

آثار الدفع بعدم الدستورية

مسعود شهبوب، أستاذ في القانون
بجامعة قسنطينة ومحامي

ملخص¹

يجل صاحب البحث آثار الدفع بعدم دستورية القوانين على مسار كل من الدعوى الأصلية ونظام رقابة المجلس الدستوري ووظيفته. ويرمى بذلك إلى الوقوف على مدى فعالية هذا الإجراء في تمكين المتقاضى من المشاركة في الرقابة الدستورية وبالتالي في تطهير القانون من الأحكام المخالفة للدستور المنتهكة لحقوقه المكفولة دستورياً.

وقد اعتمد صاحب المقال في ذلك على منهجية تحليل النص الدستوري والقانون العضوي مع الاستدلال بالقانون المقارن بما سمح له من تقديم تحليل أعمق لأحكام التشريع الجزائري.

وحرص، فيما يتعلق بتأثير الدفع على الدعوى القضائية، على تبيان كيف أن الأحكام المكرسة تسمح بالمعالجة السريعة للدفع قصد تفادي استعماله كوسيلة للمماطلة. كما عمل على تبيان كيف تساهم آليات أخرى لتحقيق نفس الهدف: المصفاة المزدوجة المشكلة من قاضي الموضوع وقاضي المحاكم العليا وكذا شروط قبول الدفع الثلاثة.

كما حرص، فيما يخص آثار الدفع على طبيعة نظام الرقابة الدستورية وعلى دور المجلس الدستوري في حماية الحقوق والحريات، على إبراز مبادئ التقاضي التي تنطبق على المجلس الدستوري وهي: احترام مبدأ الوجاهية، الاستعانة بمحام، تسبيب القرار وتبليغه، ليخلص إلى أن المجلس الدستوري أصبح يتمتع باختصاص قضائي دستوري، محصوراً في مجال الحقوق والحريات، خلافاً لبعض التشريعات التي لم تربطه بذلك.

Abstract¹

L'auteur analyse les effets de l'exception d'inconstitutionnalité sur le cours de l'instance judiciaire et sur la fonction et le régime de contrôle du Conseil Constitutionnel, avec pour objectif de vérifier dans quelle mesure cette procédure permet au justiciable de participer effectivement au contrôle de constitutionnalité et ainsi à la purge de la législation des dispositions anticonstitutionnelles portant atteinte à ses droits et libertés.

Pour ce, l'auteur adopte une démarche d'analyse du texte constitutionnel et de la loi organique à la lumière du droit comparé, ce qui lui permettra d'apporter de meilleurs éclairages pour la compréhension de la législation algérienne.

Il s'est attelé, concernant les effets de l'exception sur l'instance judiciaire en cours, à démontrer comment les dispositions légales consacrées permettent d'y raccourcir les délais de traitement de l'exception, afin d'empêcher son usage comme manœuvre dilatoire. Il a œuvré également à démontrer comment d'autres mécanismes concourent à cet objectif: le double filtre que constitue les juges de fond et les juges des juridictions suprêmes, ainsi que les trois conditions de recevabilité de l'exception.

Concernant les effets de l'exception d'inconstitutionnalité sur la nature du contrôle constitutionnel et sur le rôle de protecteur des droits et libertés, l'auteur met en exergue les principes directeurs du procès qui s'appliquent au Conseil Constitutionnel: respect du contradictoire, l'assistance par un avocat, la motivation et la notification de la décision. Il conclut pour dire que le Conseil Constitutionnel jouit de prérogatives de juridiction Constitutionnelle, mais exclusivement en matière de droits et libertés, contrairement à d'autres législations qui les ont étendues à d'autres domaines.

¹ - ملخص معد من طرف المجلة الجزائرية للقانون والعدالة.

المقدمة

إن مبدأ سمو الدستور وقداسته هو الذي أنتج فكرة الرقابة على دستورية القوانين. إن النصوص القانونية تأخذ شكل هرم، يوجد في قمته الدستور بوصفة أعلى وأسمى نص تخضع له باقي النصوص الدنيا (قانون، ولوائح) وهو ما يعرف بفكرة تدرج النصوص القانونية، وبطبيعة الحال فإن الجزاء على مخالفة هذه النصوص الدنيا لأحكام الدستور هو إلغاؤها بسبب عدم مطابقتها للدستور.

إن الجهة المخولة بفحص مدى مطابقة النصوص التشريعية واللوائح لأحكام الدستور هي حسب الأنظمة المقارنة، إما الجهات القضائية أو المجالس الدستورية. فطرق الرقابة على دستورية القوانين تختلف من نظام دستوري إلى آخر، وقد تأخذ شكل رقابة قضائية أو رقابة سياسية.

الرقابة القضائية: هي التي تسند فيها مهمة بحث مدى مطابقة الأحكام التشريعية للدستور إلى القضاء، فتؤسس لها محاكم متخصصة (محاكم دستورية) بعضها يجعل الرقابة الدستورية الممارسة أمامها تتم بناء على دعوى مفتوحة، فلكل فرد ذي مصلحة أن يرفع دعوى يلتزم فيها إلغاء القانون المطعون فيه بعدم الدستورية (سويسرا مثلا) أو بناء على طلب الحكومة الاتحادية أو حكومات الولايات أو بناء على طلب الهيئات السياسية أو بناء على عريضة من محكمة (ألمانيا مثلا).

وبعض الأنظمة تجعل الرقابة القضائية على دستورية القوانين لا تتم عن طريق تسجيل دعوى أصلية يكون موضوعها طلب الحكم بإلغاء القانون لعدم دستوريته، وإنما يتم عن طريق دفع مقدمه الخصوم بمناسبة دعوى منشورة أمام القضاء، يطلب فيها أحد الخصمين تطبيق قانون ما فيدفع الخصم الآخر بعدم دستورية هذا القانون، وفي هذه الحالة لا تلغى المحكمة القانون المدفوع أمامها بعدم دستوريته، وإنما تستبعد تطبيقه على النزاع. وهذا يعني أن القانون لا يسحب من المنظومة التشريعية كما هو الحال في الرقابة عن طريق الدعوى الأصلية، وإنما لا يطبق على النزاع المعروض، ولكنه يبقى ساري المفعول ويطبق على نزاعات أخرى مستقبلية، وبطبيعة الحال فإن المحكمة لا يمكن أن تثير الدفع بعدم الدستورية من تلقاء نفسها، إن النموذج البارز لهذا النوع من الرقابة على الدستورية عن طريق الدفع هو النموذج الأمريكي، وفي النموذج الإيطالي فإن المحاكم والهيئات ذات الاختصاص القضائي بصفة عامة يمكنها أن تثير عدم الدستورية تلقائيا وتحيل الملف إلى المحكمة الدستورية.

أما طريقة الرقابة السياسية على دستورية القوانين، فهي التي تسند إلى لجنة أو مجلس يغلب عليه الطابع السياسي، فالرقابة الدستورية وإن كانت في مضمونها قانونية إلا أنها في مرامها ونتائجها سياسية. إن مثل هذه الهيئة لا بد أن تحتل مركز الصدارة في مؤسسات الدولة وبصفتها هذه لا يمكن إلا أن تكون سياسية.¹

¹ - وهي المبررات التي وردت في دستور السنة الثامنة للثورة في فرنسا

23 جويلية 2008)، وهي رقابة لاحقة بعيدة، وقبلها لم يكن المجلس الدستوري الفرنسي يتمتع بهذه الصلاحية، وكانت صلاحيته منحصرة في الرقابة القبلية.

وفي الجزائر تبني المؤسس الدستوري ذات الإصلاح في التعديل الدستوري لسنة 2016 مع بعض الخصوصيات الجزائرية كما سيأتي شرحه لاحقا.

لقد مر تنظيم وتطور المجلس الدستوري الجزائري منذ 1963 بعدة مراحل توجت بإصلاح 2016. وقد جاء النص عليه في دستور 1963 في مادتين اثنتين فقط: الأولى تنص على تشكيله المجلس² المجلس² والثانية تنص على اختصاص المجلس الدستوري "بالفصل في دستورية القوانين والأوامر التشريعية بطلب من رئيس الجمهورية أو رئيس المجلس الوطني" دون تفصيل (م.64).

وقد تخلى المؤسس الدستوري على نظام المجلس الدستوري في دستور 1976 علما أن دستور 1963 لم يطبق في الواقع العملي إلا أياما معدودة وظل نظريا.

ومنذ دستور 1989 مرورا بالتعديل الدستوري لسنة 1996 وانتهاء بالإصلاح الدستوري لسنة 2016 عاد المؤسس الدستوري إلى تبني نظام المجلس الدستوري مع تغيير تشكيلته واختصاصاته.

لقد أخذ دستور فرنسا لسنة 1958 بالرقابة الدستورية عن طريق هيئة سياسية ممثلة في "المجلس الدستوري" الفرنسي وقبله كانت في دستور 1946 عن طريق لجنة دستورية¹ ويظهر الطابع السياسي للمجلس الدستوري الفرنسي من خلال تشكيلة متكونة من ممثلي السلطة التشريعية وأعضاء معينين من طرف رئيس الجمهورية بما فهم رئيس المجلس وأيضا رؤساء الجمهوريات السابقين، ويمارس المجلس الرقابة القبلية على دستورية القوانين (أي قبل إصدارها)، يتمتع المجلس بصلاحية إلغاء الأحكام التشريعية غير الدستورية الواردة في القانون المصادق عليه من قبل البرلمان.

لقد أحدث الإصلاح الدستوري في فرنسا آلية جديدة إضافية للرقابة على دستورية القوانين، وهي الدفع بعدم الدستورية أمام الجهات القضائية التي بعد دراستها لشروط القبول (وهي شروط شكلية) تحول الدفع إلى محكمة النقض أو مجلس الدولة اللذين بعد دراسة أكثر تعمقا لشروط القبول يقرران إحالة الدفع على المجلس الدستوري، المختص وحده بالفصل في مدى دستورية الحكم التشريعي، وهو ما نصت عليه المادة (61-1) من دستور فرنسا (تعديل

¹ تتألف من رئيس الجمعية الوطنية (مجلس النواب) رئيس مجلس الجمهورية (الشيخ) ومن عشرة أعضاء ينتخبهم المجلسان، وتتمتع بصلاحية إعادة النص التشريعي غير المطابق للدستور إلى الجمعية التشريعية التي تفصل فيه بأغلبية أعضاء المجلسين المجتمعين، وإلا عرض على الاستفتاء الشعبي.

² وهي المادة (63) ونصها الحرفي كما يلي: يتألف المجلس الدستوري من الرئيس الأول للمحكمة العليا، ورئيس الغرفتين المدنية والإدارية في المحكمة العليا وثلاثة نواب نواب يعينهم المجلس الوطني وعضو يعينه رئيس الجمهورية.

ينتخب أعضاء المجلس الدستوري رئيسهم.

لقد تبني المؤسس الدستوري من خلال هذه المادة تشكيلة سياسية قضائية (3 أعضاء من البرلمان وثلاثة من القضاة)، وعضو واحد من السلطة التنفيذية، والرئيس منتخب من طرف الأعضاء مما يضمن استقلالية المجلس عن السلطة التنفيذية.

