق والحريات الأساسية، لأن الدستور بذلك يصبح وسيلة لدفاع المتقاضي عن حقوقه ضد القانون كما أكد المجلس الدستوري الفرنسي في قراره رقم (2009-595) الصادر في 03 ديسمبر 2009، ولكن رغم اكتساب المواطن لسلطة الدفاع عن الحقوق والحريات إلا أنها ليست مطلقة بل مقيدة بالشروط والإجراءات التي سبق ذكرها في الفصل الأول، وهو ما كرسه المؤسس الدستوري الجزائري في تعديل سنة 2016 مع الحفاظ على إسناد الفصل في مسألة الدستورية لنفس المؤسسة الدستورية التي تمارس الرقابة السابقة (المجلس الدستوري)، بخلاف الدستور المغربي لسنة 2011 والتونسي لسنة 2014 اللذين استحدثتا "المحكمة الدستورية".

الفرع الثاني

تأسيس علاقة قانونية بين القضاء العادي والمجلس الدستوري

للقضاء العدلي (العادي والإداري)⁽¹⁾ دورٌ أساسيٌّ في حماية الحقوق والحريات سواء أكانت فردية أم جماعية، ومهما كانت طبيعتها من خلال البت في الدعاوى المرفوعة أمامه، في وجود ضمانات قانونية كتلك التي منحها المشرع الجزائري لقاضي الاستعجال الإداري طبقا

(1) المقصود به حصر القضاء العادي والقضاء الإداري دون محكمة التنازع، وتمييزا أيضا عن القضاء الاستثنائي والقضاء الدستوري.

لنص المادة (920) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية⁽¹⁾، حيث يمكن له أن يأمر بكل التدابير الضرورية للمحافظة على الحريات الأساسية المنتهكة من الأشخاص المعنوية العامة أو الهيئات التي تخضع في مقاضاتها لاختصاص الجهات القضائية الإدارية أثناء ممارسة سلطاتها متى كانت هذه الانتهاكات تشكل مساسا خطيرا وغير مشروع بتلك الحريات، بالإضافة إلى ضمانات أخرى⁽²⁾.

إن التعديل الدستوري الجزائري لسنة 2016 أسس علاقة بين القضاء العادي بالمجلس الدستوري، فالآثار المترتبة على مستوى هذه العلاقة بعد إقرار آلية الدفع بعدم الدستورية مقارنة بالتجربة الفرنسية تتجلى في عدم اختصاص القضاء العادي برقابة الدستورية كمبدأ ثابت، وكذا دوره في تحريك رقابة الدستورية بالإضافة لتفعيل الرقابة اللاحقة للمجلس الدستوري:

1/ عدم اختصاص القضاء العادي برقابة الدستورية:

إن السلطة القضائية كغيرها من السلطات داخل الدولة ملزمة بالمبدأ الدستوري الخاص بالفصل بين السلطات، وهذا بعدم تجاوزها حدود الاختصاص المحدد لها دستوريا، مما يجعل من القضاء العادي لا يتدخل في اختصاصات مؤسسات دستورية أخرى قائمة كالمجلس الدستوري.

إن طبيعة المجلس الدستوري - كهيئة رقابية على دستورية القوانين - بفرنسا أثارت جدلا واسعا حيث أنقش الباحثون حول ما إذا كان يعد هيئة سياسية أو قضائية⁽³⁾، فهناك من غلب طبيعته القضائية على السياسية باعتبار الاختصاص على حساب تشكيلته⁽⁴⁾ بالنظر إلى طريقة اختيار أعضائه التي كانت ولا تزال محل انتقادات قانونية لأنها تعزز دائما من طبيعته السياسية ولا تقدم ضمانات كافية فيما يخص العناصر التالية: الكفاءة، الاستقلالية والنزاهة، ولكن رغم ذلك أن هناك من دافع على أنه لا يوجد أي داع للتغيير في ظل عدم وجود طريقة اختيار مرضية لمثل هذا النوع من المؤسسات⁽⁵⁾.

⁽¹⁾ قانون رقم (08-09) مؤرخ في: 25 فبراير 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، الجريدة الرسمية عدد (21)، بتاريخ 23 أبريل 2008.

⁽²⁾ كذلك التي تكون مقررة لصاحب الحق الحائز على حكم أو قرار قضائي ضد الأشخاص العامة، لأنه يحتاج إلى إيجاب هذه الأخيرة على تنفيذ أحكام و قرارات القضاء الإداري عن طريق مثلا إقامة المسؤولية الجزائية للموظف أو الأمر بغرامة تهديدية.

⁽³⁾ Dominique Rousseau, Droit du contentieux constitutionnel, Montchrestien, 8^{ème} édit, paris, 2008, P49 et s.

⁽⁴⁾ Claud Leclercq, op. cit; p111.

⁽⁵⁾ Phillipe Ardant, op. cit; p137.

إلا أنه بعد إقرار إمكانية طرح مسألة الأولوية الدستورية بفرنسا فإنه أصبح هناك مبرر إضافي لمن يرى في طبيعة المجلس الدستوري الفرنسي أنها قضائية⁽¹⁾، وذلك بتدخله حسب الإجراءات المتبعة أمامه في النزاعات المطروحة أمام القضاء العادي أو الإداري ووفق الشروط والإجراءات المنصوص عليها، وإن كانت شروط اختيار الأعضاء لا تعكس ذلك.

وبخلاف ذلك كله، ينص المشرع اللبناني صراحة في القانون المتعلقة بإنشاء المجلس الدستوري المعدل وتحديدا في الفقرة (02 من المادة الأولى) منه أن المجلس الدستوري هيئة دستورية مستقلة ذات صفة قضائية².

وبالتالي يمكن القول أنه قد تم إضفاء الصفة القضائية على المجلس الدستوري الجزائري من خلال التعديل الدستوري لسنة 2016، ليس فقط بعد إقرار آلية الدفع بعدم الدستورية التي أصبحت تسمح لأطراف الدعوى رفع المسألة أمام الجهات القضائية العادية والإدارية قبل أن تحال إلى المجلس الدستوري لينظر فيها، بل أيضا بعد أن تم مراعاة شروط خاصة للعضوية في هذا المجلس، وإن لم يتم التصريح بذلك على اعتبار أن المشرع الدستوري اكتفى بالنص على أنها هيئة مستقلة طبقا للمادة (182) من الدستور.

