



# مجلة القانون، المجتمع والسلطة

مدير المخبر  
الدكتور: فاضلة عبداللطيف

مدير المجلة  
الدكتور: محمد بوسلطان

مدير التحرير  
الدكتور: نصر الدين بوسماحة

ردمك: ISSN 2253 - 0266

رقم 6 / 2017

## بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

### الإفتتاحية

مجلة القانون، المجتمع والسلطة هي مجلة سنوية محكمة، تصدر عن مخبر القانون، المجتمع والسلطة بكلية الحقوق، جامعة السانية وهران، والتي أصبحت تسمى رسمياً جامعة وهران 2 محمد بن أحمد ابتداء من السنة الجامعية 2014-2015. المخبر المعتمد بموجب القرار الوزاري رقم 66 المؤرخ في 30 ماي 2010.

تنشر المجلة البحوث العلمية في المجالات القانونية والسياسية، وتأمل في هذا الإطار أن تكون منارة جديدة في حقل الدراسات بفضل مساهمات الأساتذة والباحثين من مختلف الجامعات والمؤسسات ومراكز البحث.

بعد تخصيص العدد الأول من المجلة لموضوع الحكم الراشد ثم العدد الثاني لموضوع العدالة الانتقالية، ارتأت هيئة المجلة أن تفتح المجال أكثر ابتداء من العدد الثالث لنشر دراسات متنوعة ما بين العلوم القانونية والعلوم السياسية. نتيجة لذلك ورد في هذا العدد السادس دراسات تدرج ضمن مختلف تخصصات الحقوق والعلوم السياسية، إلى جانب أشغال اليوم الدراسي الدولي حول موضوع "المؤسسات في القضاء الدستوري" المنظم من قبل المخبر يوم 05 ماي 2016.

## مجلة: القانون، المجتمع والسلطة

مدير المخبر

الدكتور: فاضلة عبداللطيف

مدير المجلة

الدكتور: محمد بوسلطان

مدير التحرير

الدكتور: نصر الدين بوسماحة

### اللجنة العلمية

#### أمانة تحرير المجلة

أ.قاسي فوزية

أ.د. محمد بوسلطان

أ.د. عزور كردون

أ.د. عمر صادق

أ.د. لمين شريط

أ.د. تراري ثاني مصطفى

أ.د. شربال عبد القادر

د. نصر الدين بوسماحة

أ.د. فاضلة عبد اللطيف

جامعة وهران 2 محمد بن أحمد

جامعة منتوري قسنطينة

جامعة مولود معمري

جامعة الأمير عبد القادر قسنطينة

جامعة وهران 2 محمد بن أحمد

جامعة سعد دحلب البليدة

جامعة وهران 2 محمد بن أحمد

جامعة وهران 2 محمد بن أحمد

أستاذ التعليم العالي

#### أمانة تحرير المجلة

أ.قاسي فوزية

مجلة سنوية محكمة، تصدر عن مخبر

القانون، المجتمع والسلطة

جامعة وهران 2 محمد بن أحمد

## محتويات العدد

1. التحديات الأمنية والاستراتيجيات الجديدة في غرب المتوسط  
الدكتور مصطفى صايح، جامعة الجزائر3..... 11
2. جزاءات مجلس الأمن ضد الكيانات من غير الدول: من الجزاءات الدولية الشاملة إلى الجزاءات الدولية المستهدفة الذكية  
الدكتور خالد حساني، جامعة عبد الرحمان ميرة-بجاية..... 35
3. الإتفاق كعنصر للعقد في النظام القانوني الإنكليزي  
الدكتور حسين عبد الله عبد الرضا الكلاي، جامعة بغداد-العراق..... 53
4. الحياد الإيجابي كأحد ثوابت السياسة الخارجية الجزائرية  
الدكتور فلاح مبارك ردان، جامعة الأنبار- العراق ..... 79
5. التعددية السياسية وعلاقتها بالتعددية الحزبية  
الدكتور هادي شعبان ربيع، جامعة الأنبار- العراق..... 101
6. تسييس المحكمة الجنائية الدولية في ظل النظام العالمي الجديد  
الأستاذ داود كمال، جامعة وهران 2 محمد بن أحمد..... 121
7. ممارسة حق الشفاعة على الإستثمار الخاص الأجنبي في القانون الجزائري  
الأستاذ بوالقرارة زايد، جامعة 20 أوت 1955- سكيكدة..... 137
8. أسس إبرام عقود تفويض المرفق العام في التشريع الجزائري  
الأستاذ صالح زمال بن علي، جامعة العربي التبسي..... 157
9. عقود التعمير: قراءة في أحكام المرسوم التنفيذي 15-19 المحدد لكيفيات تحضير عقود التعمير وتسليمها  
الأستاذة قاسي نجاة، جامعة وهران 2 محمد بن أحمد..... 171

أشغال اليوم الدراسي الدولي حول:  
"المؤسسات في القضاء الدستوري"  
يوم 05 ماي 2016

1. دور المحاكم الدستورية الإفريقية في حماية النظام الدستوري  
الأستاذ الدكتور كايس شريف، جامعة - مولود معمري تيزي وزو ..... 191
2. القضاء الدستوري والقضاء العادي: علاقة مبهمة في خدمة دولة القانون  
الدكتور بوسماحة نصر الدين، جامعة وهران 2 محمد بن أحمد ..... 197
3. توسيع إخطار المجلس الدستوري على ضوء تعديلات 2016  
الأستاذ الدكتور خلفان كريم، جامعة مولود معمري تيزي وزو ..... 203
4. **Les péripéties de la vertu et de la raison constitutionnelle en temps de crise économique**  
Professeur Yiannis Z. Drossos, Université Nationale et Capodistrienne d'Athènes, Grèce .....209
5. **Ombudsman comme juge constitutionnel**  
Dr.Patricia Jonason, Université de Södertörn (Suède)... .....213
6. **Quelques réflexions sur la fonction consultative du conseil constitutionnel algérien**  
Dr. Sam Lyes, Chef de département au centre d'études et de recherches en droit constitutionnel.....223

أشغال اليوم الدراسي الدولي حول موضوع:  
"المؤسّسات في القضاء الدّستوري"

المنعقد يوم 05 ماي 2016

من تنظيم:

مخبر القانون، المجتمع والسلطة

وجامعة وهران 2 محمد بن أحمد

بالتعاون مع:

مركز البحوث والدراسات الدّستورية – المجلس الدّستوري –

## إشكالية اليوم الدراسي الدولي

إن العدالة الدستورية هي الضمانة الأساسية للقانون الدستوري الحديث، وذلك باعتبارها الضمانة الأساسية لوجود وسمو الدستور. وعادة ما يتكفل بهذه الوظيفة هيئة مؤلفة من أشخاص منتخبين، أو معينين أو كليهما في آن، وتتمتع هذه الهيئة بسلطة تقديرية لمراقبة والنظر في عدم دستورية بعض مخرجات كل من السلطة التنفيذية والتشريعية. حيث أصبحت العدالة الإنتقالية ضرورية لإستمرارية وإستقرار دولة القانون، وحماية حقوق الإنسان، بغض النظر عن النظام الدستوري والسياسي القائم.

يختلف تركيب المؤسسات المكلفة بالرقابة على دستورية القوانين من دولة لأخرى، فضلا عن طريقة عمل هذه المؤسسات والإجتهادات القضائية الناتجة عنها، وهو الأمر الذي شجع الدول إلى العمل بإتجاه تحقيق تعاون مؤسسي في مجال العدالة الدستورية. وقد تم أخذ هذه النقطة بعين الإعتبار من قبل مختلف المحاكم والمجالس الدستورية من جميع أنحاء العالم، وذلك من خلال برامج التبادلات الدولية، التي يتم إجراء أهمها داخل المؤسسات الدولية. ولقد أثبت هذا التعاون فعاليته في السنوات الأخيرة التي شهدت بروز مؤسسات دولية مكرسة للعدالة الدستورية، مثل المؤتمر العالمي حول العدالة الدستورية، مؤتمر المحاكم الدستورية الأوروبية، وإتحاد المحاكم والمجالس الدستورية العربية. كما يمكننا الإشارة أيضا إلى التعاون مع اللجنة الأوروبية للديمقراطية (لجنة فينيسيا)، بالإضافة إلى التعاون الثنائي وبرامج التبادل الدولية مع المحاكم الدستورية والمؤسسات المماثلة.

وعلى الرغم من أن بعض الدول لا تزال تنمرس في مجال العدالة الدستورية، مثل الدول الإفريقية، غير أن البعض الآخر يعتبر نموذجا في الممارسة الديمقراطية، بإحترامهم للمبادئ الأساسية لدولة القانون، وحقوق الإنسان والحريات العامة. ولاشك أن الفجوة الموجودة بين المؤسسات المكلفة بمراقبة دستورية القوانين وبين ممارستها تبرر وحدها النظرة الناقدة لدور القاضي الدستوري، من أجل أن يحتل المكانة التي يستحقها في هذا الإطار، بعيدا عن المزايدات التي تجعل منه مروّجا للديمقراطية، مسؤولا عن إخفاقها و/أو نجاحها.

إن التعاون العابر للحدود الوطنية و/أو التعاون الدولي، يساهم في إصلاح وتقوية نظام مراقبة دستورية القوانين بأكمله، ويسمح بالتخفيف من الإنتقادات، إذ غالبا ما يتم إنتقاد المحاكم والمجالس الدستورية، من قبل السلطات السياسية التي تطالها الرقابة، برغبتها

في إنشاء حكومة القضاة، حتى إن لم يكن لهذه الإنتقادات في بعض الأحيان أساس يذكر، فإنها كافية لتبرير كل جهد في سبيل تمكين المحاكم والمجالس الدستورية من فرض وجودها في الحياة العامة كلاعب رئيس.

إن أهداف هذا الملتقى، الذي سيجمع باحثين حقوقيين يمثلون مختلف الأنظمة القانونية، متعددة بحيث:

يهدف الملتقى إلى عرض مختلف المؤسسات، التي تصدر قرارات ذات طبيعة دستورية أو شبه دستورية، سواء تمثلت المهمة الأساسية لهذه المؤسسات في تحقيق العدالة الدستورية أم لا. مما سيسمح للمتدخلين وكذلك الحضور في التفكير وتناول دور وتركيبه وإختصاصات المؤسسات العاملة في مجال العدالة الدستورية، وكذلك بخصوص هذه الأخيرة وحكومة القضاة. كما سيكون هذا الملتقى فرصة لتعميق وإثراء التعاون ما بين الجامعات والتعاون الدولي بشأن موضوع العدالة الدستورية، كما سيقدم إضافة أكاديمية للعلاقات والشراكات الموجودة بين المؤسسات المخصصة للعدالة الدستورية.

## برنامج اليوم الدراسي الدولي

الجلسة الأولى:

برئاسة الأستاذ الدكتور

شربال عبد القادر

09 و 15 د – 09 و 30 د: “دور المحاكم الدستورية الإفريقية في حماية النظام الدستوري”.

أ. د كايس شريف

أستاذ التعليم العالي / جامعة مولود معمري تيزي وزو

09 و 30 د – 09 و 45 د: “القضاء الدستوري والقضاء العادي: علاقة مبهممة في خدمة دولة

القانون”.

د. بوسماحة نصر الدين

أستاذ محاضر قسم “أ” / جامعة وهران 2 محمد بن أحمد

09 و 45 د – 10 و 00 د: “توسعة اخطار المجلس الدستوري على ضوء تعديلات 2016”.

أ.د. خلفان كريم

أستاذ التعليم العالي / جامعة مولود معمري تيزي وزو

الجلسة الثانية:

برئاسة الأستاذ الدكتور

كايس شريف

جامعة مولود معمري تيزي وزو

**11:00-11-15 : Les péripéties de la vertu et de la raison constitutionnelle en temps de crise économique**

**Yiannis Z. Drossos - Professeur en Droit constitutionnel, Faculté de droit, Université Nationale et Capodistrienne d’Athènes, Grèce.**

**11: 15 - 11: 30 : Ombudsman comme juge constitutionnel**

**Patricia Jonason**

**Maitre de conférences Université de Sodertun (Suède).**

**11: 30 - 11: 45 : Quelques réflexions sur la fonction consultative du conseil constitutionnel algérien**

**Sam Lyes - Chef de département au centre d’ études et de recherches en droit constitutionnel.**

# دور المحاكم الدستورية الإفريقية في حماية النظام الدستوري

أ.د. كايس شريف

أستاذ القانون العام، مدير مخبر البحث " القانون و التكنولوجيا الجديدة"

جامعة مولود معمري تيزي وزو

## مقدمة:

تعتبر الرقابة على دستورية القوانين أحد الأدوات القانونية لحماية الدستور والأنظمة الدستورية من أية تجاوزات من قبل السلطات العمومية المكلفة بتسيير المؤسسات الدستورية، سواء من خلال تصرفاتها الإفرادية أو في علاقاتها فيما بينها. ولقد طرحت الرقابة على دستورية القوانين في نهاية القرن الثامن عشر كآلية معادية للإرادة الشعبية الممارسة مباشرة من طرف الشعب أو بواسطة ممثليه، حيث لا رقابة على ممثلي الشعب والإرادة الشعبية. لكن سرعان ما تجلّت حقيقة هذه الرقابة باعتبارها آلية لحماية الدستور ومنه سلطات ممثلي الشعب وبه الإرادة الشعبية. فلا وجود للإرادة الشعبية عند خرق الدستور. فالنظام الدستوري والنظام الديمقراطي يرتكزان على الدستور في وجودهما وفي استمراريتهما، عند استقرار الدستور والنظام الدستوري<sup>1</sup>.

عرفت الأنظمة الدستورية نوعان من الرقابة على دستورية القوانين، منها الرقابة السياسية، ومنها الرقابة القضائية. لقد تميزت الرقابة السياسية بكونها ضعيفة من حيث آثارها وفعاليتها، أما الرقابة القضائية فعرفت بكونها شديدة وحادة من حيث آثارها

---

1 للمزيد من التفصيل حول التنظير الفقهي لموضوع الرقابة على دستورية القوانين، أنظر:

-PACTET Pierre: Institutions politiques et droit constitutionnel 7ème ed Masson Paris 1985 p 123 et ss.

CADART J: Institutions politiques et droit constitutionnel, LGDJ Paris 1975 P 158 et ss.

CHANTEBOUT Bernard : Droit constitutionnel et institutions politiques, Paris 1990 p 356 et ss.

-Yelles CHAOUICHE BACHIR: Le conseil constitutionnel en Algérie: du contrôle de constitutionnalité à la créativité normative. OPU Alger 1999.

لكونها مفتوحة للمواطنين سواء عند تحريكها بواسطة الدعوى الأصلية، أو عند ممارستها عن طريق الدفع<sup>1</sup>. وتعتبر المحاكم الدستورية من بين الهيئات المكرسة والمجسدة لهذا النوع من الرقابة على دستورية القوانين. لقد اختلفت الأنظمة الدستورية في هيكلة هذه المحاكم الدستورية، فبينما إعتبرتها بعض الأنظمة بمثابة هيئة قضائية كباقي الهيئات القضائية الأخرى في الدولة، عمدت بعض الأنظمة إلى تنقيحها بجرعة من الطابع السياسي سواء من حيث التشكيلة، أو من حيث آلية تحريك الرقابة أمامها. لذلك تم المزج بين الطابع السياسي والطابع القضائي فيها<sup>2</sup>. ولقد هبت رياح التغيير في إفريقيا مع نهاية الألفية الثانية وبداية الألفية الثالثة، حيث قررت العديد من هذه الدول إصدار دساتير جديدة مع تهيئة أنظمتها الدستورية، وذلك باعتماد المبادئ الديمقراطية وحماية حقوق الإنسان كمرجعية لها. جاء الإتحاد الإفريقي لدعم هذا المسار حيث تقرر عدم الاعتراف بالحكومات الناتجة عن الانقلابات العسكرية.

من بين الآليات القانونية المعتمدة في هذه الدساتير الجديدة، قصد حماية النظام الدستوري الديمقراطي، آلية المحكمة الدستورية للسهر على إحترام الدستور، وضمان نزاهة الإنتخابات السياسية، وكذا ديمومة مبدأ التداول السلمي على السلطة من خلال منع تعديل الدستور لأغراض شخصية. فما هو دور هذه المحاكم في ضبط عمل المؤسسات الدستورية؟ وما هو دورها في حل الأزمات السياسية في الدولة؟

### 1- دور المحاكم الدستورية في ضبط عمل المؤسسات الدستورية:

تناط بالمحاكم الدستورية مهمة جوهرية مرتبطة بالرقابة على إحترام الدستور من طرف كل السلطات العمومية. فالسلطة التشريعية عند وضعها للتشريع قد تخالف بندا أو مبدأ منصوص عليه في القانون الأساسي للدولة، لذلك لزم على الجهاز المكلف بالرقابة على دستورية القوانين التصدي لهذه المخالفة. أما السلطة التنفيذية، فعند وضعها للتنظيمات المستقلة وكذا إبرامها للمعاهدات والإتفاقيات الدولية قد تحمل جانب من

1 Ibid.

2 أنظر المواد من 114 إلى 124 من الدستور البنيني لسنة 1990. تجدر الإشارة إلى أن هذا الدستور لم يعدل منذ أن تمت المصادقة عليه في سنة 1990 رغم محاولات رئيس الجمهورية للقيام بذلك، تصدت المحكمة الدستورية لها بكل شجاعة.

كما نصت المواد من 118 إلى 124 من الدستور التونسي لسنة 2014 على المحكمة الدستورية. كذلك المواد من 129 إلى 134 من الدستور المغربي لسنة 2011.

الجوانب الجوهرية في الدستور مما يجعل من هذه الأعمال مخالفة أو غير مطابقة للدستور<sup>1</sup>. وتكتسي الرقابة على دستورية القوانين أهمية بالغة حيث أن الحقوق والحريات المنصوص عليها في الدستور، لا ضمان لها إلا بوجود جهاز يتولى السهر على إحترام الدستور. فطبيعة الأنظمة السياسية المعاصرة، برلمانية كانت أو رئاسية أو مختلطة، تقوم على إنشاق الحكومة عن الأغلبية البرلمانية القائمة<sup>2</sup>، مما يسهل عملية التواطؤ بين السلطتين في تجسيد البرامج المتفق عليها بغض النظر عن مقتضيات الدستور، مما يجعل الرقابة على دستورية القوانين صمام الأمان لضبط عمل المؤسسات الدستورية شكلا وموضوعا، والعمل على ضمان الحقوق والحريات الشخصية والجماعية. فالحكومة قد تلجأ إلى إقتراح قيود تشريعية لحرية التظاهر، الحق النقابي، الانتخابات... والسلطة التشريعية تصادق عليها ضاربة عرض الحائط المبادئ الدستورية في هذا المجال. في هذا الإطار، تتصدى المحاكم الدستورية لهذه الخروق خاصة وأن بعض الأنظمة الدستورية الإفريقية منحت حق إخطار هذه المحاكم مباشرة للمواطنين، كدولة البنين في دستورها لسنة 1990 مثلا<sup>3</sup>.

في هذا المجال، إذا كانت القوانين المصادق عليها من طرف البرلمان لا تطرح أية إشكالية لخضوعها لهذه الرقابة، فإن التنظيمات المستقلة تفلت من رقابة المشروعية الممارسة من طرف القضاء العادي أو القضاء الإداري حسب طبيعة التنظيم القضائي المعتمد في كل دولة إفريقية من جهة، ويصعب ضبط خضوعها لرقابة الدستورية لكونها تقع بين مجال التشريع ومجال التنظيم التنفيذي من جهة أخرى. لقد تدخلت عدة مرات المحاكم الدستورية للعديد من الدول الإفريقية للتصدي لغطسة التنظيمات المستقلة، كدولة جنوب إفريقيا، دولة الغابون، ودولة الطوقو... إلخ<sup>4</sup>. أما مجال ضبط عمل المؤسسات الدستورية، فيظهر من خلال مراقبة عدم تجاوز الإختصاصات المنوطة بكل هيئة بمقتضى الدستور. فالسلطة التشريعية لا يجوز لها التشريع إلا في المجال المخصص لها دستوريا، ولا يمتد مجال التنظيم مستقلا كان أو تنفيذيا. كما أن السلطة التنفيذية لا يجوز لها

1 للمزيد من التفصيل، أنظر:

GHOZALI Nasser Eddine: cours de théorie générale de l'Etat, OPU Alger 1983 P 95 et ss .

2 للمزيد من التفصيل حول الأنظمة السياسية المعاصرة، أنظر:

- GHOZALI Nasser Eddine : cours de systèmes politiques comparés, OPU Alger 1983 P 50 et ss.

3 أنظر المادة 122 الدستور البنيني:

-Loi N° 90-32 du 11 Décembre 1990 portant Constitution de la République du Bénin.

4 أنظر على سبيل المثال البند رقم 167 من دستور دولة جنوب إفريقيا لسنة 1996 الذي دخل حيز التنفيذ سنة 1997.

أنظر المادة 132 من الدستور المغربي لسنة 2011.

التشريع في المجال المخصص حصرا للسلطة التشريعية وفقا للدستور. فحرصا من المؤسس على ضمان ذلك، تخضع الأنظمة الداخلية للغرف البرلمانية وكذا القوانين العضوية، في العديد من الأنظمة الدستورية الإفريقية، لرقابة المطابقة للدستور بصفة إجبارية ومسبقة، مها دستور المملكة المغربية لسنة 2011<sup>1</sup>، دستور تونس لسنة 2014<sup>2</sup>، والدستور البيني لسنة 1990<sup>3</sup>.

ترتبط القوانين العضوية بالعمل المؤسساتي في الدولة حيث أنها تتعلق بميكلة وضبط العلاقات المحورية بين العديد من المؤسسات الدستورية، سواء تعلق الأمر بالانتخابات، أو الأحزاب السياسية، أو بالقضاء، أو بالظروف العادية أو الظروف الإستثنائية.

يعتبر الضبط الحسن لعمل المؤسسات الدستورية ضمانا أساسية للتجسيد الصحيح والفعلي للأحكام الدستورية، خاصة فيما يتعلق بمرونة سير مختلف الهيئات، والتأكد من سعيها لإحترام الحقوق والحريات، مما يساهم في حماية النظام الدستوري القائم.

## 2- دور المحاكم الدستورية في حل الأزمات السياسية:

تجتمع عند معظم الأنظمة الدستورية الإفريقية خاصية عدم الإستقرار السياسي عقب كل موعد إنتخابي، مما ولد في كل مرة أزمات سياسية حادة، نجمت عنها حروب أهلية دمرت فيها البلدان وزهقت فيها ملايين الأرواح. لذلك، كلما حان موعد الانتخابات في دولة معينة، إلا وإشتدت فيها الحمى السياسية تدخل فيها المحاكم الدستورية في إمتحان عسير، حيث تواجه السلطة الحاكمة الراغبة في حسم الموعد الإنتخابي لصالحها بكل الوسائل، حتى وإن إستلزم الأمر خرق قواعد اللعبة السياسية المحددة في القانون الأساسي للدولة. كما تكون نصب أعين المجتمع المتطلع إليها بإعتبارها المؤسسة الضامنة للنظام الدستوري المعتمد. يمكن إرجاع بعض العناصر الأساسية المتحكمة في هذه الأزمات، إلى إستغلال مواطن ضعف المنظومة القانونية الإنتخابية، من جهة، وسوء التطبيق العمدي للقواعد القانونية، من جهة أخرى. كما يساهم الطابع الفتي لتجارب التحول الديمقراطي في الأنظمة الدستورية الإفريقية في تعقيد هذه المهمة.

1 أنظر المادة 132 من الدستور المغربي لسنة 2011.

2 أنظر المادة 120 من الدستور التونسي لسنة 2014.

3 أنظر المادة 117 من دستور دولة البينين لسنة 1990.

يبرز عنصر ضعف المنظومة القانونية من خلال سوء تحرير النصوص القانونية المؤطرة للعملية السياسية، كذلك من خلال الفجوات والفراغ الذي يشوب المنظومة القانونية في هذه الدول. تعتمد السلطة الحاكمة إلى إستغلال هذا الضعف لتوجيه عملها في صالحها دون غيرها من أطراف المعارضة<sup>1</sup>. ففي هذا المجال، تصدت المحكمة الدستورية البينية في سنة 1996 وفي سنة 2005 لمحاولة إدراج شروط جديدة للترشح للإنتخابات غير واردة في الدستور، فقامت بإلغائها لكونها غير دستورية. كذلك المحكمة الدستورية في دولة مالي في سنة 1996، التي ألغت عدة أحكام في قانون الإنتخابات التي كان من ورائها السعي للتلاعب بتشكيلة اللجنة الوطنية الانتخابية المستقلة، كذلك رفضها لإحتكار الأحزاب السياسية لتقديم مترشحين للإنتخابات رغم نص الدستور على حق كل مواطن في الترشح للإنتخابات. كما نشير إلى المحكمة الدستورية لدولة الطوغو التي تصدت سنة 2009 لمحاولة الحكومة لتعديل عهدة اللجنة الانتخابية الوطنية المستقلة، وكذا محاولة تعديل قانون الإنتخابات في دورة إستثنائية رغم عدم برجة هذا المشروع أصلا فيجدول أعمال هذه الدورة<sup>2</sup>.

تتدخل المحاكم الدستورية الإفريقية لضمان التطبيق الصارم للقانون في المجال الإنتخابي، للتصدي لكل محاولة للتطبيق الخاطئ العمدي له من طرف السلطة الحاكمة والأطراف الفاعلة في الدولة. إنها تسهر على وضع القوائم النهائية المترشحين للإنتخابات الرئاسية. كما تتولى إعلان نتائج الإنتخابات الرئاسية والتشريعية والفصل في الطعون المختلفة المقدمة خاصة من طرف المعارضة. فمثلا، في دولة السنغال، قام القاضي الإنتخابي بضبط نتائج الإنتخابات سنة 1993 رغم التلاعب الذي حدث فيها، مما تعذر ضبطها من طرف اللجنة الوطنية لإحصاء الأصوات. كذلك المحكمة الدستورية في دولة البنين التي ألغت الإنتخابات في مقاطعة "بورغو" في سنة 2005، بسبب الخروق التي سجلت فيها. كذلك دولة الكامرون حيث ألغيت الإنتخابات التشريعية، في سنة 2002، في 9 مقاطعات بسبب التزوير. كذلك دولة مالي حيث ألغيت الإنتخابات التشريعية في كامل التراب الوطني سنة 1997<sup>3</sup>.

1 كايس شريف، ظاهرة عدم فعالية القاعدة القانونية في القانون الوضعي الجزائري، رسالة دكتوراه دولة في القانون العام، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2006، ص 120 وما بعدها.

2 Stéphane Bolle: Les Cours Constitutionnelles et les Crises, 5ème Congrès, Association des Cours Constitutionnelles ayant en Partage l'Usage du Français, Cotonou, 22-28 juin 2009.

3 Stéphane Bolle, op.cit.

لكن رغم ما تقدم من محاولات لإعلاء مرتبة القانون في بعض التجارب الإفريقية، سجلت عدة مواقف غير محايدة لبعض المحاكم الدستورية حيث إنحازت إلى السلطة الحاكمة من خلال تكريس حلول غير واردة في المنظومة القانونية. فمثلا، قررت الغرفة الدستورية في دولة "كوت ديفوار" رفض 13 ملف من أصل 18 لمرشحين للإنتخابات الرئاسية سنة 2006 بذريعة التشكيك في إنتمائهم الصحيح لكوت ديفوار، فرفض ملف الرئيس الحالي "الحسن وتارة"، مما أجح الوضع وأدخل البلاد في حرب أهلية. يمكن الإشارة إلى نفس المثال في دولة إفريقيا الوسطى التي رفضت فيها المحكمة الدستورية 9 ملفات من أصل 13 ملفا لمرشحين لإنتخابات الرئاسية سنة 2005، بذريعة كون الشهادة الطبية غير كاملة البيانات، مما أجح الوضع وإندلعت إحتجاجات وإضطرابات دفعت بالرئيس "بوزيزي" إلى إنقاذ 3 مترشحين بمناسبة إلقاء خطاب للشعب يوم 2005/01/04، ثم إنتهت الأزمة في آخر المطاف بقبول جميع المترشحين دون إستثناء بمقتضى اتفاق ليبرفيل في 2005/01/22... إلخ<sup>1</sup>.

#### الخاتمة

من خلال الإستعراض المختصر للدور الذي تلعبه المحاكم الدستورية في الأنظمة الدستورية الإفريقية، يتضح لنا الصراع الشديد القائم بين السلطة التنفيذية الرافضة لمبدأ التداول الديمقراطي للسلطة والمحاكم الدستورية الساهرة على احترام قواعد اللعبة السياسية المرسومة من طرف الدساتير الإفريقية. يعتبر هذا الصراع ذو بعدين أساسيين، أولهما سلبى إذ يعكس مسار ديمقراطية هذه الأنظمة، حيث ينتج إنعكاسات هدامة للنسيج الاجتماعي والإقتصادي، وثانيهما إيجابي حيث يترتب عن صمود هذه المحاكم الدستورية أمام محاولات تفتيت المنظومة القانونية السياسية للدولة، ترسيخ الأسس القانونية والسياسية للتحوّل الديمقراطي المنشود، مما يقوي النسيج الاجتماعي والإقتصادي، ويوجه هذه الدول نحو الإتجاه الصحيح المؤدي إلى التطور الاجتماعي والإقتصادي والمؤسسي، والمشوار ما زال طويلا...<sup>2</sup>.

1 Ibid.

2 للمزيد من التفصيل حول موضوع الإصلاحات السياسية في الأنظمة الدستورية الإفريقية المعاصرة، أنظر: حصيلة أشغال الندوة الإفريقية حول "تطور القانون الدستوري في إفريقيا" منشورة في مجلة المجلس الدستوري عدد 4 سنة 2014. منها: كايس شريف: تطور وتكريس حقوق الإنسان في الأنظمة الدستورية الإفريقية، المرجع السابق ص 63 وما بعدها.

# القضاء الدستوري والقضاء العادي: علاقة مهمة في خدمة دولة القانون (النموذج الجزائري على ضوء تعديلات 2016)

د. بوسماحة نصرالدين

أستاذ محاضر قسم "أ" كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة وهران 2 محمد بن احمد

القضاء الدستوري وظيفة يطلع بها مجموع المؤسسات المكلفة أساسا بالرقابة على دستورية القوانين بحسب اختلاف الأنظمة القانونية، فمنها من يطلع فيه بهذه المهمة أعلى هيئات القضاء العادي مثل المحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية (إلى جانب باقي المحاكم) أو المحاكم والمجالس الدستورية مثل ما هو معمول به في الكثير من دول العالم (كالدول الأوروبية والدول الإفريقية)، وهي مؤسسات تتمتع باستقلالية تامة عن السلطتين التنفيذية والتشريعية<sup>1</sup>. وتعتبر وظيفة القضاء الدستوري شديدة الارتباط بدولة القانون، ودعامة رئيسية لضمان توازن وإستمرار الأنظمة الديمقراطية وفقا لمتطلبات الدساتير الحديثة، التي تجعل من الرقابة الدستورية نقطة مرجعية لا يمكن التنازل عنها، بالنظر لما تحققه من أهداف أساسها:

- ضمان سمو وعلو الدستور على باقي القوانين في البلاد
- حماية حقوق وحرية الأفراد من تعسف السلطة عن طريق إلغاء القوانين غير الدستورية.
- ضمان الطابع السلمي لممارسة السلطة عن طريق توفير حلول قانونية للتراعات ما بين مكونات السلطة<sup>2</sup>.

1 Emmanuel TAWIL «L'ORGANE DE JUSTICE CONSTITUTIONNELLE - ASPECTS STATUTAIRES» p 01. In VI ème CONGRES DE L'ASSOCIATION FRANÇAISE DES CONSTITUTIONNALISTES ATELIER 5: OU EN EST LE JUGE CONSTITUTIONNEL? Montpellier Juin 2005.

2 تقرير: المدرسة الدستورية الجديدة، الشكل الجديد للمسار التأسيسي، المنظمة الدولية للتقرير عن الديمقراطية، ص 09.  
<http://www.democracy-reporting.org>

وحتى لا نحمل هيئات الرقابة الدستورية أكثر مما يليق، لا بد من التذكير أن تحقيق تلك الأهداف لا يقع فقط على عتب هيئات الرقابة الدستورية، وإنما تتضافر لأجله جهود الكثير من المؤسسات في الدولة الواحدة، والتي نذكر منها القضاء العادي الذي يعمل بدوره على ضمان وحماية الحقوق والحريات، وهي إحدى الدعامات الرئيسية لدولة القانون.

إذ تضمن جميع الدساتير الحديثة حق المواطن في اللجوء إلى المحاكم الوطنية لإنصافه عن الأعمال التي تمثل انتهاكا لحقوقه الأساسية التي يحميها القانون، بإعتبار هذا الحق من حقوق الإنسان الأساسية التي تضمنها إعلان الأمم المتحدة لعام 1948<sup>1</sup>. غير أنه ينبغي التنويه بخصوص هذه المسألة أن الحق مضمون بالنسبة للقضاء العادي وأن ممارسة الدول تختلف من حيث تمكينها للمواطنين من اللجوء مباشرة إلى القضاء الدستوري.

ولا يقتصر الاختلاف على هذه النقطة، بل هو متعلق بوجود نظامين منفصلين في الرقابة الدستورية كما سبق الإشارة إليه، الأول تجسده المحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية، التي تترع على قمة السلطة القضائية (تمارس سلطتها على بقية المحاكم) وهي مستقلة بشكل مطلق عن السلطتين التنفيذية والتشريعية، تتولى في نفس الوقت مهمة الرقابة على دستورية القوانين. أما النظام الثاني والذي كرس لأول مرة في النمسا، ويطلق عليه نموذج كلسن يعتمد على مجالس دستورية تتولى مهمة الرقابة على دستورية القوانين، تطور دورها مع مرور الوقت وأصبحت تضطلع بصلاحيات أشبه باختصاص المحاكم الدستورية<sup>2</sup>، وهي تعد جزءا من القضاء الدستوري رغم ما يقال عن تشكيلتها من حيث التعيين (البعض منهم تعينه هيئات سياسية وليس لهم تكوين قانوني ويسمون أعضاء وليسوا قضاة<sup>3</sup>) وهذا النوع الثاني كما هو معلوم، هو الذي ينتمي إليه نظام الرقابة الدستورية في الجزائر، مع اختلاف في طبيعة العلاقة القائمة ما بين القضاء العادي والقضاء الدستوري في مرحلتين، ما قبل تعديلات وما بعد تعديلات 2016.

---

1 المادة 08 من الإعلان العالمي.

2 Hubert Haenel «Vers une Cour suprême?» p 04. (Université de Nancy – 21 octobre 2010).

3 أحمد الصايغ، دور القضاء الدستوري في تطوير الأنظمة الدستورية "التجربة الإماراتية"، ورقة مقدمة إلى الملتقى العلمي التاسع لإتحاد المحاكم والمجالس الدستورية العربية، سنة 2015، ص 09.

## • قبل التعديل الدستوري لسنة 2016:

يمكن القول اختصاراً بأن العلاقة كانت منعدمة ما بين القضاء العادي والقضاء الدستوري، بحيث لا يوجد أي نوع من التداخل أو التعاون ما بين القضائين، رغم أن كل منهما يعتبر دعامة أساسية في إرساء وتكريس دولة القانون، من خلال حماية الحقوق والحريات الأساسية للمواطن، سواء عن طريق الفصل في الدعاوى القضائية من قبل القضاء العادي أو من خلال إلغاء القوانين غير الدستورية.

### أ / العلاقة الوظيفية:

باستثناء مسألة تعيين أعضاء المجلس الدستوري، والذين يكون من بينهم قضاة من المحكمة العليا أو مجلس الدولة، لا توجد أية علاقة وظيفية ما بين قضاة المحكمة العليا ومجلس الدولة، بالنظر إلى إنقطاع العلاقة مع المؤسسة الأصلية وإستقلالية أعضاء المجلس الدستوري. حتى من الناحية العملية فإن نهاية عهدة عضو المجلس الدستوري لا تعني العودة إلى المؤسسة الأصلية (المحكمة العليا أو مجلس الدولة، يكون التقاعد مباشرة أو ممارسة وظيفة حرة أخرى أو مسؤولية في الدولة).

### ب / العلاقة من حيث الإختصاص والإجراءات:

القضاء العادي باعتباره يمثل السلطة القضائية (في الجزائر) غير مؤهل للعب دور الحكم ما بين السلطات (بالأخص السلطتين التنفيذية والتشريعية)، فمهمته الأساسية حسب الفصل الثالث من الباب الثاني من الدستور هي حماية المجتمع والحريات وضمن الحقوق الأساسية لكل الأفراد<sup>1</sup>. في حين تطرق الدستور للرقابة على دستورية القوانين في الباب الثالث، الفصل الأول منه تحت عنوان الرقابة، الذي أسند هذه الوظيفة للمجلس الدستوري (مع الإشارة إلى أن دستور 1996 قبل التعديل لم ينص صراحة على الإستقلالية القانونية للمجلس الدستوري رغم عدم خضوعه لأية جهة في تأدية مهامه (من الناحية القانونية)، المهم فيما تقدم هو عدم إنتماء المجلس الدستوري لمؤسسات السلطة القضائية.

إختلاف مهمة القضاء الدستوري عن القضاء العادي تنعكس من خلال التشكيلة، إذ يعتمد القضاء العادي على قضاة (محترفين) بأعداد كبيرة جداً، عدد قضاة المحكمة العليا لوحدها أو مجلس الدولة يفوق أعضاء المجلس الدستوري بكثير،

---

المادة 157 من دستور 1996.

## • بعد التعديل الدستوري لـ 2016:

من النقاط الرئيسية التي مستها تعديلات سنة 2016 تلك المتعلقة بمهمة الرقابة المسندة للقضاء الدستوري، سواء ما تعلق منها بمركزه القانوني، والذي جاء بمادة صريحة تؤكد على إستقلالية وما قد ينجر عن ذلك من تبعات تتعلق بالتسيير اليومي بالدرجة الأولى (الذي كان ملحقا في ميزانيته برئاسة الجمهورية) أو ما تعلق منها بتشكيله المجلس وعدد الأعضاء ومعايير العضوية إلى جانب طرق الإخطار التي سيفصل فيها الأستاذ خلفان كريم، نسجل اعتماد لأول مرة (المسألة التوقيفية الدستورية) إقتداء ببعض الأنظمة الدستورية التي اعتمدت هذا النوع من الإخطار. وهي آلية من شأنها تمكين أكبر عدد ممكن من الأفراد من اللجوء إلى القضاء الدستوري.

إذ تضمن التعديل الدستوري لـ 2016 في المادة 188 إمكانية إخطار المجلس الدستوري بالدفع بعدم الدستورية بناء على إحالة من المحكمة العليا أو مجلس الدولة، عندما يدعي أحد الأطراف في المحاكمة أمام جهة قضائية أن الحكم التشريعي الذي يتوقف عليه مآل النزاع ينتهك الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور.

ما يمكن ملاحظته على هذه المادة أنها أقامت لأول مرة نوعا من العلاقة ما بين أعلى مؤسستين في القضاء العادي "المحكمة العليا ومجلس الدولة" من جهة و(القضاء الدستوري) المجلس الدستوري من جهة أخرى، من خلال قيامهما نوعا ما بدور الوساطة ما بين أحد الأطراف في قضية معينة (قد تكون مدنية، تجارية، جنائية، إدارية أي كل أنواع القضايا) والمجلس الدستوري، إذا طعن المعني بالأمر في عدم دستورية النص القانوني المراد تطبيقه في القضية على أساس أنه يمثل إنتهاكا للحقوق والحريات الأساسية. فإن ذلك لا يتم إلا عبر المرور أولا على الجهة الأعلى التي يتبع لها القضاء المعني (إذا كانت قضية إدارية تكون الإحالة عبر مجلس الدولة وإذا كانت متباعدة جزائية مثلا تكون الإحالة عبر المحكمة العليا).

قلت نوعا ما الوساطة، لأن المؤسس الدستوري كان بين خيار السماح للأفراد اللجوء مباشرة إلى القضاء الدستوري للطعن في عدم دستورية نص تشريعي مثل ما هو معمول به في بعض الأنظمة، مثل ألمانيا وإسبانيا والبرازيل. وبالتالي الإبقاء على الإنعدام التام لأي نوع من التواصل الوظيفي أو الإجرائي بين القضائين، أو اعتماد على نوع من الإجراء الخاص لتصفية الطعون المقدمة في هذا المجال، عبر رفعها على المحكمة العليا أو مجلس الدولة الذي يمارس نوعا من التصفية قبل إحالتها على المجلس الدستوري، وهذا يعني مبدئيا تبني النموذج الفرنسي (الذي يعتمد بدوره حديثا هذا النوع من الرقابة على

الدستورية) إلا أن المؤسس الدستوري أحال مسألة تطبيق هذه الإجراءات طبقاً للفقرة 2 من المادة 188 على القانون العضوي الذي يصدر مسبقاً، وبالتالي عدم معرفة الشروط والإجراءات التي يوافق على ضوئها مجلس الدولة أو المحكمة العليا على إحالة القضايا على المجلس الدستوري. ما يعني أن الوضع الحالي هو أشبه بمرحلة إنتقالية في إنتظار تكييف المجلس نفسه مع التعديلات الجديدة وصدور النصوص التطبيقية والتنظيمية لضمان تأدية مهامه المنصوص عليها في الدستور.

# توسيع إخطار المجلس الدستوري وإدراج آلية الدفع بعدم الدستورية في التعديل الدستوري لعام 2016

أ.د. خلفان كريم

أستاذ، كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة مولود معمري تيزي وزو

**Charles Eisenmann** soulignait au sujet de la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche que «appelée à jouer dans une certaine mesure le rôle d'arbitre entre les parties, à assurer le règne du droit jusque dans le domaine politique, l'impartialité de ses membres apparaît d'autant plus nécessaire qu'ils ont à se prononcer sur des questions plus brûlantes»<sup>1</sup>.

## أولا: مقدمة:

من بين التعديلات الجوهرية الجديدة التي جاء بها التعديل الدستوري في الجزائر في 2016<sup>2</sup>، توسيع تشكيلة المجلس الدستوري والجهات الدستورية التي يخول لها القانون حق التماس تدخل المجلس الدستوري بالإضافة إلى إدراج آلية الدفع بعدم الدستورية وما يعرف بالمسألة الأولية بعدم الدستورية (Constitutionnalité de Prioritaire Question). هذا بالإضافة طبعا إلى مجموعة من الإصلاحات الجوهرية التي من شأنها تعزيز دور ومكانة المجلس الدستوري على غرار تكريس إستقلالية المجلس الدستوري وإشتراط تمتع أعضاء

1 Charles EISENMANN, La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche, Paris, 1928, rééd. Paris, Economica, 1986, p. 175.

2 تم إعتقاد مشروع التعديل الدستوري الذي يادر به رئيس الجمهورية من طرف غرفتي البرلمان في 7 فيفري 2016، وبعدها قام رئيس الجمهورية بإصدار القانون رقم 16-01 المؤرخ في 6 مارس 2016 المتضمن التعديل الدستوري، ج. ر. عدد 14 المؤرخة في 7 مارس 2016. تجدر الإشارة إلى أن الدستور الجزائري عرف ترفيما جديدا لمواده تماشيا مع حجم التعديلات التي عرفها، لذلك سوف نعتمد الترفيم الجديد لأحكام الدستور.

المجلس الدستوري. مؤهلات علمية ومهنية خاصة وكذلك إقرار الحصانة الإجرائية الجزائية لأعضائه<sup>1</sup>.

ولأغراض هذه المداخلة سوف نكتفي بالتعرض إلى توسيع الجهات الدستورية التي يخول لها القانون حق إخطار المجلس الدستوري وإدراج آلية دفع الأفراد بعدم الدستورية كآليتين من شأنهما تعزيز مكانة ودور المجلس الدستوري في الرقابة على دستورية القوانين بصفة عامة والمشاركة الفعلية في ضمان حماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية على وجه الخصوص.

### ثانيا: توسيع الجهات المخول لها إخطار المجلس الدستوري:

بالإضافة إلى احتفاظ التعديل الدستوري الجديد بالسلطات القديمة لإخطار المجلس الدستوري وتحريك الرقابة على دستورية القوانين، حيث إحتفظ كل من رئيس الجمهورية ورئيس المجلس الشعبي الوطني ورئيس مجلس الأمة بسلطة الإخطار في مجال الرقابة على دستورية القوانين، وسّع التعديل الدستوري الجديد هذا الإختصاص إلى كل من الوزير الأول ومجموعة من نواب المجلس الشعبي الوطني ومجموعة من أعضاء مجلس الأمة. 50 نائبا بالنسبة للمجلس الشعبي الوطني، و30 عضوا بالنسبة لمجلس الأمة<sup>2</sup>. ويرجع سبب توسيع الهيئات ذات إختصاص إخطار المجلس الدستوري إلى مجموعة من الإعتبارات يمكن حصرها في بعض النقاط الأساسية:

1- بالنسبة للوزير الأول: على عكس ما ذهب إليه تعديل 2008 الذي إستحدث برنامج رئيس الجمهورية وقضى على برنامج الحكومة، حيث أن الوزير الأول مكلف بتنفيذ برنامج رئيس الجمهورية، جاء تعديل دستور 2016 بمخطط عمل الحكومة الذي يمكن أن نتصور إمكانية إستقلالته عن برنامج رئيس الجمهورية في حالة المعاشية لأن الوزير الأول يعينه رئيس الجمهورية بعد إستشارته للأغلبية البرلمانية<sup>3</sup>.

1 أنظر المواد 182 و184 و185.

2 تنص المادة 187 الفقرتين الأولى والثانية من الدستور على: "يخطر المجلس الدستوري رئيس الجمهورية أو رئيس مجلس الأمة أو رئيس المجلس الشعبي الوطني أو الوزير الأول. كما يمكن إخطاره من خمسين (50) نائبا أو ثلاثين (30) عضوا في مجلس الأمة". غير أنه يبدو من قراءة المادة 114 الفقرة 6 من الدستور أن حق المعارضة البرلمانية في إخطار المجلس الدستوري يقتصر على القوانين التي صوت عليها البرلمان أي أنه من جهة أولى إخطار سابق قبل إصدار القانون ومن جهة ثانية يتعلق بالقوانين العادية ولا يمتد إلى التنظيمات.

3 وفقا لنص المادة 91، الفقرة 5 من الدستور التي تنص على: "يعين الوزير الأول بعد إستشارة الأغلبية البرلمانية وبتنظيمهم".

2- بالنسبة لنواب المجلس الشعبي الوطني ونواب مجلس الأمة: مردّد ذلك هو تمكين المعارضة البرلمانية من إخطار المجلس الدستوري في حالة ما إذا لاحظت تعدي أو خرق لأحكام الدستور<sup>1</sup>، لأن نواب الأغلبية البرلمانية يكفّهم التوجه إما لرئيس المجلس الشعبي الوطني أو إلى رئيس مجلس الأمة بحكم أنه ينتمي إلى حزبهم أو التوجه إلى الوزير الأول لأنه ينحدر أساسا من الأغلبية.

يجب أن نشير في هذا الصدد إلى أنّ هذا الاختصاص لا يقتصر فقط على نواب المعارضة البرلمانية بل يشمل كل النواب المجلس الشعبي الوطني وأعضاء مجلس الأمة. فقد يحدث أن ينظّم نواب في الأغلبية البرلمانية مع نواب في المعارضة لإخطار المجلس الدستوري حول قانون معيّن مثلما يحدث أيضا أن يصوّت نواب الأغلبية ضدّ القوانين المعروضة عليهم لإعتبارات عديدة على غرار ما حدث مثلا في البرلمان الفرنسي مؤخرا بصدد التصويت على قانون تجريد مزدوجي الجنسية من الجنسية الفرنسية عقب الهجمات الإرهابية التي تعرضت لها العديد من المدن الفرنسية عامي 2015 و 2016.

3- كما يمكن إضافة إعتبار آخر وهو أنّ حصيلة عمل المجلس الدستوري منذ 1989 إلى يومنا هذا تبيّن لنا أنّه، ما عدا حالات الإخطار الإجباري بالنسبة للقوانين العضوية وأنظمة غرفتي البرلمان، فقليل ما تم إخطار المجلس الدستوري من طرف رئيس الجمهورية أو رئيسا الغرفتين البرلمانيّتين<sup>2</sup>. هذا ما يفسّر بطريقة ما بعض الجمود الذي عرفه نشاط المجلس الدستوري، كما أنه لم يتم إخطاره إطلاقا في مجال التنظيمات حيث أنّ توسيع هذا الإخطار من شأنه أن يُنشّط دور المجلس الدستوري في هذا المجال مثلما حدث في فرنسا منذ التعديل الدستوري لعام 1974 عندما تمّ توسيع الإخطار إلى 60 نائبا من الجمعية الوطنية أو 60 شيخا من مجلس الشيوخ.

إنّ إنفتاح المجلس الدستوري على المعارضة ونواها لممارسة ذات الإختصاص المعهود سابق لممثلي الأغلبية البرلمانية، وإن كان مطلبا ملحا من طرف المعارضة ذاتها والنقاد، فإنه يطرح من زاوية أخرى مجموعة من الإشكالات يمكن تلخيصها فيما يأتي:

---

1 تنص المادة 114، الفقرة السادسة من الدستور على: "تتمتع المعارضة البرلمانية بحقوق تمكنها من المشاركة الفعلية في الأشغال البرلمانية وفي الحياة السياسية لاسيما منها: إخطار المجلس الدستوري طبقا لأحكام المادة 187 (الفقرتان 2 و3) من الدستور بخصوص القوانين التي يصوت عليها البرلمان".

2 أنظر في هذا الشأن، عبد القادر شربال، "المجلس الدستوري : بين النظرية والتطبيق"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، عدد 1، 2013، ص. 107.

1- إذا إنطلقنا من مضمون الفقرة السادسة من المادة 114 الفقرة السادسة من الدستور فإنّ مجال الإخطار بالنسبة للنواب وأعضاء البرلمان يقتصر فقط على القوانين التي صوت عليها البرلمان أي القوانين العادية وذلك قبل دخولها حيز النفاذ. هذا من شأنه بطبيعة الحال أن يُقوّض الحق الممنوح للمعارضة البرلمانية إذا سلمنا بأنّها المستفيد الأول منه، في مجال ممارسة الرقابة على دستورية القوانين، بما أن نطاقها لا يمتد إلى التنظيمات والمعاهدات الدولية.

2- أما إذا ربطنا المادة 114 الفقرة السادسة المذكورة أعلاه بنص الفقرة 187/2، فإنه يبدو ظاهريا أن الإخطار بالنسبة لهذه الفئة يشبه الإخطار المخصص لكل من رئيس الجمهورية ورئيسا الغرفتين والوزير الأول. غير أن الصياغة أو بالأحرى الهيكلة التي جاءت بها المادة 187 قد توحي بأن المؤسس الدستوري عمد وضع طائفتين من الهيئات ذات صلاحيات متميزة النطاق في مجال إخطار المجلس الدستوري. الطائفة الأولى نصت عليها الفقرة الأولى من المادة 187 بعبارة: "يُخطَر المجلس الدستوري...". أما الطائفة الثانية فقد نصت عليها الفقرة الثانية من ذات المادة بعبارة: " كما يمكن إخطاره من...".

### ثالثا: فيما يخص إستحداث آلية الدفع بعدم الدستورية:

نقلا عن التجربة الفرنسية منذ التعديل الدستوري لعام 2008، اعتمد التعديل الدستوري لعام 2016 لأول مرة آلية الدفع بعدم الدستورية ( Exception d'inconstitutionnalité) أمام المجلس الدستوري. تنص المادة 188 من الدستور على أنه: "يمكن إخطار المجلس الدستوري بالدفع بعدما لدستورية بناء على إحالة من المحكمة العليا أو مجلس الدولة عندما يدعي أحد الأطراف في المحاكمة أما مجهة قضائية أن الحكم التشريعي الذي يتوقف عليهم آللتراع ينتهك الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور. تحدد شروط وكيفيات تطبيق هذه الفقرة بموجب قانون عضوي". ووفقا لنص المادة المذكورة أعلاه يتم تحريك من طرف الأفراد غير أن إحالة الدفع بعد الدستورية أمام المجلس الدستوري يتم عن طريق المحكمة العليا أو مجلس الدولة. فخلافا لما هو معمول به في العديد من الأنظمة خاصة الأنجلوسكسونية أين يحق للمواطن مباشرة تحريك دعوى عدم الدستورية أمام الجهة القضائية المختصة، لم يعتمد المؤسس الدستوري الجزائري نفس الطريقة حيث وضعت مجموعة من الشروط هي:

**أولاً:** وجود نزاع قانوني أصلي مطروح أمام جهة قضائية؛

**ثانياً:** إثارة عدم دستورية نص تشريعي من طرف أحد الأطراف في النزاع، هذا ما يعني بأن الدفع بعدم الدستورية لا يمتد إلى النصوص غير التشريعية مثل التنظيمات الصادرة عن السلطة التنفيذية في مجال اختصاصها؛

**ثالثاً:** أن يكون النص المراد تطبيقه على النزاع يمس بالحقوق والحريات التي تضمنها أحكام الدستور؛

**رابعاً:** أن يكون النص التشريعي موضوع الدفع بعدم الدستورية ذات أهمية مركزية في النزاع وأن يتوقف مصير النزاع عليه؛

**خامساً:** قيام مجلس الدولة إذا كان النزاع ذات طابع إداري، أو المحكمة العليا إذا كان النزاع عادياً، بإخطار المجلس الدستوري بعريضة بخصوص النص موضوع الخرق.

نشير في هذا الصدد إلى الغموض الذي يكتنف نص المادة 188 من الدستور بخصوص الجهة القضائية التي يجب على طرف أو أطراف النزاع اللجوء من أجل إثارة المسألة، فهل أمام المحكمة الابتدائية أم المجلس القضائي أم يجب الانتظار حتى يصل النزاع إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة؟ ومن خلال قراءة نص المادة 188 التي ورد فيها مصطلح "جهة قضائية" (...devantunejurisdiction...)، يقتضي المنطق أن يتمكن أحد الأطراف في النزاع من إثارتها في أي مرحلة من مراحل التقاضي. وفي هذا المجال ينص الدستور في المادة 2/191 على أن سريان مفعول هذه القرارات في مجال الدفع بعدم الدستورية يكون بداية من التاريخ الذي يحدده قرار المجلس<sup>1</sup>. فهل يمكن للمجلس هنا أن يحدد تاريخاً بأثر رجعي أم لا؟ وذلك دون أن ننسى ما يمكن أن يرتبه القرار من آثار تجاه الحقوق المكتسبة والمراكز القانونية الناتجة عن سريان القوانين موضوع الدفع<sup>2</sup>. هذا ما ستبينه ممارسة المجلس الدستوري في المستقبل بعد اكتمال البناء القانوني للآلية مع صدور القانون العضوي المنظم لها تكييف إجراءات عمل المجلس الدستوري مع هذه الآلية.

1 تنص الفقرة على أنه: " إذا إعتبر نص تشريعي ما غير دستوري على أساس المادة 188 أعلاه، فإنّ هذا النص يفقد أثره ابتداء من اليوم الذي يحدده قرار المجلس الدستوري". وتضيف الفقرة الأخيرة من المادة 191: "تكون أراء المجلس الدستوري وقراراته نهائية وملزمة لجميع السلطات العمومية والسلطات الإدارية والقضائية".

2 تجدر الإشارة إلى أن بعض الأنظمة الدستورية المقارنة في مجال لجوء الأفراد أمام الهيئات الدستورية تنص على أن القرارات القضائية بإلغاء نص غير دستوري لا تطبق بأثر رجعي إلا إستثناءاً وذلك على وجه الخصوص في المواد الجزائية. هذا ما تقر به مثلاً إسبانيا وألمانيا.

وفي جميع الأحوال فإنَّ المنتظر أنَّ تعطي هذه الآلية دفعا جديدا لعمل مجلس الدولة والمحكمة العليا في مجال حماية حقوق الإنسان الأساسية لما سيلعبه كلاهما من دور رئيسي في إنتقاء الدفوع بعدم الدستورية وتقدير مدى تأسيسها وجديتها من أجل إحالتها أمام المجلس الدستوري. كما أن هذه الآلية ستعطي دفعا جديدا لنشاط المجلس الدستوري ونوعية تدخله في مجال الرقابة على دستورية القوانين بالنظر إلى طبيعة تشكيلته الجديدة التي تضفي عليه الطابع القضائي وهذا من شأنه أيضا أن يساعد على التأقلم السريع والفعال مع آلية الدفع بعدم الدستورية.

#### رابعا: الخاتمة:

إذا كان توسيع تشكيلة المجلس الدستوري والهيئات التي يُخول لها سلطة إخطار المجلس الدستوري قد لقي ترحيبا واسعا لدى الأحزاب السياسية والباحثين في المجال، فإنَّ إحداث آلية الدفع بعدم الدستورية، وإن لقيت نفس الإهتمام، إلا أنَّ تقييمها ومعرفة مدى فعاليتها وفعاليتها يتوقف على ما سيتضمنه القانون العضوي الذي سيحدد شروط وأشكال العمل بها.

وفي هذا الصدد فإنَّ وجود المحكمة العليا ومجلس الدولة في قلب الآلية يُفسرُ من طرف البعض على أنه يمكن إعتبارهما حاجزا أمام تحريك الآلية بصفة مباشرة من طرف المواطن. بينما الحقيقة العملية وحادثة الآلية بالنسبة للمنظومة القانونية الجزائرية، يقتضي تنظيمها تنظيما محكما بما يحفظ حقوق الأفراد من جهة، وتفادي إغراق الجهات القضائية المعنية بعدد هائل من القضايا حتى لا تتم تمييع الآلية وإفراغها من محتواها وهدفها الأساسي. ولقدت أثبتت التجارب المقارنة بما فيها التجربة الفرنسية أنَّ بداية العمل بهذه الآلية عرف إقبالا كبيرا وضغطا معتبرا على القضاء الفرنسي إلى أن إستقر في السنوات الأخيرة لينحصر في دفوع جديّة تساهم في تنقية النظام القانوني من نصوص متناقضة والنص الدستوري وتساهم بذلك في بناء دولة القانون. إضافة إلى ذلك، أصبحت وسيلة قضائية للضبط والتكليف الدستوري للقواعد الإتفاقية الدولية خاصة تلك المتعلقة بحقوق الإنسان والحريات الأساسية ووسيلة ناجعة لجعل الإجتهد القضائي الداخلي في هذا المجال متماشيا ومتجانسا مع الإلتزامات الدولية المترتبة عنها<sup>1</sup>.

1 Marcel SINKONDO, La question prioritaire de constitutionnalité, appellation de convenance constitutionnelle d'un contrôle substantiel de conventionalité, Revue de la Recherche Juridique, 2015-4, p. 1671 et s.

# Les péripéties de la vertu et de la raison constitutionnelle en temps de crise économique

**Yiannis Z. Drossos**

*Professeur en Droit constitutionnel, Faculté de droit  
Université Nationale et Capodistrienne d'Athènes, Grèce*

La Constitution moderne est beaucoup plus qu'un simple *matrix* de traduire des décisions politiques dans des formes juridiques législatives et administratives. Sa valeur, sa fierté, sa vertu et son pouvoir mystique est qu'elle garantit efficacement la liberté démocratique et les libertés individuelles tout en se situant au-dessus du législateur ordinaire; elle fixe des limites juridiques procédurales et substantielles insurmontables, qui lient principalement mais pas exclusivement, la puissance de l'Etat et tout détenteur du pouvoir. En conséquence, la Constitution garantit à chaque membre de l'Etat constitutionnel un ensemble de droits opposables à tous; les spécificités institutionnelles, les perceptions juridiques particulières et l'étendue des libertés particulières garanties par les différentes Constitutions varient dans le temps et dans l'espace, mais l'essence constitutionnelle, donc le pouvoir réel de la Constitution de lier le pouvoir aux normes de sa légalité reste, ou, mieux: doit rester. Ou, pour ne pas oublier Sieyès, *une Constitution est un corps de lois obligatoires, ou ce n'est rien*. En d'autres termes, des grands empires, comme les empires Byzantin, Inka, Ottoman ou Chinois, ont produit des corps de droit élaborés, permettant la pleine mise en œuvre pratique des règles des gouvernants, mais des Constitutions ils n'avaient pas.

La forme de l'Etat constitutionnel est conçue pour tenir aussi en temps de crise. Mais quel est le sort des Constitutions européennes pendant la crise économique actuelle? L'exemple de mon pays, la Grèce, apporte une nouveauté tout à fait remarquable: les nécessités économiques imposent leurs impératifs indépendamment des considérations constitutionnelles. Les *caractéristiques externes* de l'exercice des pouvoirs constitutionnels – élections, Parlement, Cours de Justice, droits de l'homme restent intacts, mais leur dynamique interne a perdu la plus grande partie de sa force. La forme Constitution reste, mais beaucoup de sa substance, c'est à-dire son pouvoir de régler les choses et de ne pas être réglé par eux est largement préempté.

Pour venir à l'exemple de mon pays (le Portugal pourrait aussi présenter un exemple analogue): en automne 2009, la Grèce a découvert qu'elle se trouvait au bord de la faillite financière. Depuis le début de 2010 est jusqu'à présent, la faillite financière de la Grèce est poussée vers l'avant (dans l'aspiration qu'elle peut être définitivement éloignée) sur la base d'un financement garanti par entités internationales constituées *ad hoc* constituait sous une stricte conditionnalité, c'est-à-dire sous la condition que la Grèce applique un programme d'une austérité féroce et des réformes radicales sous contrôle permanente des représentants des créanciers qui les ont imposées. Les normes constitutionnelles, tous nos normes constitutionnelles, existent toujours, mais elles ne sont pas capables d'influencer, moins encore: d'empêcher l'application de cette austérité féroce, qui est imposé comme le seul moyen permettant à la Grèce de rester dans la zone Euro et de ne pas tomber dans l'enfer d'une abime économique, politique et sociale. Malgré des changements politiques résultants des élections libres, malgré une majorité éclatante d'un referendum tout en contestant les politiques d'austérité imposées par nos créanciers, malgré les argumentations élaborées auprès de nos Cours suprêmes –donc malgré le respect minutieux des tous les formes et institutions constitutionnelles, politiques imposées par les nécessités économiques.

Chez nous en Europe on est fier de bien parler –parfois de bavarder- de nos "*traditions constitutionnelles communes*", c'est-à-dire des grandes lignes des idéaux démocratiques et libérales gouvernant nos pratiques juridiques au niveau européen comme aussi bien aux niveaux nationaux des Etats membres de l'Union européenne, donc de l'inséparabilité du terrain constitutionnel régissent les activités politiques et juridiques, tous les activités politiques et juridiques de n'importe quelle provenance qui sont nécessaires pour faire face à la crise.

En effet, même dans un seul pays de la zone euro, la crise de la dette souveraine affecte directement tous les pays de la zone euro, ainsi que le sort des centaines de millions des individus qui mènent leurs vies dans tous les pays de la zone euro. Une réalité simultanément et indissolublement nationale et européenne surgit: certains Euro-pays sont obligés d'emprunter, d'autres Euro-pays sont *obligés* de les prêter.

Cette inséparabilité est reflétée aux arrangements institutionnels conçus pour faire face à la crise. Ils sont structurés sur une double base, ce qui reflète les deux aspects inséparables pour le management de la crise: (a) le financement nécessaire des pays de la zone euro en situation de dette souveraine excessive sera assurée (b) mais ceci sous condition que les pays

bénéficiaires acceptent et appliquent strictement et sous contrôle permanente tous les conditions imposées par leur créanciers.

Comme déjà indiqué, les politiques décidées en raison de la crise ne sont pas adoptées et mises en œuvre dans un vide juridique/constitutionnel. Deux types de questions constitutionnelles tout à fait différentes ont été soulevés à l'égard du terrain constitutionnel invoqué pour donner un effet juridique aux tâches politiques entreprises en vue de la crise.

Pour les Etats prêteurs, la question constitutionnelle se pose dans la façon suivante: est-il constitutionnellement permis d'entreprendre le financement d'autres exclusivement en vertu des règles et sous contrôle exclusive institutions européennes et internationaux respectives? Ou, dans d'autres termes, est-il constitutionnel pour les Etats prêteurs, tels que l'Allemagne ou la France, de limiter si radicalement leur souveraineté nationale parce que la monnaie de quelqu'un d'autre, parce que sa monnaie s'avère être aussi leur monnaie?

Pour ces Etats le concerne principal est de préserver leur souveraineté budgétaire, à savoir leur pouvoir absolu sur leurs finances nationales. Si les conditions imposées aux pays bénéficiaires sont ou ne sont pas en conformité avec les "*traditions communs constitutionnelles*" des États membres de l'Union Européenne, y compris le respect des droits de l'homme, si chaleureusement glorifiées par la littérature juridique et politique et la jurisprudence européennes n'a pas été une issue.

Pour les pays dites "bénéficiaires" la question constitutionnelle est d'une portée tout à fait différente. Pour eux –en ce qui concerne la Grèce "pour nous"- sur le plan budgétaire ne se pose qu'une seule alternative: déclarer officiellement la faillite, avec une possibilité proche de la certitude de quitter l'euro et la certitude d'entrer dans des ténèbres inexplorées et sinistres, ou pas? Si la réponse est qu'on reste dans la zone euro, il ne nous reste qu'avaler les mesures d'austérité, sans beaucoup des discussions avec nos créanciers.

Ces mesures, durs et inflexibles comme ils sont, mènent à un renversement radical d'une normalité constitutionnelle, comportant parfois même des garanties constitutionnelles des droits considérés jusqu' à l'éruption de la crise comme inaliénables droits constitutionnels. Il est donc normale que notre défense contre la férocité de ces mesures prend la forme d'une controverse constitutionnelle mis dans le vernaculaire des droits de l'homme. Dans quelle mesure est-il permis de demander à un individu de souffrir concrètement pour sauver l'équilibre budgétaire abstrait de son état?

La restitution de l'équilibre budgétaire d'un pays de l'Union européenne peut-il vraiment être achevée à n'importe quel prix constitutionnel?

La Constitution a été invoquée auprès des Cours de Justice à la fois dans les pays bénéficiaires et dans les pays prêteurs. C'est une réaction tout à fait naturelle. Un recours à la Constitution est un appel à la promesse que la Constitution donne à garantir tous les droits substantiels et procéduraux importants même dans des conditions de crise. Autrement, encore à la manière de Sieyès, la Constitution n'est pas une loi obligatoire, donc elle est rien.

Mais, les jurisprudences concernées, surtout la jurisprudence constitutionnelle Allemande et les jurisprudences constitutionnelles Grecque et Portugaise, ont donné la preuve que les "*traditions constitutionnelles communes*", européennes malgré les éloges sont sérieusement ébranlées par la crise; une longue série des décisions des Cours suprêmes de la Grèce, du Portugal et de l'Allemagne nous en donne une preuve assez solide.

En soi, notre crise financière et économique est une condition extra-légale. Il n'est pas des dysfonctionnements juridiques ou institutionnels qui constituent le noyau de la crise; il est l'insolvabilité de l'État insolvable et son indissoluble interconnexion avec le reste des pays de la zone euro les pays parc, qu'ils partagent la même monnaie. Toutefois, cette condition extra-légale est si puissante, que tout, y compris le droit, se déplace au long du rythme imposé par celle-ci, et ne suit pas les souhaits, aspirations ou même les substances constitutionnelles des acteurs particuliers, y compris des partenaires sociaux, des acteurs politiques et institutionnels, des individus, des organisations professionnelles, des partis politiques, des parlements etc. ainsi que les États eux-mêmes. Cela rend le fait extra-juridique de crise, une factualité juridiquement pertinente et met à une preuve sérieuse l'efficacité, la valeur et, finalement, la vertu de nos Constitutions, comme elle nous est transmise par les grandes traditions démocratiques, libérales et sociales européennes.

## **L'Ombudsman suédois, Un protecteur des droits fondamentaux qui se découvre**

**Patricia Jonason**

*Maître de Conférences à l'université de Södertörn  
(Huddinge/Stockholm sud)*

Dans les régimes démocratiques contemporains, l'État de droit repose sur le pluralisme politique, la séparation des pouvoirs et la protection des droits fondamentaux, assurée notamment par le contrôle de constitutionnalité. L'ordre juridique suédois, qui ne comporte pas d'organes tels un Conseil ou une Cour constitutionnelle, dispose cependant de moyens juridiques permettant d'assurer un certain contrôle de constitutionnalité et veiller au respect des garanties posées pour la protection des citoyens à l'égard des instances de l'État. Le premier moyen relève du Conseil de législation qui, dans le cadre de la procédure législative, a la charge de se prononcer, de façon indicative, sur la conformité à la Constitution d'un texte de loi en proposition. De leur côté, les tribunaux ont compétence pour écarter, dans certaines conditions, dans une affaire spécifique, l'application d'un texte législatif ou réglementaire jugé contraire à la Constitution. Il convient enfin de mentionner l'institution originale que constitue l'Ombudsman parlementaire, dont les attributions et la pratique font un acteur incontournable dans le domaine du contrôle de constitutionnalité et de la protection des droits de l'homme. Or, malgré la place prépondérante qu'il occupe au sein des dispositifs visant à assurer le respect du droit par les instances de l'État, l'Ombudsman est rarement mentionné en Suède comme organe de contrôle de constitutionnalité.

C'est à cette institution exclusivement que nous allons nous intéresser dans l'étude qui va suivre des outils de protection des droits fondamentaux en droit public suédois. Après avoir présenté succinctement l'institution elle-même (I) nous analyserons le dispositif matériel de protection des droits de l'homme dans l'ordre juridique suédois (II), avant de nous consacrer à un examen plus approfondi du rôle qu'assume l'Ombudsman dans le domaine de la protection des droits et libertés fondamentaux (III).

## I. Généralités sur l'Ombudsman<sup>1</sup>

L'Ombudsman parlementaire (Justitiombudsman(JO) en suédois), dont l'acte de naissance remonte à 1809, a fait l'objet d'une évolution protéiforme au cours de ses deux siècles d'existence. Créé à l'origine dans un souci d'équilibre institutionnel des pouvoirs au moment de l'instauration du régime parlementaire, ce représentant du Parlement qui a mission de veiller pour le compte de ce dernier au respect du droit par les administrations et les juridictions, est de nos jours perçudavantage comme le défenseur des citoyens dans leurs rapports avec les autorités publiques. Alors qu'à ses débuts, c'est à l'occasion d'inspections que l'Ombudsman trouvait matière à sa fonction de supervision, aujourd'hui sa tâche de contrôle du respect du droit par les organismes publics est initiée dans la grande majorité des cas par des plaintes déposées par des citoyens/administrés à l'encontre d'un fonctionnaire ou d'une autorité publique particulière. En outre, l'institution, qui a numériquement pris de l'ampleur au fil du temps – composée d'un Ombudsman unique en 1809, elle en compte quatre actuellement – a vu ses pouvoirs évoluer. Si à l'origine l'Ombudsman a été conçu comme un procureur public, sa mission d'engager des poursuites judiciaires ne constitue plus, depuis quelques décennies, qu'un moyen de sanction marginal pour lui<sup>2</sup>. De même il ne fait qu'un faible usage de sa faculté d'enclencher des poursuites disciplinaires<sup>3</sup>. En lieu et place de ces mesures susceptibles d'être qualifiées de *hard power*, l'Ombudsman emploie des stratégies relevant de la *soft power*: il adresse des rappels à l'ordre et émet des critiques à l'encontre tant des autorités publiques que des fonctionnaires non respectueux du droit. Ces "décisions"<sup>4</sup> contiennent également fréquemment des recommandations à l'égard des organes auteurs de manquements. Malgré l'absence de caractère contraignant de ses décisions, l'Ombudsman exerce une influence certaine sur les organes de l'État. L'autorité qu'il détient en pratique provient notamment de son assise constitutionnelle et de son pouvoir d'informer le Gouvernement et le Parlement des manquements constatés. La stigmatisation qui touche l'autorité publique et/ou le fonctionnaire mis en cause dans ses décisions influe également sur la propension des agents et

---

1 Pour des approfondissements sur l'Institution de l'Ombudsman parlementaire suédois et son évolution, voir l'ouvrage rédigé par un ancien Ombudsman, Hans-Gunnar Axberger, *JO – i riksdagens tjänst - En översikt av JO-ämbetet och dess verksamhet*, 2014.

2 Il n'utilise cette arme qu'une à deux fois par an.

3 Pouvoir qui a été attribué à l'Ombudsman dans les années 1970 à la faveur de la réforme sur la responsabilité des fonctionnaires.

4 Bien que le terme de décision soit celui utilisé par le JO, il s'agit en réalité davantage d'un constat du respect ou non du droit par une autorité publique et/ou un fonctionnaire.

des administrations à se plier aux décisions du JO pourtant non revêtues du caractère obligatoire.

Les quatre Ombudsmän, nommés par le Parlement pour une période de quatre ans renouvelable, se voient attribués chacun un domaine de compétence spécifique correspondant au secteur public déterminé: la police, le domaine carcéral, le domaine social ou bien les juridictions. Chaque Ombudsman rend ses décisions en toute indépendance.

Afin de pouvoir exercer la mission que lui attribue *l'Instrument de Gouvernement*<sup>1</sup> de contrôler la manière «dont les lois et les règlements sont appliqués dans le cadre des activités publiques» (Chapitre 13, article 6), ce qui inclue le contrôle du respect des dispositions protectrices des droits fondamentaux, ce même texte constitutionnel lui confère des pouvoirs d'investigation étendus. Le JO peut ainsi faire procéder à des expertises et surtout avoir accès à toutes les pièces qu'il juge nécessaires sans que le secret puisse lui être opposé.

Pour mieux cerner la mission du JO en tant que protecteur des droits fondamentaux il est nécessaire de passer en revue le corpus de textes auxquels il se réfère pour assurer le respect des droits de l'homme dans le cadre des activités des autorités publiques.

## **II. Le cadre matériel de la protection des droits de l'homme**

Le cadre normatif matériel de la protection des droits de l'homme est constitué de deux catalogues de droits fondamentaux, le premier, purement national, contenu dans le second chapitre de l'Instrument de Gouvernement, et le second constitué par la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH). Ce traité, adopté sous les auspices du Conseil de l'Europe en 1950 et ratifié par la Suède en 1952, a acquis en Suède le statut de loi en 1995, à la faveur de son incorporation dans l'ordre juridique du Royaume et est, à ce titre, mis en œuvre par les instances suédoises nationales<sup>2</sup>.

Ces deux catalogues ont un contenu assez similaire. Cependant il existe un décalage concernant leur champ d'application *ratione materiae* (voir *infra*). En outre les deux dispositifs présentent des divergences en ce

---

1 L'Instrument de Gouvernement (Regeringsformen) forme avec trois autres textes de statut constitutionnel - l'Acte de succession, la Loi organique sur la liberté de la presse, la Loi fondamentale sur la liberté d'expression - la Constitution de la Suède.

2 L'incorporation était, en raison du caractère dualiste du droit suédois, une opération juridique nécessaire pour que la Convention puisse être invoquée devant les instances nationales suédoises et être appliquées par ces dernières.

qui concerne l'esprit du texte sur la nature des obligations qui incombent à l'État en matière de protection des droits. Plus précisément ces différences tiennent à la façon dont la Cour européenne des droits de l'Homme envisage le type de protection apportée par la Convention. En effet, alors que les dispositions de la CEDH sont interprétées par la Cour de Strasbourg comme posant à l'encontre des États aussi bien des obligations négatives - en ce sens que les États se voient dans l'obligation de ne pas interférer dans les droits et libertés des citoyens -, que des obligations positives - consistant à protéger activement les droits des citoyens-, le second chapitre de l'Instrument de Gouvernement suédois se borne à instaurer des obligations négatives à la charge de l'État<sup>1</sup>.

Le catalogue suédois des droits de l'homme, qui date de l'entrée en vigueur dans le milieu des années 1970 de l'Instrument de Gouvernement<sup>2</sup>, a eu dans le passé une portée juridique limitée. Il a en effet d'abord été conçu comme ne s'adressant qu'au seul législateur<sup>3</sup>. C'est seulement depuis l'incorporation de la CEDH dans l'ordre juridique suédois que le catalogue national des droits fondamentaux s'adresse sans conteste à tous les acteurs publics et a vocation à constituer pour eux un référentiel. L'Ombudsman parlementaire en fait effectivement aujourd'hui application, tout comme il fait appel à la CEDH, dans le cadre de ses deux types de mission qui relèvent de la protection des droits de l'homme.

### **III. Les missions de protection des droits de l'homme assurées par l'Ombudsman**

Des attributions que lui confient les textes, et de celles que sa pratique a instaurées, se dégagent deux types de missions qui font du JO un organe du contrôle du respect des droits de l'homme: la mission d'apprécier la conformité des activités des autorités publiques avec les dispositions protectrices des droits de l'homme en vigueur, d'une part (1), et la tâche de promouvoir une meilleure prise en considération des droits fondamentaux dans le cadre de la législation, d'autre part (2).

---

1 Les obligations positives telles que posées par la Convention européenne se retrouvent par contre dans le chapitre premier de la constitution suédoise fixant les grandes lignes de l'action des pouvoirs publics, qui, comme nous le verrons plus tard, n'a pas *a priori* de caractère obligatoire.

2 Le catalogue suédois a subi quelques modifications depuis, notamment en 1976 et 2011.

3 Voir Karin Åhman, *Grundläggande rättigheter och juridisk metod*, Norstedts Juridik, 2015, p. 37.

## 1) Le contrôle de la constitutionnalité de l'action des autorités publiques

Cette tâche découle de la mission générale de l'Ombudsman de «*veiller à l'application des lois et des règlements dans le cadre des activités publiques*» posée par l'Instrument de Gouvernement (Chapitre 13, Article 6), combinée à la mission plus spécifique de veiller à ce que «*les droits et libertés fondamentaux des citoyens ne soient pas trop limités dans le cadre de l'action publique*» mise à sa charge par la loi (1986:765) portant instruction pour les Ombudsmän parlementaires (article 3). On remarquera au passage l'approche quasi négative du texte législatif: il ne s'agit pas de veiller à ce que les autorités publiques *respectent* les droits et libertés fondamentaux mais de veiller à ce que les droits et libertés fondamentaux des citoyens *ne soient pas trop limités* dans le cadre de l'action publique. Cette disposition, qui existait déjà dans la loi de 1975 portant instruction pour les Ombudsmän, loi remaniée en 1986, semble n'avoir commencé à jouer un rôle significatif que récemment. Plus précisément, la mise en œuvre de cette disposition a véritablement pris son essor après que la Convention européenne des droits de l'homme, incorporée dans l'ordre juridique suédois, se soit vu attribuer le statut de loi.

Des deux sources juridiques dans lesquelles il peut puiser, le JO, selon nos investigations, recourt davantage à la CEDH (34 décisions), plutôt qu'au catalogue national (15 décisions)<sup>1</sup>.

a) Dans certains cas la CEDH est utilisée comme seule base juridique opératoire dans les décisions du JO.

Ainsi, par exemple, en matière de protection de la vie privée le JO s'est parfois référé à l'article 8 de la CEDH à défaut de pouvoir faire application d'une disposition constitutionnelle suédoise appropriée. En effet, contrairement à la Convention, la constitution suédoise ne garantit pas de droit général à la protection de la vie privée<sup>2</sup>, soustrayant certaines situations attentatoires au respect de la vie privée du champ de la garantie constitutionnelle suédoise. Un exemple éloquent est fourni par une décision relative à l'utilisation par la police suédoise de méthodes non conventionnelles afin de recueillir de la part d'un suspect des preuves de son implication dans des actes criminels<sup>3</sup>. En l'espèce le JO a dû recourir à l'article 8 de la CEDH et à la jurisprudence pertinente de la Cour européenne

---

1 Si l'on se fie au résultat obtenu à l'aide du moteur de recherche que procure le JO sur son site Internet ([www.jo.se](http://www.jo.se)).

2 Voir tout de même les dispositions du Chapitre 1.

3 Décision n° 0731-2010 et 3652-2010 du 28 novembre 2011.

des droits de l'homme pour démontrer le caractère illégal des agissements des autorités policières. En effet, si la constitution suédoise contenait bien au moment où l'ombudsman a rendu sa décision une disposition, récemment introduite, garantissant la protection des citoyens «contre des atteintes significatives à leur vie privée survenant en dehors de leur consentement et aboutissant à la surveillance ou à la cartographie de leur situation personnelle» (Chapitre 2, Article 6.2), cette disposition n'était pas, ainsi que le fait remarquer l'Ombudsman lui-même, applicable à l'époque des faits.

De même, en matière de procès équitable, le JO a fait référence au seul article 6 de la CEDH tant que cette disposition européenne n'avait pas son pendant dans le catalogue des droits de l'homme suédois, c'est-à-dire avant la réforme constitutionnelle intervenue en 2011. Il en est ainsi dans une décision datant de 2008<sup>1</sup> dans laquelle le JO a critiqué un tribunal d'instance en raison de délais de procédure trop longs<sup>2</sup>.

La référence à la seule CEDH dans certaines décisions du JO provient de ce que seul ce texte pose à l'encontre de l'État suédois des *obligations positives* contraignantes. Ainsi par exemple, dans une décision de 2008<sup>3</sup> concernant un cas de suicide en détention, l'Ombudsman s'est fondé sur l'article 2 de la CEDH sur le droit à la vie qui comprend, outre l'obligation négative pour l'État de s'abstenir de porter atteinte à la vie, l'obligation positive qui lui incombe de protéger la vie des individus. La disposition de l'Instrument de Gouvernement se rapportant au droit à la vie (l'article 4 du second chapitre) portant interdiction de la peine de mort, prévoyant quant à elle uniquement une obligation négative de la part de l'État, était inopérante dans le cadre de l'affaire en question. Une problématique similaire est fournie par une décision de 2010<sup>4</sup> concernant le droit de manifester : le JO fait référence à l'interprétation donnée par la Cour de Strasbourg de l'article 11 de la CEDH, interprétation qui inclue une obligation positive des États de prendre les mesures nécessaires afin de permettre aux manifestants d'exercer leur droit. L'article 1 du chapitre 2 de l'Instrument de Gouvernement se borne quant à lui à garantir, à l'encontre de l'État seul, la liberté des citoyens à organiser des manifestations dans des lieux publics et à y participer.

---

1 Décision n° 1677-2006 du 24 janvier 2008.

2 Le recours au texte de la Convention n'a tout de même pas été systématique. Dans une décision datant du 28 mai 2009 (n° 5831-2008) dans laquelle le JO adressait des critiques à l'encontre du tribunal d'instance de Stockholm en raison de la longueur d'une procédure en matière criminelle, aucune mention n'a été faite de l'article 6 de la CEDH, le seul fondement juridique soulevé étant constitué par un paragraphe du Code de procédure pénale.

3 Décision n° 122-2008 du 9 juin 2008.

4 Décision n° 587-2009, 598-2009, 632-2009, 776-2009 du 12 décembre 2012.

b) Dans certains cas les deux dispositifs que constituent le catalogue des droits de l'Instrument de Gouvernement et la CEDH sont potentiellement applicables et le JO se réfère parfois aux deux textes. Ainsi dans une décision de 2006<sup>1</sup>, relative à des tests de drogue pratiqués par l'agence de l'aviation civile (luftfartsverket), le JO se réfère à l'article 6 du second chapitre de l'Instrument de Gouvernement qui, apportant aux citoyens des garanties contre des atteintes corporelles forcées de la part de l'État, permet de protéger les employés de l'État contre les atteintes à leur vie privée que comporte la pratique de ce type de tests imposés par leur employeur. Le JO s'appuie également sur la CEDH pour démontrer que sont remplies les conditions posées par l'article 8.2, permettant de restreindre le droit au respect de la vie privée.

Un autre exemple est fourni par une décision relative à l'utilisation du gaz lacrymogène (gaz poivre) par la police suédoise. Le JO se réfère à l'article 6 du second chapitre de l'Instrument de Gouvernement qui protège les citoyens contre les atteintes corporelles imposées par l'État, mais aussi à l'article 3 de la CEDH prohibant les traitements inhumains ou dégradants.

Le recours à la CEDH peut sembler quelquefois superfétatoire, la disposition constitutionnelle nationale pertinente constituant par elle-même une base juridique suffisante. Peut-être le JO entend-il, en recourant à la CEDH, sensibiliser les agents de l'administration au fait que les activités administratives touchent au premier chef les droits et libertés fondamentaux des administrés. Il est vrai que ce n'est que depuis une vingtaine d'années que les activités des organes de l'Etat sont considérées comme susceptibles d'affecter les libertés fondamentales<sup>2</sup>.

c) Dans certaines décisions le JO omet de se référer à la CEDH alors même qu'un tel renvoi donnerait plus de force à son argumentation. C'est le cas par exemple dans une décision de 2010<sup>3</sup> concernant une affaire dans laquelle une municipalité avait publié sur son site officiel des informations erronées relatives à un administré. Le JO s'est référé aux dispositions sur le secret et sur la diffamation ainsi qu'à l'article 2 du chapitre premier de l'Instrument de Gouvernement selon lequel les organes publics doivent

---

1 Décision n° 2461-2003 du 7 mars 2006.

2 Voir par exemple Elisabeth Abiri, Anna Brodin, Peter Johansson, *Mänskliga rättigheter...? "Jag vet att dom finns och jag tror att Sverige är bra på dom" – Handbok i mänskliga rättigheter på kommunal nivå*. Fritzes, 2008. Voir aussi Patricia Blanc-Gonnet Jonason, préface à l'ouvrage *De la loi et de l'État: une contribution de l'école scandinave à la théorie réaliste du droit*. Karl Olivecrona, Dalloz, Rivages du droit, 2011.

3 Décision n°4935-2009 du 16 février 2010.

préservé la vie privée et familiale. Or cette dernière disposition, placée au sein d'un chapitre dont le but est d'établir les grandes lignes de l'action des organes publics et non de formuler des droits dont la protection est assurée par le juge<sup>1</sup>, a sans aucun doute un caractère moins prégnant que l'article 8 de la Convention européenne, qui garantit le respect de la vie privée.

## 2) Le contrôle de constitutionnalité des textes

Ce second type de mission rattachable au contrôle de constitutionnalité et à la protection des droits de l'homme peut se déduire non seulement des textes, qui confient au JO la tâche de veiller à la "qualité" des textes applicables(a), mais encore de sa pratique. Ainsi, au moyen des recommandations qu'il adresse aux autorités publiques, le JO s'immisce de fait dans l'élaboration des normes, en émettant parfois des préconisations relatives aux droits de l'homme (b).

a) La loi portant instruction pour les Ombudsmän confie à ceux-ci la mission de faire en sorte que les insuffisances législatives soient corrigées. En effet, en vertu de l'article 4 de cette loi *«les Ombudsmän doivent œuvrer pour remédier aux lacunes de la législation. Si lors de leur mission de contrôle survient une raison de soulever la question d'une modification des textes ou de toute autre mesure de la part de l'État, l'Ombudsman peut faire une demande en ce sens au Riksdag (Parlement) et au Gouvernement»*. L'Ombudsman est en effet l'un des acteurs du droit les mieux placés pour repérer les problèmes d'application de la loi, non seulement parce qu'il est saisi de plaintes nombreuses, ce qui lui permet d'avoir une vue d'ensemble du fonctionnement des administrations, mais encore en raison de ce que, lors de la procédure contradictoire suivie dans le cadre des investigations qu'il conduit, il est précisément informé par les administrations des problèmes que ces dernières rencontrent dans la mise en œuvre de la loi. Il est un observateur privilégié de la mal administration et donc un correcteur potentiellement efficace des imperfections décelées dans les textes ainsi que des dysfonctionnements de tous ordres.

Dans le cadre de cette mission le JO endosse un rôle en quelque sorte indirect de protecteur de la Constitution et des droits fondamentaux, eu égard à sa faculté de proposition de correction et d'adaptation de règles en vigueur défectueuses du fait de leur manque de praticabilité ou de leur non-conformité à des dispositions juridiques supérieures.

---

<sup>1</sup> Il est loisible de faire une autre lecture de la référence faite à l'article 2.4 du chapitre premier de l'Instrument de Gouvernement, celle de conférer une plus grande dignité juridique aux dispositions contenues dans le premier chapitre de l'Instrument de Gouvernement, et notamment aux dispositions dont le but ultime est de protéger les citoyens dans leurs relations avec les organes de l'État, telles les dispositions posant des obligations en matière d'égalité de traitement, d'objectivité et d'impartialité.

Le JO a par exemple fait usage de cette faculté dans une décision datant de 2001<sup>1</sup> dans laquelle l'affaire traitée met en exergue la question de la protection de la vie privée des administrés<sup>2</sup>. Il s'agissait en l'occurrence d'une affaire relative à la question de savoir si une bibliothèque publique avait compétence pour décider des catégories d'informations accessibles sur Internet depuis un ordinateur de l'établissement et de contrôler le respect de ces règles par les usagers. Etait également posée la question de l'application, aux données sur les recherches effectuées sur Internet, des règles sur le secret des informations relatives aux prêts effectués par les bibliothèques. Le JO, partant du constat qu'Internet et autres techniques similaires permettant de rechercher de l'information à l'aide d'un ordinateur n'existaient pas à l'époque de la rédaction de la loi sur le secret datant de 1988<sup>3</sup>, en a conclu à la nécessité de réexaminer la disposition de la loi afin de l'adapter aux nouvelles réalités technologiques. Une copie de la décision du JO a été transmise au ministère de la Justice.

b) La contribution à la correction du cadre normatif en vigueur dans le sens d'une meilleure prise en compte par l'ordre juridique des droits et libertés fondamentaux s'effectue également par le JO au moyen des recommandations qu'il adresse aux administrations dans le cadre de sa mission de contrôle de l'action administrative et juridictionnelle. En effet, dans ses "décisions", le JO fait souvent usage du *soft power* en vue d'inciter les administrations à améliorer le respect du droit et des principes de bonne administration. Or, il arrive que ces recommandations soient non seulement effectuées en direction d'autorités publiques qui détiennent un pouvoir normatif mais qu'en outre les recommandations émises soient relatives au contenu des normes à élaborer et contiennent des indications de formulation des textes destinées à garantir la protection de droits de l'homme. Un exemple concret est constitué par les recommandations effectuées en matière d'usage du gaz lacrymogène (gaz poivre) par la police, dans lesquelles le JO a fait notamment référence à l'article 3 de la CEDH prohibant les traitements inhumains et dégradants. Ces recommandations ont été ensuite reprises dans un règlement<sup>4</sup>, quasiment à la lettre, par la direction générale de la police dans le cadre de son pouvoir réglementaire. Il en résulte que le JO est étroitement associé à l'élaboration d'un dispositif

---

1 Décision n° 805-1999 du 23 avril 2001.

2 Notons toutefois que le JO ne fait pas mention d'une liberté fondamentale particulière mais de sa mission de veiller à la protection des droits fondamentaux (décision p. 3).

3 Cette loi a été remplacée en 2009 par une nouvelle loi sur la publicité des documents officiels et le secret.

4 Rikspolisstyrelsens föreskrifter och allmänna råd om OC-spray (pepparspray) RPSFA 2011:17- FAP 104-4).

juridique policier prenant en considération la protection des droits fondamentaux.

## **Conclusion**

Depuis une trentaine d'années, sous l'influence du droit de l'Union européenne et de la CEDH, le système juridique suédois connaît un processus de meilleure prise en compte par les acteurs du droit de la thématique des droits de l'homme<sup>1</sup>. L'Ombudsman parlementaire participe à sa manière à ce processus. Il suit, tout autant qu'il la renforce, la tendance, en rappelant les organes de l'État au respect des règles garantissant les droits et libertés fondamentaux. Bien que le JO n'ait aucunement les pouvoirs attribués à un organe constitutionnel traditionnel, force est de constater que la place centrale qu'il occupe et la propre visibilité qu'il détient dans l'ordre juridique suédois ainsi que le rôle de pédagogue constitutionnel qu'il s'est forgé, comme en atteste sa jurisprudence, font de lui un acteur incontournable de la protection des droits fondamentaux et un garant de l'État de droit dans la monarchie constitutionnelle suédoise.

---

<sup>1</sup> Voir les travaux préparatoires de la réforme constitutionnelle de 2011: SOU 2008:125, Prop. 2009/10:80. Voir Ulf Bernitz "De mänskliga rättigheterna i Europa och Sverige" in Anders Mellbourn (Red) *Författningskulturer – konstitutioner och politiska system i Europa, USA och Asien*. Sekel bokförlag, 2009, p. 25. Voir aussi Patricia Blanc-Gonnet Jonason, préface à l'ouvrage *De la loi et de l'État: une contribution de l'école scandinave à la théorie réaliste du droit*. Karl Olivecrona, Dalloz, Rivages du droit, 2011.

# Quelques réflexions sur la fonction consultative du Conseil constitutionnel algérien: État des lieux et perspectives

Sam Lyes

*Maître de conférences classe "A"*

*Université Mouloud Maamri Tizi Ouzou*

## I- Introduction:

Nous voudrions tenter, à travers cette brève communication, de répondre à une interrogation déjà assez posée dans la doctrine constitutionnaliste comparée, en l'occurrence celle de savoir pourquoi ne pas faire du juge constitutionnel l'interprète officiel de la Constitution?<sup>1</sup> Pourquoi ne pas donc faire du Conseil constitutionnel en Algérie une véritable institution consultative dans plusieurs domaines constitutionnels ? Le Conseil constitutionnel algérien, dans l'exercice de sa mission de veiller au respect de la Constitution<sup>2</sup>, s'acquitte des fonctions suivantes: des fonctions juridictionnelles ; des fonctions plutôt administratives et enfin des fonctions consultatives.

Les compétences juridictionnelles du Conseil constitutionnel sont d'ordre de deux: le contrôle de constitutionnalité des normes et la régularité des consultations électorales et référendaires. La première consiste en la vérification de la conformité à la Constitution des normes de rang infra-constitutionnel soumises à son appréciation ; lois ordinaires, lois organiques, règlements, traités internationaux et règlement intérieur des deux Assemblées parlementaires<sup>3</sup>. A cette fin, le Conseil constitutionnel peut être saisi par l'une des instances constitutionnelles habilitées.

Ainsi, hormis les lois organiques et le règlement intérieur de l'une des deux Assemblées parlementaires dont la saisine obligatoire *a priori* du Conseil constitutionnel appartient exclusivement au Président de la République (article 186 § 2 et 3), le Conseil constitutionnel peut être saisi par le Président de la République, le Président du Conseil de la Nation, le Président de l'Assemblée Populaire Nationale ou le Premier ministre,

---

1 Rodolphe Arsac, «La fonction consultative du Conseil constitutionnel», Revue française de droit constitutionnel, 2006/4, p. 781.

2 Voir l'article 182 de la Constitution.

3 Voir en ce sens les articles 186, 190 et 191.

cinquante (50) députés ou trente (30) membres du Conseil de la Nation<sup>1</sup>. Le Conseil constitutionnel peut également agir sur renvoi de la Cour suprême ou du Conseil d'Etat dans le cadre du mécanisme de l'exception d'inconstitutionnalité nouvellement introduiten vertu de la dernière révision constitutionnelle<sup>2</sup>.

La seconde compétence lui confère la mission de veiller à la régularité des consultations électorales et référendaires ainsi que le contentieux qui en résulte éventuellement. Ainsi, l'article 182 § 2 et 3 de la Constitution dispose: «Le Conseil constitutionnel veille, en outre, à la régularité des opérations de référendum, d'élection du Président de la République et d'élections législatives. Il étudie dans leur substance, les recours qu'il reçoit sur les résultats provisoires des élections présidentielles et des élections législatives et proclame les résultats définitifs de toutes les opérations prévues à l'alinéa précédent. Cette fonction contentieuse attribuée au Conseil constitutionnel la qualité de «juge électoral» par excellence.

La fonction que l'on pourrait qualifier d'«administrative» du Conseil constitutionnel consiste en la constatation de l'état d'empêchement du Président de la République, la vacance définitive de la Présidence de la République et l'empêchement du candidat à la Présidence de la République<sup>3</sup>. Elle serait de nature administrative car, la tâche du Conseil constitutionnel en l'espèce est celle de procéder à la vérification des faits et de constater la réalité d'une situation donnée par tous les moyens appropriés<sup>4</sup>. Ainsi, en application de l'article 72 du Règlement fixant les règles de fonctionnement du Conseil constitutionnel: « [...] Il peut, dans ce

---

1 L'élargissement de la possibilité de saisine du Conseil constitutionnel au Premier ministre, aux députés et aux membres du Conseil de la Nation est intervenu en vertu de la récente révision constitutionnelle adoptée par le Parlement en ses deux chambres réunies le 7 février 2016. La révision de la Constitution a été promulguée en vertu de la loi 16-01 du 6 mars 2016. *JORADP* 14 du 7 mars 2016.

2 En vertu de la récente révision constitutionnelle, l'exception d'inconstitutionnalité est enfin instituée en attendant sa mise en application déferée à trois ans. Ainsi, l'article 188 §1 dispose: «Le Conseil constitutionnel peut être saisi d'une exception d'inconstitutionnalité sur renvoi de la Cour suprême ou du Conseil d'Etat, lorsque l'une des parties au procès soutient devant une juridiction que la disposition législative dont dépend l'issue du litige porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution ».

3 Articles 102 et 103 de la Constitution.

4 Le Conseil constitutionnel a fait usage de cette prérogative en constatant la vacance définitive de la Présidence de la République après avoir pris acte de la lettre de démission de la Présidence de la République présentée par Monsieur Chadli BENDJEDID et ce, en vertu de sa déclaration du 11 janvier 1992. Disponible sur le lien suivant : [http://www.conseil-constitutionnel.dz/jurisprudence89\\_14.htm](http://www.conseil-constitutionnel.dz/jurisprudence89_14.htm).

cadre, procéder à toute vérification et entendre toute personne qualifiée et toute autorité concernée»<sup>1</sup>.

Par ailleurs, le Conseil constitutionnel est doté également d'attributions constitutionnelles de nature consultative. C'est précisément cet aspect là que nous voudrions explorer dans le cadre de cette brève analyse. Ainsi, nous allons dans un premier temps parcourir les situations où le Conseil constitutionnel doit impérativement être associé à la prise de certaines décisions d'extrême importance dans la vie des institutions de souveraineté (I). Suivant une approche plutôt prospective, nous allons essayer dans un second temps de mettre en lumière les potentialités du Conseil constitutionnel de devenir un véritable organe consultatif appelé à exprimer ses avis sur diverses questions relatives au droit constitutionnel (II).

### **Pourquoi ce choix?**

D'abord, parce que les missions consultatives du Conseil constitutionnel telles que consacrées par la Constitution ou telle que nous les entendons dans la cadre de la présente réflexion attirent que peu d'intérêt de la part de la doctrine constitutionnaliste ici en Algérie. Bien évidemment cela pourrait s'expliquer par le fait que la mise en œuvre de la fonction consultative du juge constitutionnel n'est pas fréquente compte tenu de la nature exceptionnelle et souvent grave des situations qui doivent provoquer cette consultation. Ensuite, parce que ce rôle démontre la place privilégiée qu'occupe le Conseil constitutionnel dans le processus décisionnel au sommet de l'Etat. Enfin, parce que l'hypothèse de la conversion du Conseil constitutionnel vers une institution consultative est envisageable compte tenu de plusieurs facteurs que nous allons mettre en exergue dans la seconde partie de notre propos.

## **II- Domaines d'intervention du Conseil constitutionnel en tant qu'institution consultative: état des lieux**

Cette partie sera consacrée d'une part, aux situations prévues par le constituant algérien dans lesquelles le Conseil constitutionnel est sollicité à titre consultatif (1) et de l'autre part, à la nature juridique propre des avis du Conseil constitutionnel émis dans ces situations (2).

---

<sup>1</sup> Règlement fixant les règles de fonctionnement du Conseil constitutionnel du 6 avril 2016, *JORADP* 14 du 7 mars 2016, p. 6.

## **1- Champ consultatif limité du Conseil constitutionnel**

En application des dispositions de la Constitution, le Président de la République doit consulter le Conseil constitutionnel lorsqu'il décide d'exercer des pouvoirs exceptionnels que lui confère la Constitution dans des situations exceptionnelles.

### **a) L'état d'urgence et l'état de siège:**

En cas de nécessité impérieuse, le Président de la République décrète l'état d'urgence ou l'état de siège, après consultation du Président du Conseil constitutionnel<sup>1</sup>.

### **b) L'état d'exception:**

Lorsque le pays est menacé d'un péril imminent dans ses institutions, dans son indépendance ou dans son intégrité territoriale, le Président de la République décrète l'état d'exception après consultation du Président du Conseil constitutionnel. L'état d'exception prend fin suivant les mêmes formes<sup>2</sup>.

### **c) La déclaration de la guerre:**

Le Président de la République déclare la guerre en cas d'agression effective ou imminente, conformément aux dispositions pertinentes de la Charte des Nations Unies, après consultation du Président du Conseil constitutionnel<sup>3</sup>. Aussi, en application des dispositions de l'article 111 de la Constitution, le Président de la République recueille l'avis du Conseil constitutionnel concernant les accords qui se rapportent aux accords

---

1 Article 105 de la Constitution: «En cas de nécessité impérieuse, le Haut Conseil de Sécurité réuni, le Président du Conseil de la Nation, le Président de l'Assemblée Populaire Nationale, le Premier ministre et le Président du Conseil constitutionnel consultés, le Président de la République décrète l'état d'urgence ou l'état de siège, pour une durée déterminée et prend toutes les mesures nécessaires au rétablissement de la situation. La durée de l'état d'urgence ou de l'état de siège ne peut être prorogée qu'après approbation du Parlement siégeant en chambres réunies».

2 Article 107 de la Constitution : « Lorsque le pays est menacé d'un péril imminent dans ses institutions, dans son indépendance ou dans son intégrité territoriale, le Président de la République décrète l'état d'exception. Une telle mesure est prise, le Président du Conseil de la Nation, le Président de l'Assemblée Populaire nationale, et le Président du Conseil constitutionnel consultés, le Haut Conseil de Sécurité et le Conseil des Ministres entendus [...] L'état d'exception prend fin dans les mêmes formes et selon les procédures ci-dessus qui ont présidé à sa proclamation ».

3 Article 109-1 de la Constitution: «Le Conseil des Ministres réuni, le Haut Conseil de Sécurité entendu, le Président du Conseil de la Nation, le Président de l'Assemblée Populaire Nationale et le Président du Conseil constitutionnel consultés, le Président de la République déclare la guerre en cas d'agression effective ou imminente, conformément aux dispositions pertinentes de la Charte des Nations Unies».

d'armistice et les traités de paix<sup>1</sup>. Dans ce cadre, il faut le préciser, l'intervention du Conseil constitutionnel relève du domaine de la consultation et non pas du domaine du contrôle de constitutionnalité des traités internationaux.

Il s'agit plus exactement de l'un des cas particuliers de consultation du Conseil constitutionnel, pour ainsi reprendre les termes du titre IV du Règlement fixant les règles de fonctionnement du Conseil constitutionnel. Celui-ci en son article 74 précise en outre que : « Lorsqu'il est *consulté* dans le cadre des dispositions de l'article 111 de la Constitution, le Conseil constitutionnel se réunit et rend immédiatement son avis »<sup>2</sup>.

C'est le lieu de noter que l'avis du Conseil constitutionnel est également requis pour la mise en œuvre des situations ci-dessus et ce, dans les périodes citées aux articles 102 et 103 de la Constitutions, c'est-à-dire en cas d'empêchement ou de vacance définitive de la Présidence de la République et de prolongation du délai d'organisation de nouvelles élections présidentielles<sup>3</sup>.

#### **d) Prolongation du mandat du Parlement:**

En cas de circonstances exceptionnelles empêchant le déroulement normal des élections, le mandat du Parlement peut être prolongé, après consultation du Conseil constitutionnel<sup>4</sup>. En vertu de l'article 75 du Règlement fixant les règles de fonctionnement du Conseil constitutionnel : «Lorsqu'il est consulté dans le cadre de l'article 119 de la Constitution, le Conseil constitutionnel se réunit et rend son avis sans délai».

---

1 Article 111 de la Constitution: «Le Président de la République signe les accords d'armistice et les traités de paix. Il recueille l'avis du Conseil constitutionnel sur les accords qui s'y rapportent. Il soumet ceux-ci immédiatement à l'approbation expresse de chacune des chambres du Parlement».

2 *Nous soulignons.*

3 Article 104 in fine de la Constitution: «Pendant ces mêmes périodes, les dispositions des articles 105, 107, 108, 109 et 111 de la Constitution ne peuvent être mises en œuvre qu'avec l'approbation du Parlement siégeant en chambres réunies, le Conseil constitutionnel et le Haut Conseil de Sécurité préalablement consultés».

4 Article 119 *in fine* de la Constitution: «Le mandat du Parlement ne peut être prolongé qu'en cas de circonstances exceptionnellement graves, empêchant le déroulement normal des élections. Cette situation est constatée par décision du Parlement, siégeant les deux chambres réunies sur proposition du Président de la République, le Conseil constitutionnel consulté».

## **2) Caractéristiques de la fonction consultative du Conseil constitutionnel**

L'implication du Conseil constitutionnel dans les situations que nous venons d'évoquer nous renseigne suffisamment sur la nature de la consultation qu'il offre sur la demande du Président de la République. Ainsi, les caractéristiques de cette consultation peuvent être présentées comme suit :

a) En dehors du cas de consultation du Conseil constitutionnel en vertu de l'article 119 précitée, c'est le Président du Conseil constitutionnel qui est consulté et non pas le Conseil constitutionnel.

b) Il s'agit plus exactement d'une concertation entre le Président de la République et les plus hautes personnalités dans la hiérarchie de l'Etat avant de procéder à la prise d'une décision dont l'importance et la gravité implique l'association généralement du Président du Conseil de la Nation, le Président de l'Assemblée Populaire Nationale, le Premier ministre et le Président du Conseil constitutionnel.

c) L'avis du Président du Conseil constitutionnel ainsi que son contenu ne fait pas l'objet d'une publication au Journal officiel. En témoignent les cas que l'Algérie a vécu où le Président du Conseil constitutionnel a été consulté. Dans ce sens, le décret présidentiel 91-196 du 4 juin 1991 portant proclamation de l'état de siège, le décret présidentiel 92-44 du 9 février 1992 portant proclamation de l'état d'urgence et enfin l'ordonnance 11-01 du 23 février 2011 portant levée de l'état d'urgence ne mentionnent que l'expression «le Président du Conseil constitutionnel consulté»<sup>1</sup>.

## **III- Perspectives d'extension du champ d'intervention du Conseil constitutionnel en tant qu'institution consultative**

Sous cette seconde partie nous allons faire le tour des quelques précédents dont nous disposons où le Conseil constitutionnel a franchi les limites strictes de son mandat constitutionnel pour ainsi s'acquitter d'une mission consultative et interprétative de la Constitution qui n'est pas initialement la sienne (1), avant de nous intéresser aux facteurs pouvant favoriser dans l'avenir une fonction consultative intense et qualitative du Conseil constitutionnel (2).

---

<sup>1</sup> Voir le décret présidentiel 91-196 du 4 juin 1991 portant proclamation de l'état de siège, *JORADP* 29 du 12 juin 1991, p. 903, le décret présidentiel 92-44 du 9 février 1992 portant proclamation de l'état d'urgence, *JORADP* 10 du 9 février 1992, p. 222 (prolongé en vertu du décret législatif 93-02 du 6 février 1993 portant prorogation de la durée de l'état d'urgence, *JORADP* 08 du 7 février 1993, p. 5), l'ordonnance 11-01 du 23 février 2011 portant levée de l'état d'urgence, *JORADP* 12 du 23 février 2011, p. 4.

## **1- Quelques initiatives du Conseil constitutionnel en matière consultative**

Bien que quantitativement mitigé, le bilan de l'activité consultative du Conseil constitutionnel compte tout de même quelques cas où le Conseil constitutionnel s'est imposé comme le détenteur exclusif du mandat d'interprétation de la Constitution. La déclaration du 11 janvier 1992 (a), la déclaration du 25 Juillet 1995 (b) et enfin la déclaration relative au premier renouvellement partiel des membres désignés du Conseil de la Nation(c) en sont quelques illustrations.

### **a) Déclaration du 11 janvier 1992 relative à la situation de conjonction de vacances de l'Assemblée Populaire Nationale et de la Présidence de la République**

La déclaration du Conseil constitutionnel du 11 janvier 1992 est sans doute révélatrice d'une fonction consultative à la fois audacieuse et innovatrice du Conseil constitutionnel dans l'interprétation de la Constitution notamment en temps de crise politique et sécuritaire grave menaçant la survie même des institutions. Ainsi, devant le silence de la Constitution concernant la situation de conjonction de vacance de l'Assemblée Populaire Nationale par dissolution et de la Présidence de la République par démission, le Conseil constitutionnel avait suggéré une issue à l'impasse constitutionnelle en décarrant qu'il « appartient aux institutions investies de pouvoirs constitutionnels [...] de veiller à la continuité de l'Etat et de réunir les conditions nécessaires au fonctionnement normal des institutions et de l'ordre constitutionnel ». La solution proposée a été dictée suivant le raisonnement du Conseil par « les conditions dans lesquelles la démission du Président de la République est intervenue, lié à la situation qui prévaut dans le pays ».

### **b) Déclaration du 25 Juillet 1995 relative à la nationalité algérienne d'origine du conjoint du candidat à présidence de la République**

Après avoir pris connaissance de l'article 7 de l'ordonnance n° 95-21 du 19 juillet 1995 modifiant l'article 108 de la loi n°89-13 du 07 août 1989 portant loi électorale pour ainsi exiger du candidat à la Présidence de la République de joindre à son dossier de candidature un certificat de nationalité algérienne d'origine de son conjoint, le Conseil constitutionnel a tenu à réagir en rappelant sa décision n°1 du 20 août 1989 relative à la loi électorale. En vertu de celle-ci, pour rappel, le Conseil avait déclaré que : « la condition de joindre à la déclaration de candidature à la présidence de la

République un certificat de nationalité algérienne d'origine du conjoint du candidat est non conforme à la Constitution »<sup>1</sup>.

### **c) Déclaration relative au premier renouvellement partiel des membres désignés du Conseil de la Nation**

En l'espèce, la question qui a été soumise au Conseil constitutionnel par le Président de la République concernait clairement l'interprétation des dispositions constitutionnelles relatives au renouvellement partiel des membres désignés du Conseil de la Nation<sup>2</sup>. Le fondement du pouvoir d'interprétation de la Constitution étant ainsi l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 163 de la Constitution (actuellement article 182) qui stipule que : «Il est institué un Conseil constitutionnel *chargé de veiller au respect de la Constitution* »<sup>3</sup>.

Ainsi, dans une déclaration interprétative des dispositions constitutionnelles pertinentes en la matière, le Président du Conseil constitutionnel a tenu à souligner le caractère exceptionnel et dérogoire du régime transitoire de renouvellement de la moitié des membres du Conseil de la Nation prévue à l'article 181 de la Constitution. En instaurant le renouvellement partiel sur la base du tirage au sort vise à préserver le capital expérience acquis par les membres restants et à assurer le bon fonctionnement de l'institution ainsi que son efficacité.

Pour ce qui est de la situation concrète ayant suscité diverses interprétations, à savoir la coïncidence de l'opération de renouvellement avec l'existence de sièges vacants au Conseil de la Nation, le Conseil constitutionnel a livré une interprétation technique du contenu des dispositions 112 et 182 de la Constitution avant de conclure que: «6 – Dès lors que des membres du Conseil de la Nation (2/3 = 96 ) sont élus et d'autres (1/3 = 48) sont désignés, le renouvellement doit, par conséquent, s'effectuer séparément entre les membres élus d'une part et les membres désignés d'autre part, à l'effet de procéder au remplacement des sortants. 7 – [...] le Conseil constitutionnel sans aborder celle des élus, considère que le nombre des membres du Conseil de la Nation désignés devant être renouvelés est la moitié fixée par la loi, soit 24; quant aux sièges vacants, ceux-ci ne sont pas concernés par l'opération de renouvellement et de remplacement prévue à l'article 181 de la Constitution mais sont régis par

---

1 Déclaration disponible sur le lien suivant: <http://www.conseil-constitutionnel.dz/indexFR.htm>.

2 Déclaration disponible sur le lien suivant: <http://www.conseil-constitutionnel.dz/indexFR.htm>. Disponible également in Il regrettable de constater que la déclaration en question ne porte pas de date. Consultez également, «La jurisprudence algérienne», n° 5, 2000, pp. 32.36.

3 *Nous soulignons.*

les dispositions de l'article 112 de la Constitution. Cette interprétation est conforme à l'esprit et à la lettre de la Constitution et au principe de la séparation des pouvoirs tel qu'il résulte des dispositions de la Constitution et tel que consacré par le Conseil constitutionnel et par le législateur dans plusieurs textes dont la loi électorale [...] ».

## **2-Terrain propice à une fonction consultative du Conseil constitutionnel**

La fonction consultative du Conseil constitutionnel pourrait connaître dans l'avenir une expansion considérable. Cela semble envisageable compte tenu de certains indicateurs qui pourraient contribuer à la promotion de cette tâche; l'indépendance du Conseil constitutionnel (a), ainsi que l'exigence de conditions et de compétences particulières pour accéder au poste de membres du Conseil constitutionnel (b).

### **a) L'indépendance du Conseil constitutionnel**

L'indépendance et l'autonomie du Conseil constitutionnel constitue l'un des avancements significatifs consacrés par la révision constitutionnelle de 2016. Désormais, dispose l'article 182 de la Constitution, le Conseil constitutionnel est une institution indépendante dotée de l'autonomie administrative et financière. Ceci pourrait faire du Conseil constitutionnel une véritable institution consultative dont l'avis pourrait être sollicité sur toutes questions constitutionnelles et ce, non seulement par le Président de la République, garant de la Constitution<sup>1</sup>, mais aussi par d'autres instances constitutionnelles, peut être celles citées à l'article 187 de la Constitution.

### **b) Exigences particulières d'accès au Conseil constitutionnel**

Pour la première fois de l'histoire constitutionnelle algérienne, l'accès au Conseil constitutionnel est soumis à des conditions professionnelles particulièrement rigoureuses. Ainsi, en vertu de l'article 184 de la Constitution telle que modifiée en 2016: «Les membres du Conseil constitutionnel élus ou désignés doivent [...] jouir d'une expérience professionnelle de quinze (15) ans au moins dans l'enseignement supérieur dans les sciences juridiques, dans la magistrature, dans la profession d'avocat près la Cour suprême ou près le Conseil d'Etat, ou dans une haute fonction de l'Etat». Ainsi, les membres du Conseil constitutionnel disposeront de toutes les qualités académiques et professionnelles qui pourraient le transformer en un véritable *forum* de réflexion et de concertation sur toute question d'intérêt constitutionnel.

---

<sup>1</sup> Voir l'alinéa 2 de l'article 84 de la Constitution.

#### IV- Conclusion

Nous arrivons ainsi au terme de cette brève réflexion sur la dimension consultative de l'activité du Conseil constitutionnel. Son caractère pour l'instant très limitée aux situations d'exceptionnelle gravité nous invite peut être à nous projeter en croyant par exemple à la possibilité d'associer encore davantage le Conseil constitutionnel dans la prise de certaines décisions importantes dans la vie des instructions ou encore à solliciter ses avis consultatifs sur des questions juridiques, constitutionnelles en particulier, d'extrême importance. Ceci semblerait réalisable compte tenu de la tendance actuelle des pouvoirs publics dans l'encouragement de l'administration consultative avec la multiplication et la diversification des instances consultatives qui ont été créés en vertu de la récente révision constitutionnelle qui, pour reprendre l'avis du Conseil constitutionnel, « ont pour objectif l'amélioration de la Gouvernance en soumettant aux institutions de l'Etat des rapports annuels, des avis, des propositions et des recommandations à caractère consultatif »<sup>1</sup>.

أنجز طبعه على مطابع

طيوان المطبوعات الجامعية  
1، الساحة المركزية - بن عكنون - الجزائر

<sup>1</sup> Avis n° 01/16 A.RC/CC/ du 28 janvier 2016 relatif au projet de loi portant révision de la Constitution, *JORADP* 14 du 7 mars 2016, p. 3.