صدر القانون العضوي المتعلق بتطبيقه يوم 2 سبتمبر 2018 تحت رقم 16/18 ونص في مادته (26) على أن تاريخ سريانه يبدأ من 7 مارس 2019. وبعيدا عن تقييم هذا النظام الذي لن يكون موضوعيا، إلا بعد الشروع في تطبيقه ومرور سنوات على ذلك. بعيدا عن ذلك، فإننا يمكن أن نتساءل عن الآثار التي يرتبها الدفع بعدم الدستورية سواء على مستوى وظائف المجلس الدستوري - لاسيما وظيفته كضامن لسمو الدستور وقداسته أو وظيفته كحامي الحقوق والحريات-؟ أو على مستوى الهيئات القضائية التي يثار الدفع بعدم الدستورية أمامها لا سيما من حيث الآثار المترتبة على مسار الدعوى الأصلية؟

وهل الأحكام والإجراءات المتعلقة بآلية الدفع بعدم الدستورية هي على درجة من الفعالية التي تمكنها من تحقيق الأهداف المرجوة من الإصلاح الدستوري، والمتمثلة أساسا في تمكين المواطنين من المشاركة في الرقابة الدستورية عن طريق الدفع؟ وفي تطهير المنظومة القانونية من النصوص التشريعية المناقضة للدستور؟ وفي ضمان حماية مبدأ قداسة الدستور وهيمنته على المنظومة القانونية؟ وما مدى تأثير آلية الدفع بعدم الدستورية على تعميق وتوسيع الرقابة على الدستورية؟ إن الإجابة على هذه الأسئلة وغيرها هي محور دراستنا هذه، والتي نتناولها حسب الخطة التالية:

فمن حيث التشكيلة أصبحت اليوم تضم عددا متساويا من ممثلي السلطات الثلاث التنفيذية، القضائية والتشريعية، وعددهم أربعة لكل سلطة¹.

وهكذا أصبح المؤسس الدستوري طابع الهيئة المختلطة (سياسية، قضائية، إدارية) على المجلس وهي تشكيلة مختلفة تماما عن تشكيلة المجلس الدستوري الفرنسي، إنها تشكيلة تستجيب للاختصاصات القضائية، التي ستسند للمجلس بموجب الإصلاح الدستوري الصادر في 6 مارس 2016 دون التخلي عن الاختصاصات السابقة (لاسيما الرقابة القبلية على القوانين والتنظيمات والمعاهدات).

ومن حيث الإختصاصات ففضلا عن اختصاصه بالسهر على صحة عمليات الاستفتاء وانتخاب رئيس الجمهورية والانتخابات التشريعية وإعلان النتائج ... يختص "بالنظر في جوهر الطعون التي يتلقاها حول النتائج المؤقتة للانتخابات الرئاسية والانتخابات التشريعية ويعلن النتائج النهائية لكل العمليات المنصوص عليها في الفقرة السابقة" (م.182 من التعديل الدستوري لسنة 2016).

إن هذه الإختصاصات هي التي أسندت للمجلس الدستوري منذ 1989، غير أن الجديد في الإصلاح الدستوري ليوم 6 مارس 2016 الذي أضيف إلى هذه الإختصاصات، هو الإختصاص بنظر الدفع بعدم الدستورية المؤسس بالمادة (188) من الدستور والذي

¹- يعين رئيس الجمهورية ممثل السلطة التنفيذية الأربعة من بينهم الرئيس ونائب الرئيس، وينتخب ممثلي السلطة القضائية بمعدل اثنين للمحكمة العليا واثنين لمجلس الدولة، وينتخب ممثلي السلطة التشريعية أيضا بمعدل اثنين لكل من المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة.

خلافًا للنظام الإيطالي- إنما يعني حماية مبدأ الإختصاص الحصري بمراقبة دستورية القوانين للمجلس الدستوري المعلن عنه في الدستور، وكذلك ضمان حرية الشخص في تنظيمه بنفسه دفعه بعدم الدستورية حسب الإستراتيجية التي يريد إتباعها والنتائج التي يرغب في تحقيقها.

كما أنه خلافًا للنظام الإيطالي الذي يقوم فيه القاضي الذي أثير الدفع أمامه بإصدار أمر الإحالة على المحكمة الدستورية، فإن القاضي الجزائري لا يحيل الدفع مباشرة إلى المجلس الدستوري، وإنما يصدر قرارًا بإرساله إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة حسب الحالة، إن الحكمة من تمرير الدفع بعدم الدستورية وجوبًا على الهيئتين العلويتين هو التأكد من توفر شروط القبول. بغرض فرز وغريلة الدفع لمنع تهاطلها بقوة على المجلس الدستوري، وبالتالي تراكم الملفات من جهة، وتأخر الفصل فيها من جهة أخرى، مما يؤدي إلى إطالة عمر النزاع في الموضوع، ذلك لأن الدفع بعدم الدستورية يفرض وجوبًا تأجيل الفصل في الخصومة الأصلية كقاعدة عامة، مع بعض الاستثناءات.

1- فيما يخص شروط القبول وانعكاساتها على الدعوى الأصلية

يثار الدفع بعدم الدستورية سواء أمام الهيئات القضائية التابعة للقانون العام أو التابعة للقانون الخاص، كما يمكن إثارته لأول مرة أمام الإستئناف أو أمام النقض (م. 2. ف. 2 من القانون رقم 16/18)، واستثناء من ذلك لا يمكن إثارة الدفع أمام محكمة الجنابات الإبتدائية، غير أنه يمكن تقديم الدفع بعدم

أولاً: آثار الدفع بعدم الدستورية على سير الإجراءات وعلى مسار الدعوى الأصلية

ثانياً: آثار الدفع بعدم الدستورية على نظام الرقابة الدستورية (بروز وظيفة المجلس الدستوري كقاضي دستوري)

ثالثاً: آثار الدفع بعدم الدستورية على وظيفة المجلس الدستوري (كحام للحريات والحقوق) خاتمة

أولاً- آثار الدفع بعدم الدستورية على سير الإجراءات وعلى الدعوى الأصلية

الدفع بعدم الدستورية في النظام الجزائري كما في الفرنسي لا يثار تلقائياً من قبل القاضي، بل من قبل أطراف الدعوى، وبعد دراسة شروط القبول من طرف الجهة القضائية سواء كانت عادية أو إدارية التي أثير أمامها الدفع تقوم بإرسال الدفع بموجب قرار مسبب إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة حسب الحالة، ليقوما بدراسة أكثر تعمقاً لشروط القبول وبإحالة الدفع إلى المجلس الدستوري للفصل فيه (م. 2. ف. 1 من القانون العضوي رقم 16/18 الصادر بتاريخ 2 سبتمبر 2018 المتعلق بالدفع بعدم الدستورية).

إن عدم جواز إثارة الدفع بعدم الدستورية تلقائياً من قبل الهيئات القضائية المنشورة أمامها الدعوى الأصلية وفقاً للمادة 4 من القانون رقم 16/18 -

الأصلية والمسببة رفقة مذكرات الأطراف بما تتضمنه من دفوع وطلبات، هذا من جهة.

ومن جهة ثانية تسمح هذه الصيغة بفصل ملف الدفع عن ملف الدعوى الأصلية بما يسمح للهيئة القضائية المثار أمامها الدفع بمواصلة سير التحقيق واتخاذ التدابير المؤقتة والتحفظية اللازمة بالرغم من أن الفصل في الدعوى الأصلية يؤجل إلى غاية الفصل في الدفع من قبل المجلس الدستوري إذا حول له أو صدور قرار المحكمة العليا أو مجلس الدولة في حالة رفض إحالة الدفع إلى المجلس الدستوري (م.10. من القانون العضوي 16/18).

وإذا لم يحترم شرط "المذكرة المنفصلة والمسببة" يكون الجزاء عدم قبول الدفع ورفض إرساله إلى مجلس الدولة أو المحكمة العليا، غير أن الأطراف يستطيعون تصحيح هذا الإجراء من تلقاء أنفسهم كما يجوز للقاضي إثارته من تلقاء نفسه ومنح أجل للخصوم لتصحيحه وفقا لأحكام المادة (62) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تسمح بتصحيح الإجراءات المشوبة بالبطلان. هذا بالنسبة للدفع المقدم أمام الهيئات القضائية الإدارية والمدنية، أما أمام الهيئات القضائية الجزائية فتطبق الإجراءات الجزائية.

الدستورية عند استئناف الحكم الجنائي بموجب مذكرة مكتوبة ترفق مع التصريح بالإستئناف، وإذا أثير الدفع بعدم الدستورية أثناء التحقيق الجزائي تنظر فيه غرفة الإتهام (م.3 من القانون العضوي 16/18)، وبطبيعة الحال تندرج المحاكم العسكرية ضمن "الهيئات القضائية الخاضعة للنظام القضائي العادي"، أما محكمة التنازع فمثلها مثل محكمة الجنايات الإبتدائية فهي مستبعدة من نطاق الدفع أمامها بعدم الدستورية.¹

يقدم الدفع بعدم الدستورية - تحت طائلة عدم القبول- بمذكرة مكتوبة ومنفصلة عن عريضة الدعوى الأصلية ومسببة (م.6 من القانون العضوي رقم 16/18)، وهذا يعني أن الأمر يتعلق بدفع وليس بدعوى، ولذلك يقدم بمذكرة وليس بعريضة، وهو دفع وليس طلبا بدليل أنه يمكن تقديمه لأول مرة أمام الإستئناف، خلافا للقاعدة القائلة بأن "الطلبات الجديدة لا تقبل أمام الإستئناف"، وهو دفع قانوني بدليل أنه يمكن إثارته أمام النقض لأول مرة. إن تبني صيغة "مذكرة منفصلة ومسببة"، أي منظمة وفقا للإجراءات المطبقة أمام الجهة المثار الدفع أمامها، صيغة تسمح بمعالجة الدفع بطريقة سريعة ومنفصلة عن ملف الدعوى الأصلية، وبموجبها لا يكون المجلس الدستوري مرتبطا بالدعوى الأصلية ولا بنظر العريضة الأصلية، فلا تحوّل له رفقة قرار

¹ - في فرنسا نلاحظ نفس الاستثناءات، وفي إيطاليا الأمر مختلف فكل هيئة ذات اختصاصات قضائية يمكن بمناسبة النزاع المعروض عليها إثارة الدفع بعدم الدستورية، إن المفهوم الإيطالي أوسع من المفهوم الفرنسي والجزائري. ومرة أخرى يظهر الأسلوب الإيطالي أكثر انفتاحا.

إن الملاحظات التي يمكن استنباطها من القراءة التحليلية للمواد المنظمة لإيداع الدفع بعدم الدستورية على مستوى الجهات القضائية وإرساله إلى المحكمة العليا

أو مجلس الدولة كثيرة ومهمة ويمكن الإشارة إلى بعضها فيما يلي:

أ- إن عدم قابلية قرار إرسال الدفع بعدم الدستورية لأي طعن يأتي منعا لاستعمال الأطراف الإجراء للمماثلة، لاسيما وأن الطرف الذي لا يرغب في أن يبلغ الدفع بعدم الدستورية مساره ومنتهاه، يملك حق الدفاع وتقديم حججه أمام الهيئات القضائية حول عدم توفر شروط القبول المنصوص عليها في القانون.