2/ عدم كفاية اختصاصات القضاء العادي لحماية الحقوق والحريات:

إن دور الهيئات القضائية العليا في التنظيم القضائي الجزائري فيما يخص توحيد الاجتهاد القضائي والفصل في الدعاوى بتطبيق القانون حدده الدستور الجزائري قبل تعديل 2016 بموجب المادة (152) منه⁽³⁾، والتي تنص على دور مجلس الدولة والمحكمة العليا في ضمان توحيد الاجتهاد القضائي والسهر على احترام القانون.

فمجلس الدولة بالإضافة إلى تطبيقه للقانون باعتباره محكمة نقض، أما عن إمكانية إخضاع قرارات السلطة التنفيذية لرقابته بإلغائها فهي لا تكون إلا بناء على دعوى ذوي الشأن ما عدا ما تعلق منها بأعمال السيادة⁽⁴⁾، وحول ذلك يشير البعض في فرنسا ما يظهر في

⁽¹⁾ Jzan-Louis Halperin, 1789-1815 un quart de siècle décisif pour les relations entre la justice et le pouvoir en France, Justices n°03, pp13-15.

⁽²⁾ القانون رقم (93-250) صادر في 14/7/1993، إنشاء المجلس الدستوري اللبناني، المعدل بالقانون الصادر بتاريخ 2006/6/9، المنشور في الجريدة الرسمية، عدد (30)، بتاريخ 2006/6/12.

⁽³⁾ مرسوم رئاسي (96-438) المؤرخ في 07 ديسمبر 1996 المتعلق بالتعديل الدستوري، الجريدة الرسمية، عدد (76)، بتاريخ 08 ديسمبر 1996.

⁽⁴⁾ مسعود شيهوب، الرقابة على دستورية القوانين - النموذج الجزائري، مجلة الفكر البرلماني، العدد 09، جويلية 2005، ص 18.

اجتهادات مجلس الدولة الفرنسي أنه يمارس رقابة دستورية فقط فيما يخص تنظيمات (لوائح) السلطة التنفيذية التي تخالف مباشرة الدستور، وكذا رقابة شرعية فيما يخص اللوائح والقرارات الإدارية ذات الصفة الفردية والتي تخالف القوانين⁽¹⁾.

أما عن دور مجلس الدولة بنظره في مضمون النص القانوني قبل إصداره فهو يدخل ضمن دوره الاستشاري فقط، حيث فسح الدستور الجزائري منذ تعديل 1996 المجال أمام مجلس الدولة من خلال إبداء رأيه في مشاريع القوانين التي تقدمها الحكومة حسب نص الفقرة الثانية من المادة 119 من الدستور، إلا أن نطاق الاستشارة لم يكن واسعا ليشمل جميع المشاريع وهذا ما أكده المجلس الدستوري في رأيه على رقابته لنص المادة (04) من القانون العضوي (98-01) المتعلق بمجلس الدولة، عندما صرح بأن المشرع لم يتقيد بالنص الدستوري حينما أضاف اختصاصات استشارية أخرى لمجلس الدولة وهي (مشاريع الأوامر، ومشاريع المراسيم الرئاسية والتنفيذية)⁽²⁾.

غير أن التعديل الدستوري لسنة 2016 وإن مكن مجلس الدولة في خطوة إيجابية من إبداء رأيه في مشاريع أوامر رئيس الجمهورية بالنسبة للمسائل العاجلة التي يمكنه أن يشرع فيها وذلك في حالة شغور المجلس الشعبي الوطني أو خلال العطل البرلمانية طبقا للمادة (142) فقره 01) منه، إلا أنه لم يشر إلى مشاريع المراسيم الرئاسية والتنفيذية التي تبقى بعيدة عن الاستشارة.

وبهذا تبقى فعالية هذه الاستشارة محدودة بالنظر إلى نطاقها من جهة، ومن جهة أخرى لعدم إلزامية الأخذ برأي مجلس الدولة أساسا، مع الإشارة أنه قد تم النص على إمكانية الاستشارة من دون أن تكون إلزامية بالنسبة لاقتراحات القوانين من أعضاء البرلمان قبل أن تحذف من المشروع النهائي للتعديل الدستوري⁽³⁾.

وبالتالي، فالقضاء العادي في مجال حماية الحقوق والحريات، يقوم على ضابطين هما عدم اختصاصه برقابة دستورية القوانين وكذا نقص فعالية الاستشارة في ظل إلزامية إجراءاتها

⁽¹⁾ Claude Leclercq, op.cit,p113.

⁽²⁾ رأي رقم (06/ر.ق.ج.م.د/98) مؤرخ في 19 مايو 1998 يتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله للدستور، ج.ر.ج.ج، عدد (37)، المؤرخة في 1 يونيو 1998.

⁽³⁾ بالنسبة لاقتراحات تعديل الدستور الجزائري للمادتين (119) و(124) على لموقع الالكتروني:

دون إلزامية الأخذ بها، لكن بعد إقرار الدفع بعدم الدستورية أصبح له دور فعال في تفعيل وتحريك الرقابة الدستورية.

3/ تفعيل الرقابة البعدية للمجلس الدستوري:

لقد كرس الدستور الجزائري الرقابة اللاحقة قبل تبني الدستور الفرنسي لذلك وإن كان الإخطار اقتصر فقط على الجهات السياسية، وهذا ما حال دون تسجيل تميز عملي للمجلس الدستوري نظرا لعدم ممارسة الإخطار من الجهات المخول لها الحق في ذلك ما عدا في حالة وحيدة متعلقة تحديدا بقرار المجلس حول القانون الأساسي الخاص بمحافظة الجزائر الكبرى⁽¹⁾، وهذا ما يمكن تجاوزه بعد إقرار آلية الدفع بعدم الدستورية.

