

تاريخ القبول: 2019/05/28

تاريخ الإرسال: 2019/04/16

مبررات الاعتراف للقضاء الجزائري بدور في الرقابة على دستورية القوانين
وتحويل المجلس الدستوري إلى محكمة دستورية

**(Justifications for recognition of the Algerian judiciary
role in the control of the constitutionality of laws and
the conversion of the Constitutional Council to a
constitutional court)**

Boumediene Mohammed

بومدين محمد

bm.boumediene@gmail.com

Faculty of law and political sciences

كلية الحقوق والعلوم السياسية،

University of Ahmed Draia Adrar

جامعة أحمد دراية أدرار

الملخص:

يهدف هذا المقال إلى إبراز المبررات الموضوعية والقانونية التي تستلزم أن يكون للقضاء الجزائري دور في الرقابة على دستورية القوانين أكثر من مجرد غريبة أو تصفية الدفوع بعدم الدستورية كما هي في النموذج الفرنسي. لقد تبين من خلال التحليل أن مجموعة من المبررات، كالمساواة بين السلطات وعدم التمييز ضد القضاء واعتبار القضاء سلطة وأنه الحامي للحقوق والحريات، تستدعي الاعتراف للقضاء بدور في الرقابة على دستورية القوانين. بالإضافة إلى الاستقادة من تجارب الدول الأخرى التي استبدلت المجالس الدستورية بمحاكم دستورية. وتوجه الغالبية الساحقة لدول العالم إلى القضاء في الرقابة على دستورية القوانين. وأن رقابة الدستورية عن طريق مجلس دستوري لا تطبق إلا في فرنسا وبعض مستعمراتها.

الكلمات المفتاحية: مبررات- الاعتراف- القضاء- الرقابة-دستورية القوانين- المحكمة

الدستورية

Abstract

This article aims at highlighting the objective and legal justifications that require the Algerian judiciary to play a role in controlling the constitutionality of the laws rather than just

screening or dismissing the arguments of unconstitutionality as in the French model. The analysis found that a range of justifications, such as equality of powers and non-discrimination against the judiciary, the judiciary as a power and guardian of rights and freedoms, call for the judiciary to recognize a role in monitoring the constitutionality of laws.. In addition to benefiting from the experiences of other countries that replaced the constitutional councils with constitutional courts. The vast majority of the world's countries are directed to the judiciary in monitoring the constitutionality of laws. The vast majority of the world's countries are directed to the judiciary in monitoring the constitutionality of laws. And that constitutional control through a constitutional council applies only in France and some of its colonies.

key words: Justifications - recognition - judiciary - control-constitutionality of laws- constitutional court

المقدمة:

لقد خالف المؤسس الدستوري الجزائري في التعديلات 2016 النموذج الفرنسي في الرقابة على دستورية القوانين من بعض الجوانب، منها تشكيل المجلس الذي أصبح يتكون من 12 عضوا ممثلا للسلطات الثلاثة على خلاف الفرنسي الذي يتشكل من نوعين من الأعضاء 09 منهم يمثلون السلطة التنفيذية والسلطة التشريعية فقط بالإضافة إلى عضوية رؤساء الجمهورية السابقين الذين لا يزولون على قيد الحياة⁽¹⁾. كما خالف المجلس الدستوري الجزائري نظيره الفرنسي من حيث المساواة في التمثيل بين السلطات الثلاثة فكل سلطة تمثل ب 04 أعضاء (04 يعينهم رئيس الجمهورية بمن فيهم رئيس المجلس ونائب رئيس المجلس و04 أعضاء ينتخبهم البرلمان 02 عن مجلس الأمة و02 عن المجلس الوطني الشعبي و04 أعضاء تنتخبهم السلطة القضائية 02 عن المحكمة العليا و02 عن مجلس الدولة) وذلك طبقا للمادة 183 المضافة بالتعديل الدستوري 2016⁽²⁾. ومن الاختلافات الايجابية للتعديل الدستوري الجزائري 2016 عن نظيره الفرنسي دسترة الشروط الواجب توافرها في أعضاء المجلس من أجل رفع مستوى الكفاءة

والتخصص المطلوب للقيام بهذه المهمة على أحسن وجه⁽³⁾ على عكس نظيره الفرنسي الذي لم يحدد أية شروط رغم النداءات المتكررة للفقهاء والمختصين بضرورة ذلك.⁽⁴⁾ ولكن رغم هذه الايجابيات في مخالفة النموذج الفرنسي إلا أن المؤسس الدستوري الجزائري في التعديلات الدستورية 2016 قلد النموذج الفرنسي في مسألة الدفع بعدم الدستورية أو ما تسمى في النموذج الفرنسي بمسألة الأولوية الدستورية⁽⁵⁾ بحيث صيغت المادة 188 من التعديل الدستوري بنفس محتوى الماد 61-1 من التعديل الفرنسي. وقد صدر القانون العضوي⁽⁶⁾ الذي يحدد شروط وكيفيات تطبيق المادة 188 متماهيا مع القانون العضوي الفرنسي⁽⁷⁾ الذي يحدد هو أيضا شروط وكيفيات تطبيق نص المادة 61-1 التي استحدثت بموجب التعديل الدستوري الفرنسي⁽⁸⁾ في 2008. ومن التقليد المطابق للنموذج الفرنسي بهذا الخصوص نص المادة 04 من القانون العضوي رقم 18-16: «لا يمكن أن يثار الدفع بعدم الدستورية تلقائيا من طرف القاضي». وإذا كان المؤسس الدستوري الفرنسي قد التزم من البداية بالرقابة السياسية عن طريق المجلس الدستوري مع الابقاء على تشكيلته السياسية وطريقة تعيين أعضائه من قبل جهات سياسية⁽⁹⁾ ولا يريد أي دور في ذلك للقضاء، فإن المؤسس الدستوري الجزائري خالف ذلك بمنح الجهات القضائية حق انتخاب ممثلين عنها في المجلس بحيث سمح للمحكمة العليا ومجلس الدولة انتخاب من بين أعضائهما أعضاء في المجلس الدستوري وأصبح بذلك ثلث المجلس يتكون من القضاة. الأمر الذي يستتبع منح القضاء سلطة إثارة الدفع بعدم الدستورية من تلقاء نفسه.

ولكن يعاب على المشرع العضوي الجزائري تقليده لنظيره الفرنسي في منع القضاء من الاحالة التلقائية أو من إثارة الدفع بعدم الدستورية من تلقاء نفسه، واقتصار دور القاضي في غرابة الدفوع التي ستحال على المجلس الدستوري، رغم أن ثلث المجلس من القضاء. وهذا يعد انكارا وعدم اعتراف لأي دور للقضاء في ذلك رغم المبررات والأسس الدستورية التي تستلزم أن يكون للقضاء دور في الرقابة على دستورية القوانين ما بين الإحالة التلقائية على المجلس الدستوري وتحويل المجلس إلى محكمة دستورية.

والاشكاليات التي يثيرها هذا الموضوع: لماذا لا يعترف في الجزائر للقضاء بدور في الرقابة على دستورية القوانين رغم المبررات القانونية والموضوعية التي تستلزم ذلك؟ ورغم أن ثلث أعضاء المجلس الدستوري من القضاء؟ وتوجه الغالبية الساحقة لدول العالم نحو الرقابة القضائية على دستورية القوانين؟ يتم تقليد تجربة المجلس الدستوري الفرنسي في الدفع بعدم الدستورية (مسألة الأولوية الدستورية) التي يمنح فيها القاضي من الاحالة التلقائية؟

ويترتب عن هذه الاشكالية تساؤلات عدة يقتصر على أهمها:

- 1- لماذا يمنح منتهك الحقوق والحريات حق الإخطار ويمنع حامي الحقوق والحريات من ذلك؟ رغم أن الذي ينتهك الحقوق والحريات دائما السلطات السياسية المتمثلة في السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية ومع هذا تمنح هذه السلطات منذ إنشاء المجلس الدستورية حق الإخطار وتم توسيعه للمعارضة (في 2016) والتي قد تشارك هي أيضا في ذلك؟ ولا يعطى ذلك للقضاء حامي الحقوق والحريات؟
- 2- لماذا التمييز ضد القضاء؟ ولماذا يخشى من أي دور له إذا كان الهدف هو حماية الدستور من أي خرق يمس أحكامه؟ أليس القضاء أكثر تخصصا من أي سلطة أو هيئة أخرى في إدراك النص المخالف للدستور؟ أو المنتهك للحقوق والحريات؟
- 3- لماذا يجبر القضاء على تطبيق نص تشريعي أو تنظيمي مخالف للدستور؟ ويجبر على الصمت بتطبيقه وهو متيقن أنه مخالف للدستور؟ ألا يعطى على الأقل حق التعبير أن ذلك النص مشتبه بعدم دستوريته ويحيل ذلك إلى المجلس الدستوري للبت فيه؟
- 4- لماذا يتم تقليد المجلس الدستوري الفرنسي في الدفع بعدم الدستورية؟ ولماذا يقتصر دور القضاء من أدنى محكمة إلى أعلى محكمة في مجرد تصفية أو غريلة الدفع؟ وهل ما يقوم به المجلس الدستوري الفرنسي بتشكيلته السياسية والمعين بجميع أعضائه من هيئات سياسية لاعتبارات سياسية عمل يستعصي على القضاء؟ حتى يقتصر دوره في غريلة الدفع؟؟