ب- الجهة القضائية المثار أمامها الدفع ملزمة بإصدار قرار بالفصل في الدفع فورا إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة، ولفظة فورا الواردة في القانون تعني بدون مهلة *sans délai*، وهذه خاصية تهدف إلى تسريع الإجراءات وتفادي المماثلة، وكان مشروع القانون رقم 1523-2009 في فرنسا يمنح أجل شهرين للجهة القضائية لتحويل الدفع، ولكن الجمعية التشريعية الفرنسية ألغت هذا الأجل وأبقت عليه فقط بالنسبة لمجلس الدولة ومحكمة النقض وحددته بثلاثة أشهر¹، وحسنا فعل المشرع الجزائري أن جعل الفصل على مستوى الهيئات القضائية في

"وإذا لم يحترم شرط "المذكورة المنفصلة والمسببة" يكون الجزء عدم قبول الدفع ورفض إرساله إلى مجلس الدولة أو المحكمة العليا، غير أن الأطراف يستطيعون تصحيح هذا الإجراء من تلقاء أنفسهم كما يجوز للقاضي إثارته من تلقاء نفسه ومنح أجل للخصوم لتصحيحه وفقا لأحكام المادة (62) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية".

لم يحدد المشرع أجلا لتقديم الدفع بعدم الدستورية، المهم أن يقدم قبل اختتام التحقيق، وأمام النقض أثناء تبادل المذكرات. تتأكد الجهة القضائية المثار أمامها الدفع من توفر شروط القبول المنصوص عليها في المادة (8) من القانون العضوي، وهي:

- أن يتوقف على الحكم التشريعي المعارض عليه مأل النزاع أو أن يشكل أساس المتابعة.

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

- أن يتسم الوجه المثار بالجدية.

تفصل الجهة القضائية فورا وبقرار مسبب في إرسال الدفع بعدم الدستورية إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة حسب الحالة بعد استطلاع رأي النيابة العامة أو محافظ الدولة (م.6 من القانون العضوي رقم 16/18)، ويحول قرار إرسال الدفع بعدم الدستورية مع عرائض الأطراف ومذكراتهم إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة خلال عشرة أيام من صدوره، ويبلغ إلى الأطراف، ولا يكون قابلا لأي طعن، كما أنه في حالة الرفض يبلغ القرار إلى الأطراف ولا يكون قابلا للاعتراض عليه إلا بمناسبة الطعن ضد القرار الفاصل في الدعوى الأصلية أو في جزء منها، ويكون بموجب مذكرة مكتوبة منفصلة ومسببة (م.9 من القانون العضوي رقم 16/18).

¹ - Fretti RAYMOND , Quelle place pour la question prioritaire de constitutionnalité? site internet: www.wikiterritorial.cnfpt.fr.

يخضع الدفع بعدم الدستورية في الجزائر كما في فرنسا- وخلافا لإيطاليا- إلى مصفأة مزدوجة: إحداهما على مستوى الهيئات القضائية، والثانية على مستوى مجلس الدولة أو المحكمة العليا، فالهيئات القضائية تمثل المصفأة الأولى من خلال فحصها شروط القبول المذكورة آنفا وقيامها بغيرلة أولية للدفع بعدم الدستورية باستبعادها تلك التي لا تتوفر على الشروط، وتمثل المحكمة العليا ومجلس الدولة

المصفأة الثانية عندما تقوم بدراسة أكثر عمقا لشروط القبول في جلسة يرأسها رئيس كل هيئة قضائية وفي غيابة نائبه، وبعضوية رئيس الغرفة المعنية

"الجهة القضائية المثار أمامها الدفع ملزمة بإصدار قرار بالفصل في الدفع فورا إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة، ولفظة فورا الواردة في القانون تعني بدون مهلة *sans délai*، وهذه خاصية تهدف إلى تسريع الإجراءات وتفادي المماطلة".

وثلاث مستشارين، وفيما يلي عرض سريع لهذه الشروط:

الشرط الأول: أن يكون الحكم المنتقد هو الواجب التطبيق على النزاع أو على الإجراءات التي تشكل المتابعات، وهو شرط ضروري، فمن الضروري وجود علاقة مباشرة محددة بين الدفع بعدم الدستورية المثار والدعوى الأصلية المنشورة أمام الجهة القضائية، أي أن القضايا المجردة والمنفصلة عن الحالات المجسدة، لا يمكن اعتبارها قضايا ضرورية للدفع بعدم الدستورية.

الشرط الثاني: ألا يكون الحكم التشريعي قد كان محل تصريح بالمطابقة مع الدستور سواء في أسبابه أو في

قرار إرسال الدفع يتم "فورا" بدون مهلة، وجعل هذه المهلة على مستوى المحكمة العليا ومجلس الدولة أقل منها في فرنسا عندما حددها بشهرين ذلك أن الأجل الطويلة تؤثر لا محالة على مسار الدعوى الأصلية المؤجلة إلى غاية الفصل في الدفع.

ج- عند إصدار الجهة القضائية "فورا" قرار إرسال الدفع مع المستندات إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة فإنه يقع عليها إرسال الملف خلال عشرة أيام من تاريخ النطق بهذا القرار¹، وهي مهلة قصيرة لا تؤثر كثيرا على مسار الإجراءات بالمماطلة. إن أجل ثلاثة

أشهر الممنوح في فرنسا لمحكمة النقض ومجلس الدولة مرتبط بشرط آخر وهو تحويل الدفع تلقائيا من طرف أمين الضبط إلى المجلس الدستوري في حالة انتهاء هذا الأجل دون صدور قرار محكمة النقض أو مجلس الدولة بشأن الدفع، بينما تضمن القانون العضوي في الجزائر إمكانية تحويل الدفع على المجلس الدستوري تلقائيا بعد انقضاء أجل شهرين الممنوحة للمحكمة العليا ومجلس الدولة، دون إشارة إلى دور أمين الضبط (م.20 من القانون العضوي رقم 16/18)، والقاعدة أن وقت فحص الدفع بعدم الدستورية يجب أن يحسب على التحقيق في القضية وليس إطلتها.

¹ في فرنسا هذا الأجل هو ثمانية أيام.

من خلال تقديرهما الضيق أو الواسع بالقدر الذي يحقق الإصلاح.

إن الأمر وإن كان يتعلق بمصفاة تتم على مستوى قاضي الإحالة، غير أن هذه المصفاة لا تتم على أساس التأكد "من وجود حالة اللادستورية"، لأن ذلك يعني تدخل قاضي الإحالة في الإختصاص

الحصري للمجلس الدستوري بالرقابة الدستورية. إن الأمر بالنسبة لقاضي الإحالة ينحصر في التأكد من جملة من شروط القبول، إنها شروط شكلية لا تتعلق بموضوع الدستورية".

غير أن هذه المصفاة لا تتم على أساس التأكد "من وجود حالة اللادستورية"، لأن ذلك يعني تدخل قاضي الإحالة في الإختصاص الحصري للمجلس الدستوري بالرقابة الدستورية. إن الأمر بالنسبة لقاضي الإحالة ينحصر في التأكد من جملة من شروط القبول، إنها شروط شكلية لا تتعلق بموضوع الدستورية".

إن آلية المصفاة على درجتين le filtre à deux degrés المتمثلة في دراسة شروط القبول الثلاثة، تهدف إلى تفادي الضغط الناتج عن كثرة وتراكم القضايا على المجلس الدستوري من جهة، ومن جهة أخرى الخوف من أن تؤدي كثرة الدفوع إلى تعميم تأجيل الدعاوى الأصلية وتأجيل مسار الخصومات التي قدمت بمناسبة دفوع عدم الدستورية، مما ينعكس سلبا على حسن سير العدالة.

ولهذا فإن المشعر حول الهيئات القضائية هذا الإختصاص فجعل منها مصفاة أو سلطة ضبط autorité de régulation، مهمتها تنظيم تدفق الدفوع وتقدير- ضيقا واتساعا - حجم الدفوع الواجب تحويلها من خلال الشروط الثلاثة الآنفة الذكر.

محتواه من قبل المجلس الدستوري، إلا إذا تغيرت الظروف، يؤكد هذا الشرط فكرة حجية وقوة قرارات المجلس الدستوري المنصوص عليها دستوريا (قرار المجلس نهائية وغير قابلة لأي طعن).

الشرط الثالث: ألا يكون الدفع بعدم الدستورية مفتقرا إلى الطابع الجدي، والهدف من هذا الشرط

هو التخفيف على القاضي الدستوري وعدم إغراقه بقضايا الدفع بعدم الدستورية وذلك بحجز (وعدم تحويل) الدفوع غير الجدية سواء على مستوى الهيئات التي يتم الدفع

أمامها أو على مستوى الهيئات العليا المحول إليها الدفع (المحكمة العليا ومجلس الدولة). وهذه الآلية (المصفاة على درجتين) تشكل كذلك عاملا لمنع عرقلة السير العادي للدعوى الأصلية من خلال الإفراط في استعمال آلية الدفع بعدم الدستورية لتأجيل الدعوى الأصلية في غياب مبررات جدية وأسانيد سديدة، وهو الشرط المعروف في النظام الإيطالي بشرط توفر الطابع غير البيّن لعدم تأسيس الدفع le caractère non manifestement infondé¹.

وبعبارة أخرى إن هذا الشرط يهدف إلى استبعاد القضايا الوهمية أو الهادفة إلى المماطلة، وتعطيل سير الدعوى الأصلية، إن تطبيق هذا المعيار سيكون في صدارة الدور المنوط بمجلس الدولة وبالمحكمة العليا

¹- أنظر في التفاصيل المقارنة بين النظام الإيطالي والفرنسي: Jean jacques PARDINI, op.cit; p.110.et.ss.

وأخيرا إن قرار الجهة القضائية (جهة الإحالة) يجب أن يكون مسببا، ويكون التسبب بالرجوع إلى الشروط الثلاثة السابق عرضها. إن هذه الشروط تهدف إلى تجنب استعمال الإجراءات للمماطلة.

ينص القانون من جهة على أن قرار الإحالة غير قابل لأي طعن، ومن جهة أخرى ينص على أن قرار رفض الإجابة لا يمكن أن يكون محل طعن منفصل عن الطعن في القرار القضائي الفاصل في موضوع الدعوى الأصلية.

إن قرار إحالة الدفع بعدم الدستورية أو رفض إحالته ليس إجراء من إجراءات إدارة العدالة. إن الأمر يتعلق باحتجاج يمس حقوق الأطراف، وعندما يفصل فيه فإن الدفع بعدم الدستورية لا يمكن أن يكون محل فحص من جديد من طرف القاضي عندما يفصل في الدفوع الأخرى في العريضة الأصلية لأنه يكون مفصول فيه وحجية الشئ المقضي فيه للقرار الأول يؤدي وحده بقاضي الإستئناف للنظر فيه من جديد.