يحتاج إقرار هذه الآلية وتجسيدها تعديل مجموعة من النصوص على غرار النظام الداخلي للمجلس الدستوري الجزائري بالإضافة إلى بعض النصوص القانونية كقانون الإجراءات المدنية والإدارية، مثلما هو الحال بفرنسا من خلال تعديل القانون الخاص بالمجلس الدستوري ومجموعة من القوانين كقانون التنظيم القضائي وقانون الإجراءات الجنائية⁽²⁾، ولهذا أطلق البعض من باحثي القانون الدستوري بفرنسا وصفا على التغيير الذي أحدثه التعديل الدستوري لعام 2008 بما يسمى "ثورة قانونية"، لأن رقابة المطابقة الدستورية لنص قانوني تم صدوره لم يعرفها النظام القانوني الفرنسي قبل هذه السنة³ رغم مشاريع الإصلاح السابقة.

إن فعالية الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين تتجلى من خلال تبسيط إجراءات إثارة الدفع بعدم الدستورية أمام القضاء العادي فيما يخص المذكرات وآجال هذا الدفع بالإضافة لتأثير عملية الإحالة من القضاء العادي على عمل المجلس الدستوري الفرنسي على الخصوص كما سبق تفصيله في الفصل الأول، وهو ما يشكل ضمانا أساسية لحماية الحقوق والحريات المقررة دستوريا في انتظار ما سيسجل من قرارات للمجلس الدستوري الجزائري فيما يخص الدفع بعدم الدستورية حماية للحقوق والحريات الأساسية.

⁽¹⁾ قرار رقم (02/ق.م/د/2000) مؤرخ في 7 فبراير سنة 2000، يتعلق بمدى دستورية الأمر رقم (97-15) المؤرخ في 31 مايو سنة 1997، المحدد للقانون الأساسي الخاص بمحافظة الجزائر الكبرى، على الموقع الرسمي للمجلس الدستوري الجزائري:

<http://WWW.conseil-constitutionnel.dz/ContAra00-1.htm>

⁽²⁾ منصور محمد احمد، الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين في فرنسا، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012، ص 21-22.

⁽³⁾ Emmanuel Piwinca, op.cit, p181.

ونخلص في الأخير أن آلية الدفع بعدم الدستورية في إطار الرقابة الدستورية اللاحقة (البعديّة) المستحدثة بموجب التعديل الدستوري لسنة 2016، ضمانة أساسية مضافة للحقوق والحريات التي يضمنها الدستور وتساهم في تكريس الأمن القانوني عن طريق تعزيز حق المواطنة في مواجهة التمثيل الشعبي المطلق تحقيقا للمصلحة العامة إلى جانب المصلحة الشخصية المنتهكة عن طريق إلغاء النص التشريعي المخالف للدستور في سبيل تكريس الأولي، واستبعاده من التطبيق عن موضوع النزاع في إطار تحقيق الثانية، وذلك من خلال التأسيس لقيام علاقة بين القضاء العادي والدستوري عن طريق مناقشة المسألة الأولية المثارة للتصدي جديّة الدفع بعدم الدستورية من قبل القاضي الناظر في الدعوى عن طريق التصفية قبل إحالتها للمؤسسة الدستورية للفصل فيها اعتمادا على بساطة إجراءات أعمالها لتفعيل الرقابة الدستورية للمجلس الدستوري أو المحكمة الدستورية بحسب طبيعة الأنظمة إما بالإلغاء لعدم الدستورية وتنقيته من النظام القانوني، وبالتالي استبعاد النص التشريعي المخالف للدستور على موضوع الخصومة أو الإقرار بالدستورية وبالنتيجة تحصن النص التشريعي بقرينة الدستورية.

خاتمة:

إن المؤسس الدستوري الجزائري تبنى آلية الدفع بعدم الدستورية بموجب القانون رقم (01/16) المؤرخ في 07 مارس 2016، المتضمن تعديل دستور سنة 1996 متأثرا في ذلك بالنموذج الفرنسي المستحدث بمناسبة تعديل الدستور في سنة 2008 من خلال آلية المسألة ذات الأولوية الدستورية، والذي دخل حيز التطبيق في سنة 2010، وذلك مسايرة له حتى بمناسبة تبنى الرقابة السياسية عن طريق المجلس الدستوري في إطار الرقابة السابقة (القبليّة) على دستورية القوانين بالرغم من أن الدستور الجزائري كان سابقا إلى تبنى الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين والتنظيمات بالمقارنة مع الدستور الفرنسي.

إن طريقة إعمال المسألة الدستورية ذات الأولوية التي ابتدعها المؤسس الدستوري الفرنسي جاءت متميزة عن غيرها لأنها أحدثت أثرا كبيرا على منظومة الرقابة الدستورية فيفرنسا، باعتبارها حلا وسطا بين النموذج الأوربي في القضاء الدستوري الذي يسند الرقابة بهيئة مركزية متخصصة ذات طبيعة قضائية (محكمة دستورية أو جهة قضائية عليا) بالرغم من ابتعاده عن النموذج الأمريكي الذي يمارس فيه القاضي الرقابة الدستورية على القوانين بشكل مباشر في مختلف درجات التقاضي، لأن المواطن لا يمكنه اللجوء إلى المجلس الدستوري مباشرة للدفع بعدم دستورية النص التشريعي وبالمقابل بإمكانه إثارة ذلك بمناسبة منازعة معروضة أمام محكمة الموضوع إذا كان يمس بالحقوق والحريات التي يضمنها الدستور بشرط أن يكون طرفا في الخصومة، وبالتالي فالمجلس الدستوري يخطر من قبل المتقاضي بطريقة غير مباشرة عن طريق الدفع الجدي والإحالة من المحكمة العليا أو مجلس الدولة بعد التصفية.

إن المجلس الدستوري باعتباره صاحب الاختصاص للنظر في دستورية القوانين إلا أن آلية الدفع بعدم الدستورية أحدثت تغييرا جذريا فيما يخص ممارسة اختصاصه وطرق الإحالة عليه أين أصبح يمارس مهامه من خلال المزج بين نظامين من الرقابة: الرقابة السابقة على إصدار القانون والرقابة اللاحقة على إصدار القانون بموجب التعديل الدستوري لسنة 2008 في فرنسا وسنة 2016 بالنسبة للجزائر، لذلك فإن المؤسس الدستوري الفرنسي والجزائري تمسكا بالرقابة السياسية (أي المجلس الدستوري) مع تطعيمها بدور قضائي في مجال انتهاك النص التشريعي للحقوق والحريات التي يضمنها الدستور، على عكس المؤسس الدستوري المغربي

ونظيره التونسي اللذين تبنا الرقابة القضائية اللاحقة بصفة صريحة وفقا للنموذج الأوربي (الكلسني) بعد تأسيس المحكمة الدستورية.