- 5- أليست الإحالة التلقائية من القاضي أكثر جدية؟ وأكثر تأسيسا وحجية؟ وأكثر تيسيرا لعمل المجلس الدستوري؟ وأقل تكلفة للمجتمع وأقصر مدة وأقل جهدا و أسرع إجراء من الدفع وما يتطلبه من إجراءات؟ إذا كان الهدف حماية الدستور والحقوق والحريات؟
- 6- لماذا لا يتم اختصار الطريق؟ بتحويل المجلس الدستوري إلى محكمة دستورية أو على الأقل منح القضاء سلطة الإحالة التلقائية؟

وللإجابة عن تلك الاشكالية وهذه التساؤلات يمكن تقسيم الموضوع إلى العناصر التالية:

- 1- الدفع بعدم الدستورية بطبيعته إجراء قضائي
 - 2- المساواة بين السلطات وعدم التمييز ضد القضاء
 - 3- القضاء سلطة، ومبدأ الفصل بين السلطات يقتضي الرقابة
 - 4- تطبيقا للمبدأ الدستوري: القضاء حام الحقوق والحريات
 - 5- الاستفادة من تجارب الآخرين بهذا الخصوص
 - 6- التوجه العالمي نحو القضاء في الرقابة على دستورية القوانين
- 1- **الدفع بعدم الدستورية بطبيعته إجراء قضائي:** تنقسم الرقابة على دستورية القوانين في دول العالم إلى نوعين أو شكلين: رقابة سياسية ورقابة قضائية. فالرقابة السياسية كما هو معروف نشأت في فرنسا تمارس عن طريق المجلس الدستوري وهي رقابة قبلية تستهدف النصوص القانونية قبل إصدارها فهي رقابة وقائية بامتياز وتمارس بإخطار من قبل رئيس الجمهورية ورئيس الجمعية الوطنية ورئيس مجلس الشيوخ والوزير الأول منذ تأسيس المجلس الدستوري بمقتضى دستور الجمهورية الخامسة. ولم يتم توسيع الاخطار إلى المعارضة إلا في 1974.

ولم يتم الاعتراف بحق الافراد في الطعن عن طريق الدفع بعدم الدستورية إلا بعد التعديل الأخير 2008. أما الرقابة عن طريق السلطة القضائية أو الرقابة القضائية فتتقسم إلى نوعين: النوع الأول ويسمى رقابة الدفع أو الامتناع أو الرقابة المنتشرة أو غير الممركزة ظهر في الولايات المتحدة الأمريكية عن طريق اجتهاد المحكمة العليا التي أقرت للقاضي الحق في الامتناع عن تطبيق القانون المخالف للدستور إذا دفع أحد الخصوم أمام المحكمة أن القانون المراد تطبيقه على النزاع يخالف الدستور. وهذا الاجتهاد الذي

توصلت إليه المحكمة الاتحادية العليا بسبب خلو الدستور الأمريكي من أي نص عن الرقابة على دستورية القوانين. وكانت حجة المحكمة أن القاضي وهو يراقب مدى دستورية القانون لا يعد ذلك خروجاً على اختصاصه في تطبيق القانون إلى الحكم على القوانين كما يدعي خصوم الرقابة القضائية. بل يعد ذلك من صميم اختصاصه، بحيث إذا تعارض لدى القاضي نصوص أحدهما أعلى وهو النص الدستوري وآخر أدنى وهو النص التشريعي طبق القاضي قاعدة تدرج القوانين فيطبق النص الأعلى (علوية الدستور أو سموه⁽¹⁰⁾) ويستبعد النص الأدنى وبذلك لم يخرج القاضي عن وظيفته في تطبيق القانون. وقد انتشرت هذه الطريقة في أمريكا اللاتينية في القرن التاسع عشر في كل من المكسيك والارجنتين وفينزويلا والبرازيل وجمهورية الدومينيكان وكولومبيا والاورغواي والهندوراس ولو أن بعضها حالياً يطبق النموذج المختلط بين الرقابة المركزة أو المتخصصة ورقابة الدفع أو الامتناع.⁽¹¹⁾ كما انتشر هذا النموذج في كندا وفي دول شمال أوروبا كالدول الاسكندنافية كإيرلندا والنرويج وأيسلندا والدنمارك والسويد وفنلندا، وفي بعض الدول الأفريقية كأوغندا وكينيا ونيجيريا وجنوب أفريقيا، وفي بعض دول آسيا كاليابان وكوريا الجنوبية وتايوان وتايلاند وفي استراليا أيضاً.⁽¹²⁾

أما النوع الثاني من الرقابة القضائية فهو رقابة الإلغاء أو الرقابة الممركزة أو المتخصصة وهي أن يلغى النص التشريعي المخالف للدستور ويعدم ويصبح كأن لم يكن. وقد رفضت هذه الرقابة في البداية على أساس مبدأ سيادة المشرع: «القانون لا يمكن أن يخطئ» فقد تم وضعه من قبل ممثلين منتخبين من قبل الشعب، والذين يتمتعون بشرعية تمثيلية.⁽¹³⁾ ولكن هذه القاعدة انحصرت أمام احتمال وجود تشريعات برلمانية مخالفة للدستور⁽¹⁴⁾، وأمام بروز مبدأ جديد أن القانون يعبر عن الإرادة العامة فقط عند احترامه للدستور.⁽¹⁵⁾ بل لقد أثبتت الوقائع أن الكثير من القوانين انتهكت الحقوق والحريات وخالفت الدستور.⁽¹⁶⁾

ونظراً لخطورة هذا النوع من الرقابة التي تؤدي إلى إلغاء النص الذي أقره البرلمان ممثلاً للشعب فإن الدساتير التي أخذت بالإلغاء حظرت على كل المحاكم مهما كانت درجتها من هذا الاختصاص ومنحته فقط لأعلى محكمة في الهرم القضائي أو للمحكمة

الدستورية التي أسسها الدستور ووضعتها على هرم القضاء وخصها وحدها بالفصل في دستورية القوانين مع التشديد في شروط عضوية القضاة في هذه المحكمة. ويرجع أصل هذا النموذج إلى الفقيه النمساوي هانس كيلسن، وطبق أولاً في النمسا عام 1920، ثم انتقل إلى تشيكوسلوفاكيا وإستونيا وإسبانيا وألمانيا وإيطاليا والبرتغال وقبرص وتركيا ومالطا ويوغسلافيا والمجر وبولونيا وتشيك وروسيا.⁽¹⁷⁾ وحتى مع حصر سلطة الإلغاء للمحكمة الدستورية فإن الأخذ بهذه الرقابة يتم عن طريق إحالة من أي محكمة من محاكم الدولة إذا ادعى أحد الخصوم أمامها أن النص المراد تطبيقه على النزاع مخالف للدستور. كما أن هذا النوع من الرقابة يعطي الحق أيضاً لأية محكمة مهما كانت درجتها في السلم القضائي أن تحيل من تلقاء نفسها إلى المحكمة الدستورية دون أن يطلب أحد الخصوم ذلك متى رأى القضاة العاديون أن النص المراد تطبيقه على النزاع يخالف حسب رأيهم أحكام الدستور⁽¹⁸⁾ ومن ذلك مصر وفلسطين وإيطاليا.⁽¹⁹⁾ وهذا على أساس أن مسألة عدم الدستورية من المسائل التي تهم النظام العام ولهذا يجوز للقاضي إثارتها من تلقاء نفسه. ولكن بعض الدول رغم الإقرار بأن عدم الدستورية من النظام العام إلا أنها تمنع قاضي الموضوع من إثارتها من تلقاء نفسه مخافة أن يتحول القاضي العادي إلى ما يشبه المدعي العام لعدم دستورية القوانين.⁽²⁰⁾

وعليه يستنتج مما سبق بيانه أن الدفع بعدم الدستورية إجراء قضائي يمنح للقاضي دوراً في الرقابة على دستورية القوانين سواء في الدفع عن طريق الامتناع بحيث يتمتع القاضي عن تطبيق النص المخالف للدستور إذا طلب منه ذلك أحد الخصوم كما في رقابة الامتناع في الولايات المتحدة الأمريكية ومن أخذ عنها ذلك كـبعض الدول في أمريكا الجنوبية، أو في الرقابة القضائية عن طريق الإلغاء حيث يمنح للقاضي أي قاض في أي محكمة في الدولة أن يحيل الأمر من تلقاء نفسه إلى المحكمة الدستورية (يسمى الدفع عن طريق الإحالة من المحكمة) متى رأى القاضي أن النص المراد تطبيقه على النزاع فيه شبهة عدم الدستورية.