ونفس الشئ بالنسبة لقرار مجلس الدولة أو المحكمة العليا المتضمن رفض الإحالة فهو غير قابل للطعن المنفصل وينظر فيه مع الطعن في القرار الفاصل في موضوع النزاع، هذا فضلا عن عدم جواز الطعن المنفصل في قرار الإحالة أو رفض الإحالة بهدف إلى اختصار الإجراءات للحفاظ على حسن سير

إن الدول التي أخذت بنظام مشابه (ألمانيا، النمسا) هجرت الفكرة نظرا للنتائج الهزيلة المحققة، لاسيما وأن هذا الأسلوب يؤدي إلى "حكم مسبق" حول الدستورية، وأن مجلس الدولة ومحكمة النقض في فرنسا كانا بمناسبة ممارسة مهمة "المصفاة" يطرحان نفسيهما كمنافس للمجلس الدستوري، وأما عما إن كانا قد أصبحا سدادا "bouchon" فإن الوقت هو الذي سيوجب عليه حسب ما ذهب إليه الأستاذ Jean Jacques PARDINI¹ الذي أشار إلى أنه بالرجوع إلى اقتراح مشروع القانون العضوي المعدل للقانون العضوي 2009/1523 المسجل لدى مجلس الشيوخ الفرنسي من طرف السيناتور Jean Jacques HYEST تلاحظ حالة غلق le blocage ناتجة عن سلوك محكمة النقض إذ يقترح السيناتور إلغاء المصفاة الثانية على مستوى مجلس الدولة والمحكمة العليا وبذات الوقت يفضل حلا أكثر راديكالية مقترحا مادة جديدة تصاغ كما يلي "إن قرار عدم إخطار المجلس الدستوري يمكن أن يكون محل احتجاج أمام المجلس الدستوري من قبل أي من الأطراف خلال عشرة أيام من تسجيله، ويختم الأستاذ Pardini بالتساؤل التالي: لماذا هذا الميكانيزم (الدفع بعدم الدستورية) يعمل بشكل جيد في إيطاليا - التي لا تأخذ بألية المصفاة- ولا يعمل بشكل جيد في فرنسا؟ إلا إذا اعتبرنا المجلس الدستوري الفرنسي ربما لا يحوز الوسائل الضرورية لمواجهة دعاوى الجديدة، ولكن تبريرا من هذا النوع لا يظهر مقنعا في مواجهة متطلبات الدولة الدستورية.²

¹-Jean Jacques PARDINI ,ibid,p.144.

²-Jean Jacques PARDINI,ibid,p.144

محدد، أو على سبيل الإستعجال، في هذه الحالات لا يؤجل الفصل في الدعوى الأصلية.

وإذا فصلت الجهة القضائية الابتدائية دون انتظار القرار المتعلق بعدم الدستورية، وتم استئناف قرارها ترحى جهة الإستئناف الفصل فيه إلا في الحالات المنصوص عليها في الفقرة السابقة (الفقرة 1 من المادة 11 أعلاه).

وأخيرا إذا تم تقديم طعن بالنقض وكان قضية الموضوع قد فصلوا في القضية دون انتظار قرار المحكمة العليا أو مجلس الدولة أو قرار المجلس الدستوري عند إحالة الدفع إليه، يتم إرجاء الفصل في الطعن بالنقض إلى غاية الفصل في الدفع بعدم الدستورية، غير أنه لا يتم إرجاء الفصل من طرف المحكمة العليا أو مجلس الدولة عندما يكون المعني محروما من الحرية بسبب الدعوى، أو عندما تهدف هذه الأخيرة إلى وضع حد للحرمان أو إذا كان القانون يلزمهما بالفصل في أجل محدد، أو على سبيل الإستعجال.

إن الأمثلة على الدعاوى التي يحدد فيها القانون أجلا للفصل فيها واردة في نصوص متفرقة، فبعض الأحكام التشريعية قد تفرض على قاضي الدرجة الأولى أو قاضي الإستئناف أو قاضي النقض أن يفصل في ميعاد محدد، انه في مثل هذه الحالة يتخلى القاضي عن تأجيل الفصل وفيما يلي بعض الأمثلة في الجزائر وفرنسا:

الدعوى الأصلية التي يؤجل النظر فيها بسبب الدفع بعدم الدستورية، ويخشى أن تطول الإجراءات إذا كان كل إجراء يخضع للطعن، والطعن يجر آجالا وتأجيلات وغيرها، مما يؤدي إلى عرقلة مسار الدعوى الأصلية لمدة أطول.

2- فيما يخص تأجيل النظر في الدعوى الأصلية إلى غاية الفصل في الدفع

تنص المادة (10) من القانون العضوي رقم 16/18 على انه في حالة إرسال الدفع بعدم الدستورية ترحى الجهة القضائية الفصل في النزاع إلى غاية توصلها بقرار المحكمة العليا أو مجلس الدولة أو المجلس الدستوري عند إحالة الدفع إليه، غير أنه لا يترتب على ذلك "وقف سير التحقيق"، ويمكن للجهة القضائية اتخاذ "التدابير المؤقتة أو التحفظية اللازمة".

"غير أنه لا يتم إرجاء الفصل من طرف المحكمة العليا أو مجلس الدولة عندما يكون المعني محروما من الحرية بسبب الدعوى، أو عندما تهدف هذه الأخيرة إلى وضع حد للحرمان أو إذا كان القانون يلزمهما بالفصل في أجل محدد، أو على سبيل الإستعجال".

و تنص المادة (18) بالنسبة للمحكمة العليا ومجلس الدولة على أنه "عند إحالة الدفع على المجلس الدستوري يتعين على المحكمة العليا أو مجلس الدولة

إرجاء الفصل إلى حين البت في الدفع بعدم الدستورية".

غير أن هناك استثناءات على هذه القاعدة ذكرتها المادة (18) والمادة (11) من القانون 16/18 ويتعلق الأمر بالحالة التي يكون فيها شخص محروم من الحرية بسبب الدعوى أو عندما تهدف هذه الأخيرة إلى وضع حد للحرمان من الحرية، أو عندما ينص القانون على وجوب فصل الجهة القضائية في أجل

بالنقض موجهاً ضد قرار الإحالة على محكمة الجنايات، وعندما يكون الطعن ضد قرار غرفة التحقيق في مدة الحبس المؤقت.¹

ثانياً- آثار الدفع بعدم الدستورية على نظام الرقابة الدستورية

(بروز وظيفة المجلس الدستوري كقاضي دستوري)

لقد تأسس الدفع بعدم الدستورية في الجزائر بموجب المادة (188) من التعديل الدستوري ليوم 6 مارس 2016 حيث نصت هذه المادة على أنه "يمكن إخطار المجلس الدستوري بالدفع بعدم الدستورية بناء على إحالة من المحكمة العليا، ومجلس الدولة عندما يدعي أحد الأطراف في المحاكمة أمام جهة قضائية أن الحكم التشريعي الذي يتوقف عليه مآل النزاع ينتهك الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور وأحالت المادة على قانون عضوي يحدد شروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية.²

تتشابه هذه المادة مع المادة (1-61)³ من الدستور الفرنسي إن لم نقل تتطابق معها، وتكاد تكون نقلاً حرفياً لها، ويتشابه كذلك القانون العضوي رقم 16/18 حول تطبيق الدفع بعدم الدستورية مع القانون العضوي الفرنسي رقم 2009/1523.

- بالنسبة للقاضي العادي فإن الإلزام بالفصل في أجل معين محدد بأجل شهرين ابتداء من الحضور الأول عندما يكون المتهم محبوساً احتياطياً وإلا يفرض عنه تلقائياً وفقاً لنص قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي.

- بالنسبة للقاضي الإداري في الجزائر فإن الإلزام بالفصل في ميعاد محدد بميعاد شهرين في قضايا الأحزاب أمام مجلس الدولة (م.76 من القانون العضوي للأحزاب)، وفي قضايا نزع الملكية في أجل شهر واحد على مستوى الدرجة الأولى وشهرين على مستوى الإستئناف أمام مجلس الدولة (م.14 من قانون نزع الملكية) وفي حالات أخرى في ميعاد (48) ساعة عندما يتعلق الأمر بالدعوى الإستعجالية في المواد الإدارية الرامية إلى حماية الحريات الأساسية المنتهكة من قبل الأشخاص المعنوية العامة (م.920 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية) أو خمسة عشرة (15) يوماً في دعاوى الإشكال أو طلبات وقف التنفيذ (م.633 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية).

- بالنسبة لقاضي النقض في فرنسا، فإن الإلزام بالفصل في ميعاد ثلاثة أشهر عندما يكون الطعن

¹ - Marc GUILLAUM, op.cit ; p.19

² - وقد صدر القانون العضوي بتاريخ 02 سبتمبر 2018 تحت رقم 16-18 مرفوقاً برأي المجلس الدستوري (ج.ر. عدد 54 بتاريخ 2018/09/05)، ونص القانون نفسه على أن سريانه يبدأ من 2019/03/07.

³ - Lorsque a l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la constitution garantit, le conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur le renvoi du conseil d'état, ou de la cour suprême qui se prononce dans un délai déterminé. Une loi organique détermine les conditions d'application du présent article.

إلى الهيئات القضائية العليا (مجلس الدولة أو المحكمة العليا حسب الحالة).

- كما تهدف آلية الدفع بعدم الدستورية إلى تنقية النظام القانوني من الأحكام غير الدستورية، لأن المجلس الدستوري إذا لاحظ أن النص محل الدفع فعلا يخالف الأحكام الدستورية حكم بإلغاء النص، أي سحبه من المنظومة التشريعية ويصبح كأنه لم يكن، وهذا هو الفرق بين هذا النظام ونظام الدفع بعدم الدستورية المعروف في النظام الأمريكي.

- كما يهدف نظام الدفع بعدم الدستورية إلى ضمان سمو الدستور وهيمنته على النظام القانوني الداخلي، وضمان حمايته من تعدى المشرع.

مما لا شك فيه أن الدفع بعدم الدستورية هو آلية جديدة من آليات الرقابة على دستورية القوانين، ألا وهي الرقابة عن طريق الدفع. ويفحص المادة (188) من الدستور والقانون العضوي رقم 16/18 المؤرخ في 02 سبتمبر 2016 المتعلق بشروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية يتضح أن الأمر يتعلق بتوسيع صلاحيات المجلس الدستوري في مجال الرقابة على دستورية القوانين، الذي كانت صلاحياته تنحصر في الرقابة الدستورية القبلية لتمتد بموجب هذا الإصلاح الدستوري إلى الرقابة الدستورية البعدية عن طريق الدفع - وليس الدعوى- ليتحول بذلك إلى قاضي دستوري في هذه الجزئية، ويتجلى الطابع القضائي في هذا الإختصاص الجديد للمجلس الدستوري سواء بالنظر للسلطة التي خوله إياها الدستور والقانون العضوي والتي قد تصل إلى حد

المهم إن إصلاح 6 مارس 2016 في الجزائر أسس نظاما للدفع بعدم الدستورية، ومضمونه إقرار الحق لكل شخص يكون طرفا في نزاع مطروح أمام الجهات القضائية سواء التابعة للقانون العام أو التابعة للقانون الخاص بأن يدفع أمامها بعدم دستورية "الحكم التشريعي" الذي يمس "بالحقوق والحريات المضمونة في الدستور"، وإذا كان "مأل النزاع يتوقف على هذا الحكم التشريعي".

وبعد دراسة شروط القبول المحددة في القانون العضوي- وهي شروط شكلية- تحيل الجهة القضائية التي قدم الدفع أمامها إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة حسب الحالة، وهذه الجهات العليا تحيل بدورها الدفع على المجلس الدستوري بعد دراسة أكثر تعمقا لشروط القبول الشكلية.

إن نظام الدفع بعدم الدستورية كما أراده المؤسس الدستوري يهدف إلى:

- تمكين المتقاضين من حق جديد لم يكونوا يتمتعون به من قبل، وهو حقهم في تحريك اجراءات الرقابة على دستورية القوانين عن طريق الدفع، ومن ثمة تمكين الهيئات القضائية من إختصاص جديد من خلال دورها كجهة إحالة للدفع على المجلس الدستوري، المستفيد الأكبر من توسع اختصاصه لأن الفصل في موضوع الدفع بعدم الدستورية يبقى اختصاصا حصريا له، أما الجهات القضائية المثار أمامها الدفع فمهمتها تنحصر في فحص شروط القبول المحددة في القانون العضوي، وهي شروط شكلية إذا توفرت أرسلت الدفع بموجب قرار مسبب

الشعبي الوطني، والوزير الأول، باعتبارهم مخولين أصلا بإخطار المجلس الدستوري بعدم الدستورية في إطار الرقابة القبلية (م.21) من القانون العضوي رقم 16/18. إن الهدف

"إن الإجراءات أمام المجلس الدستوري تضمن الطابع الحضوري (الوجاهي) تماما مثلما هو الحال في المرافعات القضائية، ولهذا الغرض يلزم القانون العضوي رقم 16/18 المجلس الدستوري بإعلام الأطراف المعنية فور إخطاره بالدفع."