إن المؤسس الدستوري الجزائري قد وازن بين حجية الحكم الصادر بعدم دستورية القانون وبين الأمن القانوني، من خلال تطبيقه لمبدأ عدم الرجعية بالنسبة للحكم الصادر بعدم الدستورية، إضافة إلى الحجية التي يكتسبها الحكم بعدم الدستورية من خلال النص على أن آراء المجلس الدستوري وقراراته نهائية وملزمة لجميع السلطات العمومية والسلطات الإدارية والقضائية.

إن آلية الدفع بعدم الدستورية هي وسيلة لتحقيق غاية مزدوجة تتمثل في حماية مبدأ سمو الدستور من جهة وضمان وحماية الحقوق والحريات التي يكفلها الدستور للأفراد تكريسا للأمن القانوني وتنقية النظام القانوني من النصوص التشريعية المخالفة للدستور واستبعاد تطبيقها على موضوع النزاع، ومن جهة أخرى بهدف إقامة التوازن عن طريق إجبار السلطة التشريعية لعدم إصدار قوانين ماسة بالحقوق والحريات عن طريق الرقابة اللاحقة والبحث في مسالة الدستورية بصفة عرضية أثناء مناقشة الدفع من القاضي الفاصل في النزاع وذلك تعزيزا لمبدأ الفصل بين السلطات على عكس الرقابة السياسية على دستورية القوانين التي تهدف إلى ترشيد النظام البرلماني (السلطة التشريعية) لكي لا يتجاوز الدور المرسوم له في الدستور من خلال آلية الرقابة السابقة.

إن تأكيد المؤسس الدستوري في نص المادة (188) من التعديل الدستوري لسنة 2016 على الإحالة لقانون عضوي فيما يخض شروط وكيفيات تطبيق آلية الدفع بعدم القوانين، هو بهدف تناول تفصيل شروط وإجراءات تطبيق المبدأ بما يضمن نجاعته وتبسيط إجراءاته ضمانا لحماية الحقوق والحريات التي يكفلها الدستور خصوصا وأن الدستور لا يتضمن الإجراءات التفصيلية وإنما يتناول المبادئ العامة لاسيما وأن القوانين العضوية هي قوانين مكملة للدستور.

إن إرجاء أعمال آلية الدفع بعدم الدستورية إلا بعد ثلاث سنوات من النص عليها دستوري أي بداية من شهر مارس سنة 2019 بموجب المادة (215) من الدستور المعدل سنة 2016 فإن ذلك مرده توفير الإطار التنظيمي والهيكلية المناسب للشروع في التطبيق بتحسيس الفاعلين في المجال وتكوينهم، وهو نفس الأمر الذي نص عليه المؤسس الدستوري الفرنسي عند إقراره آلية المسالة ذات الأولوية الدستورية بإرجاء دخولها حيز التنفيذ لشهر مارس سنة

2010، إلا أننا نرى بأن إن عدم تدخل المشرع الجزائري لإصداره قانون عضوي ينظم حق الفرد في الدفع بعدم الدستورية يعود لعدم استيعاب هذه الآلية ورغبة منه في عدم التسرع لضمان التطرق لجميع التفاصيل التي تكفل سلاسة تطبيقها بما يضمن خصوصية الدولة الجزائرية.

إن آلية الدفع بعدم الدستورية سمحت بإقرار وجود سلطة للمواطن في الدفاع عن الحقوق و الحريات الأساسية مما يساهم في تعزيز مفهوم المواطنة بإمكانية تجاوز عقبات مبدأ التمثيل الشعبي وتحقيق المصلحة العامة بإلغاء النص المخالف للدستور من طرف المجلس الدستوري لكن وبالرغم ذلك فإن سلطة المواطن تبقى مقيدة لأنه لا يمكن أن تمارس إلا بمناسبة دعوى قضائية، وعلى الخصوص النص التشريعي الذي يتوقف عليه مآل النزاع لمسأسه بالحقوق والحريات الأساسية التي يقرها الدستور فقط، دون نسيان القيد الزمني المنصوص عليه في المادة (215) من التعديل الدستوري المشار إليها أعلاه.

إن آلية الدفع بعدم الدستورية أسست لعلاقة جديدة بين المجلس الدستوري الذي تعززت صفته القضائية (شروط خاصة للعضوية، علنية الجلسات كقاعدة عامة، تسبب القرارات وغيرها) والقضاء العادي والإداري الذي أصبح له دور إضافي في القضاء الدستوري بالمفهوم الواسع مما يسمح له للقضاء بالمساهمة في بناء دولة القانون وحماية الحقوق والحريات الأساسية عن طريق مناقشة مسألة الدستورية المثارة دون حق التصدي لها باعتماد ميكانيزم التصفية والإحالة للمجلس الدستوري من طرف مجلس الدولة أو المحكمة العليا حسب الحالة، مما يدعم تطبيق القاضي للقانون المطابق للدستور، وتخفيفا للضغط على الهيئة المختصة بالفصل.

إن آلية الدفع بعدم الدستورية سمحت بتوسيع صلاحية إخطار المجلس الدستوري للمتقاضين بطريقة غير مباشرة تكريسا لقاعدة أن "صاحب الحق يجب أن يملك سلطة الدفاع عنه" إلى جانب ممثلي الشعب - عدد من أعضاء البرلمان - وذلك تعزيزا لمبدأ التمثيل حماية للحقوق والحريات الأساسية.

وفي انتظار ما سيحققه المجلس الدستوري الجزائري لاحقا بعد إعمال هذه الآلية الجديدة، فقد برزت فعاليات المجلس الدستوري الفرنسي في حماية الحقوق والحريات من خلال عدد قراراته بعد تعديل الدستور لعام 2008 وتحديدا منذ الأول من مارس 2010 بالنظر إلى

الإحصائيات التي حققها والمنشورة على موقعه الإلكتروني الرسمي وبدرجة أكبر في مجال قانون العقوبات والإجراءات الجزائية.