وعليه فالدفع عن طريق الامتناع يطبق في الدول التي لا ينص دستورها على الرقابة على دستورية القوانين أو التي لم يحدد الدستور جهة ما تتولى الرقابة على دستورية

القوانين. أما الدفع عن طريق الإحالة فيمارس من أي قاض إما من تلقاء نفسه يحيل الدفع بعدم الدستورية إلى المحكمة الدستورية لتفصل في ذلك ويؤجل هو البت في الدفع الأصلي للنزاع، أو يحيل القاضي الدفع بعدم الدستورية إلى المحكمة الدستورية إذا طلب منه أحد طرفي النزاع، وثبت لديه جدية الدفع.

هذا هو السائد في الرقابة القضائية في جميع الدول وهي الغالبية العظمى للدول التي تأخذ بالرقابة القضائية. ولكن في فرنسا ونظرا لقصور الرقابة السياسية عن طريق المجلس الدستوري ونجاح الرقابة القضائية وخاصة في مجال الرقابة اللاحقة في مجال النصوص التي تنتهك الحقوق والحريات أخذ المؤسس الدستوري الفرنسي هذا الاجراء القضائي المتمثل في الدفع بعدم الدستورية أو الأولوية الدستورية وبتز منه خاصيته القضائية: دور القاضي في الامتناع أو دور القاضي في الإلغاء أو دور القاضي في الإحالة وكيفه بما يتلاءم مع الاحتفاظ بدور المجلس الدستوري بحيث يقتصر دور الهيئات القضائية بما فيها الهيئات العليا كالمحكمة العليا ومجلس الدولة في تصفية الدفوع ليتولى المجلس الدستوري البت في دستورتها من عدمه؟

وإذا كان الدفع بعدم الدستورية ذا طبيعة قضائية فلماذا الالتفاف والدوران بإدخال هذا الاجراء على رقابة ذات طبيعة سياسية، لماذا لا يتم تحويل المجلس الدستوري إلى محكمة دستورية إذا كان الهدف فعلا سمو الدستور وحماية الحقوق والحريات؟

2- **المساواة بين السلطات وعدم التمييز ضد القضاء:** وهذا لسببين: الأول: أنه سلطة مثلها مثل السلطتين التشريعية والتنفيذية، يحكم ويصدر الأحكام باسم الشعب. والثاني: أنه مختص في تطبيق القانون وأكثر دراية وتمحيصا للقانون وأكثر معرفة من غيره بمطابقة أو مخالفة القوانين للدستور. وإذا كان دور السلطة التشريعية هو تحويل مبادئ وأحكام الدستور إلى قوانين بالتعاون مع السلطة التنفيذية في التشريع كما هو سائد في معظم دول العالم، فإن السلطة القضائية لها دور مهم أيضا في وضع أحكام الدستور موضع التنفيذ ولها دور في التفسير وخاصة من المحاكم العليا.⁽²¹⁾

وعليه لماذا تعطى السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية والأفراد الحق في إثارة الدفع بعدم الدستورية ويحرم من ذلك القضاء؟ ألا يعد هذا خرقا لمبدأ المساواة بين السلطات وتمييزا

ضد القضاء؟ لماذا يعطى للبرلمان سواء من خلال رئيس مجلس الأمة أو رئيس المجلس الشعبي الوطني و30 عضوا من المجلس الأمة و50 نائبا من المجلس الشعبي الوطني سلطة إخطار المجلس الدستوري بوجود نص قانوني سواء كان معاهدة أو قانونا عاديا أو تنظيما يشتبه في عدم دستوريته كما جاء في التعديل الدستوري 2016؟ ويعطى للسلطة التنفيذية عن طريق رئيس الجمهورية أو الوزير الأول سلطة إخطار المجلس الدستوري بوجود شبهة عدم الدستورية طبقا للتعديل الدستوري 2016 ولا يعطى للهيئات القضائية ذلك؟ لم يتم منح ذلك لا إلى المحاكم الابتدائية ولا للمجالس القضائية ولا حتى للهيئات العليا للقضاء: المحكمة العليا ومجلس الدولة.

هل الهيئات البرلمانية والهيئات التنفيذية أحرص من الهيئات القضائية على سمو الدستور وعلوه؟ هل تلك الهيئات أكثر تخصصا من الهيئات القضائية في اكتشاف أو إثارة شبهة عدم الدستورية من الهيئات القضائية؟ لماذا تعطى تلك الهيئات التشريعية والتنفيذية حق إخطار المجلس الدستوري وهي التي ساهمت في الإعداد والمصادقة على القوانين المخالفة للدستور وتجبر السلطة القضائية على الصمت والاستسلام وتطبيق تلك النصوص المخالفة للدستور ولا يعطى لها حتى مجرد التنبيه لتلك المخالفات؟

لقد اعتبر البعض أن القضاء ليس مختصا وخاصة قاضي الموضوع (المختص في المسائل المدنية أو الجنائية أو الادارية) وليس له الدراية الكافية للنظر في تحقق عدم الدستورية، وإذا كان ذلك ممكنا في فرنسا «أين يملك القضاة والمحامون بعض المعارف الأولية في القانون والفقهاء الدستوري فكيف هو الحال في المنظومة القضائية الجزائرية أين لا نملك كمحاميين أو قضاة أو نيابة عامة معارف ومفاهيم في الفقه الدستوري ولا نملك حتى ممارسات أو سوابق قضائية تعيننا على ممارسة هذه الآلية أمام قضاة الموضوع»⁽²²⁾ وكيف سيصمد هذا الطرح أمام الانتقادات الموجهة من المختصين للمجلس الدستوري الفرنسي ذاته بسبب عدم تحقق الاختصاص والكفاءة اللازمين في أعضائه وهو صاحب السلطة في إلغاء القوانين المخالفة للدستور؟⁽²³⁾

وإذا كان قضاة الموضوع في المدني أو الجنائي أو الاداري غير مختصين وليس لهم الدراية الكافية لبحث مسألة الدستورية فهل السياسيون المعينون من قبل الجهات الرسمية

في فرنسا سواء من طرف رئيس الجمهورية أو رئيس الجمعية الوطنية أو رئيس مجلس الشيوخ لهم تلك الكفاءة أو الدراية؟ ليس فقط للإحالة بل لإلغاء القانون؟ وكذلك كان الأمر في الجزائر. ولو كانت لديهم تلك الدراية والمؤهلات لماذا تم تعديل الدستور الجزائري في 2016 وتم اشتراط في عضوية المجلس الدستوري الجزائري خبرة 15 سنة كأستاذ في القانون أو في المحاماة؟ والأمر نفسه يطالب به المختصون في فرنسا.

كما عارض البعض منح القاضي إثارة الدفع بعدم الدستورية من تلقاء نفسه على أساس الحياد على اعتبار أن تدخل القاضي من تلقاء نفسه يتناقض مع مبدأ الحياد المفترض في اختصاص القاضي ويجعله في مركز قريب من أحد الأطراف وحتى النيابة العامة ليس لها ذلك رغم أنها طرف في النزاع.⁽²⁴⁾ وهذه مغالطة أو رأي مردود. وهل قاضي الموضوع هو الذي سيحكم بعدم الدستورية حتى يتعارض ذلك مع الحياد؟ وإذا كان ذلك يتعارض مع الحياد فكيف يكون الموقف عندما يحال الدفع على المجلس الدستوري ويقف طرفا النزاع أمامه وأحدهما يقدم حججا بعدم الدستورية ويحكم المجلس بعدم الدستورية فهل يتناقض هذا مع الحياد؟ وهل قوانين المحاكم الدستورية في الكثير من الدول التي تسمح لقاضي الموضوع إثارة الدفع بعدم الدستورية من تلقاء نفسه وإحالة ذلك على المحكمة الدستورية يتعارض ذلك مع الحياد؟ إن قاضي الموضوع مكلف بتطبيق القانون على الوقائع وهو حامي الحقوق الأول في كل الدول. فإذا تبين له أن القانون المراد تطبيقه ينتهك الحقوق ويتعارض مع الدستور فهل يطبقه رغم اقتناعه أن القانون لا يحقق العدالة لتعارضه مع الدستور؟ أليس تقوية للعدالة وتنمية لمعارف القاضي وتقوية لمماركه في الفقه الدستوري وإثراء لخبرته أن يمنح حق الإحالة بعدم الدستورية من تلقاء نفسه تحضيراً له في المستقبل لتحويل المجلس الدستوري إلى محكمة دستورية كما هو مطبق في جل دول العالم؟

إذا كان الدستور في التعديل الأخير قد أبقى على سلطة المجلس الدستوري في الرقابة على دستورية القوانين ولم يتم تحويله إلى محكمة دستورية كان على الأقل أن ينص القانون العضوي المحدد لكيفية تطبيق الدفع بعدم الدستورية على أحقية القضاء في الإحالة من تلقاء نفسه عندما يلحظ القاضي وهو أكثر جهة من حيث التخصص أن

القانون المراد تطبيقه به شبهة عدم الدستورية ويحيل ذلك على المجلس الدستوري للبت في ذلك.