إلغاء القانون محل الدفع بعدم دستورية، أو بالنظر إلى الإجراءات المتبعة أمامه أثناء الفصل في الدفع بعدم الدستورية، والتي حدد بعضها القانون العضوي رقم 16/18،

من إعلامهم هو تمكينهم من تقديم ملاحظاتهم حول الدفع بعدم الدستورية.¹

- لقد جاءت الفقرة الثانية من المادة (21) من القانون العضوي واضحة في نصها صراحة على وجوب إعلام رئيس مجلس الأمة ورئيس المجلس الشعبي الوطني والوزير الأول من أجل تمكينهم من تقديم ملاحظاتهم للمجلس الدستوري حول الدفع بعدم الدستورية. غير أن الفقرة الأولى من نفس المادة اكتفت بالنص على وجوب إعلام رئيس الجمهورية بالدفع حول عدم الدستورية دون النص على إمكانية تقديمه ملاحظات.

وترك بعضها للنظام الداخلي للمجلس الدستوري المدعو إلى تعديل ضروري بغية تضمينه الأحكام الإجرائية ذات الطابع القضائي التي تحكم تسيير الملف القضائي المتعلق بالدفع بعدم الدستورية، سواء من حيث حقوق الأطراف أو من حيث إجراءات وقواعد الفصل في الملف.

- إن الإجراءات أمام المجلس الدستوري تضمن الطابع الحضوري (الوجاهي) تماما مثلما هو الحال في المرافعات القضائية، ولهذا الغرض يلزم القانون العضوي رقم 16/18 المتعلق بشروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية يلزم المجلس الدستوري بإعلام الأطراف المعنية فور إخطاره بالدفع، وهذه الأطراف هي: رئيس الجمهورية، بوصفه حامي الدستور، رئيس مجلس الأمة، رئيس المجلس

¹ نص المادة (21): "يعلم المجلس الدستوري فوراً رئيس الجمهورية عند إخطاره طبقاً لأحكام المادة (188) من الدستور. كما يعلم رئيس مجلس الأمة ورئيس المجلس الشعبي الوطني والوزير الأول الذين يمكنهم توجيه تقديم ملاحظاتهم للمجلس الدستوري. حول الدفع بعدم الدستورية". كانت هذه المادة تحمل الرقم (22) في القانون قبل إعادة الترتيب بعد رأي المجلس الدستوري بالمطابقة.

أمام الجهات القضائية، وتمثيل الأطراف بمحام إلزامي كما هو أمام الهيئات القضائية العليا (المحكمة العليا ومجلس الدولة) وإذا كان القانون لم ينص على درجة المحامين المقبولين أمام المجلس الدستوري، فإننا نعتقد أنه من الأصوب القياس على تمثيل الأطراف أمام الهيئات القضائية العليا فنشترط تمثيل الأطراف بمحام مقبول لدى المحكمة ومجلس الدولة، ولم يشترط القانون تمثيل الحكومة (الوزير الأول) ولا رئيسي الغرفتين ولا رئاسة الجمهورية بمحام، لأن هذه السلطات الرسمية تتوفر على الكفاءات الكفيلة بتحرير المذكرات وتقديم الملاحظات دون حاجة إلى محامين، إنه نفس المنطق المتبع في إجراءات التقاضي أمام قضاء الموضوع أين يشترط قانون الإجراءات المدنية والإدارية ضرورة تمثيل الأطراف بمحام لدى المجالس القضائية والمحاكم الإدارية مع استثناءات طفيفة تخص قضايا شؤون الأسرة، والعمالي بالنسبة للعمال، وضرورة تمثيل الأطراف أمام الهيئات القضائية العليا بمحام مقبول

- لقد تحفظ المجلس الدستوري على هذا الإغفال¹ الإغفال¹ حيث جاء في الرأي الدستوري الصادر عنه تحت رقم 18/03 بتاريخ 2 أوت 2018 المتعلق بمطابقة القانون العضوي رقم 16/18 للدستور أن رئيس الجمهورية بصفته حامي الدستور يتمتع من باب أولى بإمكانية تقديمه ملاحظات حول الدفع بعدم الدستورية.²

- تضمنت المادة (21) من القانون العضوي رقم 16/18 للسلطات الدستورية التنفيذية والتشريعية حقهم في تقديم ملاحظاتهم حول الدفع بعدم الدستورية متى رغبوا في ذلك، وعادة ما يقوم رئيسا الغرفتين بإبلاغ أعضاء الغرفتين والمعارضة البرلمانية بذلك، لتمكين الجميع من تقديم ملاحظاتهم عن طريق الرؤساء.

وتضمنت المادة (22.ف.1) من نفس القانون حق الأطراف الأخرى "الممثلين من قبل محامهم وممثل الحكومة من تقديم ملاحظاتهم وجاهيا" للحفاظ على "الوجاهية" مستمر كما هو في المرافعات والإجراءات

¹ - التحفظات التي يبديها المجلس الدستوري هي في عرفه ملزمة، لقد عبر عن ذلك صراحة بخصوص التحفظ الذي أثاره بصدد هذه المادة بقوله "تعد المادة (22) مطابقة للدستور مع مراعاة التحفظ المشار إليه أعلاه".

فيما يلي هذا التحفظ:

"- اعتبارا إلى أن المشرع أدرج في الفقرة الأولى من هذه المادة حكما يقضي بإعلام المجلس الدستوري فورا بمجرد إخطاره بالدفع بعدم الدستورية، دون إقراره إمكانية رئيس الجمهورية إبداء ملاحظات حول الدفع، في حين أقر في الفقرة (2) لرئيس غرفتي البرلمان والوزير الأول إعلامهم بالدفع مع إمكانية تقديم ملاحظاتهم.

- اعتبارا إلى أن المؤسس الدستوري حول رئيس الجمهورية باعتباره حامي الدستور بموجب المواد 84.ف.2، 144 و 145 من الدستور إصدار القوانين بعد مصادقة البرلمان عليها وأقر لرئيس الجمهورية إمكانية طلب إجراء مداولة ثانية في قانون تم التصويت عليه، أنه يمكنه من باب أولى إبداء ملاحظاته حول الدفع بعدم الدستورية...

- اعتبارا بالنتيجة، فإنه لم يكن قصد المشرع إغفال صلاحية رئيس الجمهورية في إمكانية إبداء ملاحظاته حول الدفع بإقراره ذلك صراحة لرئيسي غرفتي البرلمان والوزير الأول في ظل هذا التحفظ، تعد هذه المادة مطابقة للدستور".

² - وهي المادة 165 من الدستور وقد أصبح ترقيمتها في التعديل الدستوري لسنة 2016 (186) والمادة 163، من الدستور وقد أصبح ترقيمتها في التعديل الدستوري لسنة 2016 (182).

أن ينص النظام الداخلي المعدل على مسالة المساعدة القضائية وما إذا كان من اللازم تطبيق نفس نظام المساعدة القضائية المعمول به أمام الهيئات القضائية الفاصلة في الدعوى الأصلية.

وأخيرا فإن القانون العضوي 16/18 أغفل النص على آثار الحكم في الدفع على النص التشريعي محل الدفع. لأن المؤسس الدستوري قد فصل فيه. إذ نصت الفقرة (3) من المادة (191) من الدستور على أنه إذا ارتأى المجلس الدستوري أن نصا تشريعيما غير دستوري على أساس المادة (188) من الدستور فإن هذا النص "يفقد أثره" ابتداء من اليوم الذي يحدده قرار المجلس الدستوري. أي يصبح لاجيا وغير موجود بالمنظومة التشريعية. ولا يطبقه القاضي على النزاع المعروض عليه. ومن البدهة أنه عند ما يرفض المجلس الدستوري الدفع بعدم الدستورية فإن النص يحتفظ بقيمته في المنظومة التشريعية ويطبقه القاضي على النزاع.

يبلغ قرار المجلس الدستوري الفاصل في الدفع إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة لإعلام الجهة القضائية التي أثير أمامها الدفع حسب المادة (24) من القانون العضوي 16/18. وأغفلت المادة النص على وجوب تبليغ الأطراف. والهيئات الدستورية الأربعة التي نص نفس القانون على تبليغهم بالدفع لإبداء ملاحظاتهم (ويتعلق الأمر برئيس الجمهورية، الوزير الأول، رئيسا الغرفتين). وككل قرارات المجلس الدستوري فإن القرار الفاصل في الدفع ينشر في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية (م.25 من القانون العضوي 16/18).

لدى المحكمة العليا ومجلس الدولة. مع إعفاء الدولة والأشخاص المعنوية العامة ذات الصبغة الإدارية من هذا الشرط. وبقاء شرط المحامي اختياري على مستوى المحاكم العادية الابتدائية (م.10م، 815، 826، 904، 558، 538 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية).

- وأخيرا يبلغ قرار المجلس الدستوري إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة لإعلام الجهة القضائية التي أثير أمامها الدفع بعدم الدستورية (م.24 من القانون العضوي رقم 16/18). ولم يحدد القانون أجلا للفصل في الدفع. لأن المؤسس الدستوري سبقه إلى ذلك، فجعل هذا الأجل أربعة أشهر من تاريخ إخطاره ويمكن تمديد هذا الأجل مرة واحدة إلى أربعة أشهر أخرى بموجب قرار مسبب (م.189 من الدستور) ونعتقد أن هذا الأجل طويل نسبيا بالنظر إلى كون الدعوى الأصلية تبقى معلقة طيلة هذا الأجل الذي يمكن أن يصل إلى ثمانية أشهر بفعل التمديد.

- كما لم ينص القانون العضوي رقم 16/18 على وجوب تسبب القرار الصادر عن المجلس الدستوري الفاصل في الدفع بعدم الدستورية. إنه كأى حكم قضائي يجب أن يتضمن بيانات الأطراف وتاريخ الجلسة وملخص الوقائع والدفع ثم مناقشتها والرد عليها. لقد ترك المشرع العضوي هذه التفاصيل للنظام الداخلي أو ما يسمى "بالنظام المتضمن قواعد وإجراءات عمل المجلس الدستوري" الذي ننتظر تعديله لاحقا ليوكب الإختصاص الجديد، كما ننتظر

الدستوري متى توفرت شروط القبول المنصوص عليها قانونا، لأن الدفع بعدم الدستورية هو طريق من طرق الرقابة على دستورية القوانين، وهذه الأخيرة هي اختصاص حصري للمجلس الدستوري بنص المادة (182) التي نصت على أن "المجلس الدستوري هيئة مستقلة تكلف بالسهر على احترام الدستور"، ولذلك نصت المادة (4) من القانون العضوي رقم 16-18 على أنه "لا يمكن أن يثار الدفع بعدم الدستورية تلقائيا من قبل القاضي" لأن في ذلك فحص لمدى دستورية النص التشريعي من قبل جهة غير مختصة.

