الطبيعة القانونية لقرار إرسال الدفع بعدم دستورية القوانين

الدكتور/ جمال رواب

جامعة خميس مليانة

❋ ❋ ❋ ❋ ❋

مقدّمة:

لقد شكلت أحكام المادة 188 من الدستور وكذا قانون عضوي رقم 18-16 مؤرخ في 22 ذي الحجة عام 1439 الموافق 2 سبتمبر سنة 2018، الذي يحدد شروط وكيفيات الدفع بعدم الدستورية لاسيما الفصل الثاني منه المعنون بشروط وكيفيات ممارسة الدفع بعدم الدستورية، مادة خام أسالت الكثير من الحبر من قبل الباحثين ورجال القضاء والقانون بالتحليل والتمحيص، ورغم ذلك فإن الموضوع لازال قابلا للإثراء من خلال الخوض في أدق تفاصيله، فرأيت أنه من المناسب جدا البحث في الطبيعة القانونية للإرسال في محاولة لرفع اللبس عن هذه المرحلة الأساسية من مراحل سير الدفع والتي تشكل المنطلق والحلقة الأهم في سلسلة الاجراءات المتعلقة بهذه المادة، وهي مرحلة ارسال الدفع بعدم الدستورية من طرف قاضي الموضوع إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة –حسب الحالة-، هذه المرحلة التي يمارس من خلالها قاضي الموضوع دور المصفاة الأولى لمدى وإن كان يمكن تقديم الدفع مباشرة أمام المحكمة العليا خلال خصومة تنظر فيها أول وآخر درجة عملا بأحكام المادة 01/02 كطلب التعويض عن الحبس المؤقت غير المبرر طبقا لنص المادة 137 من قانون الاجراءات الجزائية وكذا التحقيق ضد أعضاء الحكومة طبقا للمادة 573 من قانون الاجراءات الجزائية.

لتأتي المرحلة الثالثة والأخيرة التي تختتم بفحص الدفع والبت فيه من طرف المجلس الدستوري.

ما يهمنا في هذا السياق المرحلة الأولى المتعلقة بإرسال الدفع بعدم الستورية، التي تضمنتها المادتين 07 و 09 من القانون العضوي رقم 18-16، وما هي طبيعته القانونية؟

أولاً

شروط ممارسة الدفع بعدم الدستورية أمام الجهة القضائية

على ضوء أحكام المادة 188 من الدستور، وكذا أحكام القانون العضوي 18-16 المحدد لشروط وكيفيات الدفع بعدم الدستورية، هماك جملة من الشروط يجب توافرها لممارسة الدفع بعدم دستورية القوانين أمام الجهات القضائية، وهي باختصار:

1 - أن يقدم الدفع من طرف المتقاضين:

لقد اشترط المؤسس الدستوري في نص المادة 188 أن يتم الدفع من طرف أحد المتقاضين بنصها على أنه " **يمكن إخطار المجلس الدستوري بالدفع بعدم الدستورية...، عندما يدعي أحد الأطراف في المحاكمة أمام جهة قضائية أن الحكم التشريعي الذي يتوقف عليه مآل النزاع ينتهك الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور**"، كما نصت المادّة الثانية من القانون العضوي 18-16 على أنه :"**يمكن إثارة الدفع بعدم .... من قبل أحد أطراف الدعوى الذي يدعي أن الحكم التشريعي الذي يتوقف عليه مآل النزاع ينتهك الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور.**

وعلى الرغم من أن الدفع بعدم الدستورية هو من مقتضيات النظام العام فإنه ذو **طبيعة خاصة مرتبط بالنظام التشريعي**، يمكن أن يطرح أمام أي جهة قضائية بل وحتى أمام المحكمة العليا، كما يطرح في أي مرحلة كانت عليها الدعوى، ومتعلق بالنظام العام.

كما لا يمكن إثارته من طرف القاضي تطبيقا لنص المادة 4 من القانون العضوي 18-16 التي أكدت صراحة على أنه: "**لا يمكن أن يثار الدفع بعدم الدستورية تلقائيا من طرف القاضي** "، رغم كونه ينتج عن اعتماد دعوى عينية يُتوخّى فيها تحصيل مصلحة عامة مؤداها مخاصمة نص تشريعي مخالف للدستور، ومع ذلك فإنّ المؤسس الدستوري أبقى تفعيل حق الدفع مقترنا بالدفاع عن مصلحة ذاتية للمتقاضين، حيث لا وجود للدعوى الدستورية الناجمة عن إثارة الدفع بمعزل عن الدعوى القضائية المرتبطة بالدفاع عن حقوق المتقاضين[1]، ولذلك يبقى إثارة مسألة الدفع متوقفا أساسا على طلب أطراف النزاع فقط[2].

ونشير في هذا السياق أن هناك بعض التشريعات تسمح للقاضي بإثارة عدم دستورية قانون من تلقاء نفسه كالتشريع المصري، حيث يجوز للقاضي المصري إذا تراءى له عدم دستورية نص في القانون الواجب التطبيق على الدعوى أن يوقف الفصل فيها ويحيلها بغير رسوم للمحكمة الدستورية العليا للفصل فيها، كما يجوز للمحكمة الدستوريا العليا ذاتها التصدي عند مباشرتها لمهامها للنصوص غير الدستورية [3]، حسب ما تنص عليه الفقرة الأولى من المادة 29 من قانون المحكمة الدستورية العليا، بالمقابل يحظر التشريع الفرنسي على القاضي إثارة مسألة الأولوية الدستورية باستثناء النيابة العامة إن كانت طرفا أساسيا في الدعوى[4].

2 -انصراف الدفع لحماية حقوق وحريات المتقاضي:

لقد ربط المؤسس الدستوري صحة تقديم الدفع بانصراف الأخير للطعن في دستورية حكم تشريعي لافتراض مساسه الأكيد بالحريات والحقوق التي يكفلها الدستور للمتقاضي، مقتديا في ذلك كما سبقت الاشارة اليه بنظيره الفرنسي الذي ضمنّ هذا الشرط في نص

المادة 61-1 المتعلقة بمسالة الأولوية الدستورية، وكرسّه لاحقا في نص الفقرة الأولى من المادة 23 من القانون العضوي رقم 09-1523 المنظّم لشروط تطبيق مسألة الأولوية الدستورية، بحيث تُستثنى كل الأحكام التشريعية الخارجة عن نطاق الحقوق والحريات من إعمال آلية الدفع، كونها من قبيل الاحكام المتعلقة باختصاصات السلطات أو تنظيم المؤسسات والمرافق العمومية أو تنظيم مجالات التجارة والاقتصاد أو التعاون الدولي وغيرها من المسائل التي ليس لها علاقة بحقوق وحريات الأفراد [5].

كما كرّس اجتهاد المجلس الدستوري الفرنسي هذه القاعدة في العديد من قراراته، وحدّد نطاق ممارستها في إطار تفعيل أحكام المادة 61-1 من الدستور [6]، حيث حصر سلطة القضاء في إحالة طلبات الدفع على المجلس الدستوري المتعلقة بالأحكام التشريعية المنطوية على انتهاك لحقوق الأفراد والحريات فقط، المنصوص عليها في الدستور، وديباجة دستور 1946، والمبادئ الأساسية المعترف بها في قوانين الجمهورية، وإعلان حقوق الانسان والمواطن لعام1789.

3 -ارتباط الدفع بدعوى أصلية في الموضوع:

يرتبط تفعيل الدفع بعدم الدستورية بوجود دعوى مسبقا في الموضوع أي بوجود نزاع قضائي، حيث تنسجم قراءة نص المادة 188 من الدستور مع وجود دعوى معروضة مسبقا أمام الجهات القضائية "... **عندما يدّعي أحد الأطراف في المحاكمة أمام جهة قضائية...**" ، و هو ما أكدته المادّة 2 من القانون العضوي 18-16 بنصها على أنه " **يمكن إثارة الدفع بعدم الدستورية ...، من قبل أحد أطراف الدعوى الذي يدعي أن الحكم التشريعي الذي يتوقف عليه مآل النزاع ينتهك الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور...**".

حيث يتبيّن خلال سير الدعوى إمكانية الدفع بعدم دستورية حكم تشريعي مرتبط بسير إجراءات الدعوى، لذلك يكون الدفع المثار دفعا فرعيا ذو صلة بدعوى أصلية يجري نظرها بمناسبة نزاع أو خصومة أمام القضاء، وهو ما يكسب الدفع طابعا تبعياّ حيث لا يمكن إثارته مباشرة أو بمعزل عن دعوى في الموضوع.

4 -ارتباط الدفع بالنظر في دستورية حكم تشريعي

ينبغي لصحة ممارسة الدفع توجيه الطعن للنظر في دستورية قانون باعتبار الأخير هو مناط الرقابة على الدستورية وقد استخدم المؤسس الدستوري في الجزائر عبارة **حكم تشريعي** في المادة 188 من الدستور والمواد 2 و 8 من القانون العضوي 18-16، وهي نفسها المعتمدة من قبل المؤسس الدستوري الفرنسي في نص المادة 61-1 من الدستور، أو في القانون العضوي رقم 09-1535 المتعلق بشروط تطبيق هذه المادة، يبدو من خلال هذا المصطلح **(أي مصطلح حكم تشريعي)** اتساع مجال إثارة الدفع لمخاصمة دستورية كل نص تشريعي يستجيب للمعيار الشكلي، أي كل الأدوات القانونية التي لها صفة التشريع، كالقوانين العضوية والعادية والأوامر أو القوانين الاستفتائية باعتبارها منتجة لأحكام تشريعية يمكن ينظر في دستوريتها المجلس

الدستوري، لكن في واقع الأمر هذا النص يثير تساؤل حول كيفية تحديد مجال الأحكام التشريعية الخاضعة لرقابة الدفع، فبالنظر للتجربة الفرنسية فإن المراد من الحكم التشريعي القوانين العادية فقط، بحكم خضوع القوانين العضوية لرقابة المطابقة [7]، مما لا يسمح بإعادة عرضها من جديد على المجلس الدستوري بما يستقيم وشرط الجدّة[8] أما بالنسبة للقوانين الاستفتائية، فاجتهاد المجلس الدستوري في فرنسا ذهب إلى أن الرقابة على دستورية القوانين الاستفتائية تنحصر في رقابة صحة الاستفتاء فقط، بحكم أنها صادرة مباشرة عن إرادة الشعب، لذلك لا يسوغ إثارة رقابة لاحقة لها [9]، على العكس من ذلك نجد نظام الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين في مصر يشمل القوانين واللوائح، و من ثم يكون تطبيقه أوسع من تطبيق الدفع بعدم الدستورية في فرنسا[10].

كما يمكن استثناء القوانين الاستفتائية كذلك من نطاق ممارسة رقابة الدفع لدلالتها المباشرة والصريحة الصادرة عن إرادة الشعب.

ثانياً

شروط تقديم الدفع بعدم الدستورية

لقد حددت المادة 6 من القانون العضوي 18-16 المتعلق بتحديد شروط وكيفيات الدفع بعدم الدستورية شروط استيفاء الدفع لمقتضياته الشكلية بنصها على أنه: "**يقدم الدفع بعدم الدستورية، تحت طائلة عدم القبول، بمذكرة مكتوبة ومنفصلة ومسببة**".

وعليه فإن شروط تقديم الدفع بعدم الدستورية هي كالتالي:

1 -تقديم الدفع كتابة:

لقد اشترط المشرع الجزائري في نص المادة 6 المشار اليها أعلاه **أن يتم بواسطة مذكرة مكتوبة**، لكنه لم يبين الجانب الشكلي لهذه المذكرة من تحديد للعناصر والبيانات التي يجب أن تتوافر فيها، وهو نقص أرى أنه من الواجب تداركه، ونشير هنا إلى أن المشرع الفرنسي حظر قيام القاضي بتنبيه المتقاضين لتصحيح شكل الدفع[11].

وفي نفس السياق تشترط اغلب الأنظمة والقوانين التي تبنت آلية الدفع بعدم الدستورية توقيع المحامي على مذكرة الدفع، بحيث يقع هذا الأخير تحت طائلة البطلان إذا لم يكن كذلك ، بالتالي فشرط توقيع محامي على طلب الدفع بعدم الدستورية من النظام العام في اغلب الدول التي تؤطر قوانينها هذا الدفع، بينما في المشرع الجزائري وتجنبا لتعارض النصوص القانونية [12] فقد نص صراحة في نص المادة 5 من القانون العضوي 18-16 على أنه : "**مع مراعاة الأحكام المنصوص عليها في هذا القانون العضوي، تطبق أحكام قانون للإجراءات المدنية والإدارية وقانون الإجراءات الجزائية أمام الجهات القضائية التي يثار أمامها الدفع بعدم الدستورية**".

وقد وفق إلى حد كبير في ذلك، لأن ا لدفع بعدم الدستورية، من المفروض أن يتبع الدعوى الأصلية بخصوص ما تتطلّبهُ من موضوع الاستعانة بمحام، فتكون إجبارية الاستعانة بمحام في الحالة التي تُوجب الدعوى الأصلية ذلك [13]، في حين يكون للمعني بالأمر الحق في توقيعها، إذا كانت الدعوى الأصلية التي أُثير بمناسبتها الدفع بعدم الدستورية معفية من تطبيق قاعدة الاستعانة الوجوبية بمحام، أي وُجوب تبعية مذكرة الدفع بعدم الدستورية للدعوى الأصلية.

2 -أن تكون المذكرة منفصلة:

يجب أن تكون **مذكرة الدفع بعدم الدستورية منفصلة عن مذكرة الدعوى الأصلية** [14]، بمعنى أنه لا يجوز تقديم الدفع بعدم الدستورية مع الطلب الأصلي، و لا يجوز تقديمه مع طلب آخر أو دفع آخر يختلف عنه في الطبيعة والمضمون، وهذا أمر منطقي ذلك أن الجهة التي سيرسل إليها أو يحال عليها الدفع لا اختصاص لها بموضوع الدعوى التي اثير بشأنها الدفع، لذا وجب ارسال المذكرة فقط، منفصلة عن النزاع الاصلي، باعتبار أنها محور المسألة الدستورية المعروضة عليه [15].

3 -يجب تسبيب الدفع:

كما يجب أن يكون الدفع مسببا أي ذكر مبررات واسباب تقديمه، بمعنى آخر يجب أن تضمين مذكرة الدفع ببيان أوجه الخرق أو المساس المحتملة بالحقوق أو الحريات التي قد تترتب على اعمال النص محل الدفع الذي يتوقف عليه مآل النزاع أو يكون أساسا للمتابعة.

4 -أن تكون متزامنة مع الدعوى الأصلية:

هذا الشرط وإن سكت عنه المشرع الجزائري إلا أنه شرط منطقي ومتطلب، فلا يعقل اثارة الدفع الا بالتزامن مع الدعوى الأصلية.

5 -الرسوم القضائية:

لقد سكت المشرع الجزائري كذلك عن مسألة خضوع أو عدم خضوع مذكرة الدفع بعدم الدستورية للرسوم القضائية أو لا، باعتبار أن الدفع قد يكون من المدعي كما قد يكون من المدعى عليه، ولو أن الراجح في اعتقادنا أنها ترسل دون رسوم قضائية لارتباطها بالدعوى الأصلية، لذلك يستحسن النص صراحة على أن ارسال الدفع يكون دون رسوم.

على العموم، فيما عدا الشروط المنصوص عليها في المادة 188 من الدستور والمادة 6 من القانون العضوي 18-16 لم يرد نص تشريعي يتطلب شروط شكلية أخرى، لذا يخضع الدفع بعدم الدستورية للشروط الشكلية العامة الاخرى المنصوص عليها في المادة 13 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية من حيث تقديمه من صاحب الصفة والمصلحة و في المواعيد المقررة قانونا.

عليه فالمشرع الجزائري وتجنبا لتعارض النصوص القانونية [16] فقد نص صراحة في نص المادة 5 من القانون العضوي 18-16 على أنه: " **مع مراعاة الأحكام المنصوص عليها في هذا القانون العضوي، تطبق**

أحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية وقانون الإجراءات الجزائية أمام الجهات القضائية التي يثار أمامها الدفع بعدم الدستورية.

ثالثاً

شروط ارسال الدفع بعدم الدستورية وطبيعته القانونية

سأحاول أن أستعرض في هذا الجانب، مسألة شروط التي يجب توافرها لاستصدار قرار إرسال الدفع بعدم دستورية القوانين، ثم التطرق للطبيعة القانونية لقرار الإرسال.

1 -شروط إرسال الدفع بعدم دستورية القوانين من قبل الجهة القضائية:

نصت المادة 8 من القانون العضوي 18-16 على أنه: **"يتم إرسال الدفع بعدم الدستورية، إذا تم استيفاء الشروط الآتية:**

-**أن يتوقف** على الحكم التشريعي المعترض عليه مآل النزاع أو أن يشكل أساس المتابعة.

- ألا يكون الحكم التشريعي قد سبق التصريح بمطابقته للدستور من طرف المجلس الدستوري باستثناء حال تغير الظروف.

-أن يتسم الوجه المثار **بالجدية.**

1 1 -ارتباط الحكم التشريعي بجوهر النزاع:

جاء في نص المادة 188 من الدستور أن يكون الحكم التشريعي محل الدفع حاسما في سير الخصومة، وهو ما عبّر عليه المؤسس بصيغة "يتوقف عليه مآل النزاع" للدلالة على أهميته الاكيدة في حسم النزاع القائم، وهو ما أكد عليه أيضا في المادة 8 من القانون العضوي 18-16 "... أن يتوقف على الحكم التشريعي المعترض عليه مآل النزاع أو أن يشكل أساس المتابعة..."، مسايرا في ذلك المؤسس الدستوري نظيره المغربي الذي اعتمد في الفصل 133 من الدستور عبارة: **"... أنّ القانون الذي سيطّبق على النزاع..."** بينما لم ينص عليه المؤسس الدستوري الفرنسي في المادة61-1 المتعلق بمسألة الأولوية الدستورية، لكنه نص عليه صراحة في القانون العضوي رقم2009-1523 المتعلق بشروط تطبيق هذه الأخيرة أي حيث جاء في مقدمة نص المادة 23-1 منه على أن الدفع يجب أن يمس جوهر وأساس النزاع.

تصب الجدوى من تحديد هذا الشرط في ترشيد سبل استعمال الدفع بعدم الدستورية، حتى لا يتم إثارته تلقائيا بمناسبة أي نزاع قائم أمام القضاء مما ينجم عنه تشتيت طريق سير الدعوى وإطالة إجراءات النظر فيها، الأمر الذي يفرض استبعاد كل الدفوع الصورية وغير المؤسسة على أسانيد قوية، التي تفتح السبيل لممارسة الدفوع الكيدية وإغراق كاهل المجلس بتبعة الفصل فيها، والتي يمكن المواصلة في سير الدعوى والفصل في مآلها بمنأى عن تداعياتها وتأثيرها.

1 2 -لم يسبق التصريح بمطابقته للدستور من طرف المجلس الدستوري:

إن القوانين العضوية تخرج من نطاق تطبيق الدفع بعدم الدستورية لخضوعها المسبق لرقابة المطابقة حسب الفقرة الأخيرة من نص المادة 141 والفقرة 2 من نص المادة 186 من الدستور ، فضلا على كون المادة 191 من الدستور التي نصت على أنه :"... **تكون آراء المجلس الدستوري وقراراته نهائية وملزمة لجميع السلطات العمومية والسلطات الإدارية والقضائية**" ، تكون قد حصّنت نتائج رقابة المجلس من آراء وقرارات من كل سبل الطعن وجعلته ملزما لكافة السلطات مما يستحيل معه المبادرة بإثارتها من جديد، باستثناء حال تغير الظروف لو أن هذه العبارة التي تبرر الدفع بعدم الدستورية رغم سبق صدور رأي المجلس الدستوري بدستورية النص، جاءت عامة دون تحديد في نص المادة 8 من القانون العضوي 18-16، ولو أننا نميل صراحة إلى موقف المجلس الدستوري الفرنسي في حكمه الصادر بتاريخ 2009/12/03 الذي فسر اصطلاح تغير الظروف التي يمكن أن يؤدي تغيرها إلى اعتبار النص التشريعي المنظور أمام القضاء غير دستوري بأنها الظروف القانونية، المتمثلة في التغير الذي يمكن أن يطرأ على القاعدة الدستورية التي سبق و أن قضى المجلس بدستورية الحكم التشريعي استنادا عليها، أو الظروف الواقعية التي من شأنها أن تؤثر في النص المدفوع بعدم دستوريته بالشكل الذي يجعله متعارضا مع الدستور[17].

1 3 -التأكد من جدية الدفع:

المقصود بالجدية هو تأكد من أن النص التشريعي موضوع الدفع هو الذي سيطبق أو يتوقف عليه مآل النزاع أو يشكل أساس للمتابعة، وقد أكدت المادة 8 من القانون العضوي 18-16 على ضرورة أن يتسم الوجه المثار بالجدية، وهو أهم شرط يرتكز عليه الدفع بعدم الدستورية، أي يجب أن يتمتع الدفع بالطابع الجدّي بمعنى أن تكون دواعي ومسوغات تقديمه قائمة، والمقصود بالجدية هنا كمصطلح قانوني هو تأكد قاضي الموضوع من كون الدفع منتج في الدعوى أو غير منتج و هنا منتج الذي هو مصطلح قضائي ليس في الرقابة على دستورية النص التشريعي من حيث كونه دستوري أم لا؟ بل تقدير النص موضوع الطعن هل يتوقف عليه مآل النزاع أم لا؟، بمعنى آخر هل يتوقف عليه الفصل في النزاع أم لا؟، وهذا ما أكد عليه المجلس الدستوري في رأييه المتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي الذي يحدد شروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية، والذي أكد من خلاله على أن دور الجهات القضائية تقتضي أن يتقيد القضاة، عند ممارسة صلاحياتهم في إطار الدفع بعدم الدستورية، بالحدود التي تسمح فقط بتقدير مدى توفر الشروط المنصوص في القانون العضوي من عدمها دون أن يمتد ذلك إلى تقديرهم لدستورية الحكم التشريعي المعترض عليه من قبل أحد أطراف النزاع [18]، وهو ما يتفق ومقاصد المادة 188 من الدستور، لان القضاء العادي أو الإداري لا يعتبر إلا همزة وصل بين الأفراد المتقاضين والمجلس الدستوري في مجال تجسيد وفاعلية آلية الدفع بعدم الدستورية، و لا يجب أن يتعدى ذلك إلى الرقابة الدستورية[19].

فضلا استجابته لمعيار الجدّة أي ألا يكون الدفع قد سبق تقديمه للنظر أمام المجلس الدستوري إعمالا لمبدأ قوة الشيء المقضي فيه.

2 -الطبيعة القانونية لإرسال الدفع بعدم الدستورية:

والذي يأخذ إحدى صورتين:

الصورة الأولى: قرار بإرسال الدفع صادر عن محكمة أو مجلس قضائي[20].

الصورة الثانية: الاعتراض على قرار رفض ارسال الدفع بمناسبة الطعن ضد القرار الفاصل في النزاع أو جزء منه[21].

1.2.3. القرار بإرسال الدفع صادر عن محكمة أو مجلس قضائي

بعد أن تتأكد الجهة القضائية المثار أمامها الدفع بعد الدستورية من إستفائه للشروط القانونية[22]، فإنها تبت في مسألة إرسال الدفع بعدم الدستورية بإرسال الدفع أو رفض إرساله، وقد استعمل المشرع الجزائري -الذي كان دقيقا جدا- عبارة **إرسال الدفع** التي تقابلها بالفرنسية **La transmission de l'exception** ، أي تبنى نظام الارسال هو المصطلح الادق والاسلم، و الذي يؤكد بوضوح طبيعته القانونية بأنه **عمل اداري** يقوم به قضاة الموضوع على مستوى الدرجة الأولى أو الثانية وليس قضائي، وما يؤكد ذلك أيضا أنه يكون بموجب **قرار** مهما كانت الجهة القضائية التي صدر عنها، فإستعمال لفظ **قرار** تأكيد آخر على أن ارسال الدفع يعتبر عمل ذو طبيعة إدارية وهو ما يتلاءم ويستقيم مع آلية الدفع بعدم الدستورية، فدور القاضي يقتصر على دراسة توفر شروط الارسال من عدمها فقط دون أن تمتد وظيفته للفصل في دستورية أو عدم دستورية الحكم التشريعي المدفوع ضده.

ونص المادّة 9 من القانون 18- 16 على أن **قرار إسال الدفع غير قابل لأي طعن** يؤكد مرة أخرى على أن هذا القرار له مواصفات العمل الإداري و لا يعتبر على الاطلاق عمل قضائي ولا حتى ولائي ذلك أن الأعمال القضائية والأعمال الولائية هي في الاصل قابلة للطعن وفق القانون.

كذلك نص المشرع الجزائري في المادة 9 فقرة 2 على أنه: " .... ولا يمكن أن يكون محل **اعتراض** إلا بمناسبة الطعن ضد القرار الفاصل في النزاع أو في جزء منه..."

وهنا أيضا تأكيد صريح على أنه ذو طبيعة ادارية كون الاعتراض من موجبات القرار الاداري لأنه تنفيذي ونحن لما نعترض فإننا على تنفيذ القرار.

كما يجب على قضاة الموضوع الفصل فورا في قرار الارسال، بمعنى أن دراسة قاضي الموضوع لمذكرة الدفع بعدم الدستورية يجب أن تتم **فوراً**، و عبارة **فوراً** طبقا لرأي المجلس الدستوري تفيد معنى **في الحين** وتقابلها بالفرنسية **San délai** التي تعني في الأصل **عدم التقيد بميعاد محدد**، لكن المشرع الجزائري استعمل هذه الكلمة وكان القصد منها – **طبقا لرأي المجلس الدستوري**[23]- أنه على الجهة القضائية التي يثار أمامها الدفع بعدم الدستورية أن تفصل فيه **بصفة أولوية و مستعجلة** بعد التأكد من مدى توفر شروط الدفع، وكلمة **فورا** في إعتقادي رغم عدم تطابقها مع الترجمة باللغة الفرنسية، لكنها تبقى الادق تعبيرا وأنها تخدم

نظام الدفع بعدم الدستورية ويمكن أن تنعكس عليه ايجابا لأن دراسة توفر شروط الدفع بعدم الدستورية من عدمها بشكل عقلاني وكافي من طرف القاضي، بالتالي الفورية هي المدة الزمنية المعقولة والكافية حسب طبيعة كل قضية.

كما يجب على الجهة القضائية أن تفصل في ارسال الدفع بعدم الدستورية من عدمه بقرار مسبب، أي يجب تضمين القرار بمختلف الاسباب القانونية التي دفعت للأخذ بهذا المنحى دون غيره، وقبولها إرسال الدفع بعدم الدستورية أو رفض إرساله، أي ذكر اسباب القبول أو الرفض، كل ذلك طبعا بعد التأكد من تحقق شروط الدفع بعدم الدستورية، وتسبيب القرار هو أيضا من موجبات العمل الإداري.

ولا يمكن ارسال الدفع بعد الدستورية إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة إلا <u>**بعد استطلاع رأي**</u> النيابة العامة أو محافظ الدولة، **Après avis** ، دون أن تحدد كيفيات هذا الاستطلاع أو الهدف والغاية المرجوة منه ونتائجه ومدى تأثيره في مآل إرسال الدفع بعدم الدستورية، ولو أن رأي النيابة العامة أو محافظ الدولة هو مجرد إجراء إجباري ولا يشترط أن يكون <u>**رأي مطابق**</u> <u>**Avis Conforme**</u>، بحيث يجب المرور عليه كإجراء جوهري تقدم من خلاله النيابة العامة او محافظ الدولة رأيهما مكتوبا كما يمكنهما تقديم طلبات، لكن هذا الرأي لا يلزم قضاة الموضوع في شيء إلا كإجراء يجب التقيد به، وإلا أعتبر قرار مشوبا بعيب مخالفة الاجراءات، مع إحتفاظ قاضي الموضوع بسلطته التقديرية في ارسال الدفع من عدمه.

وفي ذات السياق أشير إلى الجهة القضائية التي تبت في قرار ارسال الدفع بعدم الدستورية يجب أن تقتصر على القضاة فقط، فإذا كانت تشكيلة الجهة القضائية تضم مساعدين غير قضاة كالمحلفين مثلما هو عليه الشأن في محكمة الجنايات والمحاكم التجارية والاجتماعية، فإنهم يستبعدون وتفصل دون حضورهم لأنه عمل قانوني وليس فصل في الوقائع.

بعد توافر جملة الشروط والمقتضيات السالف الاشارة إليها يوجه القرار بإرسال الدفع بعدم الدستورية مع عرائـــــض الأطراف ومذكراتهم إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة -حسب الحالة- خلال 10 أيام من صدوره، وفي حالة رفض ارسال الدفع بعد الدستورية، يبلغ هذا القرار للأطراف ولا يكون قابلا للطعن، إلا بمناسبة الطعن ضد القرار الفاصل في النزاع أو جزء منه .

2-1- الاعتراض على رفض ارسال الدفع بمناسبة الطعن ضد القرار الفاصل في النزاع أو جزء منه:

لقد منح المشرع للأطراف طريقا للاعتراض على قرار رفض إرسال الدفع بعدم الدستورية و هو تأكيد آخر على أنه عمل ذو طبيعة ادارية – مثلما سبقت الاشارة اليه- وذلك بمناسبة الطعن في القرار الفاصل في النزاع أو جزء منه أمام الجهات القضائية الأعلى درجة، حيث تعتبر هذه الصورة بمثابة استثناء أقره المشرع في الحالة التي ترفض فيها الجهة القضائية ارسال الدفع بعدم الدستورية للمحكمة العليا أو مجلس الدولة – حسب الحالة- حيث أعطى للأطراف الحق في الاعتراض على قرار رفض ارسال الدفع بمناسبة الطعن في القرار الفاصل في النزاع أو في جزء منه، ولم يحدد المشرع طبيعة هذا الطعن، وعليه يستوي أن يكون هذا

الطعن في القرار الفاصل في النزاع أو في جزء منه وفق الطرق العادية كما يمكن أن يكون الطعن وفق الطرق غير العادية .

زيادة على الشروط الموضوعية الواردة في نص المادة 08 من القانون العضوي رقم 18-16، يجب أن يتم الاعتراض بموجب مذكرة مكتوبة ومنفصلة (مستقلة) ومسببة، وهي ذات الشروط الشكلية يجب أن يتضمنها الدفع بعدم الدستورية الواردة في نص المادة 06 من القانون العضوي رقم 18-16، بحيث يجب أن يتم هذا الاعتراض بواسطة مذكرة كتابية، مع مراعاة أن تكون هذه المذكرة منفصلة عن مذكرة الطعن، ولا يجوز تقديمه مع طلب آخر أو دفع آخر يختلف عنه في الطبيعة والمضمون، وهذا أمر منطقي ذلك أن الجهة التي سيرسل إليها الدفع غير مختصة بموضوع الدعوى التي اثير بشأنها الدفع، لذا وجب ارسال المذكرة فقط، منفصلة عن النزاع الاصلي، باعتبارها محور المسألة الدستورية المعروضة عليه.

الخاتمة:

في الأخير و بناء على ما تقدم، يمكن التأكيد على أن قرار أرسال الدفع بعدم الدستورية هو عمل إداري محض، وأعتقد أن المشرع الجزائري استطاع من خلال المادة 07 و المادة 09 من القانون العضوي 18-16 أن يصيغ لنفسه نمط قانوني خالص فيما يخص إرسال الدفع بعدم الدستورية من طرف قضاة الموضوع كمصفاة أولى مخالفا بذلك العديد من التجارب القانونية المقارنة وعلى رأسها التجربة الفرنسية التي تعتبر نموذج في هذا المجال، بالتالي نستطيع و بفخر أن نسميها تجربة جزائرية بامتياز.

الهوامـش:

(1) عليان بوزيان، آلية الدفع بعد الدستورية و أثرها في تفعيل العدالة الدستورية ، مجلة المجلس الدستوري ا، العدد 2 ، 2013، ص 77.

(2) صرح الأستاذ Bertrand Mathieu ، الأمين العام للمجلس الدستوري الفرنسي ، بأنّ:

"La question de constitutionalité est à la disposition du justiciable, mais rien ne l'oblige à la poser. Mais si elle l'est, le juge doit répondre car on ne peut pas laisser sans réponse la demande d'abrogation formulée par le justiciable".
Voir: Marc GUILLAUME, Secrétaire général du Conseil constitutionnel, La question prioritaire de constitutionnalité, www.conseil-constitutionnel.fr,

(3) أ. د. شريف يوسف خاطر، المسألة الدستورية الأولية، دراسة مقارنة، دار الفكر و القانون، المنصورة، مصر، 2015، ص 66

(4):. Marc GUILLAUME, op cit, p4

(5) نبالّي فطة، دور المجلس الدستوري في حماية الحقوق والحريات، أطروحة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، 2012، ص255.

(6) Marc GUILLAUME, op cit.

(7) Voir : Article 46 de la constitution Française du 4 Octobre 1958, modifiée par les lois… et la Loi n° 2008-724 du 23 juillet 2008.

(8)Article 23-2 Loi organique n° ; 2009- 1523 relative à l'application de l'article 61-1 de la constitution. Alinéa 2, op cit.

(9) Voir: Henry ROUSSILLION, Le Conseil Constitutionnel, 4e édition, Dalloz, Paris, 2001, p108.

(10) أ. د. شريف يوسف خاطر، المرجع السابق، ص 65.

(11) أ.د. شريف يوسف خاطر، المرجع السابق ، ص 134.

(12) حميداتو خديجة، الدفع بعدم الدستورية في ظل التعديل الدستوري الجديد لسنة 2016، دفاتر السياسية والقانون،عدد 18،جانفي 2018، ص335.

(13) على مستوى المحكمة في دعاوى الحجر فقط يلزم القانون المدعى عليه المحجور عليه توكيل محام ويلزم القاضي بتوكيل محام من تلقاء نفسه ان لم يستطع المدعى عليه ذلك اما المجلس فالتمثيل بمحام وجوبي امام جميع الغرف عدا مادتي شؤون الاسرة والاجتماعي المحكمة الادارية كذلك وجوبي ويعفى من ذلك الادارت العمومية امام المحكمة العليا ومجلس الدولة وجوب توكيل محام معتمد لديهما مع استثناء الادرات العمومية كذلك المواد 10، 483، 538، 815، 826 من قانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008 المتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية، والمادة 10 من القانون العضوي 98-01 المؤرخ في 4 صفر عام 1419 الموافق 30 مايو 1998 يتعلق باختصاصات مجلس الدولة و تنظيمه وعمله المعدل والمتمم، بالإضافة إلى المادة 292 من الأمر 66- 155 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966 المتضمن قانون الاجراءات الجزائية المعدل و المتمم، والمادة 54، 67 من القانون رقم 15-12 المؤرخ في 28 رمضان 1436 الموافق 15 يوليو 2015 المتعلق بحماية الطفل ، ماعدا ذلك فتمثيل الخصوم بمحام ليس واجبا، و عليه في حالة التمثيل بمحامي فهذا الأخير هو من يوقع المذكرة، أما في الحالات التي يباشر فيها الشخص الخصام بنفسه فهو من يوقع مذكرة الدفع بعدم الدستورية .

(14) رأي رقم 03/ر.ق.ع/م.د/18، ج. ر.ج. ج ، عدد 54.

(15) أ.د شريف يوسف خاطر ، المرجع السابق، ص 133

(16) حميداتو خديجة المرجع السابق ، ص 335.

(17) المرجع نفسه ، ص 149 .

(18) رأي رقم 03/ر.ق.ع/م.د/18، ج. ر.ج. ج ، عدد 54

(19) أ. سعوداوي صديق، آلية الدفع بعدم الدستورية كضمانة لإعلاء الدستور "دراسة في تحليل المادة 188 من الدستور الجزائري" مجلة صوت القانون، الجزاء1، عدد07، 2017،ص 155.

(20) تنص المادّة 07 من القانون العضوي 18 – 16 على أنه : تفصل الجهة القضائية فورا وبقرار مسبب ، في إرسال الدفع بعدم الدستورية إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة .....

(21) تنص المادة 02/09 من القانون العضوي رقم 18-16 على أنه : ... يبلغ قرار رفض إرسال الدفع بعدم الدستورية إلى الأطراف، ولا يمكن أن يكون محل اعتراض إلا بمناسبة الطعن ضد القرار الفاصل في النزاع أو في جزء منه ويجب أن يقدم بموجب مذكرة مكتوبة ومنفصلة ومسببة.

(22) تنص المادة 06 من القانون العضوي 18-16 على أنه : يقدم الدفع بعدم الدستورية، تحت طائلة عدم القبول، بمذكرة مكتوبة ومنفصلة ومسببة.

تنص المادة 08 من القانون العضوي 18-16 على أنه : يتم إرسال الدفع بعدم الدستورية، إذا تم استيفاء الشروط الآتية:

- أن يتوقف على الحكم التشريعي المعترض عليه مآل النزاع أو أن يشكل أساس المتابعة.
- ألا يكون الحكم التشريعي قد سبق التصريح بمطابقته للدستور من طرف المجلس الدستوري باستثناء حال تغير الظروف.
- أن يتسم الوجه المثار بالجدية .

(23) رأي رقم 03/ر.ق.ع/م.د/18، ج. ر.ج. ج ، عدد 54