خاصة أن المؤسس الدستوري الجزائري في التعديل الأخير 2016 قد حقق مبدأ المساواة بين السلطات الثلاثة في التمثيل في المجلس الدستوري وتشكيله، حيث رفع من مثلي السلطة القضائية إلى أربعة أعضاء في المجلس بعدما كانوا إثنين (02) فقط قبل التعديل. وتطبيقاً لمبدأ المساواة بين السلطات أصبح المجلس الدستوري يتكون من (12) عضواً تمثل كل سلطة بأربعة (04) أعضاء.

وبما أن المؤسس الدستوري قد حقق المساواة بين السلطات الثلاثة في التمثيل وفي تشكيل المجلس الدستوري كان لا بد أن يتحقق هذا المبدأ من خلال القانون العضوي رقم 16-18 الذي يحدد شروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية⁽²⁵⁾، بحيث يمنح القضاء سلطة الدفع بعدم الدستورية من تلقاء نفسه، أي الإحالة التلقائية من قبل القاضي بعدم الدستورية. مثلما هو حق أو سلطة للهيئات التشريعية والهيئات التنفيذية أن تطعن في النصوص القانونية قبل صدورها، يكون من حق القضاء أن يطعن في عدم دستورية نص ينتهك الحقوق والحريات أو ينتهك استقلالية الهيئات القضائية. وليس مثلما هو عليه نص المادة 04 من هذا القانون العضوي التي منعت أو حظرت على القاضي في أي درجة كان أن يثير الدفع بعدم الدستورية من تلقاء نفسه. فهذا النص يخالف المادة 183 التي أقرت المساواة بين السلطات في تشكيل المجلس وكان على القانون العضوي أن يتطابق مع الدستور في إقرار المساواة في الإجراءات أمام المجلس الدستوري. وكان يفترض أن يعلق المجلس الدستوري في الرأي المتعلق بمطابقة القانون العضوي المذكور مع الدستور، لكنه لم يتطرق لهذه المادة وانتقل من التعليق على المادة الأولى من القانون العضوي المذكور إلى المادة 05 مما يفيد أن المجلس الدستوري اعتبرها مطابقة للدستور.⁽²⁶⁾

3- القضاء سلطة، ومبدأ الفصل بين السلطات يقتضي الرقابة: إذا كان مبدأ الفصل بين السلطات أحد أهم ضمانات دولة القانون فإن الرقابة القضائية هي الضمانة الأساسية لتجسيد مبدأ الفصل بين السلطات من خلال العدالة الدستورية التي تتولاها

المحاكم الدستورية عند البت في أي تنازع يتعلق بتجاوز السلطة⁽²⁷⁾ من جهة، وحماية الحقوق والحريات من جهة أخرى.⁽²⁸⁾ فالسلطة التشريعية لها كامل الحرية في وضع التشريع، ولكن يجب التأكد من أن القوانين التي تضعها السلطة التشريعية لا تتعارض مع الدستور. ولا يمكن للسلطة التي تضع القوانين أن تراقب نفسها، ولا يمكن مراقبة ذلك إلا من خلال سلطة مستقلة ذات طبيعة قضائية.⁽²⁹⁾ ولهذا عهدت الدساتير في الغالبية

الساحقة للدول الديمقراطية بإسناد هذه الرقابة للقضاء كما يتضح لاحقاً.

إن الدفع بعدم الدستورية، الذي أخذ به الدستور الفرنسي وحذا حذوه الدستور الجزائري في التعديل الأخير 2016 وخاصة القانون العضوي رقم 18-16 الذي يحدد شروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية ومنعه للقاضي من إحالة الدفع من تلقاء نفسه، يتعارض مع اعتبار القضاء سلطة ومع مبدأ الفصل بين السلطات.

لقد نص الدستور الجزائري على القضاء باعتباره سلطة مستقلة من السلطات الثلاثة في الباب الثاني المتعلق بالسلطات وخص الفصل الثالث منه للسلطة القضائية في المواد من 156 إلى 177 حيث نصت المادة 156 على أن السلطة القضائية مستقلة، ونصت المادة 159: يصدر القضاء أحكامه باسم الشعب. وإذا كان القضاء سلطة مستقلة ويمثل الشعب في إصدار الأحكام والدستور الجزائري بعد التعديل الأخير 2016 نص صراحة على مبدأ الفصل بين السلطات ألا يقتضي مبدأ الفصل بين السلطات أن يتولى القضاء باعتباره سلطة أيضاً رقابة السلطات الأخرى مثلما تتولى السلطات الأخرى رقابة القضاء؟ ألا يعد منح القضاء الإحالة من تلقاء نفسه أن النص المراد تطبيقه على النزاع يتعارض مع الدستور أقل مستوى من مستويات الرقابة؟ إذا كان القضاء لا يستطيع الحكم بإلغاء النص لعدم الدستورية ولا يستطيع الامتناع عن تطبيق القانون المخالف للدستور وهو سلطة، فعلى الأقل أن يعبر عن قناعته أن النص مشوب بعدم الدستورية ويحيله إلى الجهة التي كلفها الدستور بالفصل في عدم الدستورية. وهو بهذا يساعد فضلاً عن ذلك هذه الجهة المكلفة، بما للقضاء من تخصص وخبرة في هذا المجال. وما الذي يمنح ذلك خاصة إذا كان الهدف من هذا كله هو صيانة الدستور وسموه؟

وإذا كان التعديل الدستوري 2016 قد نص على مبدأ الفصل بين السلطات ولم تكن الدساتير الجزائرية قد نصت عليه صراحة من قبل، فهذا لا يعني أن التعديل الدستوري 2016 بالنص عليه يكون قد كرس هذا المبدأ فعلا. بل بالعكس لقد نص على المبدأ وكرس نقيضه تماما وكما يؤكد أحد خبراء القانون الدستوري الجزائري (فتيحة بن عبو) أنه لا توجد في الجزائر سلطة توازي سلطة أخرى بل تتركز جميع السلطات الدستورية في يد رئيس الجمهورية.⁽³⁰⁾ لقد ضخمت التعديلات الدستورية 2016 من سلطات رئيس الجمهورية⁽³¹⁾ ليس على حساب السلطة التنفيذية والتشريعية وجعلته لا يخضع في مقابل ذلك لأية رقابة⁽³²⁾ بل أيضا على حساب السلطة القضائية حيث أصبح رئيس الجمهورية بموجب التعديلات 2016 يعين الرئيس الأول للمحكمة العليا ورئيس مجلس الدولة ويرأس المجلس الأعلى للقضاء والأخطر من ذلك دسترة سلطته في التعيين في باقي الوظائف العليا في القضاء دون اشراك البرلمان على الأقل في الرقابة على ذلك. وهذا الوضع يحتم إعادة النظر في تلك التعديلات الدستورية 2016 وفي الدستور عموما نحو إقرار مبدأ الفصل بين السلطات وضرورة استقلال القضاء وتحويل المجلس الدستوري إلى محكمة دستورية تتمتع بالاستقلالية من حيث الجانب المؤسساتي ومن حيث استقلالية أعضائها أو قضاتها⁽³³⁾ ومن حيث تسيير شؤونها.⁽³⁴⁾

4- **تطبيقا للمبدأ الدستوري: القضاء حام الحقوق والحريات:** وهذا مكرس في كل الدول الديمقراطية وفي دولة القانون على أساس الاستقلال والنزاهة والكفاءة والحياد الذي يتمتع به القضاء. ولهذا أخذت جل الدول الديمقراطية بالرقابة القضائية على دستورية القوانين عن طريق المحكمة الدستورية لتمتعها بالاستقلال والصلاحيات الواسعة على عكس المجلس الدستوري التابع للسلطة السياسية والمحدود الصلاحيات الأمر الذي لا يمكنه من رقابة فعالة في حماية الحقوق والحريات.⁽³⁵⁾

لقد نص الدستور الجزائري الحالي في المادة 157: «تحمي السلطة القضائية المجتمع والحريات، وتضمن للجميع ولكل واحد المحافظة على حقوقهم الأساسية». فطبقا للدستور يعتبر القضاء السلطة الوحيدة التي خصها الدستور بمهمة حماية الحقوق والحريات ولم يمنح هذا صراحة لا للسلطة التشريعية ولا للسلطة التنفيذية. هذا بالإضافة إلى أن