ويبقى التساؤل مطروحا هنا بالنسبة للنيابة العامة هل يسرى عليها ما يسري على القاضي؟ ليس هناك جواب صريح في المادة (4) المذكورة آنفا، ولا في عرض أسباب القانون أمام لجنة الشؤون القانونية، ومن باب المقارنة، فإن الأعمال التحضيرية للقانون العضوي رقم 2009/1523 في فرنسا ذهبت في اتجاه حق النيابة في إثارة الدفع بعدم الدستورية تلقائيا إذا كانت طرفا رئيسيا في الدعوى ونفس الشئ بالنسبة لمشروع الحكومة.

لقد أكد رئيس محكمة النقض عند الإستماع إليه من طرف لجنة القوانين بالمجلس التشريعي الفرنسي وكذلك مقرر لجنة القوانين السيد Warsmann حق النيابة في إثارة الدفع بعدم الدستورية تلقائيا إذا كانت طرفا

"ويبقى التساؤل مطروحا هنا بالنسبة للنيابة العامة هل يسرى عليها ما يسري على القاضي [...] فرنسا ذهبت في اتجاه حق النيابة في إثارة الدفع بعدم الدستورية تلقائيا إذا كانت طرفا رئيسيا في الدعوى ونفس الشئ بالنسبة لمشروع الحكومة".

- لقد وسع دستور 1989 من صلاحيات المجلس الدستوري وأكد ذلك التعديل الدستوري لسنة 1996 فبعدها كان في دستور 1963 يقتصر دوره على الفصل في "دستورية القوانين والأوامر التشريعية" (م.64)، أصبح في 1996/1989 مختصا بالإضافة إلى الرقابة على دستورية المعاهدات والقوانين والتنظيمات بالنظر في صحة عمليات الاستفتاء، وانتخاب رئيس الجمهورية والانتخابات التشريعية وإعلان نتائجها، والنظر في الطعون الانتخابية الخاصة بهذه العمليات.

وفي سنة 2016 أضيف له اختصاص جديد هو الفصل في الدفع بعدم الدستورية، وبمعنى آخر فإن المجلس الدستوري أصبح وفقا للتعديل الدستوري لسنة 2016 يتمتع باختصاص قضائي دستوري بعدما كان دستور 1989 قد خوله إختصاصا قضائيا إداري بوصفه قاضي انتخابات. لقد توسع اختصاص المجلس الدستوري بفصل المادة (188) من الدستور إلى إختصاص قضائي جديد، إنه القضاء الدستوري.

أن الإصلاح هذه المرة يحصل داخل الوظيفة الرئيسية للمجلس الدستوري وهي وظيفة الرقابة على دستورية القوانين، لقد جعل المؤسس الدستوري والمرشح العضوي هذا الإختصاص حصريا للمجلس، أما دور هيئات القضاء العادي والإداري فيقتصر على تحويل الدفع إلى المجلس

الإختصاص للمجلس الدستوري لنظر الدفع، فالدفع بعدم الدستورية لا يثار لأول مرة ومباشرة أمام المجلس الدستوري، ولا يوجد نص يسمح لهذا الأخير بإثارته تلقائيا. وعلى العكس يمكن إثارة الدفع من قبل أطراف الدعوى الأصلية ولو لأول مرة أمام الإستئناف أو النقض (م.2/2) من القانون العضوي 16/18 وحتى الرقابة القبلية التي يمارسها المجلس الدستوري هي الأخرى لا تتم إلا بناء على إخطار من الجهات الرسمية التنفيذية والبرلمانية ومن المعارضة والنواب في الغرفتين في حدود نصاب معين. إن المجلس الدستوري لا يتمتع بالإخطار الذاتي l'auto-saisine.

وفي فرنسا تساءل الأستاذ² Marc GUILLAUME² الكاتب العام للمجلس الدستوري الفرنسي حول إمكانية فصل المجلس الدستوري في الدفع بعدم الدستورية عند نظره نزاعا انتخابيا، وكان جوابه بالإيجاب، لأن الدستور في رأيه جعل الفصل في دستورية القوانين من الإختصاص الحصري للمجلس الدستوري ولكنه في نفس الوقت رأى أن الوقت مازال لم يحن لنعرف موقف المجلس الدستوري في المسألة.

إن الدفع بعدم دستورية القوانين هو في الجزائر كما في فرنسا دفع له طابع الأولوية بنص القانون حيث نصت المادة 14 من القانون العضوي

رئيسيا في الدعوى¹، وعموما فإن الإجتهد القضائي هو الذي سيزيح الشك حول هذه المسألة. طالما أن المشرع لم يحسمها بنص صريح.

إذا كان المجلس الدستوري هو قاضي الدفع بعدم الدستورية وينعقد له وحده الإختصاص بالتصريح بعدم الدستورية ومن ثمة إلغاء الحكم التشريعي محل الدفع بعدم الدستورية، فهل يجوز للمجلس الدستوري الفصل في عدم دستورية نص تشريعي عند فصله في المنازعات الانتخابية؟ نعتقد انه لا يجوز للمجلس الدستورية الفصل في الدفع بعدم الدستورية في مثل هذه الحالة، لأنه من زاوية الإجراءات الدفع بعدم الدستورية وفقا لقانون 18-16 لا يقدم مباشرة أمام المجلس الدستوري، وإنما يقدم من قبل أحد أطراف الدعوى بمناسبة نزاع قضائي مطروح أمام جهات القضاء الإداري أو العادي (م.2 من القانون العضوي رقم 16/18)، وهذه الجهات القضائية تفصل بقرار مسبب في إرسال الدفع بعدم الدستورية إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة بعد استطلاع رأي النائب العام أو محافظ الدولة حسب الحالة (م.7 من قانون العضوي رقم 16/18)، وتفصل الهيئات القضائية العليا (المحكمة العليا أو مجلس الدولة) حسب الحالة في إحالة الدفع بعدم الدستورية إلى المجلس الدستوري (م.13 من القانون العضوي 16/18)، وعند هذه المرحلة فقط ينعقد

¹ - Rapport de la commission des lois, assemblée, 13^e législature, n° 5923 .juin 2009.

² - Op.cit ; p.20.

الفصل الثاني مكرر من هذا القانون كما يلي: "في القضية الدستورية ذات الأولوية question prioritaire de la de la constitutionnalité, ومعنى ذلك أنه يحق للمتقاضى أن يطلب إلغاء نص تشريعي متناقض مع الدستور وهو الحق الذي لم يكن ممكنا قبل 2008 أنه نوع من الطعن المسبق بالإلغاء كما وصفه الأستاذ Bertrand MATHIEU أمام لجنة القوانين بالجمعية التشريعية الفرنسية.²

إن الدفع بعدم الدستورية هو حق دستوري مقرر لصالح المتقاضى ومن ثمة لا شئ يلزمه بتقديمه فالحق يمكن التنازل عنه، وإذا قدمه فإن القاضي ملزم بالرد عليه على سبيل "الأولوية" قبل أي دفع أو دفاع آخر ويرمزله إختصارا بمصطلح "q.p.c."

لقد نصت المادة (7) من القانون العضوي رقم 16/18 على أن الجهة القضائية المقدم أمامها الدفع، تفصل "فورا" في إرسال الدفع بعدم الدستورية إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة وذلك بموجب قرار مسبب، ولسنا ندري هل سيعتمد الإجتهد الدستوري تفسيرا صارما للفظلة "فورا" ويعتبر إن نية المشرع العضوي انصرفت من خلال إلزام الجهة القضائية بالفصل فورا في إرسال الدفع إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة حال تقديمه أمامها إلى اعتبار الدفع بعدم الدستورية قضية ذات أولوية كما هو الحال في

رقم 16/18 في الجزائر على أنه "عندما يثار الدفع بعدم الدستورية أمام المحكمة العليا أو مجلس الدولة مباشرة يفصلان على سبيل الأولوية في إحالته على المجلس الدستوري ضمن الأجل المنصوص عليه في المادة (13) أعلاه".

ولم تنص المادة 7 من نفس القانون المتعلقة بالفصل في الدفع من قبل الجهات القضائية، ولا المادة (8) المتعلقة بإرسال الدفع إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة على طابع "الأولوية"، فهل قصد المشرع أن طابع "الأولوية" لا يكون إلا عندما يثار الدفع بعدم الدستورية "مباشرة" أمام المحكمة العليا أو مجلس الدولة؟ إن التفسير الحرفي والضيق للمادة (14) من القانون العضوي) يفيد ذلك، اللهم إلا إذا اعتبرنا نص المادة 7 من القانون على أن فصل الجهة القضائية في إرسال الدفع إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة يتم "فورا" يعني أولوية الدفع؟! إننا لانفهم سبب ولا مبرر حصر المادة 14 من القانون العضوي شرط طابع "الأولوية" فقط في الدفع المثار مباشرة أمام المحكمة العليا أو مجلس الدولة!

وفي فرنسا نص على خصوصية "الأولوية" القانون العضوي رقم 2009/1523 المؤرخ في 10 ديسمبر المتعلق بتطبيق المادة (61-1) من الدستور التي أسست الدفع بعدم الدستورية¹، فقد جاء عنوان عنوان

¹- فقد جاء في المادة الأولى من هذا القانون العضوي ما يلي: " يدمج في الفصل الثاني من الباب الثاني من المرسوم رقم 1507 المؤرخ في 10 ديسمبر 2009، المجلس بالقانون العضوي حول المجلس الدستوري الفصل الثاني مكرر ويحذف كما يلي: الفصل الثاني/في القضية الأولية حول الدستورية la question prioritaire de la constitutionnalité.

²- "C'est un recours préalable en abrogation ". cite par Marc GUILLAUME, op.cit ;p.2.

إن سمو الدستور مبدأ ثابت في القانون الدستوري، يؤدي إلى أولوية الدفع بعدم الدستورية أمام الهيئات القضائية على الدفع بعدم مطابقة القوانين مع المعاهدات، إن الدفع بعدم الدستورية لا يهدف إلى الإنتقاص من الرقابة على المطابقة مع المعاهدات، وإنما فقط يضمن أولوية هذا الدفع على الدفع الأخر، ويضمن سمو الدستور، ولا يتناقض مع النص الدستوري القائل بأن المعاهدات المصادق عليها تسمو على القانون.

إن المجلس الدستوري بمقتضى المادة (188) من الدستور هو قاضي دستوري وليس قاضي الإتفاقيات والمعاهدات، إن وظيفته هي مراقبة مدى مطابقة القوانين للدستور، وليس مدى مطابقة القانون للاتفاقيات والمعاهدات، وهي وظيفة تتعلق بالرقابة الدستورية اللاحقة وتختلف عن وظيفته المتعلقة بالرقابة القبلية أين يختص المجلس الدستوري بفحص مدى مطابقة المعاهدات والقوانين والتنظيمات للدستور.

ولعل من أهم الإختصاصات والوظائف الجديدة للمجلس الدستوري التي تنتج عن آلية الدفع بعدم الدستورية هي وظيفة حامي الحريات والحقوق.

ثالثا- أثر الدفع بعدم الدستورية على وظيفة المجلس الدستوري كحامي الحريات والحقوق

إن نص المؤسس الدستوري وكذلك المشرع العضوي على أن الدفع بعدم الدستورية ينصب على

حالة إثارة الدفع مباشرة أمام المحكمة العليا أو مجلس الدولة؟ علينا أن ننتظر موقف الإجتهد القضائي عند تطبيق القانون.

وبما أن الدفع بعدم دستورية القوانين هو حق مقرر للمتقاضي- وليس واجبا مفروضا عليه- فإنه

يتمتع بحرية ممارسته من عدمه. إذا مارس هذا الحق فإنه يحظى بالأولوية، أي بالرد عليه من قبل القاضي قبل الدفوع الأخرى المثارة

أمامه، ولكنه يستطيع ألا يمارس حقه هذا فلا يثير الدفع بعدم دستورية نص تشريعي معين، ويفضل إثارة دفع بعدم مطابقة النص لمعاهدة دولية C'est la question de conventionnalité et non la question de constitutionnalité

إن الرقابة الدستورية اللاحقة تهدف إلى وضع الدستور في قمة هرم النظام القانوني، فليس من المعقول أنه يمكن الدفع أمام القضاة بعدم مطابقة نص تشريعي لمعاهدة دولية ومن ثمة يتم استبعاده بينما لا يمكن إثارة عدم مطابقة النصوص التشريعية مع الدستور أمامهم.

إن إصلاح 2016 أدى إلى تخويل المجلس الدستوري إمكانية إلغاء نص تشريعي غير دستوري بناء على إحالة من المحكمة العليا أو مجلس الدولة، وهو ما يشكل ضمانا للأمن القانوني، وإضافة للرقابة على عدم مطابقة القانون للاتفاقيات والمعاهدات l'inconventionnalité.

وهكذا تستبعد من مفهوم "الحكم التشريعي" الأوامر غير المصادق عليها¹ والقرارات الإدارية والمراسيم التنفيذية والمراسيم الرئاسية. لأنها تصرفات إدارية تخضع للرقابة القضائية عن طريق دعوى تجاوز السلطة أمام القضاء الإداري، ولا تخضع للرقابة الدستورية، فالقضاء الإداري هو صاحب الإختصاص بالرقابة على أعمال السلطة التنفيذية، بينما المجلس الدستوري هو المختص بالرقابة على أعمال السلطة التشريعية. مع ملاحظة أن اللوائح المستقلة جعلها المؤسس الدستوري تخضع للرقابة الدستورية مثلها مثل القانون والمعاهدات الدولية (م.186.ف1) من الدستور.

كما يستبعد من مفهوم القانون، القانون العضوي لأنه يخضع للرقابة الدستورية القبلية بموجب أحكام المادة (186.ف1) من الدستور، وبما أن المادة (08)

"وهكذا تستبعد من مفهوم "الحكم التشريعي" الأوامر غير المصادق عليها والقرارات الإدارية والمراسيم التنفيذية والمراسيم الرئاسية. لأنها تصرفات إدارية تخضع للرقابة القضائية عن طريق دعوى تجاوز السلطة أمام القضاء الإداري".

من القانون العضوي 16/18 تجعل من بين شروط القبول الشكلية لإرسال الملف من الجهة القضائية المثار أمامها الدفع إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة "ألا يكون الحكم التشريعي قد سبق التصريح بمطابقته للدستور من طرف المجلس الدستوري "باستثناء حالة تغير الظروف"، بما أن الأمر كذلك فإن القانون العضوي يكون غير قابل للدفع

الحكم التشريعي الذي ... ينتهك الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور" يعطي الإنطباع بأن الهدف من تأسيس آلية الدفع بعدم الدستور هو حماية "الحقوق والحريات" ومن ثمة تضاف إلى المجلس الدستوري وظيفة جديدة هي وظيفة حماية الحقوق والحريات الأساسية من التعدي والتجاوز المحتمل للمشرع (البرلمان) بسنّه قوانين غير دستورية، إذ بناء على الدفع بعدم الدستورية المثارة من قبل أطراف النزاع يمكن للمجلس الدستوري إلغاء الأحكام التشريعية التي تمس بالحقوق والحريات، فيرغم بذلك المشرع على احترام الحقوق والحريات الفردية والجماعية وعدم المساس بها في كل ما يستنه من

تشريعات، ومن هنا يكتسب صفة ووظيفة حامي الحريات والحقوق، فما هو المقصود بالحكم التشريعي؟ وماهي الحريات والحقوق المضمونة دستوريا والتي إن انتهكها الحكم التشريعي جاز إلغاؤه بناء على الدفع بعدم دستورية؟

المقصود بالحكم التشريعي: هو النص المصادق عليه من قبل البرلمان، أي النص المصوت عليه من قبل غرفتي البرلمان (قانون عادي، أو أمر).

¹ - المادة (188) من الدستور والمادة (2) من القانون العضوي رقم 16/18 المتعلق بتطبيق الدفع بعدم الدستورية.

² - الأوامر غير المصادق عليها من قبل غرفتي البرلمان "تعد لاغية" حسب المادة 142، ف.3 من الدستور.

نفسه يحتوي على "مبادئ عليا" مفروضة على السلطة المخولة بتعديل الدستور فإن المحكمة تقبل مراقبة الدستورية المادية " la constitutionnalité " materielle".⁴

وأخيرا ينبغي أن نشير إلى مسألة اللوائح المستقلة التي تختلف عن اللوائح التنفيذية، حيث أنها لا تصدر تنفيذا لقانون.⁵ إنها تنظم مجالا محفوظا لها ولا يدخل يدخل في مجال التشريع (القانون)، ولذلك يعتبرها الفقه تشريعا بالمعنى الموضوعي ولو أنها بالمعنى الشكلي هي قرارات إدارية كونها تصدر عن السلطة التنفيذية.

إن خصوصية اللوائح التنظيمية هي التي جعلت المؤسس الدستوري يخضعها للرقابة القبلية للمجلس الدستوري إذا ما تم إخطاره بعدم دستوريته من قبل الجهات المختصة؟

نعلم أن اللوائح التنظيمية تصدر عن السلطة التنفيذية (في شكل مراسيم رئاسية صادرة عن رئيس الجمهورية خاصة) ولا تمر على البرلمان ومن ثمة كان إخطار المجلس الدستوري بعدم دستوريته نادرا لعدم العلم بها أصلا من طرف أعضاء البرلمان وهو ما

بعدم دستوريته، لأن مطابقته للدستور تكون قد ثبتت برأي سابق من المجلس الدستوري.¹

ويمكن تطبيق ذات القاعدة حتى على بعض القوانين العادية التي تكون قد خضعت لرقابة المطابقة القبلية مع الدستور، ونقصد بها القوانين العادية التي تكون إحدى الجهات الدستورية المخولة دستوريا أو المعارضة البرلمانية أو 50 نائبا أو 30 سيناتورا قد أخطرت المجلس الدستوري، وفصل برأي في دستوريته في إطار الرقابة الدستورية القبلية.²

ويمكن أن يطرح التساؤل بالنسبة للقوانين الاستثنائية التي يبدو حسب الأعمال التحضيرية للجنة القوانين في فرنسا، أنها تتبع نفس المخرج المخصص للرقابة القبلية.³

وفي إيطاليا لم تتردد المحكمة الدستورية في بسط رقابتها على المداولات الإستثنائية اللاغية للقوانين وخاصة القوانين الدستورية المعروفة باسم قوانين تعديل الدستور وغيرها، فقد أقرت المحكمة الدستورية الإيطالية أنه يجب مراقبة إجراءات المصادقة على القانون، واعتبارا إلى أن الدستور

¹ - القوانين العضوية هي التي تلك القوانين التي تم المصادقة عليها بالأغلبية المطلقة، وتخضع وجوبا لمراقبة المطابقة مع الدستور من طرف المجلس الدستوري وقد عددها المادة (141) من الدستور.

² - لقد حددت المادة (187) من الدستور الجهات الرسمية التي لها حق إخطار المجلس الدستوري حول دستورية القوانين وهي رئيس الجمهورية، رئيس مجلس الأمة، رئيس المجلس الشعبي الوطني، الوزير الأول وكذلك يمكن إخطاره من قبل خمسين (50) نائبا أو ثلاثين (30) سيناتورا. كما نصت المادة (114) من الدستور على حق المعارضة البرلمانية في إخطار المجلس الدستوري طبقا لأحكام المادة 187 من الدستور.

³ - Rapport warsmann, op.cit:p.4445.

⁴ - Cour .cons.sent 26.16 janvier 1987.

⁵ - لقد نص الدستور الجزائري على اللوائح التنظيمية في المادة (143.ف.1) بقوله: "يمارس رئيس الجمهورية السلطة التنظيمية في المسائل غير المخصصة للقانون"، ونص على اللوائح التنفيذية في نفس المادة في الفقرة 2 بقوله: "يندرج تطبيق القوانين في المجال التنظيمي الذي يعود للوزير الأول".

ولو أن الأستاذ Jean jacques PARDINI يرى أن الصيغتين الفرنسية والإيطالية متعادلتين، فالأمر في كليهما يتعلق بتصرفات لها قوة التشريع *des actes à valeur législative*¹.

2- المقصود بالحقوق والحريات المضمونة

دستوريا

الحقوق والحريات المضمونة دستوريا هي تلك الواردة في دستور الجمهورية، لقد أكد الدستور في مادته 157 المبدأ بنصه على أن "السلطة القضائية تحمي المجتمع والحريات، وتضمن للجميع ولكل واحد المحافظة على حقوقهم الأساسية"، وبما أن المجلس الدستوري عند فصله في الدفع بعدم الدستورية، إنما يمارس وظيفة قضائية، فإن هذا النص الدستوري ينطبق عليه مثله مثل الهيئات القضائية الأخرى.

كما أفرد الدستور فصلا كاملا "للحقوق والحريات" وهو الفصل الرابع من الباب الأول يتضمن (41) مادة وهي المواد من (32) إلى (73). لقد أسهبت هذه المواد في عرض مختلف الحقوق والحريات الأساسية الفردية والجماعية، ويتعلق الأمر بالحقوق والحريات السياسية، المدنية، الاقتصادية، الاجتماعية، الثقافية، الفكرية، وحتى الحقوق البيئية، والحريات الأكاديمية، وبالإضافة إلى ذلك وردت جملة من المبادئ العامة في ديباجة الدستور، لقد جاء في نهاية الديباجة النص صراحة على أنها "تشكل جزءا لا يتجزأ من الدستور" من هذه المبادئ:

يثير التساؤل عما إذا كان الدفع بعدم دستوريته باعتبارها تشريعا من الناحية الموضوعية؟ نعتقد أنه علينا انتظار رأي المجلس الدستوري عندما تسنح الفرصة له لتفسير المادة (188) من الدستور حول الرقابة الدستورية عن طريق الدفع.

إننا نعتقد أنه من المفيد والمحبذ لو يتبنى المجلس الدستوري مفهوم واسعا لفكرة "الحكم التشريعي" الذي ينتهك الحقوق والحريات المضمونة دستوريا ويعتبر اللائحة المستقلة في مرتبة التشريع ولها قيمته انسجاما مع وظيفته كحامي الحريات، فلا يعقل أن يكون القانون الصادر عن البرلمان المعبر عن إرادة الأمة التي لا تلونها إرادة موضوعا للدفع بعدم الدستورية وقابلا لإلغائه من طرف المجلس الدستوري عن طريق الدفع لكونه ينتهك الحقوق والحريات، وتستبعد اللائحة المستقلة التي تنتهك الحقوق والحريات من الرقابة الدستورية، وهي التي تصدر عن السلطة التنفيذية.

إن النظام الإيطالي يأخذ بالمفهوم الواسع لشرط "الحكم التشريعي" موضوع القضية الدستورية فحسب المادة (134) من الدستور أن الأمر يتعلق "بالقوانين والتصرفات القانونية التي لها قوة قانون الدولة أو الإقليم *les lois et les actes ayant force de loi de l'état et des régions* وبهذا المفهوم يختلف المشرع الدستوري الإيطالي مع المشرع الدستوري الجزائري والفرنسي اللذين يتبنيان مفهوما ضيقا "للحكم التشريعي" محل القضية الدستورية

¹-Op.cit ; p.114.

عما إذا كان من المفيد إعتبار النصوص الواسطة - التي مرتبتها بين الدستور والقانون- ضمن الكتلة الدستورية مثل المعاهدات المصادق عليها، إذ تجعلها المادة 150 من الدستور تسمو على القانون. وكذلك الأمر بالنسبة لإعلانات الحقوق المصادق عليها؟ علينا أن ننتظر رأي المجلس الدستوري في قادم الأيام.

وفي فرنسا فإن الكتلة الدستورية، تتحدد بالحقوق والحريات المضمونة في الدستور، أي نصوص الدستور، ومقدمته، وإعلانات الحقوق، ومقدمة دستور 1946 والمبادئ الأساسية المقررة في قوانين الجمهورية، وميثاق البيئة.

إن المفهوم الجزائري في مجال الدفع بعدم الدستورية ضيق كما هو النظام الفرنسي الذي استوحى منه إذا ما قارنا مع النظام الإيطالي المؤسس على نظام المحكمة الدستورية وليس على نظام المجلس الدستوري.

فعدم الدستورية في النظام الجزائري محدود "بالأحكام التشريعية التي تنتهك الحقوق والحريات المضمونة دستوريا، مما يجعل المجلس الدستوري هنا بمثابة قاضي الحريات وحامي الحريات والحقوق فقط، فهو لا ينطق هنا بإلغاء النص التشريعي المدفوع بعدم دستوريته إلا إذا كان يمس بالحقوق والحريات المضمونة دستوريا وكانت آلية الدفع بعدم الدستورية أسست من أجل حماية الحقوق

الجزائر دولة الحريات الأساسية الفردية والجماعية

الدولة الديمقراطية القائمة على المؤسسات المنتخبة والتعددية الحزبية

الدولة الشعبية القائمة على مشاركة الشعب في تسيير شؤونه

حرية المبادرة الإقتصادية والإقتصاد التنافسي والدور التنظيمي للدولة

العدالة الإجتماعية

سمو الدستور

سيادة القانون ودولة الحق والقانون

مبدأ المشروعية وسمو الدستور

الرقابة على السلطات العمومية

مبدأ الفصل بين السلطات

قيم التضامن والعدالة والجمهورية

حماية البيئة

التداول على السلطة

هذه المبادئ وغيرها الواردة في الديباجة هي مبادئ دستورية، وهي جميعها تشكل حقوقا وحريات أساسية، واجبة الإحترام تماما مثلها مثل المبادئ المعلنة في متن الدستور، إن الكتلة الدستورية التي يبحث المجلس الدستوري في مدى مطابقتها "الحكم التشريعي" لها هي: الدستور، وديباجته، ويثور التساؤل

التي تثار تلقائيا أو من قبل الأطراف بمناسبة نزاع قضائي ... تحال قضية الدستورية مباشرة إلى المحكمة الدستورية للفصل فيها".

إن المادة (61-1) من الدستور الفرنسي، والتي استوحى منها المؤسس الدستوري المادة (188) من الدستور حول الدفع بعدم الدستورية لا يمكن إلا أن تجعل من المجلس الدستوري في فرنسا كما في الجزائر- "حامي الإجراءات التشريعية و احترام قواعد توزيع الإختصاص التشريعي والتنظيمي على السواء".²

أما في إيطاليا فإن عدم الدستورية توسعت ويمكن أن تخص ثلاث مجموعات من الأحكام التشريعية التي يؤدي عدم احترامها إلى عدم دستورية الأحكام التشريعية وهي:

- 1- تلك الأحكام المتعلقة بفرض أو منع موضوع معين.
- 2- تلك الأحكام المتعلقة بإجراءات محددة لإعداد القواعد المعيارية
- 3- تلك الأحكام التي توزع الإختصاص التشريعي بين مختلف السلطات، فعكس النظام الفرنسي أن الدفع بعدم الدستورية في إيطاليا يفترض فيه أن يكون مقبولا عندما توجد عيوب المشروعية الداخلية بتعبير القانون الإداري.³

والحريات لا غير، بينما الدفع بعدم الدستورية في النظام الإيطالي غير محدد وغير مرتبط بانتهك الحقوق والحريات ولا محصورا فيها فقط، فعدم الدستورية يمكن إثارتها تلقائيا بناء على دفع أحد الأطراف بصدد قانون أو نص له قوة قانون الجمهورية بغض النظر عما إذا كان يمس بالحريات والحقوق أم لا، حيث يقوم القاضي الذي قدم الدفع أمامه -أو الذي أثاره تلقائيا- بإحالة المسألة على المحكمة الدستورية للفصل في عدم الدستورية، كما يستطيع القاضي إثارة الدفع تلقائيا، وأخيرا فإن الدفع بعدم الدستورية يمكن أن يثار في إيطاليا سواء أمام الهيئات القضائية أو أمام الهيئات التي لها إختصاص قضائي.¹

في إيطاليا وسع المؤسس الدستوري من حقل الدستور أو القوانين الدستورية التي يتم خرقها "من أجل تحديد عدم الدستورية، فالصيغة عامة جداً ولا تتضمن أي تحديد، ففي الوقت الذي تتحدث فيه المادة 188 من الدستور الجزائري والمادة (61ف1) من الدستور الفرنسي على "الحكم التشريعي الذي ينتهك الحقوق والحريات المضمونة دستوريا " كأساس للدفع بعدم الدستورية، تتحدث المادة (134) من الدستور الإيطالي عن "القانون أو التصرف الذي له قوة قانون الجمهورية " كأساس لعدم الدستورية

¹- "Article 134 de la constitution italienne: la constitutionnalité d' une loi ou d' un acte ayant force de la loi de la république relève d'office ou soulevée par l'un des parties au cours d'un procès et non considérée par le juge comme manifestation infondée est renvoyée a la cour constitutionnelle qu'elle puisse la trancher".

²- Rapport du comité de réflexion sur la modernisation des institutions de la république française...la documentation française française .2007.p.8j.

³-Jean jacques PARDINI, op.cit.p.118.

التشريعية السلطة التنفيذية في إصدار قوانين وهو التفويض الذي نصت عليه المادة (76) من الدستور، إن قانون التفويض هنا يشكل حكما قاعدة معيارية وسطية لها قوة القانون فيما تحده من مبادئ ومعايير توجيهية وحدود الزمن والموضوعات التي يفرضها الدستور بحيث يكون خرق المرسوم التشريعي لقانون التفويض بمثابة خرق للمادة 76 من الدستور.¹

كما أن النظام الإيطالي يظهر أكثر اتساعا من النظام الفرنسي وشبهه الجزائري من زاوية القواعد المعيارية المرجعية المثارة، إذ يعتمد النظام الإيطالي في دراسة المسألة الدستورية على القواعد المعيارية الوسطية التي هي في مرتبة بين الدستور والقانون العادي، ومثالها: المراسيم التشريعية بقوة القانون "التي تصدر بناء على قانون تفويض السلطة

¹-Jean jacques PARDINI ,ibid.p.120.

الإصلاح الدستوري، إذا كان التساؤل مشروعاً، فإن الجواب عليه يبقى معلقاً على معاينة نتائج تطبيق القانون خلال السنوات القادمة، وحينها نستطيع أن نرصد الإيجابيات التي تحققت والسلبيات والنقائص التي يفرزها التطبيق العملي والتي تتطلب الإصلاح كما هو الحال في أي قانون.

وقد حاول القانون العضوي رقم 16/18 المتعلق بتطبيق الدفع بعدم الدستورية من خلال الإجراءات والشروط التي ضمنها، تحقيق جملة من الأهداف في مقدمتها تحقيق شروط المحاكمة العادلة وتمكين جميع الأطراف من ممارسة حقوقها كاملة وفق إجراءات قضائية ذات طابع وجاهي حضوري، كما حاول من خلال تقصير الأجل أحياناً وعدم السماح بالطعن المنفصل في بعض القرارات منع استعمال إجراءات الدفع بعدم الدستورية كوسيلة للمماطلة ولعرقلة مسار الدعوى الأصلية المؤجلة حكماً إلى غاية الفصل في الدفع بعدم الدستورية.

لقد أسس الدستور بموجب إصلاح 2016 آلية للرقابة الدستورية البعدية عن طريق الدفع، وهي آلية تدعم الرقابة الدستورية القبلية للمجلس الدستوري من جهة. ومن جهة أخرى جعلت المجلس الدستوري بحق قاضي الحريات وحامي الحقوق، وكذلك قاضي دستوري.

إن آلية الدفع بعدم الدستورية أدت إلى بروز وظيفة جديدة للمجلس الدستوري وهي وظيفته كقاضي دستوري، ويعد ذلك بداية تحول المجلس نحو القضاء الدستوري، وكان قبلها قد مارس وظيفة قاضي انتخابات وهي مزيج من القضاء الإداري والقضاء الدستوري، مما يعني أننا نشهد تحولاً تدريجياً (محتشماً) في طبيعة ووظائف المجلس الدستوري من هيئة سياسية أساساً إلى هيئة للقضاء الدستوري، إننا نقول ذلك مع شيء من التحفظ.

وإذا كان التساؤل عما إذا كان المشرع قد نجح في وضع آلية فعالة تستجيب للأهداف المرجوة من هذا

المراجع

- باللغة العربية:**
- 1- الكتب
- فؤاد شباط، الحقوق الدستورية، دمشق 1953.
- سعد عصفور، القانون الدستوري، القسم الأول، الإستكندرية، 1954.
- عثمان خليل، وسليمان محمد الطماوي، موجز القانون الدستوري، القاهرة 1952.
- عبد الحميد متولي، القانون الدستوري والأنظمة السياسية، القاهرة 1966.
- محمد كامل ليلة، القانون الدستوري، القاهرة 1961.
- 2- المقالات والأبحاث
- عليان بوزيان- آلية الدفع بعدم الدستورية، مجلة المجلس الدستوري، ع.2. 2013.
- مسعود شهبوب، المجلس الدستوري - التشكيك والإختصاصات - مجلة النائب، ع.4. 2004
- مسعود شهبوب، المجلس الدستوري، قاضي انتخابات، مجلة المجلس الدستوري ع.1. 2013
- مسعود شهبوب، القوانين المؤطرة للنشاط السياسي (قانون الإنتخابات وقانون الأحزاب/ مثالا). مجلة المجلس الدستوري، ع.2. 2013.
- باللغة الفرنسية:**
- 1- Ouvrages
- Ardant (Philippe), institutions politiques, et droit constitutionnel, 8^e ed. L.G.D.J. delta, paris (1995- 1997).
- Duverger (Maurice) institutions politiques .p.u.f. paris 1970.
- Debbasch (Charles), institutions et droit administratifs. P.u.f .paris 1985.
- 2- Articles et rapports
- Debré (Jean Louis), la question prioritaire de constitutionnalité, revue du conseil constitutionnel algérien, n° 2.2013.
- Fretti (Raymond), quelle place pour la question prioritaire de constitutionnalité? www.wikiterritorial .cnfpt.fr.
- Jean Jacques Pardini, question prioritaire de constitutionnalité et question incidente de constitutionnalité italienne. Aborigène Fidellis.
- Marc (Guillaume), la question prioritaire de constitutionnalité, in justice et cassation, revue annuelle des avocats, 2010.
- Mahiou Ahmed, la saisine du conseil constitutionnel par les parlementaires, l'expérience française, revue du conseil constitutionnel algérien, n°.2.2013.