ومن خلال ما سبق يمكن بلورة مجموعة من النتائج التالية:

1- تمسك المؤسس الدستوري الجزائري بالرقابة السياسية مع تطعيمها بدور قضائي عن طريق الامتناع في إطار الرقابة القضائية اللاحقة لإسناد الفصل في مسألة الدستورية للمجلس الدستوري بدلا من استحداث محكمة دستورية، متأثرا في ذلك بالتجربة الفرنسية.

2- الإحالة لأحكام القانون العضوي (هي قوانين مكملة للدستور) الذي لم يصدر بعد بالرغم من مرور أكثر من سنتين من إقرار الدفع بعدم الدستورية فيما يخص شروطه وإجراءاته وكيفية إثارته، والتي لا يستبعد أن تكون نفس الشروط المعمول بها في فرنسا، المغرب وتونس مع بعض الاختلافات الطفيفة.

3- حصر الدفع بعدم الدستورية في النص التشريعي الماس بالحقوق والحريات التي يضمنها الدستور والذي يتوقف عليه مآل النزاع من شأنه ضمان سمو الدستور وتكريس الأمن القانوني وتخفيف العبء على المجلس الدستوري وتفاذي تضخم القضايا.

4- رغبة المؤسس الدستوري في توفير الإطار الملائم لتطبيق مبدأ الدفع بعدم دستورية القوانين أمام القضاء من خلال إرجاء العمل به إلى غاية شهر مارس من سنة 2019.

5- الطبيعة الخاصة للدفع بعدم الدستورية لارتباطه بالنظام العام وإثارته لأول مرة أمام محكمة النقض دون أن تكون للقاضي حق إثارته من تلقاء نفسه.

6- آلية الدفع بعدم الدستورية ضمانة ودعامة مضافة للحقوق والحريات التي يقرها الدستور وتساهم في تنقية النظام القانوني من النصوص التشريعية الماسة بالحقوق والحريات عن طريق استعادها من التطبيق أو نسخها، كما قد تحصنها بإضفاء قرينة الدستورية عليها تحقيقا للمصلحة الفضلى بضمن سمو الدستور.

7- تكرس إقامة التوازن بين السلطة التشريعية والقضائية من خلال وسائل التأثير المتبادل تعزيزا لمبدأ الفصل بين السلطات عن طريق إقرار مبدأ الدفع بعدم الدستورية.

8- الدفع بعدم الدستورية يعد ضمانة مضافة للحقوق والحريات الأساسية المقررة دستوريا تعزيزا لحق المواطنة، وتكريسا للأمن القانوني السائد عن طريق تنقيته من النصوص القانونية الماسة بالحقوق والحريات.

9- تأسيس علاقة بين القضاء العادي والقضاء الدستوري (المجلس الدستوري) عن التعاون المتبادل، وللطابع القضائي لقرارات هذا الأخير (الحجية والقوة الإلزامية) وإمكانية البحث في مسألة الدستورية للأول بإعمال ميكانيزم التصفية والإحالة.

ومن خلال النتائج المتوصل إليها أعلاه نخلص لرفع الاقتراحات والتوصيات التالية:

1- ضرورة تدخل المشرع الجزائري لإصدار القانون العضوي المحدد لشروط وإجراءات وكيفيات تطبيق آلية الدفع بعدم الدستورية وفقا لما أشارت إليه المادة (188) من التعديل الدستوري لسنة 2016 وذلك لبقاء أقل من سنة عن شهر مارس سنة 2019 تاريخ دخوله حيز التنفيذ (التطبيق)، مع الأخذ في الحسبان ما هو معمول به في التشريعات المقارنة لاسيما الآراء المرجعية للمجلس الدستوري الفرنسي في هذا المجال بما يضمن سلاسة تطبيق المبدأ وعدم استعمال الآلية كطريقة لتعطيل الفصل في القضايا المطروحة أمام القضاء.

2- التصدي للطبيعة القانونية للدفع ولمسألة السلطة التقديرية لقاضي الموضوع في النظر بالدفع بعدم الدستورية المثار أمامه، ومدى تعلقه بالنظام العام، عن سن القانون العضوي مراعاة للطبيعة الخاصة للدفع بعدم الدستورية؟

3- فتح المجال أمام القاضي لإخطار المجلس الدستوري من تلقاء نفسه وذلك على الأقل في حالة عدم إثارتها من أطراف الدعوى بمناسبة الفصل فيها تحقيقا للمصلحة العامة حماية للحقوق والحريات الأساسية وفي مجال محدد منها لارتباطها الوثيق بالمصلحة العامة.

4- تكوين قضاة الجهات القضائية بمختلف درجاتها وأعضاء المجلس الدستوري فيما يخص آلية الدفع بعدم الدستورية وذلك بتنظيم دورات تكوينية وأيام دراسية قبل وبعد صدور القانون العضوي وقبل الشروع في تطبيق الآلية في شهر مارس من سنة 2019، من أجل ضمان حسن التحكم في إجراءاتها والغاية من إقرارها، مع وضع أسس وضوابط ومنهجية مقننة أثناء التصفية والإحالة.

5- توسيع اختصاصات المجلس الدستوري ومنحه سلطة الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين التي لها علاقة بالحقوق والحريات الأساسية، في حالة إحالة محكمة الموضوع للدفع على جهة القضاء المختصة (محكمة العليا أو مجلس الدولة)، وعدم الفصل والإحالة عليه (المجلس الدستوري) من هذه الأخيرة في أجل معين، بوصفه صاحب مركزية الرقابة الدستورية الذي يعود إليه القرار بالفصل النهائي.

6- استحداث غرفة للتصفية بالمجلس الدستوري للدراسة الأولية للدفع المحاالة عليه من المحكمة العليا أو مجلس الدولة لمواجهة ضغط القضايا المعروضة عليه مع الحرص على عدم مشاركة أعضاء الغرفة أثناء الفصل في مسألة الدفع بعدم الدستورية لضمان مبدأ الحياد وسبق النظر.

قائمة المراجع:

أولا/ الدساتير والنصوص القانونية:

1/ الدساتير

أ/ الدستور الجزائري:

- دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، الجريدة الرسمية رقم (76) المؤرخة في 08 ديسمبر 1996 المعدل والمتمم بالقانون رقم (01/16) المؤرخ في 06 مارس 2016 المؤرخ في 06 مارس 2016، الجريدة الرسمية رقم (14) المؤرخة في 07 مارس 2016.

ب/ الدساتير الأجنبية:

- الدستور المغربي، ظهير شريف رقم (1/11/91) صادر في 29 يوليو 2011 بتنفيذ نص الدستور، الجريدة الرسمية المغربية عدد (5964) مكرر الصادرة في 28 شعبان 1632 الموافق ل 30 يوليو 2011.

- الدستور التونسي الصادر بتاريخ 27 جانفي 2014، منشور على الموقع: www.legislation.tn-files-constitution

- الدستور الفرنسي الصادر سنة 1958 المعدل في 23 جويلية 2008، منشور على الموقع: www.constituteproject.org

2/ النصوص القانونية و التنظيمية :

أ/ النصوص التشريعية والتنفيذية:

- قانون رقم (09-08) مؤرخ في: 25 فبراير 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية عدد(21) بتاريخ 23 أبريل 2008.

- مرسوم رئاسي (96-438) المؤرخ في 07 ديسمبر 1996 المتعلق بالتعديل الدستوري، الجريدة الرسمية عدد (76) بتاريخ 08 ديسمبر 1996.

ب/ النصوص التشريعية الأجنبية:

- مشروع القانون التنظيمي رقم (86 / 15)، يتعلق بتحديد شروط وإجراءات تطبيق الفصل (133) من الدستور المغربي لسنة 2011.

- القانون التنظيمي رقم(066.13) يتعلق بالمحكمة الدستورية المغربية، الجريدة الرسمية، عدد(6288)، الصادرة بتاريخ 4 سبتمبر 2014.
- القانون الأساسي رقم (50) لسنة 2015 المؤرخ في 03 ديسمبر 2015 المتعلق بالمحكمة الدستورية التونسية.
- القانون رقم (93-250) صادر في 14/7/1993، إنشاء المجلس الدستوري اللبناني المعدل بالقانون الصادر بتاريخ 9/6/2006 المنشور في الجريدة الرسمية بالعدد (30) تاريخ 2006/6/12.

3/ النظم:

- النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري، المصادق عليه بتاريخ 28 يونيو 2000، والمنشور في الجريدة الرسمية للجمهورية رقم (48) المؤرخة في 06 غشت 2000، والمعدل بموجب المداولة المؤرخة في 14 يونيو 2009، المنشورة بالجريدة والمنشور في الجريدة الرسمية للجمهورية رقم(04) المؤرخة في 06 يناير 2009.
- لائحة المجلس الشعبي الوطني المؤرخة في 29-10-1989، المتضمنة النظام الداخلي للمجلس الشعبي الوطني، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، رقم (52) المؤرخة في 11-12-1989.

4/ أعمال المجلس الدستوري

- رأي المجلس الدستوري رقم (03) المؤرخ في 22 ديسمبر 2011، الجريدة الرسمية رقم (1)، المؤرخة في 14 جانفي 2012.
- قرار رقم (02/ق.م/د/2000) مؤرخ في 7 فبراير سنة 2000، يتعلق بمدى دستورية الأمر رقم (97-15) المؤرخ في 31 مايو سنة 1997 المحدد للقانون الأساسي الخاص بمحافظة الجزائر الكبرى، على الموقع الرسمي للمجلس الدستوري الجزائري <http://WWW.conseil-constitutionnel.dz/ContAra00-1.htm>
- رأي رقم (06/ر.ق.ج.م/د/98) مؤرخ في 19 مايو 1998 يتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله للدستور، ج.ر.ج. عدد (37) المؤرخة في 1 يونيو 1998.

- رأي المجلس الدستوري رقم (01) المؤرخ في 6 مارس 1997 و المتعلق بمراقبة مطابقة الأمر المتضمن القانون العضوي المتعلق بالأحزاب السياسية للدستور، الجريدة الرسمية رقم (12)، المؤرخة في 6 مارس 1997.

- قرار المجلس الدستوري رقم (2) المؤرخ في 30 أوت 1989، المتعلق بالقانون الأساسي للنائب، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، رقم (37) المؤرخة في 30 أوت 1989.

ثانيا/ المؤلفات العامة والمتخصصة

1 / المؤلفات العامة :

- إبراهيم عبد العزيز شيحا، الوجيز في النظم السياسية والقانون الدستوري، الدار الجامعية، بدون سنة طبع.

- إبراهيم عبد الكريم الغازي، الدولة والنظم السياسية، بدون دار نشر، 1989.

- أحمد الرشيد، تحرير مصطفى علوي، الإصلاح المؤسسي، الإطار الدستوري كأساس لإدارة شؤون الدولة والمجتمع، مركز دراسات واستشارات الإدارة العامة، منتدى السياسات العامة، 2001.

- أمين عاطف صليبا، دور القضاء الدستوري في إرساء دولة القانون، دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2002.

- بوكرا إدريس، الوجيز في القانون الدستوري والمؤسسات السياسية، دار الكتاب الحديث، 2003.

- حسين عثمان محمد عثمان، النظم السياسية والقانون الدستوري، الدار الجامعية، 1988.

- رشيدة العام، المجلس الدستوري الجزائري، دار الفجر للنشر والتوزيع، الجزائر، سنة 2006.

- زهير المظفر، القانون الدستوري و المؤسسات السياسية، الجزء الأول، مركز البحوث والدراسات الإدارية، تونس، 1992.

- سامي جمال الدين، القانون الدستوري والشرعية الدستورية على ضوء قضاة المحكمة الدستورية العليا، منشأة المعارف، طبعة رقم 02، سنة 2005.

- سامي جمال الدين، النظم السياسية والقانون الدستوري، منشأة المعارف الإسكندرية، 1986.
- سعاد الشرفاوي، النظم السياسية في العالم المعاصر، الجزء الأول، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1982.
- سعيد بو الشعير، النظام السياسي الجزائري، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، 1990.
- شعبان أحمد رمضان، أثر انقضاء المصلحة على السير في إجراءات دعوى الإلغاء والدعوى الدستورية، دار النهضة العربية، 2009.
- طه طيار، المجلس الدستوري الجزائري، تقديم و حوصلة لتجربة قصيرة، إدارة، عدد 2، 1996.
- عبد الغني بسيوني، النظم السياسية والقانون الدستوري، منشأة المعارف الإسكندرية، 1997.
- عدنان عاجل عبيد، اثر استقلال القضاء على الحكومة في دولة القانون، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، مطبعة سومر، 2008.
- فؤاد العطار، القضاء الإداري، دار النهضة العربية، بدون سنة طبع.
- لمين شريط، الوجيز في القانون الدستوري والمؤسسات السياسية المقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثانية، 2002.
- ماجد راغب الحلو، النظم السياسية والقانون الدستوري، منشأة المعارف الإسكندرية، سنة 2005.
- محمد كامل ليله، الرقابة على أعمال الإدارة، دار الفكر العربي، 1973.
- مزود أحسن، الفصل بين السلطات في دستور 1996، الندوة الوطنية حول العلاقة بين الحكومة و البرلمان، نشر الوزارة المكلفة بالعلاقات مع البرلمان، 2000.
- نعمان احمد الخطيب، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2006.
- يوسف حاشي، في النظرية الدستورية، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت، سنة 2009.

2/ المؤلفات المتخصصة :

- إبراهيم محمد حسنين، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الفقه والقضاء، دار النهضة العربية، 2006.
- احمد كمال أبو المجد، الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية وفي الإقليم المصري، دار النهضة العربية، 1960.
- احمد كمال أبو المجد، الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية وفي الإقليم المصري، دار النهضة العربية، 1960.
- احمد كمال أبو المجد، الرقابة على دستورية القوانين في أمريكا، مكتبة النهضة العربية، القاهرة، 1960.
- سليمة مسراتي، نظام الرقابة على دستورية القوانين في الجزائر، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع الجزائر، 2012.
- شعبان أحمد رمضان، الدعوى الدستورية في النظام الدستوري البحريني دراسة مقارنة ، المجلة المصرية للدراسات القانونية والاقتصادية، العدد الأول، مصر، مارس 2014.
- عبد العزيز محمد سلمان، نظم الرقابة على دستورية القوانين دراسة مقارنة، الناشر: سعد السمك للمطبوعات القانونية القاهرة، طبعة 2000.
- علي الباز، الرقابة على دستورية القوانين دراسة مقارنة، موسوعة الفقه والقضاء للدول العربية، ج76، 1982.
- عيد أحمد غفول، الدفع بعدم الدستورية في القانون الفرنسي، دار النهضة العربية القاهرة، الطبعة الثانية (2)، 2011.
- محمد المجذوب، رقابة دستورية القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية.
- منصور محمد احمد، الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين في فرنسا، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012.
- الياس جوادي، رقابة دستورية القوانين، تقديم الدكتور محمد المجذوب، منشورات الحلبي الحقوقية، سنة 2008.

ثالثا/ المقالات العلمية:

- الأمين شريط، مكانة البرلمان الجزائري في اجتهاد المجلس الدستوري، مجلة المجلس الدستوري، العدد 01، سنة 2013.
- هيثم حسين الشافعي، دور الرقابة القضائية على دستورية القوانين في حماية الحقوق والحريات العامة، دراسة مقارنة، مجلة دراسات إسلامية معاصرة، جامعة كربلاء، العراق، العدد 2012.
- عليان بوزيان، أستاذ محاضر بكلية الحقوق جامعة تيارت: آلية الدفع بعدم الدستورية وأثرها في تفعيل العدالة الدستورية، مجلة المجلس الدستوري العدد 02، سنة 2013.
- عمار عباس، أستاذ التعليم العالي، بكلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة معسكر: انفتاح القضاء الدستوري على المتقاضين ومساهمته في تنقية النظام القانوني من القوانين الماسة بالحقوق والحريات، مجلة المجلس الدستوري العدد 02، سنة 2013.
- عمار عباس، انفتاح القضاء الدستوري على المتقاضين ومساهمته في تنقية النظام القانوني من القوانين الماسة بالحريات والحقوق في الدساتير المغاربية، تونس والغرب نموذجان، مقال منشور بمجلة المجلس الدستوري الجزائري، عدد (07)، سنة 2016.
- عمار عباس، دور المجلس الدستوري الجزائري في ضمان مبدأ سمو الدستور، مجلة المجلس الدستوري الجزائري، العدد (01)، 2013.
- علي عيسى اليعقوبي، تعديل 23 تموز 2008 الدستوري و أثره في تطور الرقابة على دستورية القوانين في فرنسا، تاريخ الاطلاع 19 جوان 2013 على الرابط الإلكتروني: <http://hamoudi.org/arabic/dialogue-of-intellenct/22/05.ht>
- محمد رأس العين، الرقابة على دستورية القوانين عن طريق الدفع الفرعي، الندوة الوطنية الثانية للقضاء بناادي الصنوبر أيام 25/14/23 فبراير 1991.
- محمد عبد اللطيف، المجلس الدستوري في فرنسا و التعديل الدستوري في 23 يونيو 2008، بحث منشور بمجلة الحقوق الكويت، العدد الثالث السنة 34، سبتمبر 2010.
- مسعود شيهوب، المجلس الدستوري: قاضي انتخابات، مجلة المجلس الدستوري العدد الأول، سنة 2013.

- مسعود شيهوب، الرقابة على دستورية القوانين - النموذج الجزائري، مجلة الفكر البرلماني، العدد 09، جويلية 2005.
- نوري مزرة جعفر، المجلس الدستوري الجزائري بين النظرية والتطبيق، المجلة الجزائرية للعلوم الاقتصادية والسياسية، رقم 4، سنة 1990.
- يسري محمد العصار، رقابة القاضي الدستوري في مصر وفرنسا على التناسب في التشريع، المجلة الدستورية، أكتوبر سنة 2010، مصر، العدد 18، سنة 2008.
- يسري محمد العصار، الجمع بين الرقابة السابقة واللاحقة على الدستورية في فرنسا بمقتضى التعديل الدستوري لعام 2008"، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، دت، متاح على الموقع الإلكتروني: <http://hccourt.gov.eg> ، تاريخ الاطلاع 09 أبريل 2018.

رابعاً/ الأطروحات والمذكرات:

- بالمهدي إبراهيم، المجالس الدستورية في دول المغرب العربي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2010.
- جعفر صادق مهدي، ضمانات حقوق الإنسان، رسالة ماجستير، كلية القانون جامعة بغداد، 1990.

سادساً/ المواقع الإلكترونية:

- <http://hccourt.gov.eg>
- <http://hamoudi.org/arabic/dialogue-of-intellenc/22/05.ht>
- <http://WWW.conseil-constitutionnel.dz/ContAra00-1.htm>
- www.legislation.tn-files-constitution
- www.constituteproject.org

المراجع باللغة الأجنبية:

أولاً: النصوص القانونية والتنظيمية

- Loi organique 15 mars 1999, 99-410 DC relative à la Nouvelle Calédonie, cons.4; CC, 12 février 2004, 2004-490 DC Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie Française, cons.9
- Loi organique n°(2009-1523) du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article(61-1) de la constitution de la République Française ,JORF n° (287) du 11 décembre 2009.
- Décision n°2009-595 DC du 03 décembre 2009, Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution.
- Décision du 4 février 2010 portant règlement intérieur sur la procédure suivie devant le conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTewte.do?cidTexte=JORFTEXT000021841763JO>
- RF n°0041 du 18 février 2010 page 2986.
- l'ordonnance n : (58-1067) du 07 novembre 1958 portant loi organique sur le conseil constitutionnel, modifiée par les lois organiques n ; (2009-1523) du 10 décembre 2009 et n ; (2010-30) du 22 juillet 2010,

ثانياً: المؤلفات العامة والمتخصصة

- Bachir Yelleschaouchee, la technique des réserves dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel Algérien, revue du Conseil Constitutionnel, N°1,2013.
- 15 mars 1999, 99-410 DC, Loi organique relative à la Nouvelle Calédonie, cons.4; CC, 12 février 2004, 2004-490 DC? Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie Française, cons.9
- Debré (J.L) : »qu'est- ce que la question prioritaire de constitutionnalité « <http://www.conseil-constitutionnel.fr/français/vidéos/2010/qu'est-ce-que-la-question-prioritaire-de-constitutionnalite.48275.html>
- Roussillon (H) : »le conseil constitutionnel «, Dalloz, 4e édition, 2001.
- Dissant Mathieu, <Les effets dans le temps des décisions QPC> Le Conseil Constitutionnel, <<maître du temps>>? Le législateur ,bouche du Conseil Constitutionnel? ,Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel, 2013/3 N°40.
- Dominique Rousseau, le procès constitutionnel, p.cit,p.50.
- Dominique Rousseau, le procès constitutionnel, pouvoirs, N°137,2001.

-
-
- Gustavo Zagrebelski, << La doctrine du droit vivant la QPC >>.in Constitution. Revue du droit constitutionnel appliqué, n°1. Dalloz, 2010; Catrina Séverino, La Doctrine du droit vivant, Paris, Aix-en-Provence, Economica-PUAM, 2003.
 - Jzan-Louis Halperin, 1789-1815 un quart de siècle décisif pour les relations entre la justice et le pouvoir en France, Justices n°03.
 - Laggoune. W , la conception du contrôle de constitutionnalité en Algérie; IDARA ,N2, 1996.
 - Nicolas Molfessis, La dimension constitutionnelle des libertés et droits fondamentaux, sous dir, Rémy Cabrillac et autres, Libertés et droits fondamentaux, 16 éme, Dalloz, Paris, 2010.
 - Philippe Xavier, <<La questions prioritaire de constitutionnalité : à l'aube d'une nouvelle ère pour le contentieux constitutionnel française de droit constitutionnel, 2010/2 n°82..
 - Rousseau (D.) : »droit du contentieux constitutionnel «, préface de Georges Vedel, 7éme édition, Beyrouth, Montchrestien-Delta, 2006.
 - Xavier Magnon, la question Prioritaire de constitutionnalité Pratique et Contentieux: A Jour au 1 Novembre 2010.

الفهرس:

الصفحة	العنوان
أ	مقدمة
الفصل الأول	
الإطار القانوني المنظم لمبدأ الدفع بعدم دستورية القوانين	
9	المبحث الأول: ماهية الدفع بعدم الدستورية
9	المطلب الأول: تعريف الدفع بعدم الدستورية
13	المطلب الثاني: شروط وإجراءات الدفع بعدم الدستورية
13	الفرع الأول: شروط الدفع بعدم الدستورية
20	الفرع الثاني: إجراءات الدفع بعدم الدستورية
26	المبحث الثاني: الطبيعة القانونية للدفع بعدم الدستورية
26	المطلب الأول: طبيعة الدفع بعدم الدستورية
30	الفرع الأول: سلطة قاضي الموضوع في إثارة الدفع بعدم الدستورية
31	الفرع الثاني: تقدير جدية الدفع بعدم الدستورية
32	المطلب الثاني: حجية القرارات الصادرة بشأن الدفع بعدم الدستورية
33	الفرع الأول: تمسك بالمجلس الدستوري ومحاولة تفعيله
34	الفرع الثاني: حجية قرارات المجلس الدستوري
الفصل الثاني	
الآثار القانونية للدفع بعدم دستورية القوانين	
40	المبحث الأول: الضمانات المقررة للدفع بعدم دستورية القوانين
40	المطلب الأول: استبعاد تطبيق النص القانوني المخالف للدستور من التطبيق
41	الفرع الأول: استبعاد تطبيق النص التشريعي على موضوع النزاع وإلغاءه
43	الفرع الثاني: السلطة التقديرية لجهة القضاء الدستوري في تحديد تاريخ يسريان ونفاذ قرارها
44	المطلب الثاني: تحصن النص التشريعي بقرينة الدستورية
48	المبحث الثاني: الأهداف المرجوة من تطبيق مبدأ الدفع بعدم الدستورية
48	المطلب الأول: تكريس التوازن تعزيزاً لمبدأ الفصل بين السلطات

49	الفرع الأول: موقف الفقه من الدفع بعدم الدستورية بوصفها رقابة قضائية
52	الفرع الثاني: دور المجلس الدستوري في تعزيز مبدأ الفصل بين السلطات
55	المطلب الثاني: ضمان الحقوق والحريات الأساسية تكريسا للأمن القانوني
55	الفرع الأول: سلطة المواطن في الدفاع عن الحقوق والحريات الأساسية
59	الفرع الثاني: تأسيس علاقة قانونية بين القضاء العادي والمجلس الدستوري
65	خاتمة
71	قائمة المراجع
80	الفهرس