الدستور نص أيضا على أن القضاء يراقب السلطة التنفيذية بصفتها الادارية أو في مجال عملها الاداري وله سلطة إلغاء القرارات الادارية التي تمس حقوق وحرريات الأفراد حيث نصت المادة 161: «ينظر القضاء في الطعن في قرارات السلطات الإدارية» وإذا كان للقضاء سلطة رقابة الأعمال الإدارية التي تنتهك حقوق وحرريات الأفراد حتى في الحالات الاستثنائية فكيف يحميم من نص تشريعي رآه القاضي ينتهك الحقوق والحرريات ويخالف أحكام الدستور الذي وضعه الشعب صاحب السلطة التأسيسية لحماية وضمان هذه الحقوق والحرريات؟ خاصة وأن الدستور يأمر ويلزم جميع السلطات والمؤسسات الدستورية بما فيها القضاء بالتحقق من مطابقة العمل التشريعي والتنفيذي مع الدستور وذلك في الباب الثالث المتعلق بالرقابة ومراقبة الانتخابات والمؤسسات الاستشارية في المادة 181: «المؤسسات الدستورية وأجهزة الرقابة مكلفة بالتحقيق في تطابق العمل التشريعي والتنفيذي مع الدستور، وفي ظروف استخدام الوسائل المادية والأموال العمومية وتسييرها».

وإذا كان الدستور يلزم القضاء بحماية الحقوق والحرريات ويلزمه كغيره من المؤسسات الدستورية بالتحقق من مطابقة العمل التشريعي والتنفيذي مع الدستور، فالقضاء ملزم بطبيعة مهمته بتطبيق القانون على الوقائع المعروضة عليه وقد تبين له أن القانون الأدنى مخالف للقانون الأعلى درجة وهو الدستور. أفلا يكون من حقه بل من واجبه أن يبين ذلك؟ أو على الأقل أن يمنح إمكانية إحالة مسألة شبهة عدم الدستورية للنص المراد تطبيقه على الجهة التي حددها الدستور وهي هنا المجلس الدستوري للبت فيها؟ وبهذه الكيفية على الأقل يتم التوفيق بين التزام القضاء بالتحقق من مطابقة العمل التشريعي والتنفيذي مع الدستور والتزامه بتطبيق النص الذي يحكم القضية المعروضة عليه باعتباره مطابقا للدستور من جهة، وبين عدم انفراده أو عدم تخصصه في البت في شبهة عدم الدستورية التي خص بها الدستور المجلس الدستوري وحده.

وإذا كان القضاء هو السلطة المخولة دستوريا بحماية حقوق وحرريات الأفراد فإن الأولى تحويل المجلس الدستوري إلى محكمة دستورية، وفي انتظار ذلك، على الأقل إعطاء القضاء سلطة الإحالة التلقائية بعدم الدستورية. وهذا لأن الإحالة التلقائية من القاضي

أكثر جدية من الدفع الذي يثيره أحد طرفي النزاع وأكثر تأسيسا وحجية. فالقاضي أكثر تخصصا وأقدر على تبيين شبهة عدم الدستورية بخلاف الفرد العادي الذي يحتاج إلى محام للقيام بذلك. ومن ثم تكون الإحالة التلقائية من قبل القاضي أكثر تيسيرا لعمل المجلس الدستوري وأقل تكلفة للمجتمع، وأقصر مدة وأقل جهدا وأسرع إجراء من الدفع، وما يتطلبه من إجراءات وتكاليف للمحامي وتبادل العرائض والحجج والملاحظات وأطول وقتا وتكلفة. هذا إذا كان الهدف حماية الدستور والحقوق والحريات.

5- الاستفادة من تجارب الآخرين بهذا الخصوص: هناك بعض الدول كانت تنتهج النهج الفرنسي في الرقابة على دستورية القوانين عن طريق المجلس الدستوري واكتشفت عدم نجاح التجربة الفرنسية في هذا المجال، ومن هذه الدول المملكة المغربية وتونس⁽³⁶⁾. وهاتان الدولتان أقرب إلى الجزائر جغرافيا واجتماعيا ودينيا وثقافيا وتقاليد وعادات، بل وتركيبية سكانية متجانسة ومقاطعة بين الدول الثلاثة، بل ونفس المصير المشترك ونفس الخضوع إلى الاستعمار الفرنسي ونفس التوجه في تقليد النظام الفرنسي والقوانين الفرنسية بما فيها نظام الرقابة على دستورية القوانين عن طريق المجلس الدستوري. لقد قام الدستور المغربي في آخر تعديل له في 2011 باستبدال المجلس الدستوري بالمحكمة الدستورية⁽³⁷⁾.

وكذلك الدستور التونسي الذي استبدل المجلس الدستوري بمحكمة دستورية حيث نص في المادة 118 على أن تتكون المحكمة الدستورية من 12 عضوا يعين كل من رئيس الجمهورية و مجلس النواب و المجلس الأعلى للقضاء 04 أعضاء على أن يكون ثلاثة أرباعهم من المختصين في القانون ولا تقل خبرتهم عن 20 سنة ومدة العضوية في المحكمة 09 سنوات غير قابلة للتجديد، وتختص في الرقابة القبلية على مشاريع القوانين ومشاريع القوانين الدستورية والمعاهدات والنظام الداخلي لمجلس النواب، ورقابة بعدية تنصب على القوانين التي تحيلها عليها المحاكم طبقا للدفع بعدم الدستورية بناء على طلب من أحد الخصوم في الحالات المنصوص عليها في القانون طبقا للمادة 120 من الدستور التونسي الجديد 2014⁽³⁸⁾.

وهذا خلافا لطبيعة الدفع بعدم الدستورية كإجراء قضائي في الرقابة القضائية حيث تجيز الدول ذات الرقابة القضائية إثارة الدفع من قبل المحكمة أو القاضي من تلقاء نفسه ومن ذلك مثلا بعض الدول الديمقراطية في أوروبا كألمانيا وإيطاليا. ومن الدول العربية التي تجيز الدفع التلقائي من قبل القاضي أمام المحكمة الدستورية القانون المصري، حيث يجوز الدفع من قبل أي محكمة قضائية كما ينص على ذلك قانون المحكمة الدستورية المصرية:

« تتولى المحكمة الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح على الوجه التالي :
أ- إذا تراءى لإحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي أثناء نظر إحدى الدعاوى عدم دستورية نص في قانون أو لائحة لازم للفصل في النزاع، أو قفّت الدعوى وأحالت الأوراق بغير رسوم إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل في المسألة الدستورية.

ب- إذا دفع أحد الخصوم أثناء نظر دعوى أمام إحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة ورأت المحكمة أو الهيئة أن الدفع جدى أجلت نظر الدعوى وحددت لمن أثار الدفع ميعادا لا يجاوز ثلاثة أشهر لرفع الدعوى بذلك أمام المحكمة الدستورية العليا، فإذا لم ترفع الدعوى في الميعان اعتبر الدفع كأن لم يكن».⁽³⁹⁾

ونفس الأمر في قانون المحكمة الدستورية الفلسطينية المعدل في 2017 بنفس النص تقريبا، ماعدا أن النص الفلسطيني أضاف الدفع بعدم دستورية نص في قانون أو مرسوم أو لائحة أو نظام لازم للفصل، وحدد المدة التي تمنح لمن أثار الدفع بأن لا تتجاوز 60 يوما.⁽⁴⁰⁾

وكذلك المحكمة الدستورية الكويتية التي يسمح قانون إنشائها لأي محكمة من محاكم الدولة أن تحيل سواء من تلقاء نفسها أو بناء على دفع من أحد طرفي النزاع، على المحكمة الدستورية للنظر في قانون أو مرسوم بقانون أو لائحة يتوقف عليه مآل النزاع. بل لقد سمح قانون المحكمة الدستورية الكويتية للأفراد الطعن في حكم أي محكمة بعدم جدية النزاع في خلال شهر من ذلك الحكم، أمام لجنة فحص الطعون بالمحكمة الدستورية

التي تفصل فيه على وجه الاستعجال. بل لقد استجاب المشرع الكويتي لنداءات الحقوقيين في إطلاق حق المواطنين في الطعن مباشرة أمام المحكمة الدستورية عن طريق دعوى أصلية لأي شخص طبيعي أو اعتباري بعدم دستورية أي قانون أو مرسوم بقانون أو لائحة إذا ثبت لديه شبهة جدية بمخالفة ذلك لأحكام الدستور وكانت لديه مصلحة شخصية مباشرة في الطعن عليه.⁽⁴¹⁾

6- **التوجه العالمي نحو القضاء في الرقابة على دستورية القوانين:** يكاد يجمع فقهاء القانون الدستوري وفقهاء القانون الدولي على أن الرقابة القضائية بشقيها على أعمال السلطة التنفيذية والرقابة على دستورية القوانين أحد أهم عناصر وضمانات دولة القانون وأحد ضمانات الحقوق والحريات،⁽⁴²⁾ ويؤكد هذا، التوجه العام لدول العالم. فالرقابة عن طريق مجلس دستوري المبتكرة من قبل الدستور الفرنسي لا تطبق سوى من قبل فرنسا في أوروبا كلها بما فيها أوروبا الشرقية التي كانت تنتهج النظام الاشتراكي أو تلك التي انفصلت عن الاتحاد السوفياتي كلها اتبعت نموذج الرقابة القضائية عن طريق محكمة دستورية.

ومن خلال التقارير التي يعدها الخبراء التابعين للجنة الأوروبية لتطبيق الديمقراطية بواسطة القانون فقد تم التأكيد، من خلال الدراسات والتقارير ومناقشات اللجنة مع رؤساء المحاكم الدستورية الأوروبية والمحاكم العليا، على أفضلية اتباع محكمة دستورية للرقابة على دستورية القوانين، وخاصة «إذا رغبت دولة ما، في أن تنشئ، لأول مرة، في نظامها القضائي، مؤسسة للقضاء الدستوري، بمناسبة اعتماد دستور جديد، عند الاقتضاء، أن تسند ممارسة الصلاحيات الدستورية إلى مؤسسة خاصة تكون في مرتبة أعلى من المحاكم العادية».⁽⁴³⁾

ولهذا فإن النموذج الفرنسي للرقابة عن طريق المجلس الدستوري لم يساهم في العدالة الدستورية على المستوى العالمي.⁽⁴⁴⁾ فلم يتبع هذا النموذج خارج فرنسا سوى في بعض الدول المستعمرة سابقا من قبل فرنسا منها الجزائر وتونس والمغرب وموريتانيا ولبنان وبعض الدول الإفريقية كتشاد والموزمبيق والسينغال وجيبوتي وساحل العاج وبوركينا فاسو. وحتى هذه الدول التي انتهجت النموذج الفرنسي بعضها خالفت النموذج الفرنسي

في تشكيل المجلس وفي طبيعة الرقابة مثل الجزائر وبعضها هجرت النموذج والتحتت بالرقابة عن طريق محكمة دستورية كالمغرب وتونس.

وعلى مستوى دول العالم فإن من بين 114 دولة ستشارك في اجتماع في الجزائر في سبتمبر 2020، منها فقط 11 دولة وفرنسا تنتهج مجلسا دستوريا أما الباقي من هذه الدول أي 102 من الدول المشاركة فقط تنتهج محكمة دستورية أو محكمة عليا للرقابة على دستورية القوانين.⁽⁴⁵⁾

الخاتمة:

نظرا للحج والأسانيد التي تم بيانها في الفقرات السابقة كان يفترض الاعتراف للقضاء بدور في الرقابة على دستورية القوانين، وذلك بتمكينه من الإحالة من تلقاء نفسه على المجلس الدستوري كحد أدنى، أو تحويل المجلس الدستوري إلى محكمة دستورية كحد أقصى. ويمكن ابراز أهم النتائج على النحو التالي:

1- أن الدفع بعدم الدستورية في الأصل إجراء قضائي نشأ في الدول التي تنتهج الرقابة القضائية على دستورية القوانين: سواء في الدول التي تنتهج رقابة الامتناع كما في الولايات المتحدة الأمريكية ومن أخذ عنها ذلك، أو في الدول التي تأخذ برقابة الإلغاء كما هو في أوروبا وفي معظم دول العالم. وإذا كان إجراء قضائيا وأريد الأخذ به فالمنطق أن يستبدل المجلس الدستوري ويحول إلى محكمة دستورية بدلا من التلفيق بين الاجراء القضائي والاجراءات السياسية التي يتصف بها المجلس الدستوري الجزائري والمجلس الدستوري الفرنسي.

2- أن المساواة بين السلطات يقتضي منح القضاء دورا في الرقابة على دستورية القوانين والقول بخلاف ذلك يعتبر تمييزا ضد القضاء. فإعطاء السلطة التنفيذية والسلطة التشريعية حق إخطار المجلس الدستوري رغم مساهمتهما المباشرة في وضع القوانين المخالفة للدستور ويحظر على القضاء ذلك، يعد تمييزا خارقا لمبدأ المساواة بينها ولمبدأ الفصل بين السلطات خاصة أن القضاء أكثر تخصصا وأكثر حيادا وأبعد عن الميول والتيارات السياسية.

3- أن تدخل القاضي من تلقاء نفسه بإثارة الدفع بعدم الدستورية لا يتناقض مع مبدأ الحياد، لأن قاضي الموضوع مكلف بتطبيق القانون على الوقائع وهو حامي الحقوق الأول في كل الدول. فإذا تبين له أن القانون المراد تطبيقه ينتهك الحقوق ويتعارض مع الدستور فهل يطبقه رغم اقتناعه أن القانون لا يحقق العدالة لتعارضه مع الدستور؟ أليس من المنطق أن يمنح إمكانية إثارة الدفع بعدم الدستورية ويحيل ذلك على الجهة المختصة؟

4- بما أن المؤسس الدستوري قد حقق المساواة بين السلطات الثلاثة في التمثيل وفي تشكيل المجلس الدستوري كان لا بد أن تتحقق المساواة أيضا بين السلطات في إخطار المجلس. بحيث كان من المفروض، من خلال القانون العضوي رقم 16-18 الذي يحدد شروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية، أن يمنح القضاء سلطة الإحالة التلقائية من قبل القاضي بعدم الدستورية.

5- إن منع القاضي من إحالة الدفع بعدم الدستورية من تلقاء نفسه، يتعارض مع اعتبار القضاء سلطة ومع مبدأ الفصل بين السلطات. ورغم أن هذا المبدأ لم ينص عليه من قبل ونص عليه التعديل الدستوري 2016 صراحة، إلا أن هذا التعديل نص على المبدأ وكرس نقيضه تماما. فقد جعل السلطة القضائية تابعة كلية لرئيس الجمهورية من خلال تعيينه الرئيس الأول للمحكمة العليا ورئيس مجلس الدولة ورئاسة المجلس الأعلى للقضاء والأخطر من ذلك دسترة سلطته في التعيين في باقي الوظائف العليا في القضاء.

6- إن اعتبار القضاء سلطة يقتضي أن يتولى بعض الرقابة وخاصة إذا كان القانون مخالفا للدستور. فإذا كان القضاء لا يستطيع الحكم بإلغاء النص لعدم الدستورية ولا يستطيع الامتناع عن تطبيق القانون المخالف للدستور وهو سلطة، فعلى الأقل أن يعبر عن قناعته أن النص مشوب بعدم الدستورية ويحيله إلى الجهة التي كلفها الدستور بالفصل في عدم الدستورية.

7- تطبيقا للمبدأ الدستوري أن القضاء حام للحقوق والحريات يستلزم تحويل المجلس الدستوري إلى محكمة دستورية أو على الأقل منح القضاء سلطة الإحالة التلقائية بعدم الدستورية، لأن ذلك أكثر تيسيرا لعمل المجلس الدستوري وأقل تكلفة للمجتمع، وأقصر

مدة وأقل جهدا و أسرع إجراء من الدفع عن طريق الأفراد، وما يتطلبه من إجراءات وتكاليف للمحامي وتبادل العرائض والحجج والملاحظات وأطول وقتا وتكلفة، إذا كان الهدف حماية الدستور والحقوق والحريات.

8- وإذا كان الدستور يلزم القضاء بحماية الحقوق والحريات ويلزمه كغيره من المؤسسات الدستورية بالتحقق من مطابقة العمل التشريعي والتنفيذي مع الدستور، فالقضاء ملزم بطبيعة مهمته بتطبيق القانون على الوقائع المعروضة عليه وقد تبين له أن القانون الأدنى مخالف للقانون الأعلى درجة وهو الدستور. أفلا يكون من حقه بل من واجبه أن يبين ذلك؟ أو على الأقل أن يمنح إمكانية إحالة مسألة شبهة عدم الدستورية للنص المراد تطبيقه على الجهة التي حددها الدستور أو على الأقل أن يمنح إمكانية إحالة مسألة شبهة عدم الدستورية للنص المراد تطبيقه على الجهة التي حددها الدستور .

9- الاستفادة من تجارب الدول التي تتشارك مع الجزائر في الجغرافيا والتاريخ والعادات والتقاليد والقوانين، كالجمهورية التونسية والمملكة المغربية واللذان ثبت لديهما عدم نجاح التجربة الفرنسية في الرقابة عن طريق المجلس الدستوري فتم استبداله بمحكمة دستورية.

