# تأثير الدفع بعدم الدستورية على سير الدعوى الأصلية: قراءة في أحكام القانون العضوي رقم16/18

# The effect of the unconstitutionality exception on the conduct of the original case: read in the provisions of organic Law No. 18/16


| تاريخ الارسال: 2019/09/01 | تاريخ القبول: 2020/01/31 | تاريخ النشر: 2020/06/30 |
|---|---|---|



***د. ذوادي عادل**
**جامعة محمد لمين دباغين - سطيف 2**
**adeldouadi@yahoo.com**



**ملخص :**

استحدث المؤسس الدستوري الجزائري، بموجب تعديل سنة 2016، الدفع بعدم الدستورية كآلية تسمح لذوي المصلحة أنفسهم بالدفاع على حقوقهم وحرياتهم التي يضمنها لهم الدستور ضد الأحكام التشريعية التي قد تنتهكها؛ فالدفع بعدم الدستورية وعلى خلاف الدعوى الدستورية الأصلية، يعتبر من وسائل الدفاع المهمة التي يريد من خلالها أحد أطراف الدعوى الأصلية – أيا كانت طبيعتها مدنية، إدارية، جزائية... الخ - اتقاء الحكم عليه بناء على نص تشريعي يرى فيه بأنه ينتهك الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور.

ولأن إثارة الدفع بعدم الدستورية، بعد أن دخل رسميا حيز النفاذ بتاريخ 07 مارس 2019، تعتبر في الفقه الإجرائي من المسائل العارضة التي يتعين على قاضي الموضوع نظرها وإبداء موقفه منها، فإن ذلك من دون شك سيكون له تأثير من الناحية القانونية على سير الدعوى الأصلية.



**الكلمات المفتاحية:** الدفع بعدم الدستورية؛ المجلس الدستوري؛ المحكمة العليا؛ مجلس الدولة؛ إرجاء الفصل.



***المؤلف المرسل :** ذوادي عادل

**Abstract:**

Under the 2016 amendment, the exception to unconstitutionality was adopted for the first time in Algeria as a mechanism allowing stakeholders to defend themselves from the rights and freedoms guaranteed to them by the Constitution against legislative provisions that could violate them; The exception to unconstitutionality, unlike the original constitutional case, is A defensive means to avoid judging a person on the basis of a legislative provision contrary to the Constitution.

and because the exception to unconstitutionality has officially become enforceable after March 07, 2019, its movement is an incidental issue that undoubtedly has an impact on the actions of the original case.

**Key words:** the exception to unconstitutionality, Constitutional Council, Supreme Court, State Council, deferral of sentence.

**مقدمة:**

تشترك جميع الدول التي تبنت الرقابة الدستورية كآلية مهمة لضمان احترام سمو الدستور ضد الاعتداءات التي قد تطال نصوصه في أن الهيئة المكلفة بهذه الرقابة لا يمكنها تحريكها من تلقاء نفسها؛ إذ لابد عليها أن تمتنع عن رقابة دستورية أي نص يدخل في اختصاصها إلى أن تبادر إحدى الجهات المخول لها دستورا بإخطارها بذلك[1].

والمجلس الدستوري الجزائري في ظل هذا الضابط الإجرائي الذي كان مخولا ممارسته لعدد قليل جدا من الجهات، وهم كل من[2]: رئيس الجمهورية، رئيس مجلس الأمة، ورئيس المجلس الشعبي الوطني، فقد الكثير من فعاليته[3] التي كان يعول عليها كثيرا عند تنصيبه لأول مرة حتى يسهم في تجسيد دولة الحق والقانون، وذلك من خلال توفير حماية أكيدة للحقوق والحريات ضد الانتهاكات التي قد تتعرض لها في التطبيق؛ بحيث ورغم تمتع المجلس الدستوري الجزائري بحق رقابة دستورية القوانين قبل وبعد صدورها في الجريدة الرسمية للدولة، على نقيض نظيره الفرنسي الذي كان له حق رقابتها قبل صدورها فقط، إلا أنه (أي المجلس الدستوري الجزائري) لم يستطع أن يبسط رقابته على كثير من أحكام القوانين العادية والتنظيمات بسبب أنه لم يكن واجبا من الناحية

الدستورية، كما في القوانين العضوية، عرضها على رقابة المجلس الدستوري السابقة للتأكد من عدم مخالفتها للدستور قبل إصدارها في الجريدة الرسمية.

وأمام هذا الوضع الذي كانت تعرفه الرقابة الدستورية اللاحقة (البعدية) في الجزائر، فإن المؤسس الدستوري الجزائري وبموجب التعديل الدستوري الأخير لسنة 2016 قد عمل على إيجاد حلول لعلها تمكن المجلس الدستوري الجزائري من تجاوز إحجام الجهات الرسمية المخولة بإخطاره عن القيام بذلك بشأن القوانين العادية والتنظيمات، وهذا رغم أنه قد عمد إلى التوسيع فيها من خلال مد حق الإخطار إلى كل من الوزير الأول، إلى خمسين (50) نائبا في المجلس الشعبي الوطني و/أو ثلاثين (30) عضوا في مجلس الأمة[4].

حيث تبنى المؤسس الدستوري الجزائري، ولأول مرة في تاريخ النظام الدستوري الجزائري، الدفع بعدم الدستورية كآلية تسمح للأشخاص العاديين تحريك – في ظل شروط محددة – رقابة المجلس الدستوري اللاحقة (البعدية) ضد الأحكام التشريعية التي يرون بأنها تنتهك الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور، ولكن ذلك يجب أن يتم حصرا أمام جهة قضائية بمناسبة نظرها في دعوى (أو طعن) رفعت إليها للنظر والبت فيها طبقا لقانون معين، غير أن هذا الأخير يدفع من أحد الأطراف بعدم دستوريته بحجة أن أحكامه التي يتوقف عليها مآل النزاع تنتهك الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور[5].

ولأن هذا الدفع من الأهمية بمكان، فإنه يجب على الجهات القضائية التي يثار أمامها إعطائه الأولوية اللازمة، وذلك من خلال وجوب الفصل فورا في مسألة إرساله، بحسب الحالة، إما إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة من عدمه، وذلك بناء على ما إذا استوفى الدفع المثار الشروط الواجب استيفاؤها قانونا أو لا.

ومن خلال هذه الورقة البحثية، سنحاول أن نتطرق لإشكالية مفادها: **ما مدى تأثير وجود دفع بعدم الدستورية على سلطة الجهة القضائية في السير بالدعوى الأصلية إلى غاية الفصل فيها، وهذا طبقا لما نص عليه القانون العضوي رقم 16/18 من أحكام؟**

وتندرج تحت هذه الإشكالية مجموعة من التساؤلات الفرعية، وهي:

- باعتبار أن الدفع بعدم الدستورية يعد من قبيل المسائل العارضة التي لا يتصور وقوعها في جميع المنازعات والقضايا المعروضة على القضاء، والتي تعد بلا خلاف من المسائل الخارجة عن موضوع الدعوى الأصلية – أيا كان سواء مدنيا أو جزائيا أو إداريا – فإن ذلك يطرح التساؤل حول طبيعة (تكييف) الدفع بعدم الدستورية في التشريع الجزائري، وهل من تأثير لها مبدئيا على سير الدعوى الأصلية؟

- كيف يؤدي، من الناحية القانونية، إثارة الدفع بعدم الدستورية أمام جهة قضائية إلى وجوب إيقافها السير في الدعوى الأصلية؟

- ما مدى ضرورة إرجاء الفصل في الدعوى الأصلية في حالة ما إذا قررت الجهة القضائية المثار أمامها الدفع بعدم الدستورية إرساله – بحسب الحالة – إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة؟

وقصد التمكن من الإجابة على هذه الإشكالية المطروحة، فقد ارتأينا بأن نعتمد في ذلك على المنهج التحليلي الذي يتيح للباحث التوقف عند النصوص الدستورية والقانونية التي لها صلة بالموضوع بغرض فهم وإبراز ما جاء فيها من أحكام وقواعد تخص المسألة محل البحث، لنعمد في ضوء ذلك إلى اعتماد خطة تتكون من مبحثين، بحيث نتناول في الأول أثر الطبيعة العارضة للدفع بعدم الدستورية على سير الدعوى الأصلية، بينما نتناول في الثاني الآثار القانونية للدفع بعدم الدستورية على سير الدعوى الأصلية.

## المبحث الأول : أثر الطبيعة العارضة للدفع بعدم الدستورية على سير الدعوى الأصلية

الأصل في الخصومة القضائية هو أنها تستمر منذ انعقادها قانونا إلى غاية الفصل فيها بموجب حكم قضائي، إلا أنه قد تعترض الجهة القضائية المرفوعة أمامها الدعوى مسائل لها من الأهمية والتأثير ما يوجب البت فيها قبل الفصل في موضوع الدعوى الأصلية، بحيث لا يستقيم القضاء في هذه الأخيرة إلا بعد النظر فيما اعترض من مسائل قانونية والفصل فيها.

ولما كان الدفع بعدم الدستورية بلا شك من المسائل العارضة، لأنه لا يمكن تصور حدوثه في جميع القضايا المنظورة أمام الجهات القضائية، سواء العادية منها أو الإدارية، فإن ذلك يدعو للتساؤل حول أثر هذه الطبيعة العارضة للدفع بعدم الدستورية على سير الدعوى الأصلية؟

ولكن قبل الإجابة على هذا التساؤل، فإنه لابد من التطرق أولا إلى مفهوم المسائل العارضة. وعليه فقد تم تقسيم هذا المبحث الأول إلى مطلبين: تناول الأول منهما مفهوم المسائل العارضة، بينما تطرق المطلب الثاني إلى تكييف الدفع بعدم الدستورية، وذلك بغية التوصل إلى تحديد ما هو التكييف الذي يجعل الدفع بعدم الدستورية يؤثر على سير الدعوى الأصلية.

### المطلب الأول : مفهوم المسائل العارضة

يعتبر الحق في الدفاع من الحقوق الدستورية التي كفلها وكرسها المؤسس الدستوري الجزائري بشكل صريح لصالح الأشخاص بموجب الفقرة الأولى من المادة 169 من الدستور. وكما هو معروف فإن تمتع المتقاضين بهذا الحق يتم عادة بواسطة وسيلتين إجرائيتين، وهما الطلبات والدفوع، وهذه الأخيرة هي الوسيلة التي يمكن من خلالها للخصم الرد على طلبات خصمه لأجل دحضها واستبعاد الحكم له بها، فهو بإعمالها يقي نفسه ويحمي مصالحه بما له من أسانيد وحجج قد تؤيد مركزه القانوني وتقويه في الدعوى.

والدفوع التي يمكن إبداؤها والتمسك بها تتعدد وتتنوع بحسب كل دعوى على حدى، غير أن الذي يهمنا في هذا المقام هي تلك الدفوع التي يثير بموجبها أصحابها مسائل عارضة، والتي تتخذ صورتين لا ثالثة لهما، فأما الصورة الأولى فهي أن تكون المسائل العارضة عبارة عن مسألة أولية. بينما الصورة الثانية فتتمثل في كون المسألة العارضة عبارة عن مسألة فرعية.

ولأن مفهوم المسائل العارضة لا يمكن أن يتضح إلا بالتطرق إلى كل من المسائل الأولية والمسائل الفرعية، فقد ارتأينا تقسيم هذا المطلب إلى فرعين لنتطرق لهما فيهما على التوالي.

**الفرع الأول: المسائل الأولية**

تجد المسائل الأولية أساسها القانوني في التشريع الجزائري في نص المادة 330 من قانون الإجراءات الجزائية الذي جاء فيه وأنه:( **تختص المحكمة المطروحة أمامها الدعوى العمومية بالفصل في جميع الدفوع التي يبديها المتهم دفاعا عن نفسه ما لم ينص القانون على خلاف ذلك**).

وقد عرفها بعض الفقه بأنها " المسائل العارضة التي تثور أثناء النظر في الدعوى الجزائية، ويختص القاضي الجزائي بالفصل فيها دون الحاجة لوقف الدعوى "[6]، بينما عرفها البعض بأنها " هي المسائل العارضة التي يتوقف عليها الحكم في الدعوى الجزائية والتي يملك القاضي الجزائي اختصاص النظر فيها بصفة تبعية للدعوى الأصلية "[7]. هذا وقد عرف البعض المسائل الأولية بأنها " جميع المسائل التي يتوقف عليها الحكم في الدعوى الجزائية، والتي تختص المحكمة الجزائية بحسب الأصل بالفصل فيها بصفة تبعية لنفس الدعوى، وهي تستند لقاعدة استقرت في الفقه والقضاء الجزائي، والتي مفادها أن قاضي الأصل هو قاضي الدفع، فالمسائل الأولية مسائل غير جزائية تتصل بركن من أركان الجريمة المرفوعة بها الدعوى الجزائية، أو بشرط لا يتحقق وجود الجريمة إلا بوجوده "[8].

ومن أمثلة المسائل الأولية البحث في طبيعة العقد في جريمة خيانة الأمانة، وملكية المنقول في جريمة السرقة، والبحث في سن المتهم لتحديد المحكمