المركز الجامعي أحمد بن يحيى الونشريسي – تيسمسيلت
معهد العلوم القانونية والإدارية
قسم القانون العام

الدفع بعدم الدستورية في النظام الدستوري الجزائري 2016

مذكرة تخرج ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر
- تخصص دولة ومؤسسات –

من إعداد الطلبة:
ـ عبدالرحيم منصور

إشراف الأستاذ:
أ. شامي رابح

أعضاء لجنة المناقشة

الاسم واللقب: أ . يحلى رابح	رئيسا
الاسم واللقب: د. شامي رابح	مشرفا
الاسم واللقب: د. لكحل صليحة	مناقشة

السنة الجامعية: 2019/2018

بسم الله الرحمن الرحيم

شكر وتقدير

الحمد لله الذي علم بالقلم، علم الإنسان ما لم يعلم، الصلاة والسلام على سيدنا مُحَمَّد وعلى آله وصحبه أجمعين.

يسعدني أن نتقدم بالشكر، ووافر التقدير وعظيم والامتنان إلى الأستاذ شامي رابح الذي أشرف على هذه المذكرة فكان خير معين وخير مرشد، فجزاه الله كل خير، ومتعه بالصحة والعافية.

وأن نتقدم بالشكر والتقدير إلى قسم الحقوق لكلية الحقوق والعلوم السياسية.

والى الأساتذة الكرام في هذا القسم، لما قدموه من علم ومعرفة وعون ومساعدة ونصح وإرشاد وكل من كان له دور في إنجاز هذه المذكرة.

ولا يفوتنا أن نتوجه بالشكر والامتنان لمن أعاننا ولو بكلمة أو نصيحة أو تشجيع حتى أو دعاء شد من عزيمتنا من قريب أو من بعيد.

نسأل الله أن يتقبل هذا العمل خاصا لوجهه، وأن ينفعنا به، وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين.

إهــداء

الحمد لله على نعمه التي بها أتممنا هذا العمل، وبهذا الإنجاز

أتقدم إلى من لا يمكن للكلمات أن توفي حقهما

إلى من لا يمكن للأرقام أن تحصي فضائلهما

إلى والدتي الغالية التي لم تأل جهدا في تربيتي وتوجيهي

إلى والدي الحبيب سبب وجودي في هذه الحياة أدامهما الله لي

إلى زوجتي ورفيقة دربي لها كل التجلي والاحترام

إلى كل الأقارب من بعيد أو قريب

إلى كل الأصدقاء الأعزاء

إلى كل من تذكره قلبي ولم يكتبه قلمي.

أهدي ثمرة جهدي.

أهدي هذا الانجاز عربون محبة ووفاء

عبدالرحيم منصور

إهــداء

الحمد لله الذي فطرني على طاعته وشكره.

إلى نبع الحب والحنان ، إلى من قال فيهما الرحمان ﴿ولا تقل لهما أف ولا تنهر هما وقل لهما قولا كريما ﴾.

والديّ العزيزين.

إلى أغلى وأعز إنسان على قلبي أبي العزيز والذي أحمل اسمه بكل افتخار.

إلى التي جعلت الحياة حلوة في عيوني ، عزيزتي ورفيقة دربي ، طريقي وسبيلي إلى الجنة غاليتي الفريدة أمي الحبيبة.

إلى من شاركوني رحم أمي إخوتي

إلى زوجتي وأبنائي وأبنائي وبناتي

إلى أعز الأصدقاء والزملاء

إلى كل من تذكره قلبي ولم يكتبه قلمي.

أهدي ثمرة جهدي.

نعام إبراهيم

مـــــــــقدمة

يؤدي المجلس الدستوري دورا مهما، لاسيما في المجال الرقابي على الأعمال ذات الطبيعة التشريعية للسلطتين التنفيذية والتشريعية، وذلك من أجل السهر على حماية الدستور وضمان احترامه هذا من جهة، ومن جهة أخرى يعمل هذا الأخير على نزاهة الانتخابات والاستفتاء وذلك بالرقابة على بعض مراحلها، وهو بذلك يمثل أحد الضمانات الأساسية والهامة في تطبيق الدستور، وتضمن أحكام الشرعية والمشروعية بتكامل يتفق ومبدأي سمو الدستور وتدرج المعايير القانونية، كما يلعب المجلس الدستوري دورا فعالا في مجال حماية حقوق الانسان والعمل على تطويرها وكذا الحفاظ على التوازنات الأساسية للمؤسسات والسلطات وكذا المبادئ العامة للمجتمع.

لقد جعل الدستور الجزائري[1] حق الرقابة على دستورية القوانين موكلا الى هيئة سياسية مختصة متمثلة في المجلس الدستوري، الذي يباشر مهمته في فحص مدى دستورية التشريعات الماسة بالحقوق والحريات أو المقيدة لها من خلال دوره المعتاد كقاضي يفحص دستورية القوانين، غير أن طبيعة التدخل التشريعي في مجال الحقوق والحريات العامة يفرض على القاضي أسلوبا من الرقابة الدستورية، وفق التعديل الدستوري الأخير في الجزائر بموجب القانون رقم 16_01 المؤرخ في 06 مارس 2016 الذي استحدث آلية جديدة بموجب نص المادة 188 من الدستور المتمثلة في الرقابة البعدية على دستورية القوانين أو ما يسمى الدفع بعدم الدستورية في النظام الدستوري الجزائري.

لقد أقر المشرع الجزائري آلية الدفع بعدم الدستورية من أجل تدعيم عملية الرقابة الدستورية على القوانين والتي تعتبر إحدى الدعائم الأساسية لقيام دولة الحق والقانون، وهي أهم وسيلة لضمان حماية حقوق الأفراد وحرياتهم المنصوص عليها في الدستور من أي تجاوز، فقد جاء في المادة 188 من الدستور" أنّه يمكن إخطار المجلس الدستوري بالدفع بعدم الدستورية بناء على إحالة من المحكمة العليا أو مجلس الدولة عندما يدعي أحد الأطراف في المحاكمة أمام جهة قضائية أن الحكم التشريعي الذي يتوقف عليه مآل النزاع ينتهك الحقوق و الحريات

[1]_دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، الصادر بالمرسوم الرئاسي رقم 236/96 المؤرخ في 1996/12/23، ج ر 76، المنشورة في 1998/12/07. المعدل بالقانون رقم 02/ 03 المؤرخ في 10 أبريل 2002 ج ر العدد25، المنشورة في 14 أبريل 2002، وبالقانون رقم 19/08، المؤرخ في 15نوفمبر 2008 ج ر العدد 63، المنشورة في 16 نوفمبر 2008، وبالقانون رقم 16ـ01 المؤرخ في 06 مارس 2016 المتضمن التعديل الدستوري، ج ر العدد 14، المنشورة في 07 مارس 2016.

التي يضمنها الدستور". وذلك بمنح المتقاضين حق الممارسة الرقابة البعدية التي تعزز مبدأ سمو الدستور الذي هو أعلى وأسمى قانون ونص يجب أن تخضع له باقي النصوص القانونية. كما أنّ المؤسّس الدستوري أسّس للرّقابة القضائية على دستورية القوانين وهي رقابة لاحقة وبعدية، وهذا خلافا للرقابة السياسية التي يضطلع بها المجلس الدستوري باعتباره هيئة مستقلة تكلف بالسهر على احترام الدستور، والتي تكون قبلية أو بعدية، غير أنّ الدستور أحال هذه المسألة على القانون العضوي رقم 18_16 الذي ينظّم بموجبه كيفيات وإجراءات تطبيق الدفع بعدم الدستورية[1]، وذلك من خلال توفير الظروف اللازمة لتطبيق حق الأفراد في الدفع بعدم دستورية القوانين.

تكمن أهمية هذا الموضوع في مكانة المجلس الدستوري، وكذا علاقة الموضوع بآلية الدفع بعدم الدستورية القوانين في القانون الدستوري.

كما أن آلية الدفع بعدم الدستورية القوانين موضوع مستجد في الجزائر وغير مستهلك من الناحية الأكاديمية جدير بالدراسة والتحليل في ظل القانون العضوي رقم 18_16 المنظم له من حيث الكيفيات والاجراءات والشروط الشكلية والموضوعية في تحريك دعوة الدفع بعدم الدستورية القوانين في القضاء الجزائري.

وهذا ما يزيد من أهمية الموضوع، ويدعو إلى كشف بعض مواطن التشابه في هذه الآلية مع النظم الدستورية الأخرى مع توضيح مجالاتها وضمانات حمايتها.

من بين الأسباب التي دفعتنا إلى دراسة هذا الموضوع المكانة الهامة التي تحتلها آلية الدفع بعدم الدستورية في النظام القضائي الجزائري وفي الدولة القانونية والنظم الديمقراطية الحديثة، والرغبة في التعرف أكثر على تطبيق هذه الأخيرة في الجزائر.

إضافة إلى محاولة تناول موضوع غير مطروق على نطاق واسع يدفعنا إلى بذل مزيد من الجهد لإنجاز هذا العمل.

[1] _القانون العضوي رقم 18_16، المحدد لشروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية، المؤرخ في 2018/09/02، الجريدة الرسمية العدد 54، المنشورة في 2018/09/05

لعل أكبر صعوبة وجهناها هي قلة المراجع المتخصصة في الموضوع خاصة في الجانب التطبيقي، والتي لم نحظ سوى بمجموعة من الوثائق والبحوث والرسائل الجامعية وبعض النشريات والدوريات التي تحدثت عن إجراءات الدفع خاصة في النظم المقارنة.

إن الإشكالية المطروحة التي سنعالجها في هذه الدراسة والتي تثار حول ماهية الدفع بعدم الدستورية في النظام الدستوري الجزائري من ناحية التكييف القانوني ومجالاته وشروطه، وماهي إجراءات الدفع بعدم دستورية القوانين في ظل القانون العضوي 18_16؟ ما مدى تحقيق آلية الدفع بعدم الدستورية للأهداف المنشودة وهي صون حقوق وحريات الأفراد وتمكنيهم من المشاركة في المنظومة القانونية من القوانين المخالفة للدستور؟

نظراً لطبيعة الموضوع الذي يبحث في الدفع بعدم دستورية القوانين في النظام الدستوري الجزائري لسنة 2196، فإن ذلك يفرض علينا اعتماد المنهج الوصفي التحليلي لمختلف جوانب الموضوع سواء من حيث الاختصاصات أو الإجراءات للوصول إلى نتائج واضحة.

للإجابة على هذه الإشكالية نقسم دراستنا إلى فصلين، في الفصل الأول حق الفرد في الدفع بعدم الدستورية، إذ نتناول فيه مبحثين المبحث الأول الرقابة الدستورية من الإخطار إلى الدفع بحيث نقسم المبحث الأول إلى مطلبين، المطلب الأول الدفع بعدم الدستورية نتاج التطور الرقابة، بينما تناولنا في المطلب الثاني أسباب اعتماد المؤسس الدستوري للدفع بعدم الدستورية، فتطرقنا في المبحث الثاني شروط الدفع بعدم الدستورية حيث نقسمه إلى ثلاثة مطالب، فالمطلب الأول الشروط الخاصة بالطاعن، بينما المطلب الثاني الشروط الخاصة بموضوع الدفع، في حين المطلب الثالث تطرقنا فيه مرحلة إثارة الدفع بعدم الدستورية.

أما الفصل الثاني فيتمثل في إجراءات الدفع بعدم الدستورية وآثاره، تضمن مبحثين: المبحث الأول نتناول فيه إجراءات الدفع بعدم الدستورية، قسمناه إلى مطلبين ، المطلب الأول تطرقنا فيه إلى إجراءات الدفع أمام القضاء، والمطلب الثاني إجراءات الدفع بعدم الدستورية أمام المجلس الدستوري، أما فيما يخص المبحث الثاني يتمثل في آثار الفصل في الدفع بعدم الدستورية، الذي بدوره قسم إلى مطلبين، المطلب الأول

يتمثل في أثر قرار إرسال الدفع بعدم الدستورية في دعوى الموضوع ، أما المطلب الثاني يتمثل في أثر الفصل في الدفع بعدم الدستورية امام المجلس الدستوري.

الفصل الأول

الفصل الأول: حق الفرد في الدفع بعدم الدستورية.

يعتبر الدفع بعدم دستورية القوانين من قبل الأفراد في الجزائر آلية جديدة استحدثها التعديل الدستوري لعام 2016[1]، يمكن بموجبها لأي مواطن اللجوء إلى القضاء – وفقا للإجراءات المحددة قانونا – لتقرير مدى اتفاق الحكم التشريعي المطعون فيه مع أحكام الدستور، ولا شك أن هذه الآلية الدستورية الجديدة المخوّلة للأفراد تعتبر وسيلة للدفاع عن مبدأ الشرعية الدستورية من جهة أولى، وكذلك آلية في يد الأفراد للدفاع عن حقوقهم وحرياتهم التي يضمنها لهم الدستور من جهة ثانية، فقد جاء في المادة 188 من دستور1996 أنّه " يمكن إخطار المجلس الدستوري بالدفع بعدم الدستورية بناء على إحالة من المحكمة العليا أو مجلس الدولة عندما يدعي أحد الأطراف في المحاكمة أمام جهة قضائية أن الحكم التشريعي الذي يتوقف عليه مآل النزاع ينتهك الحقوق و الحريات التي يضمنها الدستور"، لذا فإنّ المؤسّس الدستوري قطع شوطا كبيرا في تعزيز منظومة الحقوق والحريات المعترف بها للمواطن الجزائري من خلال تمكينه من هذه الآلية المهمة قصد الحماية الدستورية لحقوقه وحرياته العامة عن طريق دسترة حقه في الدفع بعدم دستورية القوانين بناء على إحالة من المحكمة العليا أو مجلس الدولة.

إضافة لذلك المؤسّس الدستوري أسّس للرّقابة القضائية على دستورية القوانين وهي رقابة لاحقة وبعدية، وهذا خلافا للرقابة السياسية التي يضطلع بها المجلس الدستوري باعتباره هيئة مستقلة تكلف بالسهر على احـــترام الدستور، والتي تكون قبلية، ويمكن تقسيم هذا الفصل الى مبحثين، نتناول في المبحث الأول الرقابة الدستورية من الإخطار إلى الدفع، ثم شروط الدفع بعدم الدستورية في النظام الدستوري الجزائري في المبحث الثاني.

[1] _ القانون رقم 01/16، المؤرخ في 06 مارس 2016 المتضمن التعديل الدستوري، جريدة الرسمية العدد 14، المنشورة في 07 مارس 2016.

المبحث الأول: الرقابة الدستورية من الإخطار إلى الدفع.

في إطار دستور سنة 1996في الجزائر يمارس الرقابة الدستورية المجلس الدستوري بصفته الهيئة التي تسهر على احترام الدستور وحماية حقوق وحريات الأفراد.

تحرك الرقابة الدستورية عن طريق إخطار المجلس الدستوري مباشرة، كما يمكن تحريكها بإخطار هذا المجلس بالدفع بعدم الدستورية بناء على إحالة من المحكمة العليا أو مجلس الدولة، وبذلك وسع المؤسس من حالات هذه الرقابة بهدف تحصين الدستور وحمايته من القوانين المخالفة له، بمحاولة تكريس القضاء الدستوري بصورة بسيطة، وعليه تم تنظيم هذه الآلية الجديدة طبقا لنص المادة 188 من الدستور، والتي تم تطبيقها بموجب القانون العضوي رقم 18ـ16 من طرف الهيئات والسلطات المؤهلة له.

وتم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، في المطلب الأول تناولنا ثلاثة فروع، بداية الدفع بعدم الدستورية نتاج التطور الرقابة الدستورية في المطلب الأول، أما الثاني نتناول فيه فرعين، فتم التطرق فيه إلى أسباب اعتماد المؤسس الدستوري للدفع بعدم الدستورية في المطلب الثاني.

المطلب الاول: الدفع بعدم الدستورية نتاج التطور الرقابة الدستورية.

بالعودة إلى الجذور التاريخية لآلية الدفع بعدم دستورية القوانين، نستشف من خلال الدراسات الواردة في القضاء الدستوري أن أصول الرقابة على دستورية القوانين تعود إلى انجلترا، ثم تبلورت هذه الرقابة في الولايات المتحدة الأمريكية لعدة اعتبارات ومبررات كان للفقه والقضاء اليد الطولى في نشأته تفاعلا مع الأحداث والسوابق التي كانت الفاعل الرئيسي في وجودها.

الفرع الأول: تطور رقابة الدفع بعدم الدستورية في النظم الدستورية.

نجد بعض الآراء الفقهية والدارسون لها أن جذور الرقابة القضائية على دستورية القوانين بواسطة الدفع بعدم الدستورية تمتد إلى آراء اللورد cokeفي بريطانيا سنة 1610 في قضية " يونهام " في كتابه " النظم " [1]حيث أن العهد الأعظم قد تضمن عددا من المبادئ والقواعد الأساسية التي تربط مباشرة بفكرتي الحق والعدل، وكذا

[1]ـبن عيسى ملاح، الدفع بعدم دستورية القوانين، مذكرة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة خميس مليانة، الجزائر، 2018/2017، ص 20.

الشريعة العامة قد تضمنت بدورها مزيدا من تعبير القانون الأسمى للبلاد وتعد بالتالي قيدا على سلطة الملك والبرلمان جميعا[1]، وإن من واجب القضاء أن ينزل على حكم القانون الأعلى للبلاد ويصدر ما عداه [2].

بمعنى أن القواعد المدونة في العهد الأعظم هي أسمى القوانين. والقوانين المبادرة من البرلمان يجب أن تحترم الدستور (العهد الأعظم وقواعد القانون العام) وإلا آلت إلى الإبطال والإلغاء أو الامتناع [3] ومنه درج في القضاء البريطاني أنه يسمح للقاضي برفض القانون الذي يتعارض مع القواعد العرفية أي الدستور.

مما أدى بالفقهاء الأمريكيين يتأثرون فكرة الرقابة الدستورية التي أبرزها قضية حكم مارشال في قضية (ماربوي ضد ماديسون)، نقطة التحول المفصلة وكسابقة قضائية أخذت المحكمة العليا على عاتقها الرقابة على دستورية القوانين، إذ تبلورت هذه الأحداث في تكريس الرقابة الدستورية.

أولا: ظهور رقابة الدفع بعدم الدستورية في الولايات المتحدة الأمريكية.

يجمع الدارسون أن القضاء الدستوري الأمريكي يعود له الفضل في ظهور الرقابة على دستورية القوانين وأن التجربة الأمريكية هي من أقدم التجارب، والأكثر طولا من القرن التاسع عشر إلى بداية القرن العشرين، إلى أن امتدت إلى الدول الأوربية في أعقاب الحرب العالمية الأولى (1914 . 1918)، حيث أورد الدستور الأمريكي لسنة 1787 ضمن المادة 06 فقرة 02 التي نصت على أن: "هذا الدستور وقوانين الولايات المتحدة ستكون هي القانون الأساسي للبلاد والقضاة في كل البلاد، سيتـــقدون بذلك بـــصرف النظر عن أي حكم مخالف في دستور الولاية أو قوانينها "، بالإضافة إلى المادة 03 فقرة 02 من نفس الدستور التي تحدثت عن الاختصاص القضائي والتي ورد فيها أن: " الوظيفة القضائية تمتد إلى كل القضايا المتعلقة بالقانون أو العدالة التي تثور في ظل الدستور "[4]. ومن ثم أضحى للمحاكم الأمريكية الحق والاختصاص في تفسير القانون وتفسير الدستور وبالتالي سلطة المراجعة القضائية، أي سلطة إعلان عدم دستورية أي قانون مخالف لأحكام الدستور، وأن حكم القاضي" جون

[1] بن عيسى ملاح، المرجع السابق، ص 20.

[2] _ الموقع الالكتروني:http://sciencesjuridiques.ahlamontada.net/t1841-topic تاريخ 10مارس2109 الساعة: 10:15

[3] _ بن عيسى ملاح، المرجع نفسه، ص 20.

[4] _يحي الجمل، القضاء الدستوري في مصر، دار النهضة العربية، مصر،2008، ص 62.

مارشال " في قـضية " ماربوي ضد ماديسون " كان بمثابة حجز الأساس في بناء القضاء الدستوري في الولايات المتحدة الأمريكية، ونظرا لأهميتها نورد تفاصيلها من باب التأصيل، حيث أن وقائعها تتلخص فيما يلي : " أعد الحزب الاتحادي بـــــرنامجا متكاملا للسيطرة على السلطة القضائية، فأصدر الكونغرس الأمريكي عام 1801 قانونا جديدا لتنظيم السلطة القضائية، وتضمن هذا القانون إنشاء 06 محاكم إقليمية جديدة وقضى بتعيين 16 قاضيا للعمل بها، حيث خول الكونغرس لرئيس الولايات المتحدة الامريكية (جون آدمز) المنتمي للحزب الاتحادي الحق في تعيين عــدد آخر من قضاة المحاكم الجزئية[1] وعند انتهاء عهدته تم تنصيب توماس جفرسون المنتمي للحزب الجمهوري، حيث أن كلاهما يطمح إلى سلطة الأمر الذي دفع " جون آدمز " إلى تعيين عدد من القضاة ليكون ذلك في صالحه لكن عند مجيء جفرسون عمد إلى تقليص عدد القضاة فأمر رئيس الجمهورية وزير خارجيته " ماديسون " بتسليم قرارات أو مـراسيم التعيين ل 25 قاضيا ممن عينهم جون آدمز وأن يوقف القرارات الخاصة بـ 17 قاضيا الباقين وهم:

ـ وليام ماربوري، دينيسي رامزي، روبرت تاونسندهو، وليم هاير.

لجأ هؤلاء الاربعة إلى المحكمة العـليا بدعوى المطالبة بحقهم في التعيين[2] باستصدار قرار من المحكمة العليا يوجه إلى وزير الخارجية " ماديسون " يلزمه بتسليم أوامر التعيين بمقتضى السلطة القضائية بتطبيق الباب 13 من قانون القضاة الاتحادي لعام 1789[3]، ومن الملاحظ أن الدستور الأمريكي سكت عن تنظيم الرقابة على دستورية القوانين ولم يشر إليها بنص صريح قطعي الدلالة، حيث قررت المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمـــــــريكية حق القضاء في فحص دستورية القوانين في حكمها الشهير 1803 [4]حيث أن القاضي الأمريكي جون مارشال بحنكته دعـــم مـوقفه بالقول أن: " إن أي قانون يتعارض مع الدستور يكون باطلا، وإن الهيئة القضائية كغيرها من الهيئات الأخرى مرتبطة بالدستور "[5] لذا بات لزاما منح القضاة المستثنين من تسليم أوامر التعيين بالأمر بتعيينهم

[1]_حسن مصطفى البحري، القضاء الدستوري دراسة مقارنة، الطبعة الأولى،2017، ص 92.

[2]_أسود ياسين، ضمانة حماية الحقوق والحريات العامة بين الرقابة الدستورية والرقابة القضائية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان،2018/2017، ص139، ص 140.

[3]_أسود ياسين، المرجع السابق، ص 142.

[4]_ مولود ديدان، القانون الدستوري والنظم السياسية على ضوء التعديل الدستوري الأخير 06 مارس 2016 والنصوص الصادرة تبعا لذلك، دار بلقيس، الجزائر، 2017، ص 88.

[5]_ الموقع الالكتروني،http://sciencesjuridiques.ahlamontada.net/t1841-topic تاريخ 10مارس2109، الساعة:11:20

وأن حبس مراسيم التعيين يعتبر انتهاكا للقانون المرتبط بحق التعيين، وقد كان تبرير المحكمة لإصدار قرارها بأنه إذا كان من واجب القاضي تطبيق القانون فعليه التحقق من القانون المراد تطبيقه، فإذا ثبت للمحكمة بأن القانون المراد تطبيقه مخالف للدستور الذي هو أعلى تشريع في الدولة فلها أن تمتع عن تطبيق هذا القانون، إذ لا يعتبر اعتداء من المحاكم على السلطة التشريعية لأن دور هذه السلطة ينتهي بتشريع القانون ويأتي بعد ذلك دور السلطة القضائية التي من واجبها تطبيق القانون.[1]

إن أسلوب الدفع الفرعي يعتبر الأسلوب الرقابي الأكثر شيوعا في الولايات المتحدة الأمريكية والتي تمارسه مختلف المحاكم أيا كان نوعها (مدنية، جزائية، إدارية، تجارية ...) حيث يثار الدفع بعدم دستورية من قبل المحكمة نفسها المعروض عليها أو بناء على طلب أحد أطراف الخصومة.

وهنا تجد المحكمة نفسها أمام مسالة فرعية عن القضية الأصلية أن توجب الفصل مسبقا في المسألة الفرعية قبل الفصل النهائي في القضية الأصلية التي أثير الدفع بعدم دستوريتها. بالرغم من أن الدستور الأمريكي لسنة 1787 لم ينص على هذا الأسلوب ولا على طرق رقابة أخرى.

فإذا ما تحقق من عدم دستورية القانون المراد تطبيقه فإنها تمتنع عن تطبيقه على تلك القضية، وهنا إما يتم إلغاؤه، أو أنه يجوز لمحكمة أخرى أن تطبقه إذا رأت أنه دستوري شريطة أن تكون هذه المحكمة من نفس الدرجة للمحكمة الأولى أو أعلى منها، أما إذا صدر عن المحكمة العليا الاتحادية فالأمر هنا يختلف بحيث يصبح ملزما لكافة المحاكم وذا حجية مطلقة، إذ يجدر التنويه أن القضاء الأمريكي قد قيد الدفع الفرعي بشروط تتمثل في:

1 . أن تكون الخصومة حقيقة وجدية لا صورية.

2 . وجود مصلحة شخصية لصاحب الدفع.

3 . أن يثبت أن القانون محل الطعن قد يسبب للطاعن ضررا أو يوشك أن يسببه له [2] .

[1] ــ بن عيسى ملاح، المرجع السابق، ص23.

[2] ــبن عيسى ملاح، المرجع نفسه، ص23.

ثانيا: تطور الرقابة القضائية عن طريق الدفع بعدم الدستورية في فرنسا.

استلهاما من القضاء الدستوري الأمريكي في قضية " ماربوري ضد ماديسون " حذا القضاء الدستوري في مختلف الأنظمة الدستورية المقارنة التي تبنى آلية الدفع بعدم دستورية القوانين في نظام العديد من الدول من بينها الجمهورية الفرنسية، جمهورية مصر العربية، المملكة المغربية إلى غاية الجمهورية الجزائرية في تعديلها الدستوري لسنة 2016.

على اعتبار أن الدفع بعدم دستورية القوانين أهم وسيلة دفاعية مقررة ومتفق عليها لدى غالبية الدول التي تبنته كوسيلة أساسية لتحريك الدعوى الدستورية في الدولة، واعتمد في عديد الدول هذا المبدأ وأسس حق الفصل فيه من بينها القضاء الفرنسي في التعديل الدستوري لسنة 2008 بموجب المادة 61 فقرة 01 المضافة التي تنص على أنه " عند مناسبة النظر في دعوى مقامة أمام القضاء، ودفع أحد الأطراف الدعوى بأن حكما تشريعيا ينتهك الحقوق والحريات التي كفلها الدستور، يستطيع المجلس الدستوري النظر في هذه المسألة بناء على إحالتها إليه من مجلس الدولة أو محكمة النقض الذين يتخذان قرارهما خلال فترة محددة ويحدد بقانون عضوي شروط تطبيق هذه المادة، والذي بمقتضى هذه المادة صدر القانون العضوي رقم 2009 / 1523 المؤرخ في 2009/12/10 المتعلق بتطبيق المادة 61 فقرة 01 من الدستور المنشور في الجريدة الرسمية الفرنسية بتاريخ 2009/12/11 تحت مسمى ـ مسألة الأولوية الدستورية ـ الذي دخل حيز التطبيق في الفاتح من شهر مارس 2009 وفق ما نصت عليه المادة 05 من القانون العضوي المذكور، صدر المرسوم رقم 2010/1448 المؤرخ في 2010/02/16 الذي حدد كيفية مباشرة إجراءات الطعن بعدم الدستورية عبر الإحالة من مجلس الدولة بالنسبة للقضاء الإداري أو محكمة النقض بالنسبة للقضاء العادي[1]، لممارسة عملية الغربلة والتصفية للدفوع إليها إما بقبولها ومن ثم إحالتها على المجلس الدستوري كي تفحص مـــدى دستورية القانون المطعون فيه من عـــدمه، أو برفض الدفع وبالتالي إرجـــاع الملف إلى المحكمة، التي أحالته عليها لمواصلة النظر في الدعوى والبت فيها، وبه فقد فتح المؤسس الدستوري بموجب التعديل الدستوري لسنة 2010 عهدا جديدا في تفعيل القضاء الدستوري بموجب الرقابة اللاحقة لصالح الأفراد بدعوى استبعاد القوانين المخالفة للدستور لمساسها بالحقوق والحريات المنصوص عليها في

[1] ـ بن عيسى ملاح ، المرجع السابق ، ص 25.

الدستور، متى كان الدفع جديا[1]، حيث أن الجدية تبقى مسألة خاضعة للسلطة التقديرية للقاضي، وبه فإن القضاء الدستوري في فرنسا دخل عهدا جديدا من خلال الرقابة اللاحقة فضلا عن الرقابة السابقة التي كانت شائعة قبلها والتي كانت نتاجا لمناداة الفقه الفرنسي ومن بعض التيارات السياسية في عهد رئاسة (نيكولا ساركوزي) بما يوسع من اختصاصات المجلس الدستوري، ويمنح للأفراد حق الدفع بعدم دستورية نص تشريعي بموجب دعوى قضائية أمام الجهات القضائية التي لها سلطة تقدير جديته ومن ثم استبعاد الدفوع الكيدية، التي يقصد من ورائها تعطيل سير الدعوى والمماطلة، شريطة أن يتعلق مضمون الدفع بالنزاع المطروح أمام القاضي، وأن يكون متعلقا بإحدى الحريات العامة وحقوق الانسان، إضافة إلى شرط ألا يكون القانون المطعون فيه بعدم الدستورية قانونا عضويا لسبق الفصل فيه "[2].

وبه فإنه أصبح للمجلس الدستوري في إطار الرقابة رقابة مزدوجة:

رقابة سابقة على القوانين قبل صدورها وهي المهمة الكلاسيكية والمعهودة عنه وفق التنظيم الدستوري للجمهورية الخامسة لسنة 1958 والرقابة اللاحقة من خلال إحالة القوانين على المجلس الدستوري للنظر في دستوريتها بعد صدورها.

وبه فإن المؤسس الدستوري الفرنسي من خلال اعتماد أسلوب وآلية الرقابة عن طريق الدفع، والسعي إلى ترشيد النظام البرلماني وتحجيم دور البرلمان حتى لا يخرج عن الدور المرسوم له في الدستور، للإشارة أن فرنسا كانت البلد الأوروبي الوحيد الذي لا يسمح دستورها بالرقابة اللاحقة على دســـــتورية القوانين وكانت الرقابة الوقائية التي تمارس بعد التصويت على القانون في البرلمان وقبل إصداره من قبل رئيس الجمهورية السمة الأبرز التي تميز الرقابة الدستورية في هذا البلد [3].

ثالثا: الرقابة عن طريق الدفع في مصر.

بالنسبة القضاء المصري، تملك جميع محاكم الموضوع وبمختلف درجاتها في مصر من تلقاء نفسها، الحق في إحالة الدعوى الدستورية إلى المحكمة الدستورية، إذا قام لديها شك بأن التشريع المراد تطبيقه على موضوع النزاع

[1] _ بن عيسى ملاح ، المرجع السابق، ص 25.

[2] _بوزيان عليان، آلية الدفع بعدم الدستورية وأثرها في تفعيل العدالة الدستورية، مجلة المجلس الدستوري الجزائري، العدد02، الجزائر، سنة 2013، ص، 72،ص72.

[3] _بن عيسى ملاح، المرجع نفسه، ص،26.

المعروض أمامها لا يتفق مع الدستور، فتأمر بوقف نظر الدعوى، وإحالة الأمر إلى المحكمة الدستورية للفصل في دستورية هذا التشريع، ويستوي في ذلك محاكم القضاء العادي أو الاداري أو المحاكم العسكرية أو هيئات قضايا الدولة.[1]

رابعا: الرقابة عن طريق الدفع في المغرب.

بالنسبة للقضاء المغربي فإنه من خلال قراءة الدساتير المغربية ابتداء من دستور 1956 إلى غاية دستور 2011 يتبن أن الرقابة على دستورية القوانين في دستور 1996 يعنى بها المجلس الدستوري حيث لا يتأسس للأفراد حق التقاضي أمام المجلس الدستوري لا عن طريق الدعوى الأصلية ولا عن طريق الدفع، كما أنه لا يسوغ إليه جهة قضائية البت في دستورية القوانين بصدد النظر في النزاع القضائي المطروح أمامها.

أما في دستور سنة 2011 فلقد نص المؤسس الدستوري في إطار الاستجابة للتحولات القضاء الدستوري بتبنيه آلية الدفع بعدم دستورية القوانين التي تضطلع بها المحكمة الدستورية وذلك في الفصلين 133 و134 من الدستور، حيث نص الفصل 133 على أن:" تختص المحكمة الدستورية بالنظر في كل دفع متـــعلق بعدم دستورية قانون، أثير أثناء النظر في قضية، وذلك إذا دفع أحد الأطراف بأن القانون الذي سيطبق في النزاع يمس بالحقوق والحريات التي يضمنها الدستور.

يحدد قانون تنظيمي شروط إجراءات تطبيق هذا الفصل"[2].

وعليه فإنه يتضح جليا أن مؤسس الدستوري المغربي قد اختار وبخلاف النموذج الأمريكي في الدعوى الأصلية بالامتناع فقط أي استبعاد تطبيق القانون المطعون في عدم دستوريته دون إلغاءه " ويقدم الدفع الفرعي عموما أمام المحاكم العادية ولا يعد من اللازم اللجوء إلى المحاكم أو المجلس الخاص وعلى عكس ذلك قرر المؤسس الدستوري المغربي أن المحكمة الدستورية هي التي تتولى بشكل حصري النظر في هذه الدفوع.

[1]_عبد الله رمضان بنيني، وسائل تحريك الدعوى الدستورية، المجلة الجامعة، العدد السابع عشر، المجلد الثاني، أغسطس 2015.

[2]_ظهر شريف، رقم 1.11.82، الصادر 17 يوليو 2011، المتضمن مشروع الدستور، ج ر رقم 5952، المنشورة في 17 يوليو 2011.

الفرع الثاني: تطور الرقابة على دستورية القوانين في الجزائر.

إن القواعد الدستورية التي يتألف منها النظام القانوني للدولة، هي صنع الدولة ذاتها، الأمر الذي يجعل إمكانية الخروج عن تلك القواعد من قبل صانعها أمرا محتملا، لهذا السبب نعتبر الغاية الحقيقية من تقرير مبدأ الرقابة على دستورية القوانين هو التأكيد مبدأ سمو الدستور، إذ لا يمكن تنظيم هذه الرقابة ما لم يتحقق سمو الدستور.

وللقيام بمهمة الرقابة لابد من وجود جهاز أو هيئة تتولى فحص القوانين للتأكد من مطابقتها للمبادئ والقواعد الدستورية، غير أن دساتير معظم الدول اختلفت فيما بينها حول الطريقة والجهة التي تتولى مهمة الرقابة، والصلاحيات التي يمنحها القانون من في هذا الشأن، فتعددت بذلك أشكال هذه الرقابة واختلفت من نظام إلى آخر، تبعا لاختلاف التنظيم الدستوري لشكل هذه الرقابة، والآليات التي تتم بها عملية الرقابة، والجهة التي يعهد لها بممارسة هذه الوظيفة.

وتعد الرقابة القضائية والرقابة السياسية على دستورية القوانين، من بين أكثر أساليب الرقابة شيوعا وتطبيقا من قبل الأنظمة الدستورية المعاصرة، كما يمكن أن تمارس الرقابة على دستورية القوانين بأسلوب الرقابة الشعبية ورقابة منظمات المجتمع المدني، حيث تعتبر هذه الأخيرة وخاصة المنظمات غير الحكومية العين الساهرة على المجتمع وعلى احترام الدستور، فمن خلال هذه المنظمات المستقلة عن سيطرة ونفوذ السلطة، يقوم أفراد المجتمع بممارسة دورهم وحقهم في اختيار ومراقبة السلطات العامة في الدولة وما تصدره من قوانين ولوائح وتشريعات ومدى مطابقة هذه القوانين مع مبادئ الدستور، وتقوم منظمات حقوق الانسان ومنظمات المجتمع المدني المختلفة بمهمة الرقابة على دستورية القوانين، كما لها دور في تحقيق التنمية الديمقراطية والدفاع عن حقوق الانسان وحرياته الأساسية.

وعليه، فبما أن الرقابة الدستورية تشكل ضمان قانوني يكفل احترام الدستور في المجتمع من طرف سلطات الدولة، بل أن حماية الدستور من خلال الرقابة على دستورية القوانين تعد أهم من إعداد الدستور وإقراره لذا في هذا الفرع سنتطرق للمراحل التاريخية التي مرت بها الرقابة الدستورية في الجزائر.

أولا: بروز آلية الرقابة الدستورية في دستور 1963.

عرفت التجربة الدستورية في الجزائر بروز فكرة الرقابة الدستورية في أول دستور لها بعد الاستقلال من خلال دستور 1963[1]، إذ ظهرت فكرة الرقابة الدستورية بنص المادة 63 من دستور 1963 على إنشاء مجلس دستوري

يتكون من 07 أعضاء هم: الرئيس الأول للمحكمة العليا، رئيسي الغرفتين المدنية والإدارية للمحكمة العليا، ثلاث نواب من المجلس الوطني يختارهم المجلس الوطني، عضو يعينه رئيس الجمهورية، وينتخب رئيس المجلس من بين أعضائه.

وقد حددت المادة 64* من الدستور مهمة المجلس الدستوري في القيام بمراقبة دستورية القوانين والأوامر التشريعية بعد إخطاره من طرف رئيس الجمهورية أومن رئيس المجلس الوطني.

ويلاحظ أنه رغم قصر تجربة الدستور الذي لم تر كثيرا من أحكامه النور ورغم حداثة الدولة الجزائرية فإن إدخال المؤسس الدستوري فكرة الرقابة الدستورية على القوانين يعبر عن الرغبة في إعطاء السمو للدستور على الرغم من قلة المهام التي أنيطت بالمجلس الدستوري، إذ تم له صلاحيات الفصل في صحة العمليات الانتخابية وعمليات الاستفتاء وكذا الفصل في مطابقة المعاهدات للدستور.

لقد عطل العمل بأحكامه رئيس الجمهورية أحمد بن بلة في 03أكتوبر 1963 تطبيقا للمادة 59 من الدستور، ثم تم وقف العـــمل به بموجـــب الامر رقم 65 / 182 المؤرخ في 10 جويلية 1965 [2]، إثر انقلاب قيادة الرئيس هواري بومدين الذي حدث في 19 جوان 1965 [3] والذي أدى إلى إلغاء هذا الدستور وسمي تصحيحا ثوريا. وبعد اقرار دستور 1976 اختفت فكرة الرقابة الدستورية من النص الدستوري.

---

[1] _دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، المنشور بموجب الإعلان المؤرخ في: 1963/09/10، الموافق عليه في استفتاء شعبي يوم 08ديسمبر 1963 ج ر، العدد64، المنشور في 08 ديسمبر1963.

*_نصت المادة 64 من الدستور 1963 على ما يلي: "يفصل المجلس الدستوري في دستوريته القوانين والأوامر التشريعية بطلب من رئيس الجمهورية او رئيس المجلس الوطني".

[2] _ الأمر رقم 65_182، المؤرخ في 10يوليو1965، المتضمن تأسيس الحكومة، الجريدة الرسمية رقم 58، المنشورة في 13يوليو1965.

[3] _سعيد بوشعير، المجلس الدستوري في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية 2012، ص120.

ثانيا: غياب آلية الرقابة الدستورية في دستور 1976.

لم يأخذ دستور 1976[1] بالرقابة الدستورية للقوانين، لأن مهمة ضمان احترام الدستور، أنيطت لرئيس الجمهورية بموجب نص الفقرة الثالثة من المادة 111 منه "هو حامي الدستور" ولكن لم يبين الدستور آليات الحماية التي يستعملها رئيس الجمهورية ليضمن ويتكفل باحترام الدستور.

وبالرجوع لنص المادة 155 * من دستور 1976 نلاحظ أن رئيس الجمهورية يمارس حق الاعتراض على القوانين التي يصوت عليها المجلس الشعبي الوطني، فله نتيجة ذلك أن يطلب قراءة ثانية لنص القانون خلال أجل 30 يوم من تاريخ استلامه من المجلس الشعبي الوطني.

ومن خلال نص المادة 155 من الدستور 1976 يمكن لرئيس الجمهورية أن يمارس مهمة احترام الدستور، فله أن يعرض النص لقراءة ثانية إذ تبين له أن النص مخالف للدستور دون أن يصرح بذلك صراحة فالمجلس الشعبي الوطني قد يفهم من إحالة النص إليه رغبة الرئيس في إعادة صياغة النص وفق مقتضيات الدستور وبالطبع فإن إحالة النص لقراءة ثانية من طرف رئيس الجمهورية لا ترتبط بالضرورة بمخالفة الدستور بل قد ترتبط باعتبارات أخرى.

حيث حدث في عهد الرئيس الأسبق الشاذلي بن جديد، إذ طلب مداولة ثانية من المجلس، وذلك بخصوص المادتين 3و7 من القانون المتضمن تحديد المدة القانونية للعمل التي خفضها تعديل برلماني من (44) ساعة إلى (40) ساعة، حيث صوت المجلس لصالح التعديل رغم معارضة الحكومة[2]والثانية بخصوص قانون الإعلام، حيث لجأ الرئيس إلى حق الاعتراض عليه، وأعاده الى المجلس الشعبي الوطني الذي أجرى بصدده تصويتا بدون مناقشة، وذلك في افتتاح الدورة الخريفية في 20 نوفمبر 1989[3].

---

[1] _الأمر رقم 97/76 المؤرخ في 1976/11/22، المتضمن اصدار دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، الجريدة الرسمية العدد94، المنشور في 1976/11/24

*_نصت المادة 155 من دستور 1976: "لرئيس الجمهورية سلطة طلب اجراء مداولة ثانية حول قانون تم التصويت عليه، وذلك في ظرف ثلاثين يوما (30) من تاريخ إقراره، وفي هذه الحالة لا يتم إقرار القانون الا بأغلبية ثلثي أعضاء المجلس الشعبي الوطني".

[2]_ باديس سعودي، حق رئيس الجمهورية في الاعتراض على القوانين في النظام الدستوري الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أحمد منتوري قسنطينة، الجزائر، 20062005، ص316.

[3] _باديس سعودي، قراءة في حق رئيس الجمهورية في الاعتراض على القوانين في النظام الدستوري الجزائري، كلية الحقوق والعلوم الانسانية، جامعة أم البواقي، الجزائر، مجلة العلوم الانسانية، العدد38، ديسمبر2012، ص149.

ثالثا: العودة إلى الرقابة على دستورية القوانين قبل التعديل 2016.

نص الدستور الجزائري لسنة 1989[1] على إحداث مجلس دستوري يكلف بالسهر على احترام الدستور، وعلى صحة الاستفتاء وانتخاب رئيس الجمهورية والانتخابات التشريعية، كما يتولى إعلان نتائج هذه العمليات [2].

حددت المادة 154 من الدستور الجزائري لسنة 1989 تشكيلة المجلس الدستوري الذي يتكون من 07 أعضاء، رئيس المجلس إضافة إلى عضوان منهم يعينهم رئيس الجمهورية، وعضوان ينتخبهما المجلس الشعبي الوطني من بين أعضائه وعضوان تنتخبهما المحكمة العليا من بين أعضائها، كما نصت المادة 155 من دستور 1989 "يفصل المجلس الدستور بالإضافة إلى الاختصاصات التي خولتها إياه صراحة أحكام أخرى في الدستور، في دستورية المعاهدات والقوانين والتنظيمات، إما برأي قبا أن تصبح واجبة التنفيذ أو بقرار في الحالة العكسية، كما يفصل في مطابقة النظام الداخلي للمجلس الشعبي الوطني للدستور".

وبذلك يكون المؤسس الدستوري الجزائري قد خالف نظيره الفرنسي الذي أوكلها بالتشريع بموجب القانون العضوي، حيث تتم عملية الرقابة على دستورية القوانين بناء على إخطار من طرف رئيس الجمهورية أو رئيس المجلس الشعبي الوطني، بصفة سابقة قبل إصدار القانون أو بصفة لاحقة بعد صدوره، وهذا في مدى دستورية مواد القانون المعروض عليه أو القانون كلل، لأن عدم الدستورية قد يكون بشأن مادة أو أكثر لمخالفتها للدستور، أو أن يد المشرع امتدت إلى المجال التنظيمي الذي يعود للسلطة التنفيذية، أو ألح على سن نص يتعارض مع المادة 114 من دستور 1989.

[1] – دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، الصادر بالمرسوم الرئاسي رقم 18/89 المؤرخ في 1989/02/28، الجريدة الرسمية العدد 09، المنشورة في 1989/03/01

[2] _المادة 153 من دستور 1989.

لم يدم دستور 23 أكتوبر 1989طويلا وحل محله دستور 28نوفمبر 1996، الذي يمكن أن يقال عنه المحطة النهائية للمجلس الدستوري الذي نص عليه في المادة 163 منه والتي جاءت مطابقة بشكل حرفي للمادة 153 من دستور 1989 بنصها أيضا على استحداث مجلس دستوري يسهر على احترام الدستور.

نصت المادة 166 من دستور 1996 على اختصاص المجلس الدستوري لفحص دستورية القوانين متى تم الإخطار من طرف رئيس الجمهورية الرئيس المجلس الشعبي الوطني إضافة إلى رئيس مجلس الأمة، فتكون بصفة وجوبية إذا تعلق الأمر بفحص دستورية النظامين الداخلين لغرفتي البرلمان وكذلك القوانين العضوية.

كما يفصل المجلس الدستوري بالإضافة إلى الاختصاصات التي خولتها إياه صراحة أحكام أخرى في الدستور في دستورية المعاهدات والقوانين والتنظيمات إما برأي قبل أن تصبح واجبة التنفيذ أو بقرار في الحالة العكسية [1]، يبدي المجلس الدستوري بعد أن يخطره رئيس الجمهورية رأيه وجوبه في دستورية القوانين العضوية بعد أن يصادق عليها البرلمان، كما يفصل المجلس الدستوري في مطابقة النظام الداخلي لكل من غرفتي البرلمان للدستور حسب الإجراءات المذكورة في الفقرة السابقة.

قد تمارس الرقابة بصفة اختيارية إذا تعلق الأمر بالقوانين العادية أو التنظيمات أو المعاهدات كما نصت عليها المادة 165 من دستور 1996، حيث تطبق عليها نفس الإجراءات بالنسبة للقوانين العضوية مع الاحتفاظ بنفس جهات الإخطار الثلاث.

كما نجد الدستور 1996 وعلى غرار الدساتير السابقة جاء بالجديد وذلك ضمن المادة 164 منه في فقرتها الرابعة والتي جاءت لترفع تعـــداد أعضاء المجلس الدستوري من سبعة أعــضاء في دستور 1989 إلى تسعة (09) أعضاء في دستور 1996.

كما أعطى الدستور الجزائري 1996 الحق الانفرادي لرئيس الجمهورية طبقا لما جاء في نص المادة 165 من دستور 1996 إخطار المجلس الدستوري وجوبا لفحص مطابقة دستورية القوانين العضوية، والنظامين الداخليين لغرفتي البرلمان دخولها حيز النفاذ، ولا اهدار لمبدأ الفصل بين السلطات بل من قبيل المحافظة على الحدود الدستورية لكل سلطة[2].

[1] _المادة 165 من دستور 1996.

[2] _سليمة مسراتي، نظام الرقابة على دستورية القوانين في الجزائر على ضوء دستور 1996، دار الهومة، الجزائر، ط 2012، ص 65،66.

كما أوكلت المادة 166 من الدستور في صياغتها الأصلية مهمة إخطار المجلس الدستوري لكل من:

رئيس الجمهورية، رئيس المجلس الشعبي الوطني، رئيس المجلس الأمة، ورغم توسيع الإخطار لرئيس مجلس الأمة بعد دخول الدستور حيز التنفيذ، إلا أن المجلس الدستوري بقي عاجزا عن تحقيق التوازن، فهو لم يوسع الإخطار للسلطة القضائية لتحقيق التوازن بين المؤسسات من جهة، كما لم يوسع الإخطار لمجموعة من الأعضاء في البرلمان من أجل تحقيق التوازن بين الأغلبية والأقلية داخل البرلمان من جهة ثانية[1].

رابعا: الرقابة الدستورية في ظل القانون رقم 01/16 المتضمن التعديل الدستوري.

أعاد القانون رقم 16_01المتضمن التعديل الدستوري النظر في تنظيم المجلس الدستوري سواء من حيث التشكيلة وشروط العضوية، أو من حيث طريقة عمله، أو من حيث الرقابة الدستورية.

1 _ التعديل في تشكيلة وشروط عضوية المجلس الدستورية قصد ضمان تمثيل متوازن للسلطات الثلاث بداخل المجلس الدستوري، أحدث التعديل الدستوري تغييرا في تشكيلته وذلك بزيادة عدد أعضائه ليصبح عددهم اثني عشرة (12) عضوا، كما دعم التعديل الدستوري المركز القانوني لأعضائه من خلال جعل مدة العهدة إلى ثماني(08) سنوات، يتمتعون خلالها بالحصانة القضائية في المسائل الجزائية، بالإضافة إلى أنه أخضع أعضاء المجلس الدستوري، لإلزامية اليمين أمام رئيس الجمهورية، ولضمان استقرار وديمومة المؤسسة، استحدث التعديل منصبا جديدا لم يكن موجودا في السابق وهو منصب نائب رئيس المجلس الدستوري الذي يعينه رئيس الجمهورية، ولزيادة فعالية هذه الهيئة ومن قوة وصرامة ما تتخذه من آراء وقرارات قيد التعديل شروط العضوية في المجلس الدستوري، بشرطين هما : بلوغ السن 40 سنة كاملة يوم الاقتراع والشرط الثاني الخبرة المهنية مدتها خمس عشرة سنة على الأقل[2].

2_ التعديل في طريقة العمل: عرفت طريقة عمل المجلس الدستوري تعديلات هامة مست بالخصوص آلية الإخطار التي توسعت لتضم جهات أخرى[*] كما سمح التعديل الدستوري بخلق تقنية جديدة لتجريك الرقابة الدستورية في تقنية الإخطار عن طريق الدفع وذلك بموجب المادة 188 من الدستور لجهتين قضائيتين، مهـــــمة

[1] _ إدريس بوكرا، المبادئ العامة للقانون الدستوري والنظم السياسية، ديوان المطبوعات الجامعية 2016 ، ص232.

[2] _ المادة 183 من التعديل الدستوري 16ـ01.

[*] _رئيس الجمهورية، رئيس مجلس الأمة، رئيس المجلس الشعبي الوطني، الوزير الأول، 50 نائب من المجلس الشعبي الوطني، 30 عضو من مجلس الأمة.

إخطار المجلس بواسطة إجراء الدفع بعدم الدستورية، وهي التقنية المتبعة في الدول التي تأخذ بأسلوب الرقابة بواسطة هيئة قضائية، كما هو الحال بالنسبة للمحكمة الدستورية العليا بمصر.

غير أن الدفع بعدم دستورية النص القانوني، لا يتم رفعه من قبل صاحب المصلحة مباشرة أمام المجلس الدستوري عن طريق الدعوى، وإنما يتم بواسطة دفع فرعي، وذلك بمناسبة دعوى قضائية قائمة أمام إحدى الجهات القضائية، إذا ادعى أحد أطراف النزاع أثناء المحاكمة، أن الحكم التشريعي الذي يتوقف عليه مآل النزاع ينتهك الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور، فيتم إحالة ذلك الدفع إلى المجلس الدستوري من قبل المحكمة العليا أو مجلس الدولة* اللذين لهما الحق في رفض الإحالة حسب سلطتهما التقديرية.

ونشير في هذا الصدد إلى أن تقنية الدفع بعدم دستورية النص القانوني المستحدثة، هو تقليد لما قام به المؤسس الدستوري الفرنسي من خلال المادة 1/61 من تعديل الدستور الفرنسي الصادر في 23 جويلية 2008، حيث خول بموجبها، لكل من مجلس الدولة، ومحكمة النقض حق الإخطار المجلس الدستوري متى كان هناك اعتداء على أحد الحقوق، أو إحدى الحريات الأساسية، حيث نصت هذه المادة بأنه: "إذا ثبت أثناء النظر في الدعوى أمام جهة قضائية أن نصا تشريعيا يمثل اعتداء على الحقوق والحريات التي يكفلها الدستور جاز إشعار المجلس الدستوري . بناء على إحالة من مجلس الدولة أو من محـــكمة النقض . بهـــــــذه المسألة التي يفصل فيها في أجل محدد.

يحدد قانون أساسي شروط تطبيق هذه المادة "[2][3].

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

[2]_جاء نص الفرنسي لنص المادة على النحو التالي:

Lorsque a l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative port attente aux droits et libertés que la constitution garantit, le conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du conseil d'état ou de la cour de cassation qui se prononce dans un délai détermine. Une loi organique détermine les conditions D'application du présent article

[3]_نجاح غربي، حماية الحقوق والحريات في حالة الضرورة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد لمين دباغين، سطيف، 2018، ص 265.

إن اعتماد الدستور لتقنية الإخطار بواسطة الدفع سوف تساهم في زيادة نشاط المجلس الدستوري، وسوف تعزز أيضا في دوره باعتباره حامي الحقوق والحريات، وفي هذا الصدد يقول الدكتور مُحَمَّد بجاوي الذي سبق له وأن نادى بضرورة منح الأفراد حق الطعن بالدفع بعدم دستورية قانون يمس بحقوقهم وحرياتهم الأساسية:".... إن فتح المجال للمواطن من خلال ممارسة حق الدفع بعدم دستورية الأعمال والتصرفات القانونية المتصلة بموضوع الدعوى القضائية الأصلية، سيشكل تقدما أكيدًا لحقوق الانسان والديمقراطية في الجزائر. من البديهي أن هذا الميكانزيم لن يكون فعالا إلا إذا كان مصحوبا بتنظيم ملائم... بل بالتفكير في تنظيم خاص للإخطار، بحيث لا يمكن أن يكون هذا الإخطار غير مباشر بما أنه سيمارس من خلال الجهات القضائية العليا، ويجب أن يأخذ في الحسبان المبادئ وأحكام التنظيم المجلس الدستوري ومقتضيات حماية الحقوق والحريات الفردية والجماعية في ظل دولة القانون ..."[1].

الفرع الثالث: تعريف الدفع بعدم الدستورية.

إن تحديد الدلالة اللغوية والمعنى الدقيق للمصطلح على النحو الذي يسمح لنا بالتمعن من الناحية اللغوية في المرتبة الأولى، ثم المعنى الاصطلاحي في المرتبة الثانية قصد إعطاء صورة جلية وواضحة لهذا المفهوم.

أولا: التعريف اللغوي.

إن معرفة المدلول اللغوي لعبارة " الدفع بعدم الدستورية القوانين " يتوجب علينا أن نفكك العبارة وكل كلمة على حدي للوقوف على المعنى اللغوي بشكل سليم وصحيح.

فمصطلح دفع ورد عموما على معان عدة نذكر منها: الدفع: الإزالة بقوة، وتدافعوا الشيء: دفعه كل واحد منهم عن صاحبه، ودفع فلان إلى فلان شيئا ودفع عنه الشر عن المثل، ودافع فلان فلانا في حاجته إذا ما طله فيها فلم يقضيها، وغشيتنا سحابة فدفعناها إلى غيرنا أي ثنيت عنا وانصرفت عنا إليهم [2].

والمدافعة: تعني المماطلة [3].

---

[1] _مُحَمَّد بجاوي، المجلس الدستوري صلاحيات...إنجازات...وآفاق، مجلة الفكر البرلماني، مجلة مجلس الامة، الجزائر، العدد05، أبريل 2004، ص42، ص43.

[2] _جمال الدين مُحَمَّد بن مكرم، ابن منظور الافريقي المصري، معجم لسان العرب، طبعة الرابعة، المجلد الخامس، دار صادر للطباعة والنشر بيروت لبنان باب الدال.

[3] _مجد الدين مُحَمَّد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، دار التوقيفية للطباعة، مصر المجلد الثالث، باب العين.

والدفع ومنه قوله تعالى:" ﴿إن الله يدافع عن الذين آمنوا﴾[1].

عَدَمُ " يعدم، عدما، وعُدما المال: فقده، فهو عَادمٌ، وعدم والمفعول معدوم، وعديم، العدم هو الفقدان، ضد الوجود [2].

عدم: العَدَم والعُدمُ والعُدُمُ: فقدان الشيء وذهابه، وغلب على فقد المال وقلته، عدمه يعدمه عدما وعدما، فهو عدم، وأعدم إذا افتقر وأعدمه غيره[3].

دستورية: كلمة مشتقة من جذر كلمة دستور وهو اسم مشتق من الصفة "دستوري " وهي كلمة فارسية داخلية على اللغة العربية ومعناها الأساس، وكلمة دستورية تقابها كلمة (constitutionnalité)وهو متوافق مع الدستور لهذا المعنى هي ضد الدستورية (L'Inconstitutionnalité)[4].

القوانين: وتعني من الناحية اللغوية القاعدة معنى النظام، ولاطراد، إن كلمة قانون العربية ليست عربية، بل معربة من الأصل اليوناني (KANUN) أي العصا المستقيمة وتستخدم مجازا في معنى القاعدة، أو القدوة. إن التركيز في الاصطلاح اليوناني ليس على مفهوم العصا وإنما على دلالة الاستقامة [5].

إن القانون هو أداة لتنظيم العلاقات سواء كانت في شكل قواعد أخلاقية أو عرفية غير مكتوبة أو كانت في شكل قواعد تشريعية مكتوبة [6].

وبعد تناولنا للمعنى اللغوي لعبارة الدفع بعدم دستورية القوانين الموحية إلى الإبطال وإعدام الأثر القانوني للقوانين المخالفة لأحكام الدستور ينبغي ان نبين المعنى الاصطلاحي للعبارة.

ثانيا_ التعريف الاصطلاحي.

إذا كانت الرقابة بطريق الدعوى تتخذ طريق الهجوم المباشر على القانون محل النزاع فإن الرقابة بطريق الدفع ليست كذلك فهذه الوسيلة، تسمح للخصوم المتضررين أثناء قضية أو نزاع منظور أمام محاكم الموضوع

[1] _سورة الحج، الآية 36.

[2] _علي بن هاديه، بلحسن البليش، الجيلاني بن الحاج يحي، القاموس الجديد للطلاب، طبعة 7 سنة 1991، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، ص657.

[3] _ جمال الدين مُحَمَّد بن مكرم، المرجع السابق.

[4] _بن عيسى ملاح، المرجع السابق، ص14.

[5] _إدريس فاضلي، المدخل إلى القانون نظرية القانون ونظرية الحق، الطبعة الثانية، الجزائر،2016، ديوان المطبوعات الجامعية، ص 13 . 14.

[6] _إدريس فاضلي ، المرجع نفسه، ص 15.

بالدفع بعدم دستورية القانون الذي يراد تطبيقه في هذه القضية، فإذا تبين للمحكمة أن الدفع جدي فإنها توقف النظر في القضية الأصلية لحين تقرير دستورية القانون[1].

وأما عن تعريف الدفع اصطلاحا، فهناك من رأى بأنه:

جميع وسائل الدفاع التي يجوز للخصم أن يستعين بها ليجيب على دعوى خصمه بقصد تفادي الحكم لخصمه بما يدعيه سواء أكانت هذه الوسائل موجهة الى الخصومة او بعض إجراءاتها أو موجهة الى أصل الحق المدعى به أو إلى سلطة الخصم في استعمال دعواه منكرا إياها[2].

وهناك من ذهب إلى أنه:

عبارة عن وسيلة سلبية للدفاع في الدعوى ويهدف من ورائها الخصم التخلص من الدعوى إما بشكل نهائي أو بشكل جزئي.

في حين عرفه البعض بأنه:

"هوما يجيب به الخصم على طلب خصمه قصد تفادي الحكم به أو تأخير هذا الحكم ويعتبر .كقاعدة عامة . وسيلة في يد المدعى عليه للرد على دعوى المدعي، وتمكينه من الاعتراض عليها أو على إجراءاتها"[3].

وفيما يخص المحاولات التي قيلت في تعريف الدفع بعدم الدستورية، فنذكر منها:

الدفع بعدم الدستورية إجراء يتقدم به المدعى في دعوى موضوعية أمام إحدى المحاكم ويطعن بمقتضاه بعدم دستورية نص أو نصوص قانونية لها ارتباط بالدعوى الرائجة أمام المحاكم المذكورة وفقا للمسطرة القانونية المعمول بها حسب كل تشريع[4].

يقصد بالدفع بعدم دستورية نص قانوني "تلك الطعون التي يتوجه بها أحد الخصوم بصدد نزاع قضائي أمام محاكم مخصوصة بشروط وضوابط"[5].

---

[1] _كمال حمريط، الدفع بعدم دستورية القوانين في التعديل الدستوري الجزائري 2016 دراسة مقارنة، مجلة العلوم القانونية جامعة زيان عاشور الجلفة، الجزائر، العدد التاسع، ص448.

[2] _ أحمد أبو الوفا، نظرية، نظرية الدفوع في قانون المرافعات، مكتبة الوفاء العربية، الاسكندرية، ط 2015 م ص 8.

[3] _محند أمقران بوبشير، قانون الإجراءات المدنية، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، ط2011 ص 142.

[4] _عبد الحق بلفقيه، قراءة في الفصل 133 من الدستور الدفع بعدم الدستورية، الموقع الالكتروني،https://www.hespress.com/opinions/235230.html تاريخ: 2019/02/15، الساعة 16:10.

[5] _بوزيان عليان، آلية الدفع بعدم الدستورية وأثرها في تفعيل العدالة الدستورية، مجلة المجلس الدستوري، العدد 02، 213. المرجع السابق، ص 72

وهذا التعريف الأخير تميز بكونه تمكن من أن يجمع بالعديد من المسائل المهمة المتعلقة بالدفع بعدم الدستورية، فقد استطاع أن يحدد مفهوم الدفع على أساس أنه وسيلة من وسائل الدفاع، وحدد من يمكنه إبداؤه والتمسك به، ألا وهم الخصوم، ثم بين محل الدفع وموضوعه، وهو الاعتراض على تطبيق النص التشريعي المزمع تطبيقه لكونه مخالفا للدستور، كما وقد حدد الجهة التي يتعين ان يبدي أمامها الدفع وهي الجهات القضائية.

وعلى ضوء ما تقدم من المفاهيم، يمكن تعريف الدفع بعدم الدستورية بأنه: وسيلة دفاعية يحق بمقتضاها للخصوم ذوي الصفة والمصلحة الطعن في دستورية النص التشريعي أمام الجهات القضائية التي تتجه لتطبيقه في النزاع المعروض عليها، وذلك بهدف استبعاد الحكم به عليهم، عن طريق إما إلغائه (كما هو عليه الحال في فرنسا والجزائر) أو الامتناع عن تطبيقه (مثلما هو معمول به في الولايات المتحدة الأمريكية) متى ثبتت مخالفته للدستور [1].

وبالتالي فالدفع بعدم الدستورية هو نوع من الرقابة، يدفع به أحد الخصوم في قضية معروضة أمام القضاء كوسيلة للدفاع عن نفسه، بحجة أن القانون الذي ينوي القاضي تطبيقه في القضية غير دستوري، عندها يتوقف القاضي النظر في النزاع، على أن يحال القانون على المجلس الدستوري الذي يبت بقرار معلل وتكون الإحالة من طرف المحكمة العليا أو مجلس الدولة حسب طبيعة النزاع[2].

بينما المجلس الدستوري أعطاه مفهوما على النحو التالي:

إن الدفع بعدم الدستورية حق ممنوح لكل متقاض عندما يَدّعي أمام جهة قضائية، أن الحكم التشريعي الذي يتوقف عليه مآل النزاع ينتهك الحقوق والحريات التي يكفلها الدستور، بإخطار المجلس الدستوري عن طريق الإحالة من المحكمة العليا أو مجلس الدولة.

[1] _عادل ذوادي، الدفع بعدم الدستورية كآلية لحماية المكلفين بالضريبة في الجزائر، بعد التعديل الدستوري لسنة 2016، مجلة العلوم القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة 1، الجزائر عدد16 جوان 2016، ص333.

[2] _ جمال رواب، الدفع بعدم دستورية القوانين قراءة في نص المادة 188 من الدستور الجزائر، جامعة الجيلالي بونعامة، خميس مليانة، الجزائر.المرجع السابق، ص35،36.

هذه الآلية التي أدرجها الدستور كفيلة بدعم مكانة المجلس الدستوري ودوره في مسار بناء دولة القانون وتعميق الديمقراطية وحماية الحقوق والحريات الفردية والجماعية[1].

وخلاصة القول، يمكن تعريف الدفع بعدم الدستورية كمقتضى قانوني على أنه الوسيلة القانونية التي يثيرها أحد خصوم المنازعة في شأن نص أو مقتضى قانوني بمناسبة خصومة قائمة أمام أنظار محكمة الموضوع بعدم مطابقة أحكامه مع النص الدستوري إذا ما كان تطبيقه في موضوع الخصومة سيمس بحق من الحقوق أو بحرية من الحريات المكفولة بضمانة الدستور [2].

المطلب الثاني: أسباب اعتماد المؤسس الدستوري للدفع بعدم الدستورية.

تمر عملية الرقابة على دستورية القوانين بعدة مراحل بدءا من عملية الإخطار، التي تقوم إحدى الهيئات المخول لها دستوريا ذلك، إلى مرحلة التحقيق والاجتماع والتداول وصولا إلى القرار الاخير للمجلس الدستوري الذي توصل إليه، والفاصل في مسالة دستورية النص المعروض عليه من دونها، وهذا ما سنتعرض له في الفرع الأول تحت عنوان اقتصار الإخطار على الرقابة القبلية، ونتناول في الفرع الثاني حرص المؤسس الدستوري على الرقابة البعدية.

الفرع الاول: اقتصار الإخطار على الرقابة القبلية.

تمارس الرقابة على دستورية القوانين في الجزائر من طرف هيئة تسمى المجلس الدستوري من خلال الرقابة الوجوبية إذا كانت القوانين مستوجبة الرقابة القبلية قبل النفاذ أو من خلال الرقابة الاختيارية بعد النفاذ.

والإخطار هو ذلك الإجراء الذي يسمح للمجلس الدستوري مباشرة عمله الرقابي [3] أو هو كيفية وضع المجلس الدستوري يده على النص المراد رقابة دستوريتها [4].

---

[1] _الموقع الالكتروني للمجلس الدستوري الجزائري، http://www.conseil-constitutionnel.dz، تاريخ في 28فيفيري2019، الساعة 17:18

[2] _جمال رواب، المرجع السابق، ص36.

[3] _ رشيدة العام، المجلس الدستوري تشكيل وصلاحيات، مجلة العلوم الانسانية، العدد 07، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خضير، بسكرة، الجزائر، فيفري 2005، ص6.

[4] _بوسالم رابح، المجلس الدستوري الجزائري تنظيمه وطبيعته . مذكرة لنيل شهادة الماجستر في الحقوق، فرع القانون العام، كلية الحقوق، جامعة منتوري، قسنطينة، 2005/2004، ص26.

وتميز الإخطار في الجزائر قبل تعديل 2016 بعدة خصائص منها محدوديته، حيث كانت هذه الآلية تقتصر على عدد محدد من الأشخاص أو الهيئات المخولة بممارسته، فالمادة 166 من دستور 1996 قبل تعديله الأخير.

كانت تنص أنه:" يخطر رئيس الجمهورية أو رئيس المجلس الشعبي الوطني أو رئيس مجلس الأمة، المجلس الدستوري "[1].

وتصنف الرقابة على دستورية القوانين ما إذا كانت سابقة أو لاحقة، تأسيسا على التوقيت الذي يحال من خلاله التصرف القانوني إلى المجلس الدستوري، أي بالنظر الى كونه ساري المفعول أو لا يزال في مراحله الإجرائية الاعدادية[2].

ويقصد بالرقابة السابقة أو القبلية التي يباشرها المجلس الدستوري تلك التي تطال التصرف القانوني قبل صيرورته واجب التنفيذ. من الواضح إذا أن هذه الرقابة تمارس قبل استكمال إجراء حاسم ضمن المسار الاجرائي الذي يسلكه النص القانوني، والذي يصبح بموجبه واجب التنفيذ من قبل المخاطبين به. يتمثل ذلك الإجراء في الإصدار الذي يعد صلاحية خالصة يتمتع بها رئيس الجمهورية[3].

الفرع الثاني: حرص المؤسس الدستوري الإبقاء على الرقابة البعدية.

بالرغم ما للرقابة الدستورية البعدية من أهمية، إلا أنه ينظر إليها على انها رقابة قاصرة وذلك من ناحيتين:

الأولى: وهي أنها رقابة تخضع للإخطار الاختياري من طرف رؤساء أعضاء المؤسسات الدستورية الذين حددتهم المادة 187 من الدستور، وبالتالي فعدم الاخطار من طرف هؤلاء قد يجعل بعض النصوص القانونية نافذة بالرغم من عدم دستوريتها.

[1]_عمار كوسة، آلية الإخطار المجلس الدستوري في الجزائر من نظام الإخطار المقيد إلى نظام الإخطار الموسع، مجلة البحوث والدراسات، جامعة الوادي، الجزائر، المجلد 15، العدد2، صيف 2018، ص169.

[2]_عزيز جمام، عدم فعلية الرقابة على دستورية القوانين، مذكرة ماجستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيز وزو، الجزائر، بدون تاريخ، ص96.

[3]_جمام عزيز، تفس المرجع،96.

الثانية: أنها رقابة نظرية، أي أن النص التشريعي الخاضع لرقابة المجلس الدستوري سيفرض هذه الأخير عليه الرقابة قبل تنفيذ هذا النص، وبالتالي فكشف جوانب القصور في النص التشريعي، قد يكون منتفيا في الرقابة القبلية، على عكس الرقابة البعدية التي معها سيزود المجلس الدستوري بجوانب القصور العملية للنص التشريعي حين فرض رقابته عليه.

إن تفعيل هذا الحق سيوسع من مساحة الرقابة الدستورية إلى مجالات التي لم يسبق أن أخطر بشأنها ومن ثم يبسط رقابته على جميع المنظومة القانونية[1]، كما تعتبر آلية الدفع بعدم الدستورية من قبل الأفراد أحد الآليات التي استحدثها المؤسس الدستوري الجزائري بموجب المادة 188 من الدستور وذلك لتعزيز مكانة الرقابة الدستورية على القوانين بهدف حماية سمو الدستور من المخالفات القانونية، وحماية حقوق وحريات الأفراد المضمونة دستوريا، كما أحال المؤسس الدستوري كيفية تطبيق المادة 188 من الدستور إلى قانون عضوي، وبهذا تم صدور القانون العضوي رقم 18_16 الذي يحدد شروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية، بعد إبداء المجلس الدستوري رأيه حول مدى مطابقته للدستور.

كما أن إقرار الدفع بعدم الدستورية من قبل الأفراد، هو كشف عن إرادة المؤسس الدستوري، تكريس الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين واعتماد الإخطار غير المباشر عن طريق منح الأفراد الحق في الدفع بعدم الدستورية، وهذا التوجه يشكل تطورا جديدا حول الرقابة الدستورية في الجزائر ينسجم مع التطورات التي شهدتها النظم المقارنة، وخاصة فرنسا التي سبق لها وأن سلكت هذا النهج بعد اعتمادها في التعديل الدستوري المؤرخ في 23 جويلية 2008 بموجب إضافة المادة 61_1 من الدستور الفرنسي التي تنص على انه :" عند، مناسبة النظر في دعوى مقامه أمام القضاء، ودفع _ أحد أطراف الدعوى_ بأن حكما تشريعيا ينتهك الحقوق والحريات التي

[1] _بوزيان عليان، أثر الإحالة القضائية للدفع بعدم الدستورية على عقلنة الرقابة الدستورية الماسة بالحقوق والحريات، مجلة القانون الدستوري والعلوم الإدارية، العدد02، المركز الديمقراطي العربي، ألمانيا، فبراير2019، ص225.

كفلها الدستور يستطيع المجلس الدستوري النظر في هذه المسألة بناء على إحالتها إليه من مجلس الدولة أو محكمة النقض اللذان قرراهما خلال فترة محددة ويحدد بقانون تنظيمي شروط تطبيق هذه المادة"[1].

وما من شك أن الطريقة المثلى لتحريك الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين تكون من خلال السماح لأي طرف في أي نزاع سواء كان مدنيا أو إداريا بالدفع بعدم دستورية التشريع محل التطبيق على هذا النزاع، فيمتنع القاضي عن تطبيق القانون متى قدر عدم دستوريته، عندها يمكن القول أن الأفراد يكتسبون حق الطعن في دستورية القوانين بطريقة غير مباشرة، أي عن طريق الدفع الفرعي أمام الجهات القضائية التي تنظر في دعوى المعني، سواء كانت من جهات القضاء الإداري أو العادي.

لكن هاتين الجهتين غير ملزمتين بإحالة الدفع بعدم الدستورية إلى المجلس الدستوري في جميع الأحوال، وإنما لهما السلطة التقديرية التي تمكنهما من قبول الطعن وإخطار المجلس الدستوري بالدفع بعدم الدستورية، أو رفضه إذا توفرت الأسباب الجدية التي تبرر ذلك، وهو الأمر الذي أكده المؤسس الدستوري في الفقرة الأولى من المادة 188 من التعديل الدستوري السالف الذكر، حيث تنص على أنه: " يمكن إخطار المجلس الدستوري بالدفع بعدم الدستورية بناء على إحالة من المحكمة او مجلس الدولة.."[2].

المبحث الثاني: شروط الدفع بعدم الدستورية.

ساهم التعديل الدستوري لسنة 2016 في إحداث نقلة نوعية في مجال تدعيم الرقابة على دستورية القوانين ليس لكونه منح حق الإخطار لجهات رسمية أخرى (الوزير الأول، أعضاء غرفتي البرلمان)، وإنما لأنه أسند للمجلس الدستوري اختصاصا جديدا يتمثل في الفصل في كل دفع يتعلق بعدم دستورية قانون معين تمسك به أحد الخصوم أثناء النظر في قضية مرفوعة أمام القضاء العادي أو الإداري، بحسبان أن القانون الذي سيطبق على النزاع ينتهك الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور، ونشير هنا إلى أن مسلك المؤسس الجزائري في تبني نظام الرقابة الدستورية عن طريق الدفع جاء متأثرا بنظيره الفرنسي أين كان للتعديل الفرنسي المؤرخ في 23يوليو 2008 أثر

[1] –سعاد طيبي عمروش، توسيع سلطة إخطار المجلس الدستوري في الرقابة على دستورية القوانين: تحديات ورهانات، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجيلالي، بونعامة خميس مليانة، حوليات جامعة الجزائر 1، العدد 33، الجزء الاول، مارس 2019.ص 333.

[2] - شوقي يعيش تمام، ورياض دنش، المرجع السابق، ص 162 ،163.

بالغ الأهمية في تطوير رقابة دستورية القوانين بفرنسا وذلك بإضافته للمادة 1/61 الى الدستور الصادر سنة 1958 والتي منحت للمواطنين حق الطعن في دستورية الأحكام التشريعية أمام القضاء مباشرة.

يفهم من مضمون المادة 188 من القانون 18 ـ16* أن المؤسس الدستوري قد كرس لأول مرة طريق الدفع بعدم دستورية القوانين، كما يستفاد من نص المادة 188 أن المؤسس الدستوري قد حدد ثلاثة شروط رئيسية للدفع بعدم الدستورية.

وبناء عليه سنتطرق إلى شروط الدفع بعدم الدستورية في المطلب الأول الشروط الخاصة بالطاعن والمطلب الثاني الشروط الخاصة بموضوع الدفع وفق ما جاء في القانون العضوي رقم 18ـ16 الذي صدر في 2سبتمبر 2018 والمطلب الثالث تحت عنوان مرحلة إثارة الدفع بعدم الدستورية أمام الجهات القضائية.

المطلب الأول: الشروط الخاصة بالطاعن

اعترف المؤسس الدستوري في التعديل الدستوري لسنة 2016 للمواطنين بإمكانية ولوجهم إلى المجلس الدستوري، عندما يتم انتهاك حقوقهم الأساسية، بمناسبة نزاع قائم أمام القضاء، فقد حدد القانون العضوي رقم 18_16 الشروط اللازم توفرها لصحة الدفع بعد الدستورية، وهذا ما نتناوله في الفروع الآتية.

الفرع الأول: إثارة الدفع من قبل أحد أطراف الدعوى:

يقصد بأطراف الدعوى أساسا رافعها (المدعي) والمرفوعة عليه (المدعى عليه) ولذلك فهم يعرفون بالأطراف الأصلية، وهم يختلفون باختلاف نوع الدعوى وطبيعتها، بحيث يكونون عادة في الدعاوى المدنية والتجارية أشخاص عاديين، سواء كانوا طبيعيين معنويين، ونجد في قانون الإجراءات المدنية والإدارية [2]الأشخاص الذين يختصمون الدولة، أو الولاية، أو البلدية، أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية [3]، بينما يكونون في الدعاوى العمومية متمثلين في النيابة العامة والمهتمين بارتكاب الجرائم المنصوص عليها في قانون العقوبات أو

---

* _ تنص المادة 188 من القانون رقم 16ـ01:" يمكن إخطار المجلس الدستوري بالدفع بعدم الدستورية بناء على إحالة المحكمة العليا أو مجلس الدولة، عندما يدعي أحد الأطراف في المحاكمة أمام جهة قضائية أن الحكم التشريعي الذي يتوقف عليه مآل النزاع ينتهك الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور، تحدد شروط وكيفيات تطبيق هذه الفقرة بموجب قانون عضوي ".

[2] _قانون رقم 08ـ09، المؤرخ في 25فبراير2008، المتضمن قانون الاجراءات المدنية والإدارية، ج ر العدد 21، المنشورة في: 23أبريل 2008.

[3] _المادة 800 من القانون رقم 08_09، المرجع السابق.

إحدى القوانين المكملة له، لكـــن وإن كان لكل دعوى أطرافها الأصلية، إلا أن ذلك لا يمنـــع من وجـــود أطراف منضـــمة، إما عن طريق التدخل [1] أو الإدخال [2] في الخصام، أو عن طريق القانون الذي يوجب إبلاغ النيابة العامة بقضايا معينة [3] رغم أنها لا تحمل وصفا جزائيا، وذلك حتى أن تبدى رأيها بشأنها كتابيا باعتبارها في هذه الحالة ظرفا منضما [4] وليس أصليا كما في قضايا أخرى، وهذا ويمكن القول بأن نية المؤسس الدســـتوري الجزائري قد انصرفت في المادة 188إلى كل أطراف دعوى الموضوع بغض النظر عن صفتهم فيها، هل هم أطراف أصلية أم هم أطراف منضمة إليها، وذلك لأن مصطلح "أطراف الدعوى" جاء غير مقيد مما يفيد العموم، فيدخل فيه كل شخص تأسس ليكون طرفا في الدعوى وتم قبول تأسيسه من قبل الجهة القضائية الناظرة في الدعوى، ومنه فالعبرة في قبول الدفع بعدم الدستورية هي أن يكون الشخص الذي تقدم به قد سبق وأن تأسس في الدعوى بطريقة قانونية، وإلا فإن الدفع يكون غير مقبول شكلا، حتى ولو توافرت في مقدمة الصفة والمصلحة.

يجب أن ترفع دعوى الدفع بعدم الدستورية بموجب عريضة منفصلة عن الدعوى الأصلية ويشترط فيها الكتابة [5] طبقا لما جاء في نص المادة 06 من القانون العضوي رقم 18ـ16 التي تنص على ما يلي: " يقدم الدفع بعدم الدستورية تحت طائلة عدم القبول، بمذكرة مكتوبة ومنفصلة ومسببة ".

من جهة أخرى يتعين أن يكون للطاعن مصلحة، وهي دعوى تعتبر حقا لكل ذي طرف في الدعوى، ولا يجوز للقاضي إثارتها من تلقاء نفسه فهي ليست من النظام العام، والمصلحة في هذا السياق هي المصلحة المبتغاة من وراء الدفوع بعدم الدستورية المفـروض من طرف مجموعة من القوانين، وذلك بغية اجتناب كل مضيعة للوقت والمال قد تنتج عن دفوع ليست ذي جدوى، لذا وجب على المتقاضي أن يقدم ما يكفي من الدلائل الكتابية على كون الطعن المقدم يهمه بشكل شخصي، كضرر ما قد لحق به جراء تطبيق القانون موضوع الدفع، وبما أن الدفع بعدم الدستورية يعد دعوى قضائية.

[1] _المادة 194من القانون رقم 08_09، المرجع السابق.

[2] _المادة 199 من القانون رقم 08_09، المرجع السابق.

[3] _المادة 260 من القانون رقم 08_09، المرجع السابق.

[4] _المادة 259 من القانون 08_09، المرجع السابق.

[5] _محمد بن اعراب، منال بن شناف، آلية الدفع بعدم الدستورية في الأنظمة الدستورية المقارنة، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد16، جامعة محمد خضير بسكرة، العدد 16 مارس 2018، ص15.

فإن المصلحة أحد شروط قبول الدعوى، لذلك فوجود المصلحة أمر لا حياد عنه لقبول هذا الدفع[1].

ترفع في جميع مراحل الدعوى وأمام محاكم أول درجة وكذا محاكم الدرجة الثانية أو في مرحلة النقض [2].

غير أن الصفة هي العلاقة التي تربط طرفي أو أطراف الدعوى بموضوعها ويجب أن تثبت لدى القاضي في أي طلب أصلي أو مقابل أو أي دفع أو أي طعن بمعنى قانوني آخر أن الصفة المطلوبة في إجراءات التقاضي هي الرابط القانوني بين صاحب الطلب وموضع الحق.

الفرع الثاني: عدم إثارته تلقائيا من طرف القاضي.

جاء في نص المادة 04 من القانون العضوي رقم 18_16: " لا يمكن أن يثار الدفع بعدم الدستورية تلقائيا من طرف القاضي " لا يمكن للقاضي إثارة هذا الدفع من تلقاء نفسه ضمانا لحياد القضاء، إلى جانب القاضي الذي لا يثر الدفع بعدم الدستورية تلقائيا حسب نص المادة، فإن الفكرة الجديدة تظهر في الفقه القانوني المعاصر وهوما يسمى "بالأمن القانوني" حفاظا على استقرار القاعدة التشريعية، لهذا لو يفتح المجال للمتقاضي في إثارة الدفع مما يؤدي ذلك حتما إلى عدم الاستقرار في القواعد التشريعية [3].وهو نفس الاتجاه الذي تبناه المشرع الفرنسي في القانون الأساسي رقم 1523 لسنة 2009 المتضمن كيفية تطبيق المادة 61 . 01 من الدستور[4].

بالتالي لا تعتير آلية الدفع بعدم الدستورية من النظام العام، أي لا يمكن للقضاء بصفة تلقائية سواء من طرف القضاة كقاضي الحكم أو قاضي التحقيق أو وكيل الجمهورية والنائب العام أو محافظ الدولة أو المستشارين وحتى النيابة العامة طرفا أصليا في الدعاوى القضائية أن تثير الدفع بعدم الدستورية لصالح القانون أو الدستور وللمصلحة العامة، وإنما يسعى القضاة وراء تجسيد العدالة وتطبيق القانون، فكثيرا ما تعتبر النيابة طرفا أصليا تمثل خصما للخصوم أو فيما يفهم انها تنضم لأحد أطراف الخصومة من أجل حماية الحقوق والحريات بصفتها ممثلة للقانون، وبالتالي إذا تم إثارة الدفع بعدم الدستورية من طرف أحد أطراف القضية المطروحة أمام القضاء، فيلتزم

[1] _ محمد بن محمد، حميداتو خديجة، الدفع بعدم الدستورية في ظل التعديل الدستوري الجديد لسنة 2016، دفاتر السياسة والقانون، العدد 18، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، الجزائر، جانفي 2018، ص 335.

[2] _محمد بن اعراب، منال بن شناف، المرجع السابق، ص15.

[3] _ مداخلة النائب الحبيب السنوسي، الجريدة الرسمية للمناقشات، المجلس الشعبي الوطني، الفترة التشريعية الثامنة 2918/2017 الجلسة العلنية لمناقشة مشروع قانون العضوي يحدد شروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية المنعقدة يوم الاثنين 18 يونيو 2018، ص15.

[4] _ محمد طيب دهيمي، حق الفرد في التمسك بعدم دستورية القوانين أمام الجهات القضائية، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، العدد06 جامعة عمار ثلجي الاغواط، الجزائر، جوان 2017، ص 312.

القضاء بهذا الدفع والفصل فيه بأنه جدي ويكون محلا للإخطار بالإحالة أمام المجلس الدستوري أو أن يكون غير ذلك ولا طائلة من الدفع المثار ومن ثم يلتزم القضاء بالفصل في القضية طبقا للقانون [1].

المطلب الثاني: الشروط الخاصة بموضوع الدفع.

نصت المادة 8 من القانون العضوي رقم 18_16 الذي يحدد شروط وكيفيات تطبيق الدفع بعد الدستورية: يتم إرسال الدفع بعدم الدستورية، إذا تم استيفاء الشروط الآتية:

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

2 . الا يكون الحكم التشريعي قد سبق التصريح بمطابقته للدستور من طرف المجلس الدستوري باستثناء حال تغيير الظروف.

3 . أن يتسم الوجه المثار بالجدية [2].

وسنتعرض إلى الشروط الخاصة بالدفوع بنوع من التفصيل وفق ما جاء في الدستور والقانون العضوي.

الفرع الأول: التوقف على الحكم التشريعي المعترض عليه مآل النزاع أو أن يشكل أساس المتابعة.

قرر المؤسس الدستوري الجزائري، بمقتضى المادة 188من الدستور2016، بأن الدفع بعدم الدستورية يجب أن تنصب على حكم تشريعي Dispositive législativeفماذا يقصد به؟

استعمل المشرع الدستوري في المادة 188 من الدستور 2016 العبارة " الحكم التشريعي " ونفس العبارة وردت في المادة 08 من القانون العضوي المحدد لشروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية ، ويفهم من هذا أنه يمكن الدفع بعدم الدستورية في النصوص التشريعية الصادرة من البرلمان ويستثنى منها القوانين العضوية والقواعد التنظيمية لغرفتي البرلمان لأنها تخضع لنظام الرقابة الدستورية الوجوبية السابقة، وبالتالي تخرج عن نطاق تطبيق المادة 188 من الدستور، كما أن المعاهدات والاتفاقيات الدولية لا تصلح أن تكون محلا للدفع بعدم الدستورية، لأنه لا يمكن استعمال هذا الأخير، أي حكم وارد في معاهدة او اتفاقية دولية، لأنهما قد يكونا محلا لرأي المجلس

[1] _صديق سعوداوي، آلية الدفع بعدم الدستورية كضمانة لإعلاء الدستور، مجلة صوت القانون، العدد07، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجيلالي بونعامة، خميس مليانة، الجزائر، الجزء الأول، 2017، ص154،155.

[2] _القانون العضوي رقم 16.18 المرجع السابق.

الدستوري بالرقابة السابقة والاختيارية ودون اتخاذ قرار بشأنهما لأنهما ليس محلا للرقابة اللاحقة بعد التصديق عليهما[1]، فالأمر يتعلق هنا بالقوانين العادية والتنظيمات[2].

ويتبن من نص المادة 188 من الدستور وكذا نص المادة الثانية من القانون العضوي 18-16 أن المشرع لم يطلق للأفراد حرية التمسك بالقواعد الدستورية، بل حددها في القواعد التي تكفل الحقوق والحريات، أي أن الأمر يتعلق فقط بالنص التشريعي الذي ينتهك للحقوق والحريات المصونة دستوريا[3].

ومنه فالمقصود بالأحكام التشريعية التي يمكن بشأنها تقديم دفع بعد الدستورية، يتصرف بالأساس إلى الأحكام السارية النفاذ التي تستمد وجودها وتجد مصدرها في كل من: التشريعات التي يسنها البرلمان والأوامر التشريعية التي يصدرها رئيس الجمهورية. لكن وبعد أن استحدث دستور 1996 ما يعرف بالقوانين العضوية، فهل يمكن اعتبارها من قبيل الأحكام التشريعية التي تقبل إمكانية الدفع بعدم الدستورية، أم أن هناك عوامل أخرى قد تجعلها بمنأى من الخضوع للرقابة الدستورية بواسطة الدفع؟

لا شك في أن القوانين العضوية كالقوانين العادية، تعتبر ذات طبيعة تشريعية، وهو ما يؤكده المؤسس الدستوري الجزائري نفسه، وهذا بالرجوع الى المادة 141 من دستور 1996 التي تنص: "إضافة إلى المجالات المخصصة للقوانين العضوية بموجب الدستور، يشرع البرلمان بقوانين عضوية في المجالات الآتية ...." غير أنه وبالنظر إلى أن حقوق الأشخاص وواجباتهم الأساسية، لا سيما نظام الحريات العمومية، وحماية الحريات الفردية، وواجبات

المواطنين تدخل في صميم القانون العادي وليس القانون العضوي من جهة، ولأن هذا الأخير من جهة أخرى يخضع وجوبا لرقابة مطابقة النص مع الدستور من طرف المجلس الدستوري قبل صدوره، فإن ذلك جعل الكثير من الفقه الدستوري يستبعد إمكانية قبول المجلس الدستوري النظر مجددا في مدى دستوريتها في حال توصله بدفع (أو أكثر) يطعن فيها بعدم الدستورية.

[1] _ صديق سعداوي، المرجع السابق، ص164،165.

[2] _ محمد رحموني، سعاد رحلي، حق الأفراد في الدفع بعدم الدستورية في ظل القانون العضوي المحدد لكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية، دفاتر السياسة والقانون، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، الجزائر، العدد01 المجلد11، جانفي2019، ص77.

[3] _ محمد رحموني، سعاد رحلي، المرجع السابق، ص77.

أن يتوقف مآل النزاع القضائي على الحكم التشريعي المدفوع لعدم دستوريته، استخدم المؤسس الدستوري الجزائري لعبارة " الحكم التشريعي الذي يتوقف عليه مآل النزاع " في المادة 188 التي أسست لجواز دفع الاشخاص بعدم دستورية الأحكام التشريعية التي يرون فيها انتهاكا للحقوق والحريات التي يضمنها الدستور.

1) ألا تلتفت محكمة الموضوع للدفع بعدم الدستورية، في حالة إثارته، إذا رأت بأنها تستطيع الفصل في النزاع المعروض عليها دون الحاجة للرجوع إلى الحكم التشريعي المدفوع بعدم دستوريته، وهو الذي يفهم من قول المؤسس الدستوري الجزائري " الذي يتوقف عليه مآل النزاع " من جهة، ويتناسب من جهة أخرى مع ما يتميز به الدفع بعدم الدستورية من كونه وسيلة احتياطية لا تلجأ إليها محكمة الموضوع إلا إذا استنفدت كل الوسائل القانونية الأخرى التي بحوزتها للفصل في النزاع الذي بين أيديها.

2) أن تكون لمقدم الدفع بعدم الدستورية مصلحة شخصية وقائمة في إثارته أمام محكمة الموضوع، ولتكون مصلحته شخصية ومباشرة، لابد أن يكون هو المعني شخصيا بأن يطبق عليه الحكم التشريعي الذي مآل النزاع يتوقف عليه من جهة، ولتكون من جهة أخرى مصلحته قائمة وحالة وليست محتملة، فلا بد أن يقصد بدفعه توقي أن تطبق عليه الحكم التشريعي المعني في النزاع الحالي الذي هو الآن طرف فيه، وليس مجرد تفادي احتمال أن يطبق عليه في نزاع مستقبلي قد يقع ويكون طرفا فيه كذلك، فقول المؤسس الدستوري "يتوقف عليه مآل النزاع " يقصد به أن القاضي مطالب بالفصل وإيجاد حل لنزاع الحال وليس لنزاع محتمل قد يقع وقد لا يقع، وللإشارة فإن ما سبق لا يتنافى وكون الرقابة الدستورية عن طريق الدفع تعد رقابة عينية وموضوعية في ذات الوقت، عينية لأنها تنصب على الحكم التشريعي وليس على شخص المشرع، وموضوعية لأنها تتأسس على مقابلة الحكم التشريعي المطعون فيه مع الدستور أو مع بعض أحكامه فقط، وهي المتعلقة بالحقوق والحريات، للتأكد من احترامه له من عدمه[1].

[1]_عادل ذاودي، المرجع السابق، ص17.

الفرع الثاني: عدم سبق التصريح بمطابقة الحكم التشريعي للدستور.

لا يكون الدفع بعدم الدستورية طبقا للمادة 188 من الدستور بمناسبة حكم أو نص قانوني سبق للمجلس الدستوري أن راقب مدى دستوريته أو مدى مطابقته للدستور، وبالتالي لا يمكن أن يتم الدفع بعدم دستوريته حكم أو نص قانوني وأن تمت مراقبته وصدر بشأنه رأي أو قرار من طرف المجلس الدستوري، نظرا لإلزامية القرارات والآراء للكافة ومنها السلطة القضائية، بحيث لا يمكن لهذه الأخيرة أن تخطر المجلس الدستوري بالإحالة بالدفع المثار أمامها المتعلق بأحكام ونصوص كانت محلا لهذه القرارات والآراء، وهو ما أكده النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري[1] في المادة 71 منه*.

كما لا يمكن للمجلس الدستوري أن ينظر من جـــــديد في نص أو حكم سبق الفصل فيه، سواء برأي أو بقرار[2] ، وإلا اعتبرت وظيفته الرقابية شكلية غير جدية لا تبت بصلة لحماية وضمان سمو الدستور، لأنه لا فائدة مرجوة من إعادة النظر في فحص حكم أو نص قانوني من جديد، وإذا أعاد المجلس الدستوري النظر فيه من جديد فكأنه تراجع عن الاجتهادات الرقابية التي توصل إليها من قبل، أو إذا أعاد النظر فيها وقرر أو رأى بغير ما توصل إليه سابقا فيعد ذلك تعارضا وتضاربا في اجتهاداته، وهذا ما يخل بالأثار الرقابية له التي تعتبر منطقيا ودون حاجة لنص دستوري أو قانوني يقر بإلزامية تلك الآراء والقرارات وتعتبر هذه الأخيرة جزاءات رقابية مهمة كفيلة باحترام الدستور ، وإذا تم الإقرار بعدم إلزامية قرارات وأراء المجلس الدستوري، فيبقى التساؤل مطروحا: ما الفائدة من تنظيم

الرقابة على دستورية القوانين من أجل احترام وحماية سمو الدستور؟ وعليه يمكن التراجع عن اجتهاد سابق لتطبيق اجتهاد جديد ومن ثم يكون عمل العمل الرقابي للمجلس متذبذبا ومتأثرا بالعمل السياسي، ولكن تدارك

[1] _النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري، الجريدة الرسمية، العدد29، المنشورة في:11ماي 2016.

*_ نصت المادة 71 من النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري: "أراء وقرارات المجلس الدستوري نهائية وملزمة لجميع السلطات العمومية والسلطات الإدارية والقضائية طبقا للمادة 191 (الفقرة 03) من الدستور".

[2] _قرار رقم 01ق أ _ م د 95، المؤرخ في 06أوت 1995، المتعلق بدستورية البند السادس من المادة 108 من قانون الانتخابات، الجريدة الرسمية العدد 43، المنشورة في 08أوت1995.

المجلس الدستوري كثيرا في مجال المراقبة الدستورية المتعلقة بمراقبة المطابقة مثل هذه الأمور، وتذكيره بأن قرارته وأراءه نهائية وغير قابلة للطعن [1] ومن ذات دسترة وقوة وحجية الشيء المقضي فيه[2] .

أما فيما يتعلق بعبارة تغير الظروف، وهي استثناء عن الأحكام التي سبق وأن فصل المجلس الدستوري فيها، وقد فسرها المشرع الفرنسي (تغيير الظروف) أنها الظروف القانونية المتمثلة في التغيير الذي يمكن أن يطرأ على القاعدة الدستورية التي سبق وأن قضى المجلس بدستوريته الحكم التشريعي استنادا عليها، والظروف الواقعية التي من شأنها أن تؤثر في النص المدفوع بعدم دستوريته بالشكل الذي يجعله متعارضا مع الدستور[3].

الفرع الثالث: اتسام الوجه المثار بالجدية.

أن يكون الدفع بعدم الدستورية الذي يتم إثارته جديا، أي انعدام نية الكيد وإطالة أمد التقاضي[4] وحتى يكون كذلك لا بد أن يكون فعلا متصلا بالحكم التشريعي الواجب التطبيق على النزاع، وبتعبير آخر يجب أن يكون الفصل في النزاع متوقفا حقيقة على موقف المجلس الدستوري من دستورية الحكم التشريعي المطعون فيه، وهو ما يعبر عنه الفقه الدستوري بضرورة أن يكون الدفع بعدم الدستورية منتجا في دعوى الموضوع، وهو ما لا يمكن أن يتحقق

إلا إذا كان ذا صلة بموضوعها، وللإشارة فإن لمحكمة الموضوع دورا لا يستهان به في تقدير جدية الدفع، ولذا يتعين بذل مجهود كاف من مقدمه لإقناعها بوجود شبهة أو شكوك حقيقية تطعن في دستورية الحكم التشريعي المعني، وهذا لأنه في حال عدم اقتناعها بمبررات وأسس الدفع يمكن أن تقضي برفضه واستبعاده.

يجب التأكد من الطابع الجدي للدفع بعدم الدستورية، خاصة في حالة تعسف بعض المتقاضين في استعمال حق الدفع بعدم الدستورية، مما قد يترتب عنه " اختناق " المجلس الدستوري، علما أن هذه الأخير يتسم

[1] _رأي رقم 01/ر.م.د/12 المؤرخ في 08يناير2012، ا لمتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المتعلق بالأحزاب السياسية للدستور، الجريدة الرسمية 02 المنشورة في 15يناير2012.

[2] _رأي رقم 01/ 16 ر.ت.د/ م.د المؤرخ في 28يناير 2016، المتعلق بمشروع قانون التعديل الدستوري، الجريدة الرسمية العدد06 المنشورة في 03فيراير2016.

[3] _مُحَمَّد رحموني، سعاد رحلي، المرجع السابق، ص77.

[4] _حميد شاوش، آسيا بورجيبة، الرقابة على دستورية القوانين عن طريق الدفع، قراءة في المادة 188 من دستور 2016، كلية العلوم القانونية والإدارية، جامعة 08 ماي 1945، قالمة، الجزائر، حوليات جامعة قالمة للعلوم الاجتماعية والإنسانية، العدد22، ديسمبر2017، ص46.

بمحدودية أعضائه (12 عضو) وتشكيلة من هيئة واحدة، فضلا عن ممارسته لمهام أخرى استشارية وفي الطعون الانتخابية.

ويذهب رأي فقهي على أن المقصود بالطابع الجدي أن يكون متصلا بموضوع النزاع، ويقصد بذلك أن تكون مسألة الدستورية المثارة متعلقة بنصوص قانون من القوانين أو الحالة التي يمكن تطبيقها على الدعوى الأصلية قرر رفض الدفع على أي وجه من الوجوه، وأن الحكم بعدم الدستورية سيستفيد منه صاحب الشأن في الدعوى المنظورة، وعلى ذلك فإذا اتضح للقاضي أن القانون أو الحالة المطعون بعدم دستوريتها، لا تتصل بالنزاع المعروض عليه، قرر رفض الدفع بعد الدستورية، واستمر في نظر الدعوى الموضوعية دون التفات المسألة الدستورية.[1].

المطلب الثالث: مرحلة إثارة الدفع بعدم الدستورية.

من بين المواد الجديدة والمهمة التي أتي بها في الجزائر، التعديل الدستوري لسنة 2016، نجد المادة 188 التي حملت معها تطورا بارزا وتحولا نحو السماح للمجلس الدستوري الجزائري بأن يصبح وبشكل فعلي حاميا للحقوق والحريات المضمونة دستوريا وحارسا لها من أي اعتداء تشريعي قد يطالها، وذلك من خلال تمكين ذوي الشأن أنفسهم من إخطاره بشكل غير مباشر بواسطة إما المحكمة العليا أو مجلس الدولة، وهـــــذا بعد تأكدهما من جدية

الشبهات حول وجود انتهاكات تشريعية واقعة على الحقوق والحريات المكفولة دستوريا، والتي تكون قد تمت إثارتها من قبل الخصوم أثناء نظر قضاياهم أمام الجهات القضائية المختلفة.

ويمكن لنا أن نقسم هذا المطلب إلى فرعين نتناول في الفرع الاول تحت عنوان موضوعية مراحل الدعوى التي يمكن أن يثار أساسها الدفع بعدم الدستورية والفرع الثاني مدى إمكانية الدفع بعدم الدستورية في حالات خاصة.

الفرع الأول: مراحل الدعوى التي يمكن أن يثار أساسها الدفع بعدم الدستورية

من البديهي القول بأن الجهة القضائية التي يقصدها المؤسس الدستوري الجزائري في المادة 188 هي تلك التابعة حصرا للنظام القضائي الجزائري وليس لغيره، وبالرجوع إلى المادة 02 من القانون العضوي رقم 05_11

[1]_كمال حمريط، المرجع السابق، ص451.

المؤرخ في 17 جويلية 2005 والمتعلق بالتنظيم القضائي[1]، يشمل كلا من النظام القضائي العادي، النظام القضائي الإداري ومحكمة التنازع، وقد بينت المادة 03 من نفس القانون بأن النظام القضائي العادي يشمل المحكمة العليا والمجالس القضائية والمحاكم.

بينما المادة 04 فبينت بأن النظام القضائي الإداري يشمل مجلس الدولة والمحاكم الإدارية المنشأين بموجب القانونين العضويين على التوالي 98_01[2] و98 _02[3]، في حين حدد الفصل الرابع من القانون العضوي رقم 05_11 أيضا ماهية الجهات القضائية الجزائية المتخصصة وذلك بالقول إنها كل من: محكمة الجنيات والمحكمة العسكرية [4].

وهذا دون إغفال المحكمة العليا للدولة التي نصت عليها المادة 177 من الدستور الجزائري لسنة 1996 رغم أنها لم تر النور بعد. لكن وجب التنبيه إلى أنه نظرا لكون كل من محكمة التنازع والمحكمة العليا للدولة ليستا تابعتين ولا خاضعتين لرقابة المحكمة العليا أو مجلس الدولة، فإنه لا يمكن إثارة الدفع بعدم الدستورية أمامهما لأن المؤسس الدستوري الجزائري قد بين بأن إخطار المجلس الدستوري بالدفع بعدم الدستورية يجب أن يتم حصرا بناء على إحالة من المحكمة العليا أو مجلس الدولة.

كما وأنه يفهم من نص المادة 188 من الدستور، بأن المؤسس الدستوري الجزائري قد استبعد إمكانية إثارة الدفع بعدم الدستورية أمام هيئات التحكيم حتى ولو كانت وطنية، وبأنه لم يعط للأشخاص مكنة إثارته أمام الهيئات الإدارية حتى ولو كان ذلك بمناسبة نظرها في تظلم إداري، أو حال فصلها في المتابعات التأديبية.

[1] _ القانون العضوي رقم 05_11، المتعلق بالتنظيم القضائي، المؤرخ في 17 جويلية 2005، الجريدة الرسمية العدد51، المنشورة في:20يوليو2005 المعدل بالقانون العضوي، رقم 17ـ06، المؤرخ في 27 مارس 2017، الجريدة الرسمية، العدد 20، المنشورة في 29 مارس 2017.

[2] – القانون العضوي رقم 98_01، المتضمن اختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله، المؤرخ في 30 مايو 1998، الجريدة الرسمية العدد 37، المنشورة في 01 يونيو 1998، المعدل بالقانون العضوي رقم 11_13، المؤرخ في 26 يونيو2011، الجريدة الرسمية العدد 43، المنشورة في 03 أوت 2011، المعدل بالقانون العضوي رقم 18_02 المؤرخ في 04 مارس 2018، الجريدة الرسمية العدد 15، المنشورة في07 مارس 2018.

[3] _ القانون العضوي رقم 98_02، المتعلق بالمحاكم الادارية، المؤرخ في 30مايو1998، الجريدة الرسمية العدد 37، المنشورة في 01يونيو1998.

[4] _المادة 18 و19 من القانون رقم 05_11.

ومنه فأول ضابط يراعيه المجلس الدستوري عند توصله بالدفع بعدم الدستورية، هو أن يتأكد بأنه قد تم إثارته أمام إحدى الجهات القضائية الخاضعة إما لرقابة المحكمة العليا أو مجلس الدولة، وليس أمام غيرها تحت طائلة عدم قبول الدفع شكلا[1].

أولا: إثارة الدفع بعدم الدستورية في مرحلة المحاكمة.

ويقصد بمرحلة المحاكمة المرحلة التي تكون فيها الدعوى تحت سلطة ونظر قضاة الحكم، ابتداء من قضاة الدرجة الأولى مرورا بقضاة الاستئناف وصولا لقضاة النقض، فهؤلاء فقط من يمكن مبدئيا أن يثار أمامهم الدفع بعدم الدستورية، حسب نص المادة 02 من القانون العضوي 18ـ16، أنه يمكن إثارة هذا الدفع أمام كل جهة قضائية، ويثار هذا الدفع في أي مرحلة كانت عليها الدعوى في الموضوع أمام المحكمة أو أمام جهة الاستئناف أو بإحالة من المحكمة العليا بعد النقض أو أثناء نظر دعوى الموضوع بمناسبة طعن بالمعارضة، أو التماس إعادة النظر أو اعتراض الغير الخارج عن الخصومة وسواء كانت القضية مهيأة للفصل فيها أم لا[2].

أما قضاة النيابة العامة وقضاة التحقيق الجزائي، سواء في أول درجة (قضاة غرفة الاتهام)، فليسوا بسلطة حكم، وإنما هم سلطة اتهام بالنسبة لقضاة النيابة، وسلطة تحقيق ابتدائي بالنسبة لقضاة التحقيق وقضاة غرفة الاتهام، بينما الذين لهم سلطة التحقيق النهائي والمحاكمة المتوجه بإصدار الأحكام والقرارات القضائية فهم قضاة الحكم فقط، وهم الذين قصدهم المؤسس الدستوري الجزائري في المادة 188 من الدستور، باشتراطه إثارة الدفع بعدم الدستورية في مرحلة المحاكمة، وما يؤكد ذلك أكثر قول المؤسس الدستوري في المادة 188 : (.... الحكم التشريعي الذي يتوقف عليه مآل النزاع ...) فالذي يعرف ويحدد ما الحكم التشريعي الذي يتوقف عليه مآل النزاع في المقام الأخير هو قاضي الحكم، لأنه هو الذي سيفصل وسيبت سواء بشكل ابتدائي أو نهائي، في النزاع المعروض عليه، بينما قضاة النيابة فيتمثل دورهم في المرافعة وتقديم الطلبات دفاعا عن الحق العام، أما قضاة التحقيق وغرفة الاتهام فيعملون على تحقيق القضايا المكلفين بها والخروج بشأنها بقرارات تصب إما في الأوجه المتابعة في حالة غياب الأدلة أو انتفاء الوصف الجرمي، وإلا فإنهم ملزمون بالقيام بالإحالة إلى جهة الحكم المختصة

[1] _عادل ذوادي، المرجع السابق، ص 340.

[2] _ عبد الكريم دالاش، معالجة الدفع بعدم الدستورية من قبل قاضي الموضوع، مداخلة مقدمة للندوة الوطنية حول موضوع الدفع بعدم دستورية القوانين، بالجزائر العاصمة، يومي 10و11 ديسمبر 2018، ص05.

لتتولى هي المحاكمة وإصدار ما تراه من أحكام وقرارات هذا من جهة، ومن جهة أخرى يفيد هذا الضابط الثاني في أن الدفع بعدم الدستورية لا يمكن إثارته قبل مرحلة المحاكمة (التحقيق النهائي)، كأن يتم مثلا إثارته في مرحلة التحري وجمع الأدلة أو في مرحلة التحقيق الابتدائي، كما لا يمكن إثارته بعدها، أي في المرحلة التي تلي صدور الحكم ويكون واجب التنفيذ، إذ لو قدم في هذين المرحلتين، فإن مصيره سيكون عدم القبول[1].

ثانيا: إحالة الدفع بعدم الدستورية حصرا من قبل المحكمة العليا أو مجلس الدولة.

ويظهر بأن المؤسس الدستوري الجزائري قد أراد أن يحقق بذلك مقصدين معا، هما:

01_ أن يحافظ على ما تميزت به الرقابة الدستورية في الجزائر منذ فجر الاستقلال من أن أمر تحريكها كان دوما منوطا بأعلى السلطات في الدولة، وهم كل من: رئاسة الجمهورية، مجلس الأمة، والمجلس الشعبي الوطني، ولذلك فحتى لما قرر المؤسس الدستوري الجزائري فتح المجال لأول مرة في الجزائر أمام الأشخاص للدفع أمام جهات القضاء بعدم دستورية القوانين التي يشتبه في انتهاكها للحقوق والحريات المضمونة دستوريا، فإنه لم يرتب على ذلك تحرك الرقابة الدستورية بالضرورة، وإنما جعل أمر تحريكها (عرض الدفع وإحالته على المجلس الدستوري) من عدمه منوطا ومتوقفا على موافقة أعلى هيئتين قضائيتين في الدولة وهما: المحكمة العليا بالنسبة للقضاء العادي، ومجلس الدولة بالنسبة للقضاء الإداري، وما يؤكد ذلك أنه استهل نص المادة 188من الدستور 2016 بالقول: "يمكن إخطار المجلس الدستوري بالدفع بعدم الدستورية بناء على إحالة من المحكمة العليا أو مجلس الدولة ...." وبذلك فكل منهما ليس ملزما بإحالة الدفع على المجلس الدستوري متى توافر لهما من الأسباب والمبررات التي تدفعهما للإحجام عن إخطار المجلس الدستوري به، ومنه فتحريك الرقابة الدستورية في الجزائر يبقى حتى في ظل التأسيس الدستوري للدفع بعدم الدستورية، منوطا بالسلطات العليا في الدولة السياسية منها والقضائية[2].

02_ عقلنة ممارسة الأشخاص للدفع بعدم الدستورية، وذلك بوضع نظام فعال لتصفية تلك الدفوع غير الجدية، والتي لا طائل منها سوى إطالة أمد النزاع أو أمور أخرى ينبغي عدم إشغال المجلس الدستوري بها، ولذلك فعلى محكمة الموضوع بعد أن تقرر جدية الدفع أن تحيله ـ بحسب الحالة، على المحكمة العليا أو مجلس الدولة، ليقوم

[1]– عادل ذوادي، المرجع السابق، ص340.

[2]_ عادل ذاودي ، المرجع السابق، ص341

المعني منها بالتأكد مجددا من جدية الدفع، فإذا تبين لها أو له ذلك قام بإخطار المجلس الدستوري به بناء على إحالة، وإلا فإنه يتعين رفض الدفع وإعادته لمحكمة الموضوع حتى تستأنف مجددا الفصل في النزاع المعروض عليها[1].

وللإشارة فإنه وبغض النظر عن الدوافع التي جعلت المؤسس الدستوري الجزائري يساير بعض النظم المقارنة في فرض هذا الضابط الإجرائي الجوهري، فإن هناك نظما أخرى قد تخلت عنه رغـــم أنها كانت سباقة للعمل به كالنمسا والمانيا مثلا، فهذه الأخيرة لم يعمر العمل فيها بهذا الضابط طويلا، بحيث لم تطبقه إلا بين 1951 و1956، وهناك نظم عربية تخلت عن العمل بهذا الضابط منذ البداية على غرار مثلا مصر وتونس، وهذه الأخيرة نص القانون الأساسي للمحكمة الدستورية[2] فيها في الفصل 56 منه على أنه: "على المحاكم عند الدفع أمامها بعدم الدستورية القوانين إحالة المسألة على المحكمة الدستورية، ولا يجوز الطعن في قرار الإحالة بأي وجه من أوجه الطعن ولو بالتعقيب".

الفرع الثاني: مدى إمكانية الدفع بعدم الدستورية في حالات خاصة.

أوردت المادة 03 من القانون العضوي رقم 18_16 استثناء إثارة الدفع بعدم الدستورية، وهي محكمة الجنايات الابتدائية، من جهات قضاء الموضوع التي يمكن أن يثار أمامها الدفع بعدم الدستورية، وقررت صراحة أنه لا يمكن إثارة هذا الدفع أمام محكمة الجنايات الابتدائية غير أنه يمكن إثارته أمام محكمة الجنايات الاستئنافية[3] .

هذا إذا أثير الدفع بعدم الدستورية أثناء التحقيق الجزائي تنظر فيه غرفة الاتهام طبقا لنص المادة 02 الفقرة الثانية من القانون العضوي 18_16، أي حينما تكون الدعوى الجزائية يجري فيها التحقيق من طرف قاضي التحقيق أو أمام غرفة الاتهام وهي تنتظر استئنافا في أمر من الأوامر القضائية التي يصدرها قاضي التحقيق أو كدرجة ثانية للتحقيق الجنائي بعد إرسال مستندات القضية إلى النائب العام، ولا يقصد به التحقيق الذي تأمر به

[1] _ عادل ذاودي، المرجع انفسه ، ص342.

[2] _الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، قانون أساسي عدد50 لسنة 2015، المؤرخ في 03ديسمبر 2015 المتضمن المحكمة الدستورية، الجريدة الرسمية العدد98، المؤرخة 08ديسمبر 2015.

[3] _ المادة 03 من القانون العضوي18_16.

جهات الحكم الجزائية في إطار التحقيقات التكميلية، بحيث إذا أثير الدفع بعدم الدستورية خلال التحقيق التكميلي الذي تأمر به جهة الحكم تفصل فيه هذه الأخيرة وليس غرفة الاتهام.

كما وضحت المادة 07 من ذات القانون العضوي حول التشكيلة الناظرة في دعوى الموضوع التي يثار أمامها الدفع بعدم الدستورية تتشكل من قضاة محترفين ومن مساعدين غير قضاة، كما هو الحال في الأقـــــسام الاجتماعية والتجارية والأحداث ومحكمة الجنايات الاستئنافية، فإن القضاة وحدهم الذين يفصلون في قبول الدفع دون حضور المساعدين غير القضاة.[1]

في حالة إثارة الدفع بعدم الدستورية أمام قاضي التحقيق تتولى غرفة الاتهام لتفصل فيه، كما تنص الأحكام العامة على أنه لا يمكن إثارة الدفع بعدم الدستورية أمام محكمة الجنايات الابتدائية، وهذا نظرا إلى تعقيد الإجراءات، تشكيليتها وخصوصية الإجراءات المطبقة أمامها، لا سيما ضرورة احترام مبدأ استمرارية المناقشات التي تنفرد بها هذه الجهة القضائية، ونظرا أيضا إلى الضمانات التي يمنحها هذا المشروع للمتهمين أمام محكمة الجنايات الذين يمكنهم

إثارة الدفع أمام جهة التحقيق، محكمة الجنايات لها خصوصيتها وعندما يتعلق الأمر بالجناية، الوصف الجنائي، فمعروف في قانون الإجراءات الجزائية، لا بد أن يمر أمام التحقيق، وبالتالي أمام التحقيق له فرصة أن يثير بالدفع بعدم الدستورية لتفصل فيه غرفة الاتهام، هذا من جهة، وله الحق أيضا أن يقوم باستئناف الحكم الجنائي الصادر عن محكمة الجنايات، وفي هذه الحالة يدفع بعدم الدستورية أمام محكمة الاستئنافية.

[1]_ عبد الكريم دالاش، المرجع السابق، ص06.

الفصل الثاني

الفصل الثاني: إجراءات الدفع بعدم الدستورية وآثاره.

حاول المؤسس من خلال التعديل الدستوري لسنة 2016 إضفاء الصبغة القضائية في الطعن بعدم دستورية القوانين، وذلك على أساس أحقية المواطنين الطعن بعدم دستورية القوانين أمام القضاء، فيكفي هذا الأمر أن تصبغ صفة القضاء الدستوري أو العدالة الدستورية بمفهوم الرقابة القضائية في البداية، ولكن يبقى الامر محصورا في الرقابة السياسية لصالح المجلس الدستوري كأصل، ويبقى تدخل القاضي محددا وتقديريا ونسبيا في حالات تتعلق بأهمية الدفع المثار دون الفصل في مدى دستورية القانون أو الحكم التشريعي المطعون فيه.

وعليه فإن الإشكال الذي يثور في هذا الصدد بمسألة عدم دستورية نص تشريعي هو ما هي الإجراءات المتبعة أمام النظام القضائي للدفع بعدم دستورية القوانين؟ وكيف يكون تطبيق الدفع بعدم الدستورية أمام الجهات القضائية الدنيا؟ وما هي السبل المتبعة للدفع بعدم الدستورية أمام الجهات القضائية العليا؟ وما هي الأفاق الحمائية لحقوق ولحريات الأفراد وكذا استقرار المنظومة التشريعية والمراكز القانونية؟

حيث يتعين علينا معالجة هذا الفصل التطبيقي إلى مبحثين إثنين إجراءات الدفع بعدم الدستورية في المبحث الأول، آثار الدفع بعدم الدستورية في المبحث الثاني.

المبحث الأول: إجراءات الدفع بعدم الدستورية.

لا يكتسب أي نظام دستوري الطابع الديمقراطي إلا إذا كفل للفرد جميع حقوق المواطنة، وعلى رأسها الحق في التقاضي دفاعا عن حقوقهم وحرياتهم، أمام مختلف جهات القضاء العادي والإداري والدستوري، ودون هذا الحق المحوري ضمن قائمة حقوق الإنسان تظل الحقوق الدستورية غير مضمونة وغير مشمولة بالحماية القضائية وعرضة للانتقاص خاصة عند تعسف السلطة الإدارية بدعوى حفظ النظام.

إن الدفع بعدم الدستورية هو خطوة إيجابية جدا، وهو حلم في إطار احترام حقوق وحريات الإنسان بما يتماشى مع التطور المذهل لهذه الحقوق في المجتمع الانساني العالمي، وأصبح هذا التيار ملزما للدول لتتأقلم تشريعاتها بما يضمن الحقوق ، ما أن هذه الحقوق تسير بسرعة وفضاء عالمي، نعتقد أننا نجهله أو على الأقل لا نعرف معالمه جيدا، وهنا بالذات تثار مسألة هامة جدا وهي إيجاد آليات وطنية قوية وليس فتح مجال الطعن بعدم الدستورية وترك الفصل لقاضي غير مختص، ولطاعن أيضا غير مختص [1].إن الطعن بعدم الدستورية من حيث الجوهر كان بمثابة حلم لكل الحقوقيين، لذا سنتناول في المطلب الأول إجراءات الدفع بعدم الدستورية أمام القضاء وفي المطلب الثاني إجراءات الدفع بعدم الدستورية أمام المجلس الدستوري.

المطلب الأول: إجراءات الدفع بعدم الدستورية أمام القضاء.

إن وصول دفع المتقاضي إلى المجلس الدستوري، يكون بشكل غير مباشر، وإنما يمر عبر مراحل وهو ما يطلق عليه في الفقه الفرنسي بنظام التصفية le filtrage وهي وسيلة أساسية وضرورية تعتمد على إحالة الدفع عبر عدة جهات تبدأ بإثارة الدفع أمام الجهات القضائية الدنيا ليتم تمريره للجهات القضائية العليا لينتهي به أمام المجلس الدستوري للبت في صحته وهو ما سنتعرف عليه في المراحل الآتية:

الفرع الأول: إجراءات الدفع بعدم الدستورية أمام الجهات القضائية الدنيا.

إن جدية الدفع بعدم الدستورية تتم على مرحلتين قبل وصولها إلى المجلس الدستوري فيثار الدفع أمام جهات القضاء الدنيا قبل إحالته إلى الجهات القضائية العليا، وعليه فيكون الدفع قد مر على مرحلتين الأولى أمام الجهات القضائية الدنيا والثانية أمام الجهات القضائية العليا.

[1] _ الحاج بلغوثي، الجريدة الرسمية للمناقشات، المرجع السابق، ص20.

أولا: شكليات تقديم الدفع.

نصت المادة 6 من القانون العضوي رقم 16.18 على أنه:" يقدم الدفع بعدم الدستورية، تحت طائلة عدم القبول، بمذكرة مكتوبة ومنفصلة ومسببة "[1] وبذلك فإنه لا يجوز للطرف في الدعوى الذي يثير الدفع بعدم الدستورية أن يقدم هذا الدفع ضمن مذكرة وحيدة يجمع فيها بين إثارة الدفع وبيان أسبابه وبين المناقشة في موضوع الدعوى، كما لا يجوز الاكتفاء بإثارة الدفع في المرافعة الشفوية دون دعم ذلك بمذكرة مكتوبة ومستقلة، كما يجب أن تكون المذكرة مسببة يبين فيها صاحبها النص التشريعي المعترض عليها ويشرح فيها أوجه انتهاكه للحقوق والحريات التي تضمنها نصوص وأحكام الدستور، وفي حالة إهمال أحد هذه الشكليات من صاحب الدفع فإنه على القاضي أن يرد على الدفع بعدم القبول، ويمكن تقديم المذكرة التي تتضمن إثارة هذا الدفع بعدم الدستورية دون تقديم مذكرة جوابية في موضوع الدعوى.

يجب في كل الأحوال مراعاة هذه الشكليات في أية مـــرحلة من مـــراحل الدعوى يقدم فيها الدفع بعدم الدستورية، سواء مع عريضة افتتاح الدعوى كما هو الحال أمام المحاكم الإدارية أو مجلس الدولة حينما يفصل كجهة موضوع ويتعلق النزاع بالتظلم أو المنازعة في عمل أو قرار إداري استندت فيه الإدارة المدعى عليها على حكم تشريعي مطعون فيه بعدم الدستورية، أو في عريضة الطعن بمناسبة طعن في حكم أو قرار أو أمر قضائي طبق حكما تشريعيا معترضا عليه بعدم الدستورية (معارضة، استئناف، التماس، إعادة النظر، اعتراض الغير الخارج عن الخصومة والطعن بالنقض)، أو سواء تقديم الدفع أثناء سير الدعوى الابتدائية من طرف المدعى عليه أو المدخل في الخصومة أو من مطعون ضده في خصومة الطعن .

ثانيا: قرار قاضي الموضوع الذي قدم أمامه الدفع بعدم الدستورية.

يجب على قاضي الموضوع المثار أمامه الدفع بعدم الدستورية، بعد التأكد من توافر الشكليات المفروضة في تقديم الدفع وتفحص مدى توافر الشروط الذي يتعين أن يستوفي الدفع في موضوعه، أن يفصل فورا وبعد استطلاع رأي النيابة بالنسبة لجهات القضاء العادي أو محافظ الدولة بالنسبة لجهات القضاء الاداري، بقبول إرسال الدفع إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة، حسب الحالة، أو رفضه، وتنص المادة 07 من القانون العضوي

[1]_القانون العضوي رقم 18-16.

رقم 18ـ16* أنه يجب أن يكون قرار الجهة القضائية المقدم أمامها الدفع بعدم الدستورية سواء بقبول إرساله إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة، حسب الحالة، أو برفضه، مسببا، وإذا كان الدفع بعدم الدستورية يتعلق بأكثر من حكم تشريعي واحد فإن الجهة القضائية المخطرة بذلك تفصل في كل واحد من تلك الأحكام التشريعية المعترض عليها .

تنص المادة 07 من القانون العضوي رقم 18ـ16 أن القاضي وقبل الفصل في الدفع المثار أمامه يستطلع رأي النيابة العامة أو محافظ الدولة حسب الجهة القضائية المثار أمامها، لكنه لم ينص على تمكين أطراف الدعوى الآخرين من مناقشة الدفع وإبداء ردودهم عليها، لكن مبدأ الوجاهية وحق تكافؤ الخصوم في عرض طلباتهم ووسائل دفاعهم المنصوص عليها بالمادة 03 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية* وهو الشريعة العامة في الإجراءات تفترض استيفاء هذا الإجراء بتمكين أطراف الدعوى مهما كانت طبيعتها من مناقشة الدفع المثار من الخصم.

فإذا قرر قاضي الموضوع رفض إرسال الدفع إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة ، حسب الحالة ، لأن الدفع لم يقدم ضمن الشكليات المشار إليها آنفا أو لأنه غير مستوفى الشروط الموضوعية المنصوص عليها بالمادة 08 من القانون العضوي رقم 18_16 فان قراره بالرفض يبلغ للأطراف ويواصل فصله في الدعوى الأصلية سواء باعتماد الحكم التشريعي المطعون فيه بعدم الدستورية أو باعتماد حكم تشريعي آخر، ولا يمكن الاعتراض على قرار القاضي برفض إرسال الدفع إلا بمناسبة الطعن في المقرر القضائي الفاصل في دعوى الموضوع مع احترام الشكليات المشار إليها أعلاه المتعلقة بشكل تقديم الدفع (مذكرة مكتوبة، منفصلة عن عريضة الطعن، ومسببة) المادة 09

* _تنص المادة 07: "تفصل الجهة القضائية فورا وبقرار مسبب، في ارسال الدفع بعدم الدستورية الى المحكمة العليا او مجلس الدولة، بعد استطلاع رأي النيابة العامة او محافظ الدولة، إذا كانت تشكيلة الجهة القضائية تضم مساعدين غير قضاة تفصل دون حضورهم".

* _تنص المادة 03 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية: " يجوز لكل شخص يدعي حقا، رفع دعوى أمام القضاء للحصول على ذلك الحق أو حمايته، يستفيد الخصوم أثناء سير الخصومة من فرص متكافئة لعرض طلباتهم ووسائل دفاعهم، يلتزم الخصوم والقاضي بمبدأ الوجاهية، تفصل الجهات القضائية في الدعاوى المعروضة أمامها في آجال معقولة "

من القانون العضوي رقم 18_16* ولم يفرض القانون أن صاحب الطعن في الحكم الفاصل في الموضوع هو نفسه صاحب الدفع بعدم الدستورية .

أما إذا رأى القاضي صحة الدفع شكلا وتوافر شروطه فإنه يقضي، بإرسال هذا الدفع مع عرائض الاطراف ومذكراتهم إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة وذلك خلال مدة عشرة (10) أيام من صدور قراره المسبب وهو القرار الذي لا يقبل أي طعن المادة 09 من القانون العضوي رقم18_16.

لم يبن القانون العضوي رقم 18_16، شكل القرار الذي يصدره القاضي إن كان أمرا أو حكما إذا كانت الدعوى على مستوى الجهة القضائية الابتدائية أو قرار Arrêt إذا كانت الدعوى على مستوى الجهة القضائية الاستئنافية أو المحكمة الإدارية، المرجح أن القاضي يصدر في هذه الحالة حكما أو قرار قبل الفصل في الموضوع jugement ou Arrêt avant dire droit بإرجاء الفصل في الدعوى مع ارسال الدفع بعدم الدستورية.

ويجب أن يتضمن هذا الحكم أو القرار عرضا لوقائع النزاع الأصلي من حيث موضوعه ومزاعم الأطراف وحججهم وطلباتهم، مع بيان، بطبيعة الحال، فحوى الدفع بعدم الدستورية والطرف الذي أثاره والأسباب التي أوردها في الدفع، حتى تكون المحكمة العليا أو مجلس الدولة أو حتى المجلس الدستوري في حالة إخطاره على معرفة تامة بما تم من مناقشات مرافعات أمام قاضي الموضوع الذي أثير أمامه الدفع بما يوفر للمحكمة العليا أو مجلس الدولة كل المعطيات التي تمكنها من إعمال سلطة الرقابة على جدية الدفع وللمجلس الدستوري في حالة إخطاره للفصل فيه.

يجب من جهة أخرى أن يتضمن حكم القاضي بإرسال الدفع الأسباب التي جعلته يرجح جدية الدفع وقبول إرساله إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة حتى يخطر به المجلس الدستوري للفصل فيه[2].

* _تنص المادة 09 من القانون العضوي: " يوجه قرار إرسال الدفع بعدم الدستورية مع عرائض الأطراف ومذكراتهم الى المحكمة العليا او مجلس الدولة خلال عشرة 10 أيام من صدوره ويبلغ إلى الأطراف ولا يكون قابلا لأي طعن، يبلغ قرار رفض ارسال الدفع بعدم الدستورية الى الاطراف ولا يمكن أ ن يكون محل اعتراض الا بمناسبة الطعن ضد القرار الفاصل في النزاع في جزء منه ويجب أن يقدم بموجب مذكرة مكتوبة ومنفصلة ومسببة "

[2]_ عبد الكريم دعلاش، المرجع السابق، ص 15.

ثالثا: مصير الدعوى بعد قرار إرسال الدفع بعدم الدستورية إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة.

إذا قرر قاضي الموضوع جدية الدفع وإرساله إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة فإنه يرجئ الفصل في الدعوى في الموضوع كما نصت عليه المادة 10 من القانون العضوي رقم 18_16[1] بالنسبة للجهات القضائية الفاصلة في الموضوع وهو ما أكدته المادة 11 في فقرتها الثانية من نفس القانون[2].

إذا قررت الجهة القضائية، إرجاء الفصل في موضوع الدعوى في انتظار قرار المحكمة العليا أو مجلس الدولة أو قرار المجلس الدستوري في حالة إخطاره، فيمكنها اتخاذ التدابير المؤقتة والتحفظية اللازمة للحفاظ على معالم النزاع إلى غاية الفصل في موضوع الدعوى، ومن أمثلة هذه التدابير في المواد المدنية، منع حائز المال المتنازع بشأنه من التصرف فيه أو تعيين حارس قضائي له، أو تقرير تدابير الحضانة المؤقتة للأولاد في حالة النزاع المتعلق بفك الرابطة الزوجية، وفي المواد الجزائية باتخاذ تدبير من تدابير الرقابة القضائية أو حجز أدلة الإقناع وغيرها من التدابير التحفظية[3].

و قرار إرجاء الفصل لا يترتب عنه وقف سير التحقيق في موضوع الدعوى، من سماع الشهود وإجراء الخبرات الضرورية وغيرها من إجراءات التحقيق الاخرى، هذا واذا كانت الدعوى في الموضوع تتعلق بشخص محبوس أو مهدد بالحبس سواء كان هو صاحب الدفع بعدم الدستورية أو غيره من الأطراف في الدعوى فإن الجهة القضائية المخطرة بالقضية لا ترجئ الفصل في الدعوى و لا تنتظر قرار المحكمة العليا المرسل إليها الدفع بعدم الدستورية أو مجلس الدولة ولا رأي المجلس الدستوري في حالة إخطاره بهذا الدفع، وتستمر الجهة القضائية المثار أمامها الدفع بعدم الدستورية الفصل في الدعوى، كما ترجئ الجهة القضائية الفصل في دعوى الموضوع إذا كان

[1]_ تنص المادة 10ى من القانون العضوي رقم 16.18: " في حالة إرسال الدفع بعدم الدستورية ترجئ الجهة القضائية الفصل في النزاع إلى غاية توصلها بقرار المحكمة العليا أو مجلس الدولة أو المجلس الدستوري عند إحالة الدفع إليه، غير انه، لا يترتب على ذلك وقف سير التحقيق ويمكن الجهة القضائية أخذ التدابير المؤقتة او التحفظية اللازمة "

[2]_ تنص المادة 11 من القانون العضوي رقم 16.18:" لا ترجئ الجهة القضائية الفصل في الدعوى عندما يكون شخص محروم من الحرية بسبب الدعوى أو عندما تهدف هذه الأخيرة إلى وضع حد للحرمان من الحرية وعندما ينص القانون على وجوب فصل الجهة القضائية في أجل محدد او على سبيل الاستعجال، إذا فصلت الجهة القضائية الابتدائية دون انتظار القرار المتعلق بالدفع بعدم الدستورية وتم استئناف قرارها، ترجئ جهة الاستئناف الفصل فيه، إلا في الحالات المنصوص عليها في الفقرة السابقة ".

[3]_ عبد الكريم دعلاش، المرجع السابق، ص16

القانون يقتضي الفصل في أجل محدد أو على سبيل الاستعجال[1] وهو ما عبرت عنه المادة 11 من القانون العضوي رقم 18ـ16 بنصها :" لا ترجئ الجهة القضائية الفصل في الدعوى عندما يكون شخص محروما من الحرية بسبب الدعوى أو عندما تهدف هذه الأخيرة إلى وضع حد للحرمان من الحرية وعندما ينص القانون على وجوب فصل الجهة القضائية في أجل محدد أو على سبيل الاستعجال ".

وعليه فإن الجهات القضائية الفاصلة في المواد الاستعجالية التي أثير أمامها الدفع بعدم الدستورية المرسل إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة لا ترجئ الفصل في الدعوى ولا تنتظر قرار هاتين الجهتين القضائيتين ولا قرار المجلس الدستوري في حالة إخطاره بالدفع، كما لا ترجئ الجهات القضائية الأخرى غير جهات القضاء الاستعجالي الفصل في الدعوى إذا كان يلزمها بالفصل في الدعوى في أجل محدد كما هو الحال لما حدد المشرع لرئيس المحكمة الفصل في إشكالات التنفيذ ب 15 يوما (المادة 632 قانون الإجراءات المدنية او المادة 742 من نفس القانون) التي حددت الفصل في الاعتراض على قائمة شروط بيع العقار 8 أيام.

إذا فصلت المحكمة العليا في الدفع المرسل إليها أو مجلس الدولة على أنه غير مستوف للشروط القانونية وأنه لا يوجد موجب لإحالته على المجلس الدستوري، يتم إخطار الجهة القضائية المثار أمامها هذا الدفع بذلك وإذا كانت هذه الجهة القضائية لم تفصل بعد في موضوع الدعوى لأن إجراءاتها ما زالت سائرة أمامها فإنها تستمر في إجراءاتها وتفصل في الدعوى وفقا لما يقتضيه القانون ولو باعتماد الحكم التشريعي المعترض فيه، وإذا كانت الخصومة موقوفة بسبب إرجاء الفصل فإنه يتم إعادة السير فيها طبقا لإجراءات إعادة السير في الدعوى من طرف النيابة في المواد الجزائية وبمبادرة ممن لهم ذلك من الأطراف في الدعوى المدنية.

وإذا كانت الجهة القضائية قد فصلت قبل ذلك بحكم أصبح نهائي فلا أثر لذلك على مصير الحكم إذا أحيل الدفع على المجلس الدستوري فإن قراره يكون:

الحالة الأولى: إما باعتبار أن الحكم التشريعي المعترض عليه هو مطابق للدستور، وفي هذه الحالة يتم إخطار الجهة القضائية التي أثير أمامها الدفع بعدم الدستورية بذلك، والتي تفصل في الدعوى وفقا لمقتضيات القانون.

[1] _ عبد الكريم دعلاش، المرجع السابق، ص 16.

الحالة الثانية: إما أن يقرر المجلس الدستوري أن الحكم التشريعي المعترض عليه هو بالفعل غير دستوري وينتهك الحقوق والحريات المنصوص عليها دستوريا فإن هذا الحكم التشريعي يفقد أثره من التاريخ الذي يحدده قرار المجلس الدستوري المادة 191 من الدستور [1]، وهكذا فإذا كانت الجهة القضائية التي أثير أمامها الدفع بعدم الدستورية لم تكن قد فصلت في الدعوى عند حلول هذا التاريخ فيكون لزاما عليها استبعاد تطبيق النص التشريعي المصرح بعدم دستوريته عند الفصل في دعوى الموضوع وعليها أن تحكم في الدعوى دون الاعتماد عليه، ولها أن تفصل في الدعوى باعتماد حكم تشريعي آخر إذا كان هناك محل لذلك، أو باعتماد أحد الأحكام المستنبطة من المصادر الأخرى للقانون Autres sources du Droit.

إذا كانت الجهة القضائية التي أثير أمامها الدفع بعدم الدستورية قد فصلت في دعوى الموضوع بحكم نهائي حائز لقوة الشيء المقضي فيه أو بات، قبل حلول التاريخ المحدد لقرار المجلس الدستوري والمصرح بعدم دستورية النص التشريعي المعترض عليه، فإن لا الدستور ولا القانون العضوي رقم 18_16 قد نص على أثر قرار المجلس الدستوري هذا على الحكم أو القرار الذي أصبح نهائيا.

الفرع الثاني: الدفع أمام الجهات القضائية العليا.

إن الدفع بعدم الدستورية هو دفع منظم بقانون عضوي المتضمن طلب من صاحب الدعوى موجه إلى القاضي لأن يرسل الدفع إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة للفصل في إحالته على المجلس الدستوري ليصدر قراره.

أولا: الإجراءات المطبقة أمام المحكمة العليا ومجلس الدولة.

تطبيقا للمادة 188 من الدستور في شقها المتعلق بالإحالة أمام المجلس الدستوري، أورد القانون العضوي رقم 18_16 خاصة في المواد من 13 إلى 20 الأحكام المتعلقة أمام المحكمة العليا ومجلس الدولة وهي أحكام إجرائية متعلقة بالدفع بعدم الدستورية.

[1]_المادة 191 من الدستور.

01. طرق اخطار الجهات القضائية العليا بالدفع بعدم الدستورية

إذا أصبح المجلس الدستوري يخطر بالدفع بعدم الدستورية عن طريق إحالة من المحكمة العليا أو مجلس الدولة، فما هي طرق إخطار هاتين الجهتين القضائيتين العليين بالدفع المذكور في المادة 188 من الدستور؟

أ ـ: طرق إخطار المحكمة العليا:

تخطر المحكمة العليا بالدفع في إحدى الحالات الاربع التالية:

1_ عن طريق حكم إرسال الدفع صادر عن محكمة أو مجلس قضائي، بالفعل تنص المادة فقرتها الأولى من القانون العضوي رقم 18_16 على أن تفصل الجهة القضائية فورا وبقرار مسبب في إرسال الدفع بعدم الدستورية إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة بعد استطلاع رأي النيابة العامة أو محافظ الدولة.

2_ عن طريق اعتراض على حكم برفض إرسال الدفع صادر عن مجلس قضائي أو محكمة بمناسبة الطعن ضد الحكم أو القرار الفاصل في النزاع أو في جزء منه.

وفي هذا الصدد تنص المادة 09 من القانون العضوي رقم 18_16 فقرتها الثانية يبلغ قرار رفض إرسال الدفع بعدم الدستورية إلى الأطراف ولا يمكن أن يكون محل اعتراض إلا بمناسبة الطعن ضد الحكم الفاصل في النزاع أو في جزء منه ويجب أن يقدم بموجب مذكرة مكتوبة منفصلة ومسببة.

3_ عن طريق دفع يقدم أمامها للمرة الأولى بمناسبة الطعن أمامها بالنقض وفقا لما ورد في نص المادة 2 فقرتها الثانية المصاغ كما يلي:" كما يمكن أن يثار هذا الدفع للمرة الأولى في الاستئناف أو الطعن بالنقض وتنص المادة 14 منه الوارد كما يلي: عندما يثار الدفع بعدم الدستورية أمام المحكمة العليا أو مجلس الدولة مباشرة يفصلان على سبيل الأولوية في إحالته على المجلس الدستوري ضمن الآجال المنصوص عليها في المادة 13 أعلاه "[1].

4_ أن يقدم الدفع أمام المحكمة العليا مباشرة خلال خصومة تنظر فيها في أول وآخر درجة وذلك عملا بأحكام المادة 02 من القانون رقم 18_16فقرتها الأولى التي تنص أنه:" يمكن إثارة الدفع بعدم الدستورية في كل

[1]_ المادة 02 من القانون العضوي رقم 18-16.

محاكمة أمام الجهات القضائية الخاضعة للنظام القضائي العادي والجهات القضائية الخاضعة للنظام القضائي الإداري من قبل أحد أطراف الدعوى الذي يدعي أن الحكم التشريعي الذي يتوقف عليه مآل النزاع ينتهك الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور، وكذلك وفقا لنص المادة 14* من نفس القانون.

ب: طرق إخطار مجلس الدولة.

يخطر مجلس الدولة بالدفع بعدم الدستورية أولا وثانيا بنفس الطريقتين الأوليين المذكورتين أمام المحكمة العليا مع فارق أن الحكم القاضي بإرسال الدفع والحكم القاضي برفض الإرسال المعترض عليه يكونان صادرين عن جهة قضائية إدارية.

ويخطر مجلس الدولة ثالثا بالدفع لأول مرة بمناسبة استئناف أو طعن بالنقض مقدم أمامه حسب المواد 902و903 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والمادة 11 من القانون العضوي رقم 98_01 المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله[1].

وأخيرا يمكن تقديم الدفع بعدم الدستورية مباشرة أمام مجلس الدولة بمناسبة خصومة ينظر فيها في أول وآخر درجة وذلك وفقا لأحكام المادتين 02 فقرتها الاولى والمادة 14 من القانون العضوي رقم 18_16، علما أن مجلس الدولة يختص كدرجة أولى وأخيرة بالفصل في دعاوى الإلغاء والتفسير وتقدير المشروعية في القرارات الإدارية الصادرة عن السلطات الادارية المركزية حسب المادة 901 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

كما يختص بالفصل في القضايا المخولة له بنصوص خاصة.

وكلا من المحكمة العليا ومجلس الدولة عندما يخطران بالدفع مباشرة بمناسبة دعوى مطروحة عليهما يفصلان فيه على سبيل الأولوية عملا بأحكام المادة 14 ويرجئان الفصل في الدعوى في حالة إحالة الدفع على المجلس الدستوري إلا في الحالات المنصوص عليها في المادة 11 من القانون العضوي رقم 18_16.

---

* _ تنص المادة 14 من القانون العضوي 18ـ16: " عندما يثار الدفع بعدم الدستورية أمام المحكمة العليا أو مجلس الدولة مباشرة، يفصلان على سبيل الأولوية في إحالته على المجلس الدستوري ضمن الآجال المنصوص عليه في المادة 13 أعلاه ".

[1] _القانون العضوي رقم 98_01 المرجع السابق.

علما أن هذه الحالات تتعلق إما بقضية يوجد فيها شخص محروم من الحرية أو قضية ترمي إلى وضع حد للحرمان من الحرية أو قضية ينبغي الفصل فيها في أجل محدد أو على سبيل الاستعجال[1].

2_ الفصل في الدفع بعدم الدستورية.

تفصل المحكمة العليا أو مجلس الدولة في إحالة الدفع بعدم الدستورية إلى المجلس الدستوري في أجل شهرين من تاريخ استلام الإرسال الصادر عن الجهة القضائية التي أثير أمامها هذا الدفع.

أ_ أجل فصل الجهة القضائية العليا في الدفع بعدم الدستورية.

المادة 13 من القانون العضوي رقم 18 _16 تنص على أن تفصل المحكمة العليا أو مجلس الدولة في إحالة الدفع بعدم الدستورية إلى المجلس الدستوري في أجل شهرين ابتداء من تاريخ استلام الإرسال المنصوص عليه في المادة 09 من هذا القانون العضوي، وتتم الإحالة إذا تم استيفاء الشروط المنصوص عليها في المادة 08 من هذا القانون العضوي.

يستدعي نص هذه المادة الملاحظتين التاليتين:

أولا: أن الأجل المذكور فيها يتعلق بالطريقة الأولى من طرق إخطار المحكمة العليا ومجلس الدولة يسري من تاريخ استلام هاتين الجهتين القضائيتين لإرسال الدفع الوارد من جهة قضائية دنيا، ولكنه في الحقيقة يطبق كذلك في الحالات الأخرى المتعلقة بطرق إخطار المحكمة العليا ومجلس الدولة وهي طريقة إخطارهما مباشرة بالدفع سواء بمناسبة طعن الاستئناف او بالنقض أو بمناسبة دعوى مقامة مباشرة أمامهما وحتى بمناسبة اعتراض على حكم برفض الإرسال مرفوع بمناسبة طعن ضد حكم فاصل في الموضوع او في جزء منه[2].

ثانيا: أن الإحالة ليست آلية ولكنها تخضع لشروط موضوعية واردة في المادة 08 من القانون العضوي رقم 18ـ16 وأما في الحالة المنصوص عليها في المادة 14 من القانون العضوي رقم 18_16، فيتم الفصل في الدفع بعدم الدستورية مباشرة أمام المحكمة العليا أو مجلس الدولة على سبيل الأولوية، علما أن كلمة أولوية لم ترد في حالة الدفع الوارد عن طريق الإرسال، وإنما وردت في هذه الحالة فقط، والسبب هو عدم إخطار المحكمة العليا أو مجلس

[1]_المادة 18 من القانون العضوي رقم 18_16 المحدد لشروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية.

[2]_محمد روابحي، الاجراءات المطبقة أمام المحكمة العليا ومجلس الدولة في مادة الدفع بعدم الدستورية، مداخلة مقدمة للندوة الوطنية حول موضوع الدفع بعدم دستورية القوانين، المنعقد بالجزائر العاصمة يومي 10و11 ديسمبر 2018، ص07.

الدولة في حالة الإرسال سوى بالدفع من أجل الفصل فيه وحده، دون دعوى الموضوع، بينما في الحالة المنصوص عليها في المادة 14 من القانون العضوي 18ـ16*، يتم تقديم الدفع بمناسبة دعوى ولذلك يتطلب الفصل في هذا الدفع أن يكون على سبيل الأولوية أي قبل الفصل في الدعوى وخلال أجل لا يتعدى شهرين من تاريخ تقديم الدفع[1].

في حالة تجاوز أجل شهرين تنص المادة 20 من القانون العضوي: " في حالة عدم فصل المحكمة العليا أو مجلس الدولة في الآجال المنصوص عليها في المادة 13 يحال الدفع بعدم الدستورية تلقائيا إلى المجلس الدستوري "[2]

ويلاحظ في هذا النص أولا أن فعل يحال بني للمجهول وثانيا وورد كلمة تلقائيا للدلالة على أن الإحالة إلى المجلس الدستوري في حالة تجاوز المحكمة العليا أو مجلس الدولة شهرين من تاريخ تلقيهما للدفع بعدم الدستورية دون الفصل فيه ليست متروكة لتقديريهما وإنما تتم وجوبا بطريقة إدارية من أمانة ضبطهما إلى أمانة ضبط المجلس الدستوري.

وحدد القانون العضوي رقم 18_16 ضمن المادة 19 أجل عشرة (10) أيام لإعلام الجهة القضائية التي أرسلت الدفع بعدم الدستورية وتبليغ الأطراف بقرار المحكمة العليا أو مجلس الدولة، وذلك لتمكين الأطراف والجهة القضائية المرسلة للدفع من معرفة مآله وأثره في باقي إجراءات الخصومة واتخاذهما بالتالي ما يلزم بشأن هذه الإجراءات[3].

* _ عندما يثار الدفع بعدم الدستورية أمام المحكمة العليا أو مجلس الدولة مباشرة يفصلان على سبيل الأولوية في حالته على المجلس الدستوري ضمن الآجال المنصوص عليه في المادة 13 من القانون العضوي 18ـ16.

[1] _ محمد روابحي، المرجع السابق، ص8.

[2] _ المادة 20 القانون العضوي 18.16.

[3] _ محمد روابحي، المرجع السابق.، ص8.

ب_ التشكيلة الفاصلة في الدفع بعدم الدستورية.

تنص المادة 15 من القانون العضوي رقم 18ـ16: يوجه قرار إرسال الدفع بعدم الدستورية المنصوص عليه في المادة 09 إلى الرئيس الأول للمحكمة أو رئيس مجلس الدولة الذين يستطلعان فورا رأي النائب العام أو محافظ الدولة، يتم تمكين الأطراف من تقديم ملاحظاتهم المكتوبة[1].

قد يتساءل متسائل: لماذا نصت هذه المادة فقط على حالة إخطار المحكمة العليا أو مجلس الدولة عن طريق حكم بإرسال الدفع ولم تنص على طرق إخطارهما الأخرى؟ ولمن يوجه الدفع بعدم الدستورية المقدم مباشرة أمام المحكمة العليا أو مجلس الدولة؟

لم يتطرق القانون العضوي لإجراءات حالات الإخطار الأخرى لأن حكم الإرسال المنصوص عليه في المادة 09 منه [2]يحول من رئيس الجهة القضائية المرسلة للدفع إلى رئيس الجهة القضائية العليا المرسل إليها، بينما في حالات الإخطار الأخرى يجب أن تودع العريضة المنفصلة والمسببة بأمانة الضبط وفقا للقواعد الإجرائية المعمول بها أمام الجهات القضائية وهي القواعد واجبة التطبيق بنص المادة 05 من القانون العضوي رقم 18_16[3].

ونظرا من جهة أولى لأهمية قرار الإحالة في حالة صدوره ومن جهة ثانية لأهمية قرار رفض الإحالة وفق نص المادة 16 من القانون العضوي رقم 18_16.

3. آثار قرار الإحالة على سير الخصومة.

الإحالة عملية أساسية في الدفع بعدم الدستورية لتحريك رقابة المجلس الدستوري على أن يرفع مجلس الدولة أو المحكمة العليا المسألة إليه عن طريق قرار مسبب مصحوبا بمذكرات وعرائض الأطراف المنفصلة والمسببة [4] في أجل شهرين من تاريخ إرسال الدفع.

---

[1] _رحموني محمد، رحلي سعاد، المرجع السابق، ص78.

[2] _ المادة 09 من القانون 18 ـ 16.

[3] _ 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.

[4] _ ابراهيم بلمهدي، آلية الدفع بعدم الدستورية في أحكام التعديل الدستوري، مجلة الدراسات القانونية، المجلد رقم 03 العدد01، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المدية. ص 176.

أ: في حالة صدور قرار الإحالة بناء على حكم بإرسال الدفع.

في هذه الحالة يترتب على قرار الإحالة الصادر عن المحكمة العليا أو مجلس الدولة استمرار وإرجاء الفصل في النزاع الذي يفترض أن قاضي الموضوع قد امر به بمجرد صدور الحكم بإرسال الدفع عملا بالمادة 10 من القانون العضوي رقم 18_16.

مع التنبيه إلى أنه في حالة عدم إرجاء الفصل من طرف محكمة الموضوع عملا بالمادة 11 فقرتها الأولى من القانون العضوي رقم 18_16، فإن المحكمة العليا أو مجلس الدولة ينظر في هذه الحالة في مدى تأسيس الدفع من عدمه ولا يتخذ أي إجراء بشأن إرجاء الفصل في موضوع الدعوى إلا إذا كان مخطرا بالدفع مع ملف النزاع عبر طريقة أخرى، سواء كانت استئنافا أو طعنا بالنقض حسب اختصاص كل جهة قضائية عليا أو دعوى ينظر فيها كجهة أول وآخر درجة.

ب_ في حالة صدوره بناء على طريقة إخطار أخرى.

تنص المادة 2/11 من القانون العضوي رقم 18ـ16 على ما يلي:" إذا فصلت الجهة القضائية الابتدائية دون انتظار القرار المتعلق بالدفع بعدم الدستورية وتم استئناف قرارها ترجئ جهة الاستئناف الفصل فيه إلا في الحالات المنصوص عليها في الفقرة السابقة".

علما أن الفقرة الاولى من نفس المادة 11 تحدد الحالات التي لا ترجئ فيها الجهة القضائية الفصل في الدعوى رغم إرسال الدفع بعدم الدستورية، كما أن الحالة المنصوص عليها في المادة 2/11 يمكن تصور تطبيقها أمام مجلس الدولة باعتباره حاليا جهة استئناف للأحكام الصادرة عن المحاكم الادارية وليس أمام المحكمة العليا باعتبارها جهة طعن بالنقض.

أما فيما يخصها أي المحكمة العليا فتطبق أحكام المادة 12 من القانون العضوي رقم 18ـ16* والتي تسري أيضا على مجلس الدولة باعتباره جهة طعن بالنقض في بعض المواد، مع الملاحظة أنه ينبغي تصور وجود

* _ تنص المادة 12 من القانون العضوي رقم 16_18 :"إذا تم تقديم طعن بالنقض وكان قضاة الموضوع قد فصلوا في القضية دون انتظار قرار المحكمة العليا أو قرار مجلس الدولة أو قرار مجلس الدستوري عند إحالة الدفع إليه، يتم إرجاء الفصل في الطعن بالنقض غلى غاية الفصل في الدفع بعدم الدستورية، غير أنه لا يتم إرجاء الفصل من طرف المحكمة العليا أو مجلس الدولة عندما يكون المعني محروما من الحرية بسبب الدعوى أو عندما تهدف هذه الخيرة إلى وضع حد للحرمان من الحرية أو إذا كان القانون يلزمهما بالفصل في أجل محدد أو على سبيل الاستعجال".

حرمان من الحرية المنصوص عليه في نص المادة ضمن ملف جزئي يخص المحكمة العليا وحدها دون مجلس الدولة، فالمشرع إنما أورد هنا الحرمان من الحرية فقط من باب تعداد الحالات التي لا يرجأ فيها الفصل في الدعوى مع احترام الاختصاص النوعي لكل من المحكمة العليا ومجلس الدولة.

وفي كل الأحوال لا تطبق أحكام المادتين 11 فقرتها الاولى و2/12 أمام مجلس الدولة سوى في حالتي تحديد القانون أجلا للفصل أو في حالة الاستعجال.

ولهذا تنص المادة 18 من القانون العضوي رقم 16.18:" عند إحالة الدفع إلى المجلس الدستوري يتعين على المحكمة العليا أو مجلس الدولة إرجاء الفصل إلى حين البت في الدفع بعدم الدستورية إلا إذا كان المعني محروما من الحرية بسبب الدعوى أو عندما تهدف هذه الأخيرة إلى وضع حد حرمان من الحرية أو إذا كانا ملزمين قانونا بالفصل في أجل محدد أو على سبيل الاستعجال".

وتطبق أحكام هذه المادة على جميع إخطار المحكمة العليا أو مجلس الدولة بالدفع بعدم الدستورية المفصلة أعلاه باستثناء حالة الإرسال الوارد إليهما من جهة قضائية دنيا سبق لها إرجاء الفصل في الدعوى ضمن شروط المادة 10 من القانون العضوي إلا إذا كانا مخطرين بملف الدعوى في إطار طريقة من طرق الطعن[1].

ثانيا: قرار الإحالة.

لقد منح التعديل الدستوري في الجزائر لسنة 2016 للسلطة القضائية اعتماد نظام إحالة الدفع بعدم الدستورية بعد تصفيتها من طرف القضاء إلى المجلس الدستوري من أجل استبعاد الدفوع الكيدية والاقتصار على إحالة الدفوع الجدية إلى المجلس الدستوري لمراقبة مدى مطابقتها للدستور.

01. إجراءات إعداد قرار الإحالة

عندما يتلقى الرئيس الأول للمحكمة العليا أو رئيس مجلس الدولة الدفع بعدم الدستورية يقوم كل واحد منهما مباشرة باستطلاع رأي النائب العام أو محافظ الدولة حسب الحالة، وكذلك تمكين أطراف الخصومة التي أثير بمناسبتها الدفع من تقديم ملاحظاتهم المكتوبة وهذا عملا بأحكام المادة 15 من القانون العضوي رقم 18_16.[2]

[1] _ محمد روابحي ، المرجع السابق، ص12.

[2] _ محمد روابحي، المرجع نفسه، ص13.

لم يوضح المشرع كيفية استطلاع رأي النائب العام لدى المحكمة العليا أو محافظ الدولة بمجلس الدولة وتمكين الأطراف من تقديم ملاحظاتهم المكتوبة، لكن بالرجوع إلى المادة 05 من القانون العضوي رقم 18_16، التي تحيل في مسألة معالجة الدفع بعدم الدستورية أمام الجهات القضائية التي يثار أمامها هذا الدفع إلى القواعد الإجرائية الواردة بقانون الإجراءات المدنية والإدارية وقانون الإجـراءات الجـزائية، يتبين أن إجراءات استـطلاع رأي النائب العام أو محافظ الدولة وكذلك تلك المتعلقة بالملاحظات المكتوبة لأطراف الخصومة تخضع لأحكام القانونين المذكورين من حيث الشكل والآجال على أن لا يتعدى الفصل في إحالة الدفع إلى المجلس الدستوري من عدمه في كل الأحوال شهرين من تاريخ استلام الدفع تطبيقا لنص المادة 13 من القانون العضوي رقم 18_16.

في هذا الإطار يتم أمام المحكمة العليا تطبيق أحكام المادة 570 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الوارد نصها كما يلي:" يعين رئيس الغرفة مستشارا مقررا يكلف بإعداد تقرير كتابي وإرسال ملف القضية إلى النيابة العامة لتقديم طلباتها الكتابية ... ".

وأما مجلس الدولة فتطبق أحكام المادة 838 من نفس القانون الوارد في القسم الخاص بالمحكمة الإدارية واجبة التطبيق أيضا أمام مجلس الدولة بموجب أحكام المادة 915 من القانون المذكور والتي نصها كما يلي:" تودع المذكرات والوثائق المقدمة من الخصوم بأمانة ضبط المحكمة الادارية ..." [1].

مع الإشارة أن استطلاع رأي النائب العام لدى المحكمة العليا أو محافظ الدولة بمجلس الدولة يتم فورا أي مباشرة بعد تلقي الدفع وتكوين التشكيلة المعينة بالفصل في الدفع وتعيين المستشار المقرر[2].

من ناحية أخرى فآجال تقديم الرأي والملاحظات يجوز أن تختصر عند الضرورة لتمكين المحكمة العليا ومجلس الدولة من الفصل خلال أجل شهرين المنصوص عليه في المادة 13 من القانون العضوي رقم 18_16 الذي تسمو قواعده الإجرائية، في هذه الحالة على قواعد قانون الإجراءات المدنية والادارية، بنص المادة 05 من نفس القانون العضوي.

[1] _القانون رقم 08_09 المرجع السابق.

[2] -المادة 15 و16 من القانون العضوي رقم 18-16.

ولا حاجة للإشارة إلى أن التمثيل بمحام معتمد لدى المحكمة العليا ومجلس الدولة خلال كل الإجراءات المتعلقة بالدفع بعدم الدستورية أمام الجهتين القضائيتين العليتين أمر بديهي بالنظر إلى الأحكام الواردة بالقانونين المذكورين.

فالمادتان 558 و906 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية تنصان على وجوب تمثيل الخصوم بمحام أمام المحكمة العليا ومجلس الدولة، ويستثنى من ذلك الدولة والولاية والبلدية والمؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية.

كما نصت المادة 505 فقرتها الثالثة من قانون الإجراءات الجزائية [1] على وجوب توقيع المودعة أمام المحكمة العليا من طرف محام معتمد لدى هذه الجهة القضائية.

وبصفة عامة تراعى قواعد المحاكمة العادلة في كل إجراءات معالجة الدفع بعدم الدستورية والفصل فيه.

ثم في حالة صدور قرار الإحالة على يد التشكيلة المنصوص عليها في المادة 16 من القانون العضوي رقم 18ـ16، يرسل هذا القرار إلى رئيس المجلس الدستوري مرفقا بمذكرات وعرائض الأطراف وذلك عملا بأحكام المادة 17 من نفس القانون*.

والمقصود هنا بالمذكرات والعرائض ما قدمه أطراف الخصومة من كتابات متعلقة بمناقشة الدفع وليس الكتابات المتعلقة بموضوع الدعوى، لأن المجلس الدستوري مخطر بدفع موضوعي في عدم الدستورية ليصدر رأيه في مدى انتهاك الحكم التشريعي المعترض عليه للحقوق والحريات التي يضمنها الدستور من عدم ذلك دون اهتمامه بموضوع النزاع، فهو قاضي الدفع وليس قاضي الدعوى، والدليل على ذلك ما ورد في نص المادة 23 من القانون العضوي رقم 18ـ16 من أن انقضاء الدعوى تمت بمناسبتها إثارة الدفع بعدم الدستورية لأي سبب كان لا يؤثر على الفصل في الدفع بعدم الدستورية الذي تم إخطار المجلس الدستوري به.

---

[1] _أمر رقم 66_155، المتضمن قانون الاجراءات الجزائية، المؤرخ في 08يوينو1966، ج ر العدد 48، المنشورة في 10يوينو1966، المعدل والمتمم بالأمر رقم 15_02، المؤرخ في 23جويلية 2015، ج ر العدد 40، المنشورة في 2015/07/23، المعدل بالقانون رقم 17_07 المؤرخ في 27مارس2017، ج ر 20 المنشورة في 29مارس2017، وبالقانون رقم 18_06، المؤرخ في 10 يونيو 2018، ج ر العدد34، المنشورة في 10 يونيو 2018.

* _ تنص المادة 17 من القانون العضوي 16_18:"يرسل إلى المجلس الدستوري القرار المسبب للمحكمة العليا أو مجلس الدولة عند إحالته الدفع إليه مرفقا بمذكرات وعرائض الأطراف".

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

بالمقابل القانون العضوي رقم 18ـ16 لم ينص على إعلام المجلس الدستوري بقرار رفض الإحالة والسبب قد يرجع إلى تقيد المشرع عند تحديده لشروط وكيفيات تطبيق الفقرة الأولى من المادة 188 من الدستور التي تنص:

" يمكن إخطار المجلس الدستوري بالدفع بعدم الدستورية بناء على إحالة من المحكمة العليا أو مجلس الدولة ... ".

إذ يلاحظ إنها لم تنص على حالة عدم الإحالة، لكن لا يوجد في أحكام القانون العضوي المذكور ما يمنع إرسال هذا القرار إلى المجلس الدستوري، فضلا عن كون إعلام هذا الاخير به من شأنه أن يجعله على علم من جهة أولى بعد الدفوع الواردة إلى المحكمة العليا ومجلس الدولة وطبيعة الأحكام القانونية المطعون في دستوريتها، ومن جهة ثانية على علم باجتهاد الجهتين القضائيتين العلويتين في مادة الدفع بعدم الدستورية.

مع الإشارة الى أن المادة 19 من القانون العضوي المتعلقة بإعلام الجهة القضائية التي أرسلت الدفع بعدم الدستورية بقرار المحكمة العليا أو مجلس الدولة وتبليغ الأطراف به تشمل أيضا قرار رفض الإحالة لأنها ذكرت قرار المحكمة العليا أو مجلس الدولة بصيغة الإطلاق ولم تخصص ذلك الإعلام لقرار الإحالة وحده[1].

02_ شكل ومضمون قرار الإحالة.

إن كل الإجراءات التي شرعت لتكلل في النهاية بقرار الإحالة أو عدم إحالته إلى المجلس الدستوري، فالمحكمة العليا أو مجلس الدولة محطة مفصلية في هذه الإجراءات بمعنى هاتين الجهتين القضائيتين العليين هما من تقرران وحدهما في نهاية المطاف إخطار المجلس الدستوري أو عدم إخطاره بالدفع بعدم الدستورية، ولا يخطر المجلس الدستوري بالدفع بطريقة أخرى.

وإذا تم إخطاره بالدفع عن طريق إحالة يكون المجلس الدستوري وحده السيد في تقرير دستورية الحكم التشريعي المعترض عليه أو عدم دستوريته، ومن هنا تظهر أهمية قرار الإحالة في حالة صدوره.

[1]_ مُحَمَّد روابحي، المرجع السابق، ص 16.

كيف يكون شكل هذا القرار او مضمونه؟

لم يحب القانون العضوي عن هذا السؤال كما انه لا يوجد بعد اجتهاد للمحكمة العليا ومجلس الدولة في هذا المجال ومن باب أولى لا يوجد كذلك اجتهاد المجلس الدستوري.

أ_ شكل قرار الإحالة[1].

إن قرار الإحالة الصادر عن المحكمة العليا أو مجلس الدولة هو إذن حكم قضائي بكل ما لهذا المصطلح من معنى ومن المعلوم فقها وقانونا أن لكل حكم قضائي عناصر يتكون منها تمنحه شكل الحكم وهي: الديباجة ثم عرض الوقائع والإجراءات ثم الأسباب وأخيرا المنطوق.

إن قرارات المحكمة العليا ومجلس الدولة لا تشذ عن هذه القاعدة وتخضع حسب الاختصاص النوعي لكل منهما دون حاجة إلى التفصيل للأحكام الواردة بالكتاب الأول من قانون الإجراءات المدنية والإدارية المطبقة أمام كل الجهات القضائية (المواد 270 الى 298) وتلك الواردة بالكتاب الرابع من نفس القانون المتعلقة بالإجراءات المتبعة أمام الجهات القضائية الإدارية (المواد 888 و889 و916) وكذلك لأحكام المادتين 521 و522 من قانون الإجراءات الجزائية.

لكن أخذا من جهة بأحكام المادة 05 من القانون العضوي التي تحيل إلى أحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية وقانون الإجراءات الجزائية واستنباطا من جهة أخرى من الاجتهاد المقارن في هذا المجال يمكن تصور قرار الإحالة باعتباره حكما قضائيا بمفهوم المادة 08 فقرتها الخامسة من قانون الإجراءات المدنية والإدارية كقرار يتضمن كل عناصر الحكم القضائي الواردة بالقانون الإجراءات المدنية والإدارية وقانون الإجراءات الجزائية، ولا شك أن المعالجة المستقبلية لقضايا الدفع بعدم الدستورية من طرف المحكمة العليا ومجلس الدولة سترسخ الشكل النهائي لقرار الإحالة ومضمونه.

ب_ مضمون قرار الإحالة.

مثلما لم ينص القانون العضوي على شكل قرار الإحالة واكتفى في هذا الجانب بذكر بعض الإجراءات منها أجل الفصل والتشكيلة المختصة ووجوب أخذ رأي النيابة العامة أو محافظ الدولة فورا وملاحظات الاطراف الكتابية وحالات إرجاء الفصل واستثناءاته فهو لم ينص على مضمون هذا القرار مكتفيا بالقول إنه يصدر إذا تم

[1]_ محمد روابحي، المرجع السابق، ص 16

استيفاء الشروط المنصوص عليها في المادة 08 من القانون العضوي رقم 18_16، وأنه يكون مسببا طبقا للمادة 17من نفس القانون.

وعليه فإن تشكيلة المحكمة العليا أو مجلس الدولة الفاصلة في إحالة الدفع بعدم الدستورية مطالبة بناء على وسائل الطرف المثير للدفع وملاحظات أطراف الخصومة وعناصر الدعوى التي بمناسبتها أثير الدفع وعند الاقتضاء أسباب حكم إرسال الدفع بالتحقق أولا من مدى قبول الدفع من حيث تقديمه في شكل مذكرة مكتوبة منفصلة ومسببة، ثم في حالة استيفائه لهذا الشرط الشكلي مطالبة ثانيا بالتحقق من مدى توفر الشروط الثلاثة المنصوص عليها في المادة 08 من القانون العضوي وهي[1]:

01_ أن يتوقف على الحكم التشريعي المعترض عليه مآل النزاع او أن يشكل اساسا المتابعة.

02 _ألا يكون الحكم التشريعي قد سبق التصريح بمطابقته للدستور باستثناء تغيير الظروف

03_ أن يتسم الوجه المثار بالجدية.

وأما مسألة تسبيب قرار الإحالة فهي مسالة كان يمكن للقانون العضوي ألا يوردها في متنه لأن جميع الأحكام القضائية يجب أن تسبب بنص المادة 162 من الدستور[2]، لكن القانون العضوي نص عليها من باب التأكيد على خصوصية هذا التسبيب ودقته ومتانته بالنظر إلى أهميته الموضوع المعالج وخطورته، فالقول أن حكما تشريعيا يحتمل أن يكون مخالفا للدستور ويتطلب رأي المجلس الدستوري حول مدى دستوريته ليس بالأمر الهين ويتطلب قرار مسببا تسبيبا خاصا[3].

ولذلك أكد القانون العضوي على أن قرار الإحالة يكون مسببا.

الأكثر من ذلك فالاطلاع على الاجتهاد المقارن يبين أن القرار القاضي بأن لا وجه للإحالة إلى المجلس الدستوري بحجة أنه لا يوجد ما يستدعي هذه الإحالة يتطلب تسبيبا أعمق وأمتن من تسبيب قرار الإحالة لأن قرار رفض الإحالة قرار خطير النتائج لمنعه الدفع بعدم الدستورية من الوصول إلى المجلس الدستوري.

[1] _القانون العضوي رقم 18_16.

[2] _ تنص المادة 1/162 من الدستور:" تعلل الأحكام القضائية، وينطق بها في جلسات علنية".

[3] _مُحَمَّدي روابحي، المرجع السابق، ص19.

وأما فيما يخص منطوق القرار فهذا الأخير يقضي إما بإحالة الدفع إلى المجلس الدستوري إذا استوفى هذا الدفع شروطه الشكلية والموضوعية وإما بأن لا وجه لإحالته في حالة عدم استيفائه لهذه الشروط.

فإذا استوفى الدفع المرسل إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة أو المثار أمامهما شروطه المذكورة في القانون العضوي والمفصلة قضيا بإحالته على المجلس الدستوري، وإذا تخلف فيه أحد هذه الشروط او أكثر قضيا بعدم الإحالة امتثالا منهما لنص الدستور أولا ونص القانون العضوي ثانيا.

فالمحكمة العليا أو مجلس الدولة مطالبان في تسبيب القرار الإحالة من حيث الموضوع بالتقرير أولا أن الحكم التشريعي المعترض عليه يتوقف عليه مآل النزاع فعلا . يخص هذا الأمر النزاعات المدنية والإدارية برمتها . أو أنه يشكل أساسا للمتابعة، في الدعوى الجزائية، ولن يتيسر لهما ذلك إلا عبر التشكيلة الخاصة المنصوص عليها في المادة 16 من القانون العضوي التي يرأسها رئيس الجهة القضائية العليا أو نائبه وتضم رئيس الغرفة المعنية وثلاثة مستشارين يعينهم رئيس الجهة القضائية حسب الحالة.

وإن من شأن نوعية التشكيلة الملم قضاتها بالمدة القانونية المعالجة للنزاع أن تيسر للمحكمة العليا أو مجلس الدولة الحسم في مدى توقف مآل هذا النزاع على الحكم التشريعي المعترض عليه أو مدى تشكيل هذا الحكم التشريعي أساسا للمتابعة.

كما أن المحكمة العليا ومجلس الدولة مطالبان أيضا من جهة ثانية بالتأكد على أن الحكم التشريعي المعترض عليه لم يسبق التصريح بمطابقته للدستور، فإذا كانت هذه المسألة لا تثير أي إشكال لأسباب بديهية فإن مسألة تغيير الظروف تتطلب شيئا من التقدير[1].

إن الوجه المثار المتعلق بالشرط الثالث وهو الجدية يبقى مسألة مهمة، ويتطلب تسبيب مدى توفر هذا الشرط عرض القرار لمواد الدستور الضامنة للحقوق والحريات (المواد 32 إلى 73 من الدستور) التي ترى المحكمة العليا أو مجلس الدولة أن الحكم التشريعي المعترض عليه يثير بالفعل شكا جديا حول إمكانية انتهاكه لها، وهذه المسألة دقيقة جدا لا يجوز فيها للمحكمة العليا أو مجلس الدولة في أسباب القرار أن يحسما مسألة وجود انتهاك للدستور، وإلا تعديا على صلاحيات المجلس الدستوري وإنما يجوز لهما فقط القول أن هناك من العناصر ما يكفي لإحالة الدفع على المجلس الدستوري ليقدم رأيه بشأن مدى دستورية الحكم التشريعي المدفوع بمخالفته للدستور مع

[1]_ مُحَمَّد روابحي، المرجع السابق، ص21.

ذكر هذا الحكم التشريعي في منطوق قرار الإحالة وكذلك الحقوق والحريات الدستورية المحتج بها من قبل الطرف المثير للدفع[1].

المطلب الثاني: إجراءات الدفع بعدم الدستورية امام المجلس الدستوري.

نستنتج من خلال القانون العضوي رقم18_16 الإجراءات القانونية التي تتبع أمام المجلس الدستوري، لممارسة الدفع بعدم الدستورية، المرتبطة بطرق الولوج إلى العدالة القضائية كما يمكننا الوقوف على إجراءات وأنماط ممارسة الدفع أمام المجلس الدستوري.

الفرع الأول: الإجراءات الأساسية المطبقة أمام المجلس الدستوري.

تتحدد الإجراءات الأساسية للدفع بعدم الدستورية أمام المجلس الدستوري بأطر دستورية وتشريعية وتنظيمية، حيث تشكل المادة 188 من الدستور بعد تعديله في مارس 2016، أساسا لهذه الآلية القانونية الجديدة التي تسمح للمواطن بالدفاع عن الحقوق والحريات التي يكفلها الدستور، وأحالت المادة 188 للقانون العضوي تحديد شروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية، هذه الإجراءات هي المحددة والمتبعة أمام المجلس الدستوري في الدفع بعدم الدستورية وتتمثل في العناصر التالية:

أولا: الإحـالة

لقد تأسست آلية الدفع بعدم الدستورية بموجب المادة 188 من الدستور، وحددت بأن هذا النوع من الإخطار لا يكون مباشرة وإنما عن طريق إحالة من المحكمة العليا أو من مجلس الدولة، على غرار ما هو مقرر في فرنسا وبعض التجارب الإفريقية حصر الإحالة للمجلس الدستوري في المحكمة العليا ومجلس الدولة[2].

ويمكن تمييز ثلاثة (03) أشكال للإحالة:

[1]_ محمد روابحي، المرجع السابق، ص 21.

[2]_ محمد ضيف، الأمين، إجراءات الدفع بعدم الدستورية أمام المجلس الدستوري، مداخلة مقدمة للندوة الوطنية حول موضوع الدفع بعدم دستورية القوانين، من تنظيم وزارة العدل، الجزائر يومي 10 و11 ديسمبر 2018، ص4.

1- الشكل الأول هو الإحالة العادية ويتلقى المجلس الدستوري الإحالة، طبقا لأحكام المادة 17 من القانون العضوي رقم 18- 16 المحدد لشروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية، في حالة قبول المحكمة العليا أو مجلس الدولة الدفع، وذلك بقرار معلل أو مسبب مصحوب بمذكرات وعرائض الأطراف.

2- الشكل الثاني للإحالة تتمثل في حالة انقضاء الأجل المحدد للمحكمة العليا أو مجلس الدولة للفصل في الدفع وإحالة الدفع إلى المجلس الدستوري، ففي هذه الحالة أقر القانون العضوي رقم 18-16 في المادة 20 "في حالة عدم فصل المحكمة العليا أو مجلس الدولة في الآجال المنصوص عليها في المادة 13 أعلاه، يحال الدفع بعدم الدستورية تلقائيا إلى المجلس الدستوري".

ولا شك أن المجلس الدستوري سيفصل في النظام المحدد لقواعد عمله إجراءات الإحالة التلقائية وذلك لأن القانون العضوي لم يشر إلى كيفيات معالجة الإحالة التلقائية وهو ما حاول المجلس الدستوري تداركه في رأيه حول رقابة دستورية القانون العضوي رقم 18-16 بإثارته تحفظ تفسيري حول المادة 20 بترقيمها الجديد، حيث فسر المادة بأن قصد المشرع العضوي في حالة الإحالة التلقائية هو ضرورة إرسال الجهة القضائية العليا المعنية لملف الدفع بعدم الدستورية إلى المجلس الدستوري[1].

3- الشكل الثالث حالة رفض المحكمة العليا أو مجلس الدولة الإحالة فإن ذلك يقتضي إرسال نسخة من القرار المسبب المتضمن الرفض الصادر عن المحكمة العليا أو مجلس الدولة إلى المجلس الدستوري.

والحقيقة أن القانون العضوي رقم 18 - 16 لم يتضمن حكما يوجب إرسال نسخة إلى المجلس الدستوري، حيث أن الفقرة 2 من المادة 13 من ذات النص، تنص على أن الإحالة إلى المجلس الدستوري في حالة استيفاء الدفع للـــشروط الواردة في المادة 8، دون النص على ما يتوجب فعـــله في حالة رفض الإحالة من المحكمة العليا أو مجلس الدولة، إلا أن المجلس الدستوري و من خلال رقابته لدستورية الفقرة 2 من المادة 13 من القانون العضوي، رأى أنه اعتبارا للمهمة التي خوله إياها الدستور بالسهر على احترام الدستور، و ما تقتضيه هذه المهمة من احترام المبدأ الدستوري القاضي بتوزيع الاختصاصات بين السلطة القضائية و المجلس الدستوري باعتباره هيئة مستقلة مكلفة بالفصل في دستورية الحكم التشريعي المعترض عليه في الدفع بعدم الدستورية، و انطلاقا من هذه المهمة التي تنص عليها المادة 182 من الدستور و متطلبات الشفافية، تقتضي إرسال نسخة للمجلس

[1]_ محمد ضيف، الأمين، المرجع السابق، ص5.

الدستوري من القرار المسبب الذي من خلاله تقرر المحكمة العليا أو مجلس الدولة عدم إحالة الدفع بعدم الدستورية إلى المجلس الدستوري، فربط المجلس الدستوري دستورية هذه المادة بمدى مراعاة هذا التحفظ التفسيري الذي أبداه بهذا الخصوص، حيث أن التحفظ الذي يبديه المجلس الدستوري في الحقيقة هو تفسير يقدمه للحكم المعني وشرط لدستورية ذلك الحكم التشريعي، حيث أن عدم الأخذ بالتحفظ الذي أبداه المجلس بإرسال نسخة من قرار رفض الإحالة يجعل هذه المادة غير دستورية، فالتحفظ هو تقنية يستخدمها المجلس الدستوري لإنقاذ نص معين، وإذا لم يحترم الشرط فإن الحكم أو المادة المعنية تصبح غير مطابقة للدستور وبالتالي لا يمكن تطبيقها[1].

كما أن مسألة الإحالة تطرح تساؤلا آخر هو ما مدى إمكانية قاضي الموضوع بالاكتفاء بتعليل أو تسبيب عدم قبول الدفع المثار أمامه من خلال الإحالة إلى قرار رفض سابق صادر عن المحكمة العليا أو مجلس الدولة؟ أم أن التصريح بعدم القبول يتوقف على عدم توفر شروط قبول الإحالة مجتمعة كما أقر ذلك القانون العضوي؟ فقاضي الموضوع ليس له الحق طبقا للقانون العضوي، في تسبيب قرارات عدم قبول الإحالة بالرجوع لقرارات الرفض السابقة، وهذا التحليل يستدرجنا أن نختمه بتساؤل آخر ماذا لو اكتشف المجلس الدستوري بعد اطلاعه على العديد من قرارات رفض الإحالة إليه من المحكمة العليا أو مجلس الدولة، وكان أحدها أو البعض منها تحمل خطأ في تقدير عدم توفر شروط الإحالة؟ كيف يتصرف المجلس الدستوري في مثل هذه الحالات[2]؟

وإذا لجأنا في موضوع الإحالة للمقارنة فنجد أن المادة 7/23 من القانون العضوي المتعلق بتطبيق المادة 01/61 من الدستور الفرنسي[3] أقرت نفس الإجراءات التي أخذ بها المشرع العضوي الجزائري، حيث نصت على الإحالة للمجلس الدستوري للمسألة الدستورية ذات الأولوية بتوفر الشروط الثلاث، كما أقرت الإحالة التلقائية في حالة عدم بت كلا من مجلس الدولة أو محكمة النقض في الإحالة ضمن أجال الـ 3 أشهر المتاحة لها، إلا أنه في حالة رفض الإحالة نصت المادة المذكورة صراحة على إرسال نسخة من قرار الرفض للمجلس الدستوري.

---

[1]_ محمد ضيف، المرجع السابق، ص6.

[2]_ محمد ضيف، المرجع السابق، ص6.

[3]_ LOI organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution.

نصت المادة 7/23: " يرفق القرار المعلل لمجلس الدولة او محكمة النقض، القاضي بإشعار المجلس الدستوري، بمذكرات او بالطلبات الختامية للطرفين، يتسلم المجلس الدستوري نسخة من القرار المعلل الذي قرر بمقتضاه مجلس الدولة أو محكمة النقض عدم إشعاره بمسألة ذات الأولوية، في حال لم يصدر مجلس الدولة او محكمة النقض قرارا في الموعد المحدد في المادتين 23 ـ 4 و23 ـ 5، تحال المسألة الى المجلس الدستوري.

ثانيا: قواعد المحاكمة العادلة

إن القراءة المتأنية للمادة 188 من الدستور والمصطلحات الواردة فيها كالإحالة والادعاء والأطراف والمحاكمة والجهة القضائية ومآل النزاع، يبين قضائية هذا الإجراء، كما أن الأحكام المنظمة لها في القانون العضوي تؤكد اتجاه المؤسس الدستوري والمشرع العضوي إلى ضرورة إخضاع هذه الآلية لقواعد المحاكمة العادلة. ولقد تضمن الفصل الرابع من القانون العضوي رقم 18-16المبادئ الأساسية وترك للنظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري مهمة تحديد إجراءات وكيفيات ممارسة قواعد المحاكمة العادلة، وإذا عدنا إلى هذه النصوص وكذا القضاء الدستوري المقارن لاسيما في التجارب المشابهة مثل فرنسا، يمكن حصر هذه القواعد في الأوجه الآتية:

1-قاعدة الوجاهية.

تعد قاعدة الوجاهية من أهم إجراءات المحاكمة العادلة، وهذا من خلال توجيه ملاحظات الأطراف والسلطات وتعقيب وجواب كل طرف على ملاحظات الأطراف الأخرى في الدعوى الدستورية، ولقد نص القانون العضوي رقم 18-16 على قاعدة الوجاهية حيث أكدت المادة 22 الفقرة 2 منه[1] على المبدأ من خلال تمكين الأطراف وممثل الحكومة من تقديم ملاحظاتهم كتابيا.

إن القراءة الأولية للمادة 22 من القانون العضوي تظهر أن المشرع العضوي يحصر مبدأ الوجاهية في جانبه الشفهي أثناء الجلسات حيث جاء النص على ذلك في الفقرة الثانية بينما نصت الفقرة الأولى من المادة 22 على مبدأ علنية الجلسات إلا في الحالات الاستثنائية التي يحددها النظام المحدد لقواعد عمل المجلس، فهل يفهم من ذلك أن الوجاهية تتم بتوجيه الملاحظات شفاهية أثناء الجلسة فقط؟، بالرجوع إلى المقارنة مع التجربة الفرنسية، نلاحظ أن الوجاهية تنصرف إلى مواجهة الدفوع والملاحظات والوثائق الثبوتية بين الأطراف وتتم على صورتين[2]:

أ- الوجاهية الكتابية.

وتتمثل في إشعار الأطراف والسلطات الأربعة في فرنسا المتضمن الإشعار بالآجال التي يقدم خلالها الأطراف والسلطات الملاحظات الكتابية، ثم تبليغ نسخة من الملاحظات إلى الأطراف والسلطات وذلك لتمكينهم

[1]_تنص المادة 22 من القانون العضوي رقم 16_18:"يتم تمكين الأطراف الممثلين من قبل محاميهم وممثل الحكومة من تقديم ملاحظاتهم وجاهيا".

[2]_محمد ضيف، المرجع السابق، ص7.

من الرد عليها وتقديم ملاحظات ثانية في أجل أقصر شريطة أن تنحصر الملاحظات الثانية فقط في الإجابة على الملاحظات الأولى التي بلغت للأطراف والسلطات[1].

ب–الوجاهية العلنية أو الشفاهية.

والتي تتم في الجلسة العلنية التي يكون فيها الأطراف ممثلين بمحاميهم[2]، والسلطات أو ممثليهم مدعوون لتقديم ملاحظاتهم ومرافعاتهم شفاهية أمام الجلسة التي يحددها المجلس الدستوري أو المحكمة الدستورية، هذا ما نصت عليه المادة 8/23 من القانون العضوي[3] المتعلق بمسألة أولية الدستورية والمادة الأولى من النظام الداخلي للمجلس الدستوري الفرنسي الخاص بمسألة الأولية الدستورية:" يشعر المجلس الدستوري المحال عليه، تطبيقا لمقتضيات هذه المادة، وبشكل فوري، رئيس الجمهورية والوزير الأول، ورئيس الجمعية الوطنية ومجلس الشيوخ، الذين يسوغ لهم توجيه ملاحظاتهم إلى المجلس الدستوري حول المسألة الدستورية ذات الأولية التي تمت إحالتها عليهم"[4]

2– علنية الجلسات.

لقد أقر القانون العضوي رقم 18-16 في المادة 22 مبدأ علنية الجلسات حيث نصت فقرتها الأولى "تكون جلسة المجلس الدستوري علنية إلا في الحالات الاستثنائية المحددة في النظام المحدد لقواعد عمله"[5][6] فهذه المادة أكدت على أهمية مبدأ العلنية التي تسمح للأطراف و السلطات عن طريق ممثليهم تقديم ملاحظاتهم شفاهية داخل الجلسة التي ينظمها المجلس الدستوري، و يبقى على المجلس الدستوري تحديد طريقة سير الجلسات و تلاوة مذكرة الدفع بعدم الدستورية، و إجراءات الجلسة، و كذا تحديد الاستثناءات أو الحالات الاستثنائية التي لا تكون فيها الجلسة علنية، إذا كان ذلك في مصلحة النظام العام أو إذا تطلبت ذلك مصلحة القصر أو سرية الحياة

[1] _ محمد ضيف، المرجع السابق، ص8.

[2] _ المادة 22 من القانون العضوي رقم 18-16 الفقرة 2

[3] _LOI organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution.

[4] _جمال بن سالم، حق المواطن في إخطار المجلس الدستور، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد09، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البليدة 2، ص210.

[5] _ النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري 2016.

[6] _نصت المادة 20 من النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري 2016 على ما يلي: " يتداول المجلس الدستوري في جلسة مغلقة "

الخاصة للأفراد، وإذا عدنا للمقارنة فنجد في فرنسا مثلا أن المادة 10/23 من القانون العضوي [1]نصت على هذه القاعدة:" تكون الجلسة علنية ما عدا في الحالات الاستثنائية المحدد في النظام الداخلي للمجلس الدستوري "، والاستثناء جاء في المادة الثامنة الفقرة 03 من النظام الداخلي للمجلس الدستوري وهي :" إذا كان ذلك في مصلحة النظام العام "[2]، ويجب أن يكون معللا ويكون ذلك إما بطلب من الأطراف أو يثيره رئيس المجلس من تلقاء نفسه، وهو المنحنى الذي اتجهت إليه أغلبية التجارب وفقا للقضاء الدستوري المقارن[3].

3- حق الاستعانة بمحامي.

بالنظر إلى صعوبة التعرف على أوجه عدم الدستورية التي تشوب بعض النصوص القانونية، ضمن المشرع للمتقاضي الدافع بعدم الدستورية حق بتمكينهم بمحامي يمثلهم في جلسة المجلس الدستوري[4] .

تنص المادة 22 من القانون العضوي رقم 18-16 على المبدأ في فقرتها الثانية، وتبقى مسألة الاستعانة بمحامي، وهل يشترط في المحامين شروطا معينة لتمثيل الأطراف أمام المجلس الدستوري، كأن يكونوا معتمدين لدى المحكمة العليا أو مجلس الدولة أم يسمح للمحامين المعتمدين لدى المجالس والمحاكم للقيام بهذه المهمة؟ هذه الكيفيات والشروط ترجع إلى النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري.

وإذا عدنا للمقارنة مع ما يجري في فرنسا نجد أن المادة 10 من النظام الداخلي للمجلس الدستوري نصت على إمكانية تمثيل الأطراف بمحامين ولم تشترط أي شروط في المحامين، يكفي أن يكون معتمدا لدى إحدى هيئات المحامين للترافع أمام المجلس الدستوري، كما أن المتقاضين الذين يستفيدون من المساعدة القضائية أمام قاضي الموضوع يبقوا مستفيدين منها أمام المحاكم العليا وأمام المجلس الدستوري عند الاقتضاء[5].

4-تسبيب أو تعليل قرار المجلس الدستوري.

لم يتناول القانون العضوي رقم 18_16 تسبيب قرار المجلس الدستوري، لأن مميزات وخصائص القرار وشكله يعد من قواعد عمل المجلس الدستوري، التي خولها الدستور للمجلس نفسه طبقا للفقرة الأخيرة من المادة

---

[1] _LOI organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution.

[2] _جمال بن سالم، المرجع السابق، ص213.

[3] _ مُحَمَّد ضيف، المرجع السابق، ص8.

[4] _بوزيان عليان، أثر الإحالة القضائية للدفع بعدم الدستورية على عقلنة الرقابة الدستورية الماسة بالحقوق والحريات، المرجع السابق، ص241.

[5] _ مُحَمَّد ضيف، المرجع السابق، ص9.

189 منه، وهذا على عكس القانون العضوي في فرنسا الذي تعرض لذلك في المادة 11/23 منه، حيث نصت على أن "قرار المجلس الدستوري يكون معللا"[1]، والحقيقة أن اجتهاد المجلس الدستوري يبين أنه رغم عدم وجود نص يفرض على المجلس تسبيب قراراته إلا أن الممارسة تكشف أن قرارات وآراء المجلس الدستوري في الرقابة العادية تكون دائما معللة.

والتعليل أو التسبيب قد يكون من حيث القانون وقد يكون مستندا لنتائج التحقيق الذي يجريه المجلس الدستوري، وتكون الغاية منه تقديم توضيحات حول تطبيق الحكم التشريعي المطعون فيه[2].

5-آجال البت.

حدد المؤسس الدستوري أجل بت المجلس الدستوري بقرار حول الدفع بعدم الدستورية، إذ نصت عنه الفقرة 2 من المادة 189 من الدستور، وهذا الأجل أخذ بعين الاعتبار ما تقتضيه التحقيقات التي تسبق البت في الدعوى الدستورية وبذلك قد تحاشى المؤسس الدستوري الوقوع في مسألة تجاوز الآجال المحددة في الدستور، حيث ضبطها في 4 أشهر مع إمكانية تمديدها لأربعة أشهر أخرى[3].

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع العضوي لم يحدد أجلا لقاضي الموضوع أو الجهة القضائية للنظر في مدى توفر الشروط في مذكرة الدفع بعدم الدستورية قبل إرسالها حسب الحالة إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة، وذلك طبقا للمادة 7 من القانون العضوي رقم 18-16 التي نصت على أن تفصل الجهة القضائية فورا في إرسال الدفع إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة ويرسل في غضون عشرة (10) أيام من تاريخ صدوره، بينما حدد القانون العضوي أجل شهرين للمحكمة العليا ومجلس الدولة للفصل في إحالة الدفع إلى المجلس الدستوري[4].

6 -التدخل وتوسيع أطراف الدعوى الدستورية.

تبين تجارب القضاء الدستوري المقارن أن الرقابة الدستورية البعدية وطبيعتها الخاصة تدفع إلى السماح للغير الذي لم يثر الدفع بعدم الدستورية بالتدخل في إجراءاته، فمثلا في فرنسا أقر النظام الداخلي في مادته السادسة

[1]_جمال بن سالم، حق المواطن في إخطار المجلس الدستور، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد09، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البليدة 2، ص213.

[2]_محمد ضيف، المرجع السابق، ص 10.

[3]_ المادة 189 من الدستور.

[4]_محمد ضيف، المرجع السابق، ص11.

بتدخل الغير في المسألة الدستورية ذات الأولوية شريطة تبرير ذلك بوجود مصلحة خاصة، وربطت التدخل بالآجال حيث يكون خلال 3 أسابيع تبدأ من تاريخ إحالة المسألة للمجلس الدستوري[1].

فهل يأخذ النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري بإمكانية تدخل الغير ذو المصلحة الخاصة في دعوى الدفع؟ أم يغفل ذلك في بداية تطبيق الآلية؟ ويترك ذلك لما تفرزه الممارسة واجتهاده في النظر في دعاوى الدفع بعدم الدستورية للتأكد من ضرورة الأخذ بهذه القاعدة فيقرها فيما بعد[2].

7 –عدم قابلية التنازل عن الدعوى الدستورية.

إن إحالة الدفع على المجلس الدستوري تقتضي منه الفصل في الدعوى الدستورية المعروضة عليه بغض النظر عن مآل الدعوى الأصلية وصور سقوطها المختلفة، فبمجرد مسك المجلس الدستوري لملف الدفع، فإنه لن يعود من تلك اللحظة شأن للأطراف فيه، وإنما تصبح الدعوى الدستورية دعوى موضوعية وتتحول عمليا إلى مراقبة مجردة، يتم التصريح في نهايتها بمدى دستورية الحكم التشريعي المطعون فيه، دون الحسم أو النظر في النزاع القائم بين الأطراف على مستوى الجهات القضائية[3].

ولقد أكد القانون العضوي رقم 16_18 هذه المسألة من ضمن المبادئ التي حددها للأحكام المطبقة أمام المجلس الدستوري، من خلال المادة 23 التي أقرت استمرار الدعوى الدستورية رغم انقضاء الدعوى الأصلية، وهو نفس المنحى الذي أخذه المشرع العضوي الفرنسي في المادة 23 /9 من القانون العضوي الخاص بتطبيق المادة 61 من الدستور الفرنسي، " حين تتم إحالة المسألة الدستورية ذات الأولية على المجلس الدستوري، فإنه لا يترتب عن انقضاء الدعوى التي أثيرت بمناسبتها المسألة، ولأي سبب كان، آية نتائج عن فحص المجلس الدستوري للمسألة"[4].

[1]_جمال بن سالم، المرجع السابق، ص214.

[2]_ مُحَمَّد ضيف، المرجع السابق، ص 11.

[3]_مُحَمَّد ضيف، المرجع السابق، ص12.

[4]_جمال بن سالم، المرجع السابق، ص215.

يفيد هذا المعنى بأنه لو سقطت الدعوى المدنية أو الجنائية أو الإدارية التي بسببها تم تحريك المسألة الأولية الدستورية ودون اعتبار بسبب انقضاءها (تنازل، موت أحد الأطراف، التصفية القضائية) فإن الدعوى بعدم الدستورية تبقى مستمرة لأنها دعوى موضوعية لا علاقة لها بالأطراف المتنازعة فقط[1].

فالدعوى الدستورية هي دعوى مستمرة إلى أن يفصل المجلس الدستوري في مدى دستورية الحكم التشريعي موضوع الدفع، بغض النظر عن سقوط الدعوى الأصلية التي أثير بمناسبتها الدفع، ومهما كانت أسباب سقوطها سواء بالتنازل أو وفاة أحد أطرافها أو غير ذلك من الأسباب[2].

الفرع الثاني: محددات عمل المجلس الدستوري إزاء الدفع بعدم الدستورية.

إن المجلس الدستوري انطلاقا من اجتهاداته في الرقابة العادية يمكن أن يلجأ بعد تطبيق الدفع بعدم الدستورية إلى وضع محددات لعمله، تعمل على توضيح بعض المسائل، و الإجابة ضمنيا على التساؤلات التي أثيرت بعد إقرار الآلية في التعديل الدستوري لسنة 2016، وصدور القانون العضوي المحدد لشروط و كيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية، و يرسم حدودا له مع كل من قاضي الموضوع و عمل السلطة التشريعية، و انتهاج طرق ترمي أساسا إلى المحافظة على الأمن القانوني و إثراء دفاع المواطن على حقوقه و حرياته المكفولة دستوريا و هو المبتغى الذي قصده المؤسس الدستوري من خلال المادة 188 ، و يمكن الحديث عن محددات والمتمثلة في:

أولا–عدم اختصاص المجلس بمراقبة تقدير قاضي الموضوع.

انطلاقا من حرص المجلس الدستوري على إعمال المبدأ القاضي بتوزيع الاختصاصات في اجتهاداته فسيعمل من خلال معالجته لدعاوى الدفع بعدم الدستورية على أن مهمته الدستورية هي القضاء الدستوري، فالمجلس الدستوري ليس قاضي نزاع بل هو قاضي دستورية و مطابقة الحكم التشريعي المطبق على النزاع، و بالتالي لن يقوم بالتصريح في مسألة تطبيق الحكم التشريعي المحال عليه على النزاع الذي يجهله، و بالرجوع إلى الممارسة المقارنة فنجد أن المجلس الدستوري الفرنسي اعتبر أن المعيار الأول للإجابة و المتعلق بأن يكون الحكم التشريعي

[1]_جمال بن سالم، المرجع السابق، ص215.

[2]_مُحَمَّد ضيف، المرجع السابق، ص 12.

مطبقا على النزاع أو على الإجراءات أو كأساس للمتابعات، يخضع لتقدير المجالس العليا المخول لها حق الإحالة فقط و لقد أكد ذلك في العديد من قراراته[1].

ثانيا– رسم حدود بين عمل الرقابة واختصاص التشريع.

إن المجلس الدستوري في القرارات المتعلقة بالدفع لاسيما تلك المتضمنة إلغاء الأحكام التشريعية المحالة إليه، سيسعى على وضع حدود لعمله من خلال اقتصاره على العمل الرقابي المكفول له دستوريا، وعدم امتداد ذلك العمل للتشريع أو الحلول مكان المشرع، وأن غايته من تحديد تاريخ لاحق لنفاذ قرار الغاءه للحكم التشريعي إنما ترمي إلى السماح للمشرع بتقدير الإجراءات التي يجب أن تعطى لتصريحه بعدم الدستورية للحكم التشريعي المحال عليه[2].

وبالرجوع إلى التجربة المشابهة التي طبقت في الواقع، يمكن أن نرصد هذا التوجه في كلمة ألقاها جون لويس دوبري الرئيس السابق للمجلس الدستوري الفرنسي في مارس 2011 حيث قال: "كل واحد يجب أن يبقى في مكانه نحن لا نضع القانون في مكان المشرع عندما نلغي حكما، لا نقول ما يجب أن يوضع بدلا منه، فمثلا حينما راقبنا التوقيف للنظر، لم نقل ما هو الإجراء الذي يجب أن يعوضه، بل تركنا أحد عشر شهرا للمشرع لإعادة النظر في القانون بشكل يطابق المبادئ المعلنة، في جميع الأحوال نحن لسنا نوابا عنه".[3]

ورغم هذا التأكيد من المجلس الدستوري الفرنسي على عدم امتداد عمل الرقابة إلى مجال الاختصاص التشريعي للبرلمان، فإن ذلك قد قوبل لدى بعض رجال القانون بأنه لا يحجب عمليا تحكم المجلس الدستوري في صياغة القانون الجديد، باعتبار أن العمل التشريعي يبدأ بمبادرة من المجلس الدستوري ووفق رزنامة محددة من طرفه، خصوصا في قرارات الإلغاء بتواريخ لاحقة، وكذا تحكمه في حرية تقدير المشرع الذي يجب أن يأخذ بعين الاعتبار ملاحظات المجلس الدستوري المعبر عنها في قراره[4].

[1]_ محمد ضيف، المرجع السابق، ص 13.
[2]_ محمد ضيف، المرجع السابق، ص 13.
[3]_ محمد ضيف، المرجع السابق، ص 14.
[4]_ محمد ضيف، المرجع السابق، ص 14.

المبحث الثاني: آثار الفصل في الدفع بعدم الدستورية.

لقد أحدث الإصلاح الدستوري آلية جديدة للرقابة على دستورية القوانين، وهي الدفع بعدم الدستورية أمام الجهات القضائية التي بعد دراستها لشروط القبول، ويحول الدفع إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة اللذان بعد الدراسة أكثر تعمقا لشروط القبول يقرران الإحالة على المجلس الدستوري، المختص وحده بالفصل في مدى دستورية الحكم التشريعي، وهي رقابة لاحـــقة بعدية، كما أصبغ المؤسس الدستوري طابع الهيئة المختلطة (سياسية، قضائية، إدارية) وهي تشكيلة تستجيب للاختصاصات القضائية التي ستستند للمجلس بموجب التعديل الدستوري الصادر في 06مارس2016 دون التخلي عن الاختصاصات السابقة (لا سيما الرقابة القبلية على القوانين والتنظيمات والمعاهدات).

إن هذه الاختصاصات هي التي أسندت للمجلس الدستوري منذ 1989، غير أن الجديد في التعديل الدستوري 2016 هو الاختصاص بنظر الدفع بعدم الدستورية بموجب المادة 188 من الدستور والقانون العضوي رقم 18_16 المتعلق بتطبيق الدفع بعدم الدستورية، لهذا يمكن أن نتساءل عن الآثار التي يرتبها الدفع بعدم الدستورية سواء على مستوى المجلس الدستوري؟ أو على مستوى الهيئات القضائية التي يثار الدفع بعدم الدستورية أمامها؟

للإجابة على الإشكال ستناول أثر قرار إرسال الدفع بعدم الدستورية على دعوى الموضوع في (المطلب الأول) وثانيا أثر الفصل الدفع بعدم الدستورية أمام المجلس الدستوري في المطلب الثاني.

المطلب الأول: أثر قرار إرسال الدفع بعدم الدستورية على دعوى الموضوع.

يتوجب على قاضي الموضوع الذي تثار أمه مسألة الدفع بعدم الدستورية أن يراعيها ويتأكد من شروطها المذكورة في القانون العضوي رقم 18_16 قبل إرسالها إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة حسب طبيعة النزاع.

الفرع الأول: الأثر بعد إرسال الدفع بعدم الدستورية إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة[1].

أولا ـ استنادا لنص المادتين 10 و11 من القانون العضوي رقم 18-16، فقاضي الموضوع إذا قرر إرسال الدفع بعدم الدستورية إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة، عليه أن يرجئ الفصل في موضوع الدعوى الأصلية إلى

[1]_ مداخلة القيت يوم 11 ديسمبر 2018، بعنوان الدفع بعدم الدستورية أمام الجهات القضائية ، بالجزائر العاصمة .

غاية توصله بقرار المحكمة العليا أو مجلس الدولة أو المجلس الدستوري عند إحالة الدفع إليه إلا في حالات معينة أشارت لها المادة 11 من القانون العضوي، ولا يترتب على ذلك وقف سير التحقيق ويمكن لقاضي الموضوع سماع الشهود وإجراء خبرة والانتقال للمعاينة مثلا كما يمكن للقاضي اتخاذ التدابير المؤقتة والتحفظية الضرورية كوضع المال المتنازع حوله في دعوى الحيازة تحت الحراسة القضائية أو اللجوء إلى تدابير الرقابة القضائية أو حجز أدلة الإقناع وغيرها من الإجراءات الاحترازية .

ثانيا- الحالات الاستثناءات الواردة على هذه القاعدة إن توفرت، لا يرجئ القاضي الفصل في الدعوى ويواصل إجراءاتها ويفصل فيها حتى بعد إرساله الدفع إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة ولا ينتظر قرارهما ولا قرار المجلس الدستوري إن أحيل الدفع إليه.

وهذه الحالات هي:

1- إذا وجد شخص محروم من الحرية بسبب الدعوى، أي أنه محبوس بسبب تلك الدعوى أو أن الدعوى المثار بمناسبتها الدفع بعدم الدستورية الهدف منها وضع حد للحرمان من الحرية[1].

2- عندما تكون الجهة القضائية التي أثير أمامها الدفع بعدم الدستورية ملزمة قانونا بالفصل في الدعوى على سبيل الاستعجال أو في أجل محدد[2] كما هو الحال في قضايا نزع الملكية للمنفعة العامة التي حدد المشرع أجل البت فيها من قبل المحكمة الإدارية بشهرين.

3- إن واصل القاضي الفصل في النزاع رغم إرساله الدفع بعدم الدستورية ولم ينتظر الفصل فيه من المحكمة العليا أو مجلس الدولة أو المجلس الدستوري عند إحالة الدفع إليه، وإذا استؤنف الحكم الصادر في الموضوع، ترجئ جهة الاستئناف الفصل إلا في الحالات المشار لها أعلاه، أي وجود شخص محروم من الحرية بسبب الدعوى أو عندما تهدف الدعوى إلى وضع حد للحرمان من الحرية، أو عندما تكون الجهة القضائية التي أثير أمامها الدفع بعدم الدستورية ملزمة قانونا بالفصل في أجل محدد أو على سبيل الاستعجال.

---

[1]_تنص المادة 11 من القانون العضوي رقم 18_16:" لا ترجئ الجهة القضائية الفصل في الدعوى عندما يكون شخص محروم من الحرية بسبب الدعوى عندما تهدف هذه الأخيرة إلى وضع حد للحرمان من الحرية وعندما ينص القانون على وجوب فصل الجهة القضائية في أجل محدد أو على سبيل الاستعجال".

[2]_تنص المادة 11 من القانون العضوي رقم 18_16، المرجع السابق.

وإذا فصل المجلس القضائي_ جهة الاستئناف_ دون انتظار قرار المحكمة العليا أو مجلس الدولة أو المجلس الدستوري عند إحالة الدفع إليه، فإنه إذا وقع طعن بالنقض في قرار المجلس الفاصل في موضوع النزاع ترجئ المحكمة العليا أو مجلس الدولة الفصل في الطعن بالنقض لحين فصل المجلس الدستوري إلا في حالات الاستعجال المذكورة سابقا.

كما يفصل القاضي إما برفض إرسال الدفع أو بإرساله إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة[1]:

أ – رفض إرسال الدفع بعدم الدستورية: في حالة رفض إرسال الدفع إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة سواء لعدم توفر الشروط الشكلية أو الموضوعية التي سبق ذكرها والمنصوص عليها في المادتين 06 و08 من القانون العضوي رقم 18_16، فإنه يبلغ قرار الرفض للأطراف، ولم يحدد القانون العضوي أجل لتبليغ قرار الرفض، ولكن على القاضي القيام بذلك فورا بمجرد اتخاذ القرار حتى يتيح الفرصة للأطراف للاستمرار في إجراءات الدعوى ويتمكن هو من الفصل فيها في آجال معقولة.

وقرار رفض إرسال الدفع، لا يمكن أن يكون محل أي اعتراض إلا بمناسبة الطعن ضد الحكم أو القرار الفاصل في النزاع، أي في موضوع الدعوى إذ يمكن الاعتراض عليه أمام جهة الاستئناف أو النقض ويتم ذلك الاعتراض بنفس الشروط الشكلية الواجب توفرها في الدفع وهي مذكرة مكتوبة ومنفصلة ومسببة [2].

ب- إرسال الدفع بعدم الدستورية: في حالة قرر قاضي الموضوع إرسال الدفع، فإنه يوجه قراره ذاك مع عرائض الأطراف ومذكراتهم إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة حسب الحالة خلال عشرة (10) أيام من صدوره ويبلغ للأطراف ولا يكون قابلا لأي طعن (وهو ما جاءت به المادة 1/09 من القانون العضوي رقم 18-16).

المشرع هنا أيضا لم يحدد أجلا لتبليغ القرار للأطراف لكن يمكن القول القيام بذلك فورا أو على الأقل خلال فترة 10 أيام المقررة لإرساله إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة.

ج- طريقة وشكل التبليغ: لم يحدد المشرع العضوي كيفية تبليغ القرار البات في الدفع بعدم الدستورية ولا شكل التبليغ، إلا أنه يمكن القول إن التبليغ لا يقتضي بالضرورة أن يكون بالشكل الرسمي المنصوص عليه في المادة

[1]_ مداخلة ألقيت يوم 11ديسمبر 2018، بعنوان الدفع بعدم الدستورية امام الجهات القضائية، الجزائر العاصمة.

[2]_المادة 09 من القانون العضوي رقم 18.16.

406 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والمادة 439 من قانون الإجراءات الجزائية[1] التي تحيل على الإجراءات المدنية أي بواسطة محضر قضائي.

وإنما يكفي التبليغ بواسطة أمين الضبط عند حضور الأطراف أمام القاضي وتحرير محضر تبليغ أو بتوجيه إخطار عن طريق البريد المضمون، وإرفاق ما يفيد التبليغ بالملف خاصة في حالة رفض إرسال الدفع وذلك تحسبا لأي اعتراض على ذلك القرار[2].

الفرع الثاني: أثر قرار المحكمة العليا أو مجلس الدولة.

بعد التحقق من القيود الواردة في القانون العضوي رقم 18_16 يتسنى للجهات القضائية العليا اتخاذ قرار الإحالة أو عدم الإحالة الدفع بعدم الدستورية على المجلس الدستوري للبت في دستوريته، وعليه نقوم بتوضيح أثر قرار الاحالة للجهات القضائية العليا فيما يلي:

أولا – قرار الجهة القضائية العليا بعدم إحالة الدفع:

إذا قررت المحكمة العليا أو مجلس الدولة أن الدفع غير مستوف الشروط القانونية، ولا تستوجب إحالته على المجلس الدستوري، تخطر الجهة القضائية المثار أمامها الدفع، وفي هذه الحالة إما أن تكون دعوى الموضوع لا تزال سارية لم يفصل فيها بعد، فإنه يتم الفصل فيها وفق ما يقتضيه القانون ولو باعتماد النص التشريعي الذي طعن فيه بعدم الدستورية.

وإما أن تكون الخصومة موقوفة بسبب إرجاء الفصل فيها فيتم إعادة السير فيها من طرف النيابة إن كانت الدعوى جزائية أو من الطرف الذي يهمه التعجيل إن كانت الدعوى مدنية ويفصل فيها كذلك وفقا للقانون ولو باعتماد النص التشريعي المعترض عليه، وإما أن تكون الدعوى قد فصل فيها وفي هذه الحالة لا تأثير لقرار المحكمة العليا أو مجلس الدولة عليها ولا ضرر لمن أثار الدفع[3].

[1]– الأمر رقم 66- 155 المؤرخ في 1966/07/08، المرجع السابق.

[2]_عبد الكريم دالاش، إثارة الدفع أمام قاضي الموضوع، عرض مقدم خلال الندوة الوطنية، حول الدفع بعدم الدستورية يومي 10و11 ديسمبر 2018، ص 11.

[3]_عبد الكريم دالاش، المرجع السابق، ص13.

ثانيا – قرار الجهة القضائية العليا بإحالة الدفع:

إذا قررت المحكمة العليا أو مجلس الدولة إحالة الدفع على المجلس الدستوري فهناك احتمالين[1]:

الاحتمال الأول : أن يعتبر المجلس الدستوري الدفع غير مؤسس ويصرح أن النص التشريعي المعترض عليه مطابق للدستور وتبلغ المحكمة العليا أو مجلس الدولة بذلك لتقوم بإخطار الجهة القضائية التي أثير أمامها الدفع بعدم الدستورية، و في هذه الحالة يتم الفصل في الدعوى وفقا للقانون و لو باعتماد الحكم التشريعي المعترض عليه إن كانت الدعوى لا تزال سارية أو أرجئ الفصل فيها و يعاد السير فيها، و إن تم الفصل فيها حتى و لو باعتماد النص التشريعي المعترض عليه ، فلا تأثير لقرار المجلس الدستوري على الدعوى و لا ضرر لمن أثار الدفع[2]

الاحتمال الثاني : أن يقرر المجلس الدستوري أن الدفع مؤسس وأن الحكم التشريعي المعترض عليه غير دستوري و ينتهك الحقوق و الحريات المكفولة دستوريا، فالنص التشريعي في هذه الحالة يفقد أثره من التاريخ الذي ينشر فيه قرار المجلس الدستوري بالجريدة الرسمية استنادا لنص المادة 191 من الدستور ، و في حال كانت الدعوى الأصلية لا زالت سارية لم يفصل فيها يتعين على الجهة القضائية المثار أمامها الدفع بعدم الدستورية استبعاد تطبيق النص التشريعي المصرح بعدم دستوريته و عدم تطبيقه في الدعوى و اعتماد نص تشريعي آخر أو اللجوء إلى مصادر القانون الأخرى [3].

السؤال الذي يطرح هنا هو: هل أن النص التشريعي المصرح بعدم دستوريته يفقد أثره عند حلول التاريخ الذي يحدده المجلس الدستوري بالنسبة للمنظومة التشريعية فقط، أم أن الأجل يسري أيضا على الدعوى القضائية التي أثير بمناسبتها الدفع بعدم الدستورية و بالتالي لا يفقد ذلك النص أثره في الدعوى إلا بعد حلول الأجل الذي حدده المجلس الدستوري ،بمعنى هل يتعين على القاضي انتظار حلول الأجل ليفصل في الدعوى باستبعاد النص

[1] _ عبد الكريم دالاش، المرجع السابق، ص13

[2] _ عبد الكريم دالاش، المرجع انفسه، ص13

[3] _ عبد الكريم دالاش، المرجع نفسه ص13.

التشريعي المصرح بعدم دستوريته ،أم يفصل في الدعوى بمجرد إخطاره بقرار المجلس الدستوري عن طريق المحكمة العليا أو مجلس الدولة حتى و لو قبل انقضاء الأجل الذي حدده المجلس الدستوري [1].

لا مشكل إن كان الأجل قصير المدى إذ يمكن أن يدرك الدعوى وهي لا تزال سارية لم يفصل فيها أو انتظار حلول الأجل لإعادة السير في الدعوى والفصل في الموضوع إن أرجئت.

الإشكال يكون في حالة كان الأجل الذي حدده المجلس الدستوري أجلا طويلا لأنه من جهة لا يمكن أن تبقى دعوى الموضوع معلقة حتى انتهاء ذلك الأجل ما ينتج عنه إطالة في أمد النزاع وليست هذه هي غاية المشرع

ومن جهة أخرى لا يمكن للقاضي الفصل في النزاع دون استبعاد النص التشريعي المصرح بعدم دستوريته بدعوى أن الأجل الذي حدده المجلس الدستوري يفقد ذلك النص مفعوله لم ينقض وهذا يتنافى والغاية من تأسيس الدفع بعدم الدستورية ومن إثارته من صاحب المصلحة. أما إذا كانت الجهة القضائية قد فصلت في دعوى الموضوع بحكم نهائي حاز قوة الشيء المقضي فيه، نكون أيضا أمام احتمالين[2]:

1 – إما أن الحكم الفاصل في الدعوى الأصلية استبعد النص التشريعي المعترض عليه والذي تم التصريح بعدم دستوريته ولم يطبقه واعتمد نصا آخر ففي هذه الحالة لا تأثير لقرار المجلس الدستوري على الدعوى ولا ضرر لمن أثار الدفع.

2 – إما أن الحكم النهائي طبق النص المصرح بعدم دستوريته ففي هذه الحالة الطرف الذي أثار الدفع لا يستفيد من دفعه ولا يصل إلى الغاية التي كان يصبو إليها من وراء دفعه ذاك.

وهذه الحالة لا الدستور ولا القانون العضوي رقم 18-16 نص على مصير الحكم أو القرار النهائي الفاصل في موضوع الدعوى باعتماد النص التشريعي المصرح بعدم دستوريته، وما تأثير قرار المجلس الدستوري على ذلك الحكم.

[1] _ عبد الكريم دالاش، المرجع نفسه، ص13

[2] _ مداخلة ألقيت يوم 11ديسمبر 2018، بعنوان الدفع بعدم الدستورية امام الجهات القضائية، الجزائر العاصمة .

ولهذا أظن أنه من الضروري إيجاد آلية قانونية لمعالجة هذه الوضعية حتى يكون لقرار المجلس الدستوري القاضي بعدم دستورية النص التشريعي المعترض عليه أثره على الحكم الذي اعتمد ذلك النص وحتى يستفيد من أثار الدفع بعدم الدستورية بدفعه.[1]

المطلب الثاني: أثر الفصل في الدفع بعدم الدستورية أمام المجلس الدستوري.

بعد توفر شروط الدفع بعدم الدستورية، يصبح هذا الأخير جاهزا لإحالته أمام المجلس الدستوري باعتباره الهيئة القضائية التي ستفصل فيه بعد آجال معينة، حسب ما هو منصوص عليه في الدستور وفي القانون العضوي المنظم لهذه الآلية، الذي يصدر في شانها قرار، ولهذا ستناول في الفرع الأول آثار القرار الصادر في الدفع بعدم الدستورية وفي الفرع الثاني القوة القانونية لقرار الدفع بعدم الدستورية.

الفرع الأول: آثار القرار الصادر في دستورية النص.

الأحكام المطبقة أمام المجلس الدستوري التي مجالها القانون والتي تنص على أنه بعد إحالة الدفع بعدم الدستورية من طرف المحكمة العليا أو مجلس الدولة على المجلس الدستوري، يقوم هذا الأخير بإعلام رئيس الجمهورية، رئيسي مجلس الأمة والمجلس الشعبي الوطني وكذا الوزير الأول، قصد موافاته بملاحظاتهم حول الدفع بعدم الدستورية، أما الأحكام الأخرى والتي تتعلق بقواعد عمل المجلس الدستوري في مجال الدفع بعدم الدستورية فسوف يتمّ تحديدها في النظام المحدد لعمل المجلس الدستوري تطبيقا لأحكام المادة 189 من الدستوري[2].

يبلغ قرار المجلس الدستوري إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة لإعلام الجهة القضائية التي أثير أمامها الدفع بعدم الدستورية حسب نص المادة 24 من القانون العضوي رقم 18ـ16 [3]، كما لم يحدد القانون أجلا للفصل في الدفع، لأن المؤسس الدستوري سبقه الى ذلك ، فجعل هذا الأمر أربعة أشهر من تاريخ إخطاره ويمكن تمديد هذا الأجل مرة واحدة إلى أربعة أشهر أخرى بموجب قرار مسبب حسب ما جاء في نص المادة 189 من الدستور بالنص: " عندما يخطر المجلس الدستوري على أساس المادة 188 أعلاه ، فإن قراره يصدر خلال الأشهر الأربعة

[1] _ عبد الكريم دالاش، المرجع السابق، ص13

[2] _مدونة الدكتور عمار عباس الموقع الالكتروني: http://ammarabbes.blogspot.com، تاريخ: 2019/03/12، الساعة 10:45.

[3] _تنص المادة 24 من القانون العضوي رقم 18_16" يبلغ قرار المجلس الدستوري إلى المحكمة العليا أو مجلس الدستوري لإعلام الجهة القضائية التي أثير أمامها الدفع بعدم الدستورية".

(04) التي تلي تاريخ إخطاره، ويمكن تمديد هذا الأجل مرة واحدة لمدة أقصاها أربعة (04) أشهر، بناء على قرار مسبب من المجلس ويبلغ إلى الجهة القضائية صاحبة الإخطار "ونعتقد أن هذا الأجل طويل نسبيا بالنظر إلى كون الدعوى الأصلية تبقى معلقة طيلة هذا الأجل الذي يمكن أن يصل إلى ثمانية أشهر بفعل التمديد [1].

وإذا انتقلنا إلى الرقابة عن طريق الدفع نجد الدستور بإقرارها بموجب المادة 188 منح المجلس الدستوري أربعة (04) أشهر عليه أن يصـــدر خلالها قراره وإن كان قد سمح له استثناء تمديد ذلك الأجل لنفس الفترة مرة واحدة فقط [2]، ويكون ذلك عندما يقتضي ظروف دراسة الدفع ذلك سواء تعلق المر بالتأسيس أو المبررات أو المناقشة ولا سيما مآل النص إذا كانت له تبعات مالية أو دستورية على نصوص أخرى ذات صلة بالموضوع كمسألة التصدي، والتقدير في التمديد هنا يعود للمجلس أن يقرر بأن سببا أو اثنين أو أكثر تقتضي تمديد الأجل، لذلك وغيره فإن المؤسس على صواب حين منح أجلا إضافيا للمجلس لدراسة الدفع والمبررات المقدمة من الأطراف، وترك له السلطة التقديرية في تحديد أجل بدء سريان قراراه لما لذلك من فائدة وحماية تعود على صاحب الدفع وتحفظ حقوقه، وكذلك لدرء أي خرق للحقوق المكتسبة لاسيما في المجال الضريبي خصوصا والمالي[3].

لم ينص القانون العضوي رقم 18ـ16 على وجوب تسبيب القرار الصادر عن المجلس الدستوري الفاصل في الدفع بعدم الدستورية، إنه كأي حكم قضائي يجب أن يتضمن بيانات الأطراف وتاريخ الجلسة وملخص الوقائع والدفوع ثم مناقشتها والرد عليها.

لقد ترك المشرع هذه التفاصيل للنظام الداخلي أو ما يسمى "بالنظام المحدد لقواعد وإجراءات عمل المجلس الدستوري " الذي ننتظر تعديله ليواكب الاختصاص الجديد[4].

القانون العضوي رقم 18ـ16 اغفل النص على آثار الحكم في الدفع على النص التشريعي محل الدفع، لأن المؤسس الدستوري قد فصل فيه، إذ نصت المادة 191 [5] على أنه إذا ارتأى المجلس الدستوري أن نصا

---

[1] _ مسعود شيهوب، حول الدفع بعدم الدستورية، بعنوان تأثير الدفع بعدم الدستورية على سير المحاكمة، مداخلة مقدمة خلال الندوة الوطنية، يومي10و11 ديسمبر 2018 بالجزائر، ص13.

[2] _المادة 189 من الدستور.

[3] _ سعيد بوشعير، المجلس الدستوري في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، ط2، الجزائر، 2018، ص260.

[4] _ مسعود شيهوب، المرجع السابق، ص14.

[5] _المادة 191 من الدستور.

تشريعيا ما غير دستوري على أساس المادة 188 من الدستور، فإن هذا النص يفقد أثره ابتداء من يوم قرار المجلس الدستوري، أي يصبح لا غيا وغير موجود بالمنظومة التشريعية، ولا يطبقه على النزاع المعروض عليه، ومن البداهة أنه عندما يرفض المجلس الدستوري الدفع بعدم الدستورية فإن النص يحتفظ بقيمته في المنظومة التشريعية ويطبقه القاضي على النزاع[1].

يبلغ قرار المجلس الفاصل في الدفع إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة فعلا من الجهة القضائية التي أثير أمامها الدفع حسب المادة 24 من القانون العضوي رقم 18-16" يبلغ قرار المجلس الدستوري إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة لإعلام الجهة القضائية التي أثير أمامها الدفع بعدم الدستورية "، وأغفلت المادة النص على وجوب تبليغ الأطراف، والهيئات الدستورية التي نص القانون على تبليغهم بالدفع لإبداء ملاحظاتهم – ويتعلق الأمر برئيس الجمهورية، الوزير الأول، رئيسي الغرفتين [2].

إذا كان المجلس الدستوري هو قاضي الدفع بعدم الدستورية وينعقد له وحدة الاختصاص بالتصريح بعدم الدستورية، ومن ثمة إلغاء الحكم التشريعي محل الدفع بعدم الدستورية، فهل يجوز للمجلس الدستوري الفصل في عدم دستورية نص تشريعي عند فصله في المنازعات الانتخابية؟ نعتقد أنه لا يجوز للمجلس الدستوري الفصل في الدفع بعدم الدستورية في مثل هذه الحالة، لأنه من زاوية الإجراءات الدفع بعد الدستورية وفقا لقانون رقم 18_16 لا يقدم مباشرة أمام المجلس الدستوري، وإنما يقدم من قبل أحد أطراف الدعوي بمناسبة نزاع قضائي مطروح أمام جهات القضاء الإداري أو العادي هذا ما نصت عليه المادة 02 من القانون العضوي رقم 16_18، وهذه الجهات القضائية تفصل وفق إجراءات حددها القانون العضوي 18-16، فالدفع بعدم الدستورية لا يثار لأول مرة ومباشرة أمام المجلس الدستوري ولا يوجد نص يسمح للمجلس بإثارته تلقائيا، بل يمكن إثارته من أطراف الدعوى ولو لأول مرة أمام الاستئناف أو النقض حسب نص المادة 02 /02 من القانون العضوي رقم 18_16[3].

[1] _ مسعود شيهوب، المرجع السابق، ص14.

[2] _مسعود شيهوب، المرجع السابق، ص14.

[3] _ مسعود شيهوب، المرجع السابق، ص 15.

الفرع الثاني: القوة القانونية لنشر وتبليغ قرار الفصل في الدفع بعدم الدستورية.

تختلف آثار الرقابة على دستورية القوانين وحتى التنظيمات فيما بينها، فقد تكون الرقابة المعتمدة منتشرة وملموسة بتسبيق الفصل في مسألة الدستورية المثارة عن طريق الدفع حيث يتولى القاضي لدى نظر النزاع الأصلي بحث مدى دستورية النص المراد تطبيقه على ذلك النزاع في حال إثارة الدفع، بذلك من المعني صاحب المصلحة، ونتيجة للحكم في النزاع الفرعي المثار يقرر القاضي إما رفض تطبيق النص لعدم دستوريته أو تطبيقه إذا تبين له بأنه دستوري.

فالمادة 191 من الدستور تقضي على أنه: "إذا ارتأى المجلس الدستوري أن نصا تشريعيا أو تنظيميا غير دستوري، يفقد هذا النص أثره ابتداء من يوم قرار المجلس".

أما إذا كان التصريح بعدم الدستورية يخص حكما أو أحكاما في نص ساري المفعول، فإن ذلك الحكم يفقد أثره من يوم صدور قرار المجلس الدستوري، وبالنتيجة يستأصل الحكم أو الأحكام من القانون، في هذه الحالة يجب التمييز بين ثلاث حالات[1]:

أولا: قابلية الحكم غير الدستوري في الفصل عن النص: هي أن الحكم غير الدستوري قابل للفصل عن النص ومن ثمة لا إشكال على اعتبار أن النص يبقى ساري المفعول مفصولا منه الحكم المعني بالإلغاء.

ثانيا: عدم قابلية الحكم الغير الدستور في الفصل عن النص: أما إذا كان فصله يؤدي إلى فقدان النص بأكمله للتوازن وصلاحية التنفيذ، ففي هذه الحالة تتولى الجهة المخطرة استخلاص النتيجة بالتشاور مع المؤسسات المعنية.

ثالثا: القرار الصادر اتجاه النص: وأخيرا قد يكون القرار صادر بشأن نص يعدل أو يتمم أو هما معا، نصا موجود سابقا، ويتضمن القرار بعدم دستورية حكم في النص التعديلي له أثر على النص الأصلي، أو بمناسبة التصدي للقانون الأصلي تبين عدم دستورية الحكم فيه، ففي هاتين الحالتين نطبق القاعدتين السابقتين، أي إذا كان يمكن فصل الحكم غير الدستوري عن النص أو لا يمكن ذلك، فقد صرح المجلس الدستوري أن يتصدى لأحكام أخرى لم يخطر بشأنها والتي لها علاقة بالحكم أو الأحكام موضوع الإخطار، فإن التصريح في هذه الحالة

[1]_ سعيد بوشعير، المرجع السابق، ص329.

بعدم دستورية الأحكام التي أخطر بشأنها أو تصدى لها يعد سببا كافيا في حد ذاته لإعادة القانون إلى البرلمان أن فصل هذه الأحكام غير دستورية عن بقية النص يمس بنيته بكاملها [1].

استند المجلس الدستوري في قراره على المادة 191 من الدستور 2016 ومؤكدا لما جاء في النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري [2]، بشكل أكثر صراحة ووضوحا في الفقرة الأخيرة من المادة 191 بالنص:" تكون آراء المجلس الدستوري وقراراته نهائية وملزمة لجميع السلطات العمومية والسلطات الإدارية والقضائية "، ما أضفى على آراء وقرارات المجلس الحجية المطلقة، فتكتسي بذلك سلطة الشيء المقضي فيه، وهو ما تؤكده المادة 54 من النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري تحت عنوان حجية آراء وقرارات المجلس الدستوري [3]التي مفادها ما فصل فيه من طرف قاض لوضع حد لنزاع قائم وفق القانون بموجب حكم يعني منع إعادة طرح دعوى مماثلة لسابقة حكم فيها سابقا [4]، ولتأكيد الرقابة اللاحقة نصت الفقرة الثالثة من المادة 191 من الدستور، فيما يتعلق برقابة الدفع بعدم الدستورية المنظم بموجب المادة 188 بأنه : " إذا اعتبر نص تشريعي ما غير دستوري على أساس المادة 188 أعلاه، فإن النص يفقد أثره ابتداء من اليوم الذي يحدده المجلس الدستوري " وهي الرقابة التي لا يمكن إلا أن تكون رقابة لاحقة ، يفقد النص أثره من اليوم الذي يحدده المجلس الدستوري[5]

أولا_ نشر قرار المجلس الدستوري.

تنشر قرارات وآراء المجلس الدستوري في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وذلك بالإضافة إلى تبليغها للجهة المعنية، ويحتل هذا النشر أهمية بالغة على مستوى الرقابة الدستورية طالما أنه هو الذي يضع نهاية لأحكام صرح المجلس الدستورية بعدم دستوريتها أو يكون حاجزا أمام إصدار أو تطبيق أحكام ارتأى المجلس عدم مطابقتها للدستور عندما يمارس رقابة سابقة [6]، وهذا ما نصت عليه المادة 25 على ينشر قرار المجلس الدستوري في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية [7].

---

[1]_المادة 07 من النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري.

[2]_ المادة 71 من النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري 2016.

[3]- المادة 54 من النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري2012.

[4]_ النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري.

[5]_ سعيد بوشعير، المجلس الدستوري الجزائري، المرجع السابق، ص 230.

[6]_ عبد القادر شربال، قرارات وآراء المجلس الدستوري في تأويل أحكام المجلس الدستور ي الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ص34.

[7]_ المادة 25 من القانون العضوي رقم 18-16.

ثانيا–تبليغ قرار المجلس الدستوري.

حددت المادة 24 من القانون العضوي رقم16_18 أن تبليغ قرار المجلس الدستوري يكون للمحكمة العليا أو مجلس الدولة لإعلام الجهة القضائية التي أثير أمامها الدفع بعدم الدستورية، وما يلاحظ على نص هذه المادة بالنسبة للتبليغ أنها لم تتعرض إلى تبليغ الأطراف ولا السلطات، كما أنها أقرت بأن تبليغ الجهة القضائية المعنية بالدفع بطريقة غير مباشرة أي عن طريق المحكمة العليا أو مجلس الدولة، وهذا خـــلافا للتجربة الفرنسية بحيث أن المادة 23 /11 أقرت بأن يشمل التبليغ محكمة النقض أو مجلس الدولة وعند الاقتضاء المحكمة التي أثيرت أمامها المسألة الدستورية ذات الأولية رغم أنه في مجال الإحالة لا توجد علاقة بين قاضي الموضوع والمجلس الدستوري، كما أقرت بتبليغ قرار المجلس الدستوري للأطراف والسلطات الأربعة[1].

[1]_محمد ضيف، المرجع السابق، ص12.

خـــاتمة

يمكن القول أن نظام الدفع بعدم الدستورية أعطى حقا جديدا للمتقاضي للدفاع عن حقوقه وحرياته من خلال تحريك إجراءات الرقابة على دستورية القوانين و الولوج بطريق غير مباشر للقضاء الدستوري من بوابة القضاء، مما يشكل نقلة نوعيه لتحقيق عدالة دستورية وهذا النظام الجديد سينعكس على وظيفة القاضي سواء القاضي العادي أو القاضي الإداري الذي كانت مهمته تطبيق القانون فقط، فأضيف له اختصاص جديد من خلال إصدار أحكام تتعلق بمدى جدية الدفع بعدم الدستورية و إرسال الدفع إلى المجلس الدستوري بعد التأكد من توفر شروط القبول المحددة في القانون العضوي من قاضي الموضوع ثم من المحكمة العليا أو مجلس الدولة حسب الحالة، وبذلك تشكل الجهات القضائية مصفاة أو سلطة ضبط للحيلولة دون تدفق الدفوع على المجلس الدستوري لاسيما تلك التي يكون الغرض منها المماطلة و إطالة أمد النزاع ما ينعكس سلبا على حسن سير العدالة.

وهذه المهمة الجديدة تقتضي من القاضي الاستعداد لها من خلال العمل على تدعيم معارفه القانونية حتى يقوم بمهمته تلك على أكمل وجه.

إن المؤسس الدستوري الجزائري قد أعطى خطوة معتبرة بإدخال آلية الدفع بعدم الدستورية إلى المنظومة القانونية في مسار الرقابة على دستورية القوانين في الجزائر تحت ظل التعديل الدستوري لسنة 2016 الذي يتوفر منه تحقيق الأهداف التالية:

1_ تطهير النظام القانوني من التشريعات المخالفة للدستور.

2_ منح حق جديد للمتقاضي.

3_ ارجاع مكانة الدستور في قمة النظام القانوني.

4_تجاوز الإطار الضيق للمراقبة القبلية والنواقص المرتبطة بها متمثلة في كونها مراقبة مجردة وإثارتها محصورة في الدوائر السياسية.

كما أن الدفع بعدم الدستورية في النظام الدستوري الجزائري تتميز بأنها دعوى مستقلة منذ لحظة إثارتها إلى حين الفصل فيها من قبل المجلس الدستوري، كما أنها دعوى لا تتعلق بالنظام العام بل هي حق للأطراف.

كما أن الدستور الجزائري عرف تطورا كبيرا في تعزيز منظومة الحقوق والحريات وتكريس دولة القانون في ظل متطلبات الحكم الراشد، كما أنه يعد وجها جديد من أوجه الإخطار الذي كان منحصرا في السلطة التشريعية والتنفيذية.

إن إصدار المشرع الجزائري للقانون العضوي المنظم لإجراء الدفع بعدم الدستورية يستدعي منه مراجعة قوانين الإجراءات المدنية والإدارية، والجزائية، والقوانين المنظمة لهيئات القضاء العادي والإداري حتى تتكيف مع المعطى الجديد وكذا النظام الداخلي لعمل المجلس الدستوري.

كما أن نجاح هذه الآلية يتطلب العديد من الإجراءات والمتمثلة في تكوين القضاة والمحامين في المجالين الدستوري والحقوقي وبصفة عامة، وفي مجال الدفع بعدم الدستورية القوانين بصفة خاصة.

كما اقتراح تسمية المجلس الدستوري إلى محكمة دستورية، الاعتبار أن المجلس الدستوري قائم على الاجتماعات ثم التشاور والتداول بينما المحكمة تعني علانية الجلسات وتبادل العرائض والنقاشات ثم إصدار أحكام، وشتان بين هذا وذاك، وإن كان لا يهم محكمة أو مجلس بقدر ما يهم سيولة الإجراءات وإصدار قرارات نوعية بما يفعل العدالة الدستورية التي يبقى فيه الدفع مجرد وسيلة وليس غاية في حد ذاتها، حيث أن الغاية هي الدولة القانونية أو بالأحرى الدولة الدستورية.

إن حق الأفراد في الدفع بعدم الدستورية إنما هو محدد بالمقتضيات التي تمس بالحقوق والحريات المحددة في الدستور لهذا يجب على المشرع العضوي تحديد الحقوق والحريات التي يمكن للأفراد التمسك بها في مخاصمة القانون.

وعليه ولأجل تفعيل آلية الدفع بعدم الدستورية، يمكننا ان نجملها في النقاط الآتية:

الأول: لا شك أن اعتماد آلية الدفع بعدم الدستورية سيعيد النظر في موقع ومكانة المجلس الدستوري داخل المؤسسات الدستورية، وستنقله من مؤسسة ذات خصوصية، كانت تقتصر علاقاتها على المؤسستين التشريعية والتنفيذية إلى مؤسسة ستقود حوارا مع السلطة القضائية، ويصبح مخاطبه الرئيسي هو المحكمة العليا أو مجلس الدولة ومن خلالهما قضاة الموضوع.

سيقود هذا الحوار بإجراءات قريبة من تلك المتبعة في القضاء، وسيجعل ذلك المجلس الدستوري ولأول مرة منذ تأسيسه يدخل في قاموسه قواعد المحاكمة العادلة، بالإضافة إلى رصيده في مجال ضبط العمل التشريعي وضبط توازن المؤسسات وتجربته في البت في النزاع الانتخابي.

الثاني: ستحدث آلية الدفع بعدم الدستورية تغييرات هامة في المجلس الدستوري من خلال تطبيقه لقاعدة الوجاهية وتضمينها في النظام المحدد لقواعد عمله، ينتقل من خلالها من نظام الجلسات المغلقة إلى نظام الجلسات العلنية، ويمكن أن يتيح للغير خارج أطراف النزاع امكانية التدخل في الدعوى الدستورية ويضع على قدم المساواة كل الأطراف خلال مراحل نظره في الدعوى.

الثالث: كما أن آلية الدفع بعدم الدستورية ستضفي مزيدا من المصداقية والشرعية للمجلس الدستوري، فهذه المؤسسة غير المعروفة بشكل كبير لدى الجمهور الواسع من المواطنين، ستنفتح أكثر على المجتمع من خلال إتاحة الإمكانية للمتقاضين للدخول إليها، وتمكين المحامين من المرافعة أمامها، والبت في مختلف القضايا الاجتماعية والاقتصادية والقانونية التي تكون موضوعا للدفع بعدم الدستورية والتي تمس الحياة اليومية للمواطن.

الرابع: أن آلية الدفع ستكرس الصفة القضائية للمجلس الدستوري كما أرادها المؤسس الدستوري، فبالإضافة إلى اكتساب قراراته لحجية الشيء المقضي فيه، والشروط التي اشترطها في أعضاء المجلس، فإن إجراءات الدفع بعدم الدستورية ستضفي الصفة القضائية على المجلس الدستوري لكنه هيئة قضائية من نوع خاص.

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع

أولا: الكتب.

1 _ أحمد أبو الوفا، نظرية، نظرية الدفوع في قانون المرافعات، مكتبة الوفاء العربية، الاسكندرية، ط 2015.

2 _إدريس بوكرا، المبادئ العامة للقانون الدستوري والنظم السياسية، ديوان المطبوعات الجامعية 2016.

3_إدريس فاضلي، المدخل إلى القانون نظرية القانون ونظرية الحق، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية. الجزائر،2016.

4_جمال الدين مُحَّد بن مكرم، ابن منظور الافريقي المصري، معجم لسان العرب، طبعة الرابعة، المجلد الخامس، دار صادر للطباعة والنشر بيروت لبنان.

5_ حسن مصطفى البحري، القضاء الدستوري دراسة مقارنة، ط1،2017.

6 _سعيد بوشعير، المجلس الدستوري في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية 2012.

7 _سليمة مسراتي، نظام الرقابة على دستورية القوانين في الجزائر على ضوء دستور 1996، دار الهومة، الجزائر،2012

8_ عبد القادر شربال، قرارات وآراء المجلس الدستوري في تأويل أحكام المجلس الدستور ي الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر.

9 _علي بن هاديه، بلحسن البليش، الجيلاني بن الحاج يحي، القاموس الجديد للطلاب، طبعة 7 سنة 1991، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر.

10_ مولود ديدان، القانون الدستوري والنظم السياسية على ضوء التعديل الدستوري الأخير 06 مارس 2016 والنصوص الصادرة تبعا لذلك، دار بلقيس، الجزائر، 2017.

11 _مجد الدين مُحَّد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، دار التوقيفية للطباعة، مصر.

12 _محند أمقران بوبشير، قانون الإجراءات المدنية، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الساحة المركزية،

13_يحي الجمل، القضاء الدستوري في مصر، دار النهضة العربية، مصر،2008

ثانيا: المقالات.

1_بوزيان عليان، أثر الإحالة القضائية للدفع بعدم الدستورية على عقلنة الرقابة الدستورية الماسة بالحقوق والحريات، مجلة القانون الدستوري والعلوم الإدارية، العدد02، المركز الديمقراطي العربي، ألمانيا، فبراير2019.

2_ بوزيان عليان، آلية الدفع بعدم الدستورية وأثرها في تفعيل العدالة الدستورية، مجلة المجلس الدستوري الجزائري، العدد02، الجزائر، سنة 2013.

3 _باديس سعودي، قراءة في حق رئيس الجمهورية في الاعتراض على القوانين في النظام الدستوري الجزائري، كلية الحقوق والعلوم الانسانية، جامعة أم البواقي، الجزائر، مجلة العلوم الانسانية، العدد38، ديسمبر2012.

4 _ جمال بن سالم، حق المواطن في إخطار المجلس الدستور، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد09، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البليدة 2، ص214.

5_جمال رواب، الدفع بعدم دستورية القوانين قراءة في نص المادة 188 من الدستور الجزائر، جامعة الجيلالي بونعامة، خميس مليانة، الجزائر.

6_حميد شاوش، آسيا بورجيبة، الرقابة على دستورية القوانين عن طريق الدفع، قراءة في المادة 188 من دستور 2016، كلية العلوم القانونية والإدارية، جامعة 08 ماي 1945، قالمة، الجزائر، حوليات جامعة قالمة للعلوم الاجتماعية والإنسانية، العدد22، ديسمبر2017.

7_ رشيدة العام، المجلس الدستوري تشكيل وصلاحيات، مجلة العلوم الانسانية، العدد 07، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مُحَّد خضير، بسكرة، الجزائر، فيفري 2005.

8_سعاد طيبي عمروش، توسيع سلطة إخطار المجلس الدستوري في الرقابة على دستورية القوانين: تحديات ورهانات، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجيلالي، بونعامة خميس مليانة، حوليات جامعة الجزائر 1، العدد 33، الجزء الأول، مارس 2019.

9_صديق سعوداوي، آلية الدفع بعدم الدستورية كضمانة لإعلاء الدستور، مجلة صوت القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجيلالي بونعامة، خميس مليانة، الجزائر، العدد السابع، الجزء الأول، 2017.

10_عبد الله رمضان بنيني، وسائل تحريك الدعوى الدستورية، المجلة الجامعة، العدد السابع عشر، المجلد الثاني، أغسطس 2015.

11_عمار كوسة، آلية الإخطار المجلس الدستوري في الجزائر من نظام الإخطار المقيد إلى نظام الإخطار الموسع، مجلة البحوث والدراسات، جامعة الوادي، الجزائر، المجلد 15، العدد2، صيف 2018.

12_ عبد القادر بوراس ولخضر تاج، الدفع بعدم الدستورية في الدستور الجزائري: بين المكاسب والافاق، مقارنة بالتجربة الفرنسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مُحَّد بن صديق يحي، جيجل، الجزائر، العدد6، جوان 2018.

13_عبد الحق بلفقيه، قراءة في الفصل 133 من الدستور الدفع بعدم الدستورية، تاريخ: 2019/02/15،الموقع الالكتروني،https://www.hespress.com/opinions/235230.html

14 _ عادل ذوادي، الدفع بعدم الدستورية كآلية لحماية المكلفين بالضريبة في الجزائر، بعد التعديل الدستوري لسنة 2016، مجلة العلوم القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة 1، الجزائر عدد16 جوان 2016.

15_كمال حمريط، الدفع بعدم دستورية القوانين في التعديل الدستوري الجزائري 2016 دراسة مقارنة، مجلة العلوم القانونية جامعة زيان عاشور الجلفة، الجزائر، العدد التاسع.

16_مُحَّد بن اعراب، منال بن شناف، آلية الدفع بعدم الدستورية في الأنظمة الدستورية المقارنة، مجلة الاجتهاد القضائي، مخبر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع، جامعة خضير بسكرة، العدد 16 مارس 2018.

17_ مُحَّد بن مُحَّد، حميداتو خديجة، الدفع بعدم الدستورية في ظل التعديل الدستوري الجديد لسنة 2016، دفاتر السياسة والقانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، الجزائر، العدد 18، جانفي 2018.

18_ مُحَّد طيب دهيمي، حق الفرد في التمسك بعدم دستورية القوانين أمام الجهات القضائية، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، جامعة عمار ثلجي الاغواط، الجزائر، العدد 06، جوان .2017

19 _مُحَّد رحموني، سعاد رحلي، حق الأفراد في الدفع بعدم الدستورية في ظل القانون العضوي المحدد لكيفيات تطبيق الدفع بعدك الدستورية، دفاتر السياسة والقانون، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، الجزائر، العدد01 المجلل11، جانفي2019

20 _مُحَّد بجاوي، المجلس الدستوري صلاحيات...إنجازات...وآفاق، مجلة الفكر البرلماني، مجلة مجلس الامة، الجزائر، العدد05، أبريل 2004.

ثالثا: الأطروحات والمذكرات:

I _ الأطروحات:

01_نجاح غربي، حماية الحقوق والحريات في حالة الضرورة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مُحَّد لمين دباغين، سطيف، 2018.

II . المذكرات:

01 _ بن عيسى ملاح، الدفع بعدم دستورية القوانين، مذكرة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة خميس مليانة، الجزائر، 2018/2017.

02_بوسالم رابح، المجلس الدستوري الجزائري تنظيمه وطبيعته . مذكرة لنيل شهادة الماجستر في الحقوق، فرع القانون العام، كلية الحقوق، جامعة منتوري، قسنطينة، 2005/2004.

03_سعودي باديس، حق رئيس الجمهورية في الاعتراض على القوانين في النظام الدستوري الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة منتوري قسنطينة، الجزائر، 2006/2005.

04 _عزيز جمام، عدم فعلية الرقابة على دستورية القوانين، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزوزو، الجزائر.

رابعا: الندوات والمدخلات.

1_ الحبيب السنوسي، الجريدة الرسمية للمناقشات، الفترة التشريعية الثامنة 2017. 2918 الجلسة العلنية لمناقشة مشروع قانون العضوي يحدد شروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية المنعقدة يوم الاثنين 18 يونيو 2018.

2_ الحاج بلغوثي، الجريدة الرسمية للمناقشات، الفترة التشريعية الثامنة 2017 2918 الجلسة العلنية لمناقشة مشروع قانون العضوي يحدد شروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية المنعقدة يوم الاثنين 18 يونيو 2018.

3_ عبد الكريم دالاش، معالجة الدفع بعدم الدستورية من قبل قاضي الموضوع، مداخلة مقدمة للندوة الوطنية حول موضوع الدفع بعدم دستورية القوانين، بالجزائر العاصمة، يومي 10و11 ديسمبر 2018.

4-عبد الكريم دالاش، إثارة الدفع أمام قاضي الموضوع، عرض مقدم خلال الندوة الوطنية، حول الدفع بعدم الدستورية يومي 10و11 ديسمبر 2018

5_مُحَمَّد روابحي، الإجراءات المطبقة امام المحكمة العليا ومجلس الدولة في مادة الدفع بعدم الدستورية، عرض مقدم خلال الندوة الوطنية حول الدفع بعدم الدستورية المنعقد بالجزائر العاصمة يومي 10و11 ديسمبر 2018.

6_ مُحَمَّد ضيف، إجراءات الدفع بعدم الدستورية أمام المجلس الدستوري، مداخلة مقدمة للندوة الوطنية حول موضوع الدفع بعدم دستورية القوانين، من تنظيم وزارة العدل بالتعاون مع مكتب الأمم المتحدة للتنمية بالجزائر يومي 10 و11 ديسمبر 2018، بالمؤتمر الدولي للمؤتمرات، عبد اللطيف رحال.

7 _ مسعود شيهوب، عرض مقدم خلال الندوة الوطنية، حول الدفع بعدم الدستورية، بعنوان تأثير الدفع بعدم الدستورية على سير المحاكمة، يومي10و11 ديسمبر 2018 بالجزائر.

Loi organique n° 2009_ 1523 du 10 décembre2009 relatives à l'application de l'article 61-1 de la Constitution.

خامسا: المواقع الالكترونية.

1 _الموقع الالكتروني للمجلس الدستوري، http://www.conseil-constitutionnel.dz، تاريخ في 28فيفري2019.

2_مدونة الدكتور عمار عباس الموقع الالكتروني: http://ammarabbes.blogspot.com،تاريخ: 2019/03/12.

سادسا: النصوص التشريعية.

I _1 النصوص التشريعية الجزائرية.

I –1–الدساتير:

1 دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، المنشور بموجب إعلان المؤرخ في: 1963/09/10، الموافق عليه في استفتاء شعبي يوم 08ديسمبر 1963 ج ر، العدد64 المنشور في 08 ديسمبر1963.

2 _الأمر رقم 97/76 المؤرخ في 1976/11/22، المتضمن اصدار دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ج ر العدد94، المنشور في 1976/11/24

3_دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، الصادر بالمرسوم الرئاسي رقم 18/89 المؤرخ في 1989/02/28، ج ر العدد 09، المنشورة في 1989/03/01.

4_دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، الصادر بالمرسوم الرئاسي رقم 236/96 المؤرخ في 1996/12/23، ج ر 76، المنشورة في 1998/12/07. المعدل بالقانون رقم 02/ 03 المؤرخ في 10 أبريل 2002 ج ر العدد25، المنشورة في 14 أبريل 2002، وبالقانون رقم 19/08، المؤرخ في 15نوفمبر 2008 ج ر العدد 63، المنشورة في 16 نوفمبر 2008، وبالقانون رقم 16ـ01، المؤرخ في 06 مارس 2016 المتضمن التعديل الدستوري، ج ر العدد 14، المنشورة في 07 مارس 2016.

I–2– القوانين العضوية:

1_ القانون العضوي رقم 98_01، المتضمن اختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله، المؤرخ في 30 مايو 1998، ج ر العدد 37، المنشورة في 01 يونيو 1998، المعدل بالقانون العضوي رقم 11_13، المؤرخ في 26

يونيو2011، ج ر العدد 43، المنشورة في 03 أوت 2011، المعدل بالقانون العضوي رقم 18_02 المؤرخ في 04 مارس 2018، ج ر العدد 15، المنشورة في07 مارس 2018.

2_ القانون العضوي رقم 11/05، المتعلق بالتنظيم القضائي، المؤرخ في 17 جويلية 2005، ج ر العدد51، المنشورة في:20يوليو2005 المعدل بالقانون العضوي، رقم 17ـ06، المؤرخ في 27 مارس 2017، ج ر، العدد 20، المنشورة في 29 مارس 2017.

3_ القانون العضوي 18ـ16 المؤرخ في 22 ذي الحجة 1439 الموافق 2 سبتمبر سنة 2018 المحدد شروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية، ج ر العدد 54، المنشور في 05 سبتمبر 2018.

I–3– القوانين العادية:

01_ أمر رقم 65_182، المؤرخ في 10يوليو1965، المتضمن تأسيس الحكومة، ج ر رقم 58، المنشورة في 13يوليو1965.

02_أمر رقم 66_155، المتضمن قانون الاجراءات الجزائية، المؤرخ في 08يونيو1966، ج ر العدد 48، المنشورة في 10يونيو1966، المعدل والمتمم بالأمر رقم 15_02، المؤرخ في 23جويلية 2015، ج ر العدد 40، المنشورة في 2015/07/23، المعدل بالقانون رقم 17_07 المؤرخ في 27مارس2017، ج ر 20 المنشورة في 29مارس2017، وبالقانون رقم 18_06، المؤرخ في 10 يونيو 2018، ج ر، العدد34، المنشورة في 10 يونيو 2018.

03_قانون رقم 08ـ09، المؤرخ في 25فبراير2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر العدد 21، المنشورة في: 23ابريل 2008.

04_ القانون العضوي رقم 98_02، المتعلق بالمحاكم الادارية، المؤرخ في 30مايو1998، ج ر العدد 37، المنشورة في 01يونيو1998.

II– النصوص التشريعية الأجنبية.

01_ ظهر شريف، رقم 1.11.82، الصادر 17 يوليو 2011، المتضمن مشروع الدستور، ج ر رقم 5952، المنشورة في 17 يوليو 2011.

02_ القانون أساسي العدد50 سنة 2015، المؤرخ في 03ديسمبر 2015 المتضمن المحكمة الدستورية، ج ر العدد98، المؤرخة 08ديسمبر 2015.

سابعا: الأنظمة الداخلية.

_النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري، ج ر، العدد29، المنشورة في:11ماي 2016.

ثامنا: آراء وقرارت المجلس.

01_قرار رقم 01ق أ _ م د 95، المؤرخ في 06أوت 1995، المتعلق بدستورية البند السادس من المادة 108 من قانون الانتخابات، ج ر العدد 43، المنشورة في 08أوت1995.

02_ رأي رقم 01/ر.م. د/12، المؤرخ في 08يناير2012، المتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المتعلق بالأحزاب السياسية للدستور، ج ر 02 المنشورة في 15يناير2012.

03_رأي رقم 01/ 16 ر.ت.د/ م.د، المؤرخ في 28يناير 2016، المتعلق بمشروع قانون التعديل الدستوري، ج ر العدد06، المنشورة في 03فيراير2016.

الفهرس

مقدمة

الفصل الأول: حق الفرد في الدفع بعدم الدستورية.....6

المبحث الأول: الرقابة الدستورية من الإخطار إلى الدفع. 7

المطلب الاول: الدفع بعدم الدستورية نتاج التطور الرقابة الدستورية.....7

الفرع الأول: تطور رقابة الدفع بعدم الدستورية في النظم الدستورية.....7

أولا: ظهور رقابة الدفع بعدم الدستورية في الولايات المتحدة الأمريكية.....8

ثانيا: تطور الرقابة القضائية عن طريق الدفع بعدم الدستورية في فرنسا. 11

ثالثا: الرقابة عن طريق الدفع في مصر.....12

رابعا: الرقابة عن طريق الدفع في المغرب.....13

الفرع الثاني: تطور الرقابة على دستورية القوانين في الجزائر. 14

أولا: بروز آلية الرقابة الدستورية في دستور 1963.....15

ثانيا: غياب آلية الرقابة الدستورية في دستور 1976.....16

ثالثا: العودة إلى الرقابة على دستورية القوانين قبل التعديل 2016.....17

رابعا: الرقابة الدستورية في ظل القانون رقم 01/16 المتضمن التعديل الدستوري. 19

الفرع الثالث: تعريف الدفع بعدم الدستورية.....21

أولا: التعريف اللغوي. 21

ثانيا_ التعريف الاصطلاحي 22

المطلب الثاني: أسباب اعتماد المؤسس الدستوري للدفع بعدم الدستورية.....25

الفرع الاول: اقتصار الإخطار على الرقابة القبلية.....25

الفرع الثاني: حرص المؤسس الدستوري الإبقاء على الرقابة البعدية.....26

المبحث الثاني: شروط الدفع بعدم الدستورية. 28

المطلب الأول: الشروط الخاصة بالطاعن.....29

الفرع الأول: إثارة الدفع من قبل أحد أطراف الدعوى: 29

الفرع الثاني: عدم إثارته تلقائيا من طرف القاضي. 31
المطلب الثاني: الشروط الخاصة بموضوع الدفع. 32
الفرع الأول: التوقف على الحكم التشريعي المعترض عليه مآل النزاع أو أن يشكل أساس المتابعة. 32
الفرع الثاني: عدم سبق التصريح بمطابقة الحكم التشريعي للدستور. 35
الفرع الثالث: اتسام الوجه المثار بالجدية. 36
المطلب الثالث: مرحلة إثارة الدفع بعدم الدستورية. 37
الفرع الأول: مراحل الدعوى التي يمكن أن يثار أساسها الدفع بعدم الدستورية 37
أولا: إثارة الدفع بعدم الدستورية في مرحلة المحاكمة. 39
ثانيا: إحالة الدفع بعدم الدستورية حصرا من قبل المحكمة العليا أو مجلس الدولة. 40
الفرع الثاني: مدى إمكانية الدفع بعدم الدستورية في حالات خاصة. 41

الفصل الثاني: إجراءات الدفع بعدم الدستورية وآثاره. 44

المبحث الأول: إجراءات الدفع بعدم الدستورية. 45
المطلب الأول: إجراءات الدفع بعدم الدستورية أمام القضاء. 45
الفرع الأول: إجراءات الدفع بعدم الدستورية أمام الجهات القضائية الدنيا. 45
أولا: شكليات تقديم الدفع: 46
ثانيا: قرار قاضي الموضوع الذي قدم أمامه الدفع بعدم الدستورية. 46
ثالثا: مصير الدعوى بعد قرار إرسال الدفع بعدم الدستورية إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة. 49
الفرع الثاني: الدفع أمام الجهات القضائية العليا. 51
أولا: الإجراءات المطبقة أمام المحكمة العليا ومجلس الدولة. 51
ثانيا: قرار الإحالة. 58
المطلب الثاني: إجراءات الدفع بعدم الدستورية امام المجلس الدستوري. 65
الفرع الأول: الإجراءات الأساسية المطبقة أمام المجلس الدستوري. 65
أولا: الإحـالة 65

ثانيا: قواعد المحاكمة العادلة 68
الفرع الثاني: محددات عمل المجلس الدستوري إزاء الدفع بعدم الدستورية. 73
أولا_ عدم اختصاص المجلس بمراقبة تقدير قاضي الموضوع 73
ثانيا- رسم حدود بين عمل الرقابة واختصاص التشريع. 74
المبحث الثاني : آثار الفصل في الدفع بعدم الدستورية 75
المطلب الأول: أثر قرار إرسال الدفع بعدم الدستورية على دعوى الموضوع. 75
الفرع الأول: الأثر بعد إرسال الدفع بعدم الدستورية إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة..... 75
الفرع الثاني: أثر قرار المحكمة العليا أو مجلس الدولة. 78
أولا – قرار الجهة القضائية العليا بعدم إحالة الدفع:..... 78
ثانيا – قرار الجهة القضائية العليا بإحالة الدفع: 79
المطلب الثاني: أثر الفصل في الدفع بعدم الدستورية أمام المجلس الدستوري..... 81
الفرع الأول: آثار القرار الصادر في دستورية النص. 81
الفرع الثاني: القوة القانونية لنشر وتبليغ قرار الفصل في الدفع بعدم الدستورية..... 84
أولا_ نشر قرار المجلس الدستوري. 85
ثانيا-تبليغ قرار المجلس الدستوري. 86
خاتمة 88
قائمة المراجع 92
فهرس الموضوعات 101