10- ضرورة مسايرة التوجه العالمي لدور القضاء في الرقابة على دستورية القوانين، من خلال الغالبية الساحقة لدول العالم التي تنتهج محكمة دستورية في الرقابة على دستورية القوانين. إذ لا تطبق الرقابة عن طريق مجلس دستوري إلا في فرنسا وبعض مستعمراتها السابقة.

11- أن عدم الاعتراف في الجزائر للقضاء بدور أكثر من مجرد غريلة الدفع بعدم الدستورية ليس له مبرر سوى مجرد تقليد النظام الفرنسي الذي انتهج الرقابة عن طريق المجلس الدستوري لأسباب خاصة.

الهوامش والمراجع:

(1) وقد قدم مؤخرا مشروع قانون من أجل الثقة في حياتنا الديمقراطية يتضمن إلغاء هذه العضوية من المجلس الدستوري أنظر في ذلك:

Lauréline Fontaine, Alain Supiot, « Pour une vraie réforme du Conseil constitutionnel », *Le Monde, Tribune*, 15 juin 2017, p.20.

(2) الدستور الجزائري الحالي المستفتي عليه بتاريخ 28 نوفمبر 1996 الصادر في الجريدة الرسمية رقم 76 المؤرخة في 8 ديسمبر 1996، والمعدل بـ: القانون رقم 02-03 المؤرخ في 10 أبريل 2002 الجريدة الرسمية رقم 25 المؤرخة في 14 أبريل 2002.

والقانون رقم 08-19 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008 الجريدة الرسمية رقم 63 المؤرخة في 16 نوفمبر 2008.

و القانون رقم 16-01 المؤرخ في 06 مارس 2016 الجريدة الرسمية رقم 14 المؤرخة في 07 مارس 2016.

(3) أ.د./ بومدين محمد، أثر التعديل الدستوري الجزائري 2016 على تفعيل دور المجلس الدستوري في تعديل الدستور وتفسيره، المجلة الأفريقية للدراسات القانونية والسياسية، جامعة أحمد دراية، ادار- الجزائر، المجلد 02، العدد 02، ديسمبر 2018، ص 08-29، ص 13.

(4) Professeur Sophie ROBIN-OLIVIER, Introduction au droit comparé, Année universitaire 2014-2015, Publié par Charlotte Forest, <https://slideplayer.fr/slide/3268960/>

Et Weber Albrecht. Notes sur la justice constitutionnelle comparée : Convergences et divergences. In: Annuaire international de justice constitutionnelle, num. 19, 2003, 2004, pp. 29-41, p. 37; doi : <https://doi.org/10.3406/aijc.2004.1707>,

https://www.persee.fr/doc/aijc_0995-3817_2004_num_19_2003_1707
Fichier PDF généré le 14/06/2018.

(5) Le Conseil constitutionnel français, Guide pratique de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC) <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decisions/la-qpc>.

- (6) - قانون عضوي رقم 18-16 مؤرخ في 22 ذي الحجة عام 1439 الموافق 2 سبتمبر سنة 2018، يحدد شروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية، الجريدة الرسمية العدد 54 الصادر في 5 سبتمبر سنة 2018.
- (7) Loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, JORF n°0287 du 11 décembre 2009.
- (8) Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008, modifiant la constitution française du 04 octobre 1958, JORF n° 171 du 24 juillet 2008.
- (9) François Luchaire, Le Conseil constitutionnel et l'alternance politique, Revue française de Droit constitutionnel, n° 57, 2004, pp. 09-21, p.09.
- (10) «Il est bien connu que le « judicial review » a été inauguré par Chief Justice Marshall dans le fameux cas Marbury v. Madison en 1803 qui se fondait sur la primauté de la Constitution américaine». Weber Albrecht. Notes sur la justice constitutionnelle comparée : Convergences et divergences. In: Annuaire international de justice constitutionnelle, num. 19, 2003, 2004, pp. 29-41, p. 31; doi : <https://doi.org/10.3406/aijc.2004.1707>, https://www.persee.fr/doc/aijc_0995-3817_2004_num_19_2003_1707 Fichier PDF généré le 14/06/2018.
- (11) Weber Albrecht, op cit, p.33.
- (12) Weber Albrecht, op cit, pp.32-34.
- (13) «Régnaît à ce moment le principe de souveraineté du législateur : « Law can do no wrong », la loi ne pouvait mal faire, puisqu'elle avait été adoptée par des représentants élus par le peuple, qui bénéficiaient donc d'une légitimité représentative». Marc BOSSUYT, Riet LEYSEN et Bernadette RENAULD, Séparation des pouvoirs et indépendance des cours constitutionnelles et instances équivalentes, Rapport de la Cour constitutionnelle de Belgique : 2 ème Congrès de la Conférence

mondiale sur la justice constitutionnelle, Rio de Janeiro, 16-18 janvier 2011, p.02.

(14) «Le pouvoir législatif, en particulier, n'est-il pas allé trop loin? En allant au-delà des compétences que la Constitution lui attribue, en méconnaissant les attributions qui reviennent au pouvoir exécutif, en ignorant les droits et libertés que la Constitution reconnaît aux citoyens?» Pr. Francis DELPEREE, L'Exception d'inconstitutionnalité: Notion, approche comparée et bonnes pratiques, la revue du conseil constitutionnel, Numéro 8, 2017, pp.23-38, P.27.

(15) Comme l'a souligné le doyen Vedel « la représentation nationale exprime bien la volonté générale, mais seulement dans les conditions prévues par la Constitution et dans les matières dévolues par celle-ci au législateur. Hors de ces limites la volonté générale ne peut s'exprimer que dans une procédure de révision constitutionnelle qui est précisément agencée pour que, sur des points fondamentaux, l'assentiment démocratique soit indiscutable » cité par Favoreu Louis, La légitimité du juge constitutionnel. In: Revue internationale de droit comparé. Vol. 46 N°2, Avril-juin 1994. pp. 557-581, p. 580.

(16) فبعد 08 سنوات من تطبيق مسألة الأولوية الدستورية تم اخطار المجلس الدستوري الفرنسي 671 مرة ، أصدر المجلس بشأنها 572 قرارا. وهذا يعني أن 572 قانونا أو أحكاما في قوانين كانت مخالفة للدستور وتنتهك حقوق وحرّيات الأفراد.

Hélène Gully, Le bon bilan de la « QPC », en trois points, publié LE 06/03/18 À 17H15

https://www.lesechos.fr/06/03/2018/lesechos.fr/0301382061979_le-bon-bilan-de-la---qpc---en-trois-points.htm

(17) Weber Albrecht, op cit, pp.34-35.

(18) «Et, en ce sens, on ne peut manquer d'être frappé par l'abondance des ordonnances de renvoi des juges ordinaires à la Cour constitutionnelle (voir supra) et du nombre de décisions rendues à propos d'une loi déterminée». Favoreu Louis. La légitimité du juge constitutionnel. In: Revue internationale de

droit comparé. Vol. 46 N°2, Avril-juin 1994. pp. 557-581;p. 560

doi : <https://doi.org/10.3406/ridc.1994.4889>

[https://www.persee.fr/doc/ridc_0035-](https://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_1994_num_46_2_4889)

[3337_1994_num_46_2_4889](https://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_1994_num_46_2_4889)

Fichier pdf généré le 08/04/2018

(19) طبقاً لأحكام الفصل الأول من القانون الدستوري عدد 1/48 المؤرخ في 09 فيفري 1948، المنظمة الدولية للتقرير عن الديمقراطية، الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين في القانون المقارن، المنظمة الدولية للتقرير عن الديمقراطية، مكتب تونس، جمهورية تونس، (دون تاريخ)، ص 09.

(20) المنظمة الدولية للتقرير عن الديمقراطية، المرجع السابق، ص 09.

(21) كارميلا ديكارو بونيلا وفالنتينا ريتا سكوتي، تقييم العمليات الانتقالية الدستورية من منظور العمليات التأسيسية الأوروبية في مرحلة ما بعد الحرب العالمية الثانية، في الكتاب السنوي للمنظمة العربية للقانون الدستوري: 2015-2016، المنظمة العربية للقانون الدستوري، حي البحيرة، تونس - الجمهورية التونسية، 2017، ص 61.

(22) د. جمال بن سالم، حق المواطن في إخطار المجلس الدستوري (النموذج الفرنسي)، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البلديّة 2، العدد 09، 2016، ص 196-218، ص 202-203.

(23) «-Il n'y a effectivement qu'à voir les visages des collègues universitaires, juristes ou même politiques, à l'étranger, lorsqu'ils apprennent la réalité de la composition et du fonctionnement du Conseil constitutionnel pour se dire qu'il se passe vraiment quelque chose de particulier dans le cas français. Beaucoup de questions peuvent à ce sujet être abordées : la non exigence de qualification professionnelle de ses membres tout d'abord, de qui n'est pas demandée une très haute qualification en droit comme il est pourtant requis dans toutes les cours constitutionnelles ou suprêmes à l'étranger». Lauréline Fontaine, Qui a peur d'une juridiction constitutionnelle ?, L.F septembre 2018, article disponible dans le site :

<http://www.ledroitdelafontaine.fr/qui-a-peur-du-conseil-constitutionnel/>

(24) د. أوكيل محمد أمين، عن دور القضاء في تفعيل آلية الدفع بعدم الدستورية في الجزائر: دراسة مقارنة بالنموذج الفرنسي، حوليات جامعة الجزائر 1، العدد 32 الجزء الثاني، جوان 2018، ص 100-125، ص 105.

(25) قانون عضوي رقم 18-16 مؤرخ في 22 ذي الحجة عام 1439 الموافق 2 سبتمبر سنة 2018، يحدد شروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية، الجريدة الرسمية العدد 54 الصادر في 5 سبتمبر سنة 2018.

(26) رأي رقم 03//ر.ق.ع.م.د/18 مؤرخ في 20 ذي القعدة عام 1439 الموافق 2 غشت سنة 2018، يتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي الذي يحدد شروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية، للدستور، الجريدة الرسمية العدد 54 الصادر في 05 سبتمبر سنة 2018، ص 04.

(27) الدكتور زواقري الطاهر وبن بوعبد الله نورة، العدالة الدستورية ضمانا للفصل بين السلطات وتوازنها، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عباس لغرور خنشلة، المجلد 1، العدد 1، 2014، ص 10-28.

(28) Husam Alhaj Embarak, La séparation des pouvoirs dans le monde arabe : étude comparative des expériences du Maroc, de l'Algérie, la Tunisie, la Libye et l'Égypte : "Un principe à l'épreuve du pouvoir exécutif", Thèse de doctorat en Droit public Université Paris Nanterre, soutenue le 27/03/2018, p. 371.

(29) المركز العربي لتطوير حكم القانون والنزاهة، دور القضاء الدستوري في بناء دولة الحق في لبنان، المركز العربي لتطوير حكم القانون والنزاهة، بيروت - لبنان 2017، ص 18.

(30) «Il n'existe aucun contre-pouvoir dans la loi fondamentale du pays. Aussi, la Constitution algérienne n'organise pas la séparation des pouvoirs. Aujourd'hui, tous les pouvoirs constitutionnels sont concentrés chez le président de la République. Du coup, les attributions des hauts cadres censés incarner le contre-pouvoir sont très limitées». Par Farid Abdeladim, FATIHA BENABBOU POINTE LE CARACTÈRE AUTORITAIRE DU RÉGIME ALGÉRIEN : “La Constitution ne consacre ni contre-pouvoir ni séparation des pouvoirs”,

Article publié le 24-12-2018 11:00 : <https://www.liberte-algerie.com/actualite/la-constitution-ne-consacre-ni-contre-pouvoir-ni-separation-des-pouvoirs-306161>

11/04/2019 17 :42

(31) “فالسطة مثل الغاز، إذا تركتها حرة، فسوف تخنق الجميع” عبارة أطلقتها الخبيرة

في القانون الدستوري فتيحة بن عبو لوصف الصلاحيات الخطيرة التي منحتها

التعديلات الدستورية 2016 لرئيس الجمهورية

“Le pouvoir, c'est comme le gaz, si vous le laissez libre, il étouffera tout le monde.” Par Hammadi Souhila, Exacerbation des pouvoirs présidentiels, article publié le 24-12-2018 11:00 : <https://www.liberte-algerie.com/actualite/exacerbation-des-pouvoirs-presidentiels-306162>

11/04/2019 17 :42

(32) لوشن دلال، المخطط الدستوري لأعراض التنمية السياسية لنظام الحكم-النظام

الجزائري- مجلة المفكر، جامعة محمد خيدر بسكرة، المجلد 07، العدد 08، لشهر

نوفمبر 2012، ص 381-405، ص 389، ود. صالح بلحاج، الجزائر: مراجعة

دستور 1996 وحكاية النظام الرئاسي، مجلة الديمقراطية، الأهرام، العدد 39، متوفر

على الانترنت على الرابط التالي:

<http://democracy.ahram.org.eg/News/155/Subscriptions.aspx>

تم الاطلاع عليه بتاريخ 2018/02/24 الساعة 19:04

(33) عقل عقل، العدالة الدستورية والمجتمع التعددي، المجلس الدستوري، المجلد

الرابع، لبنان 2010/09، ص 568 وما بعدها. متاح على الرابط التالي:

http://www.parliament.gov.sy/SD08/msf/1435496333_.pdf

تم الاطلاع عليه بتاريخ 11-04-2019 19:32

(34) Jean de Codt, « L'indépendance fonctionnelle de la justice sera-t-elle mieux garantie par la décentralisation de sa gestion ? », *Pyramides [En ligne]*, 29 | 2017, 37-60.

mis en ligne le 01 février 2019, URL :

<http://journals.openedition.org/pyramides/1230>

consulté le 12 avril 2019.

(35) المنظمة الدولية للتقرير عن الديمقراطية، نتحدث عن المحكمة الدستورية، المنظمة

الدولية للتقرير عن الديمقراطية، مارس 2018، ص 14.

(36) «لم تكن تسمح تركيبة المجلس وطبيعة اختصاصاته الاستشارية ونمط الإحالة

إليه والآثار المترتبة عن آرائه بتصنيفه ضمن الهيئات القضائية الدستورية

باعتبار سيطرة الصبغة السياسية عليه وتبعيته لرئيس الجمهورية». المنظمة

الدولية للتقرير عن الديمقراطية، نتحدث عن المحكمة الدستورية، المنظمة الدولية

للتقرير عن الديمقراطية، مارس 2018، ص 16.

(37) الدستور المغربي 2011 الصادر بالجريدة الرسمية العدد رقم 5964 مكرر بتاريخ

30 يوليو 2011.

(38) الدستور التونسي المصادق عليه من قبل المجلس الوطني التأسيسي في 26

جانفي 2014 والصادر في الرائد الرسمي عدد 10 بتاريخ 04 فيفبر 2014.

(39) قانون رقم 84 لسنة 1979 بإصدار قانون المحكمة الدستورية العليا المنشور

بالعدد 36 من الجريدة الرسمية المصرية الصادر في 06 سبتمبر سنة 1979.

(40) طبقا للمادة 14 منه التي تعدل الفقرة 2 و 03 من المادة 27 من القانون الأصلي

2006: قرار بقانون رقم (19) لسنة 2017م، بشأن تعديل قانون المحكمة الدستورية

العليا رقم (3) لسنة 2006 الصادر بالعدد 137 من الجريدة الرسمية "الوقائع

ال فلسطينية" بتاريخ 25-10-2017.

(41) محمود حمد، الرقابة على التشريعات في العالم العربي: نماذج مختارة ودروس

مستفادة، في: الكتاب السنوي للمنظمة العربية للقانون الدستوري: 2016-201

المنظمة العربية للقانون الدستوري، حي البحيرة، تونس، الجمهورية التونسية، 2017، ص 80.

(42) المنظمة الدولية للتقرير عن الديمقراطية، نتحدث عن المحكمة الدستورية، المنظمة الدولية للتقرير عن الديمقراطية، مارس 2018، ص 10.

(43) هلمت ستوينبرجر، نماذج عن القضاء الدستوري، اللجنة الأوروبية لتطبيق الديمقراطية بواسطة القانون، ص 05، متاح على الرابط التالي:

www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CD

[L...ar](#)

تم الاطلاع عليه بتاريخ 2019/04/12 21:51

(44) - Weber Albrecht. Notes sur la justice constitutionnelle comparée : Convergences et divergences. In: Annuaire international de justice constitutionnelle, num. 19, 2003, 2004, pp. 29-41, p. 37; doi : <https://doi.org/10.3406/aijc.2004.1707>,

[https://www.persee.fr/doc/aijc_0995-](https://www.persee.fr/doc/aijc_0995-3817_2004_num_19_2003_1707)

[3817_2004_num_19_2003_1707](https://www.persee.fr/doc/aijc_0995-3817_2004_num_19_2003_1707)

Fichier PDF généré le 14/06/2018.

(45) يضم هذا الاجتماع المحاكم الدستورية والمجالس الدستورية لدول إفريقيا وآسيا وأوروبا وأمريكا والذي سينعقد في الجزائر العاصمة في شهر سبتمبر 2020 لدراسة موضوع: السلام والعدالة الدستورية، لتفاصيل أكثر ينظر الرابط التالي:

Conférence mondiale sur la Justice constitutionnelle - 114 membres

https://www.venice.coe.int/WebForms/pages/?p=02_WCCJ&lang=

[FR](#)

22/02/2019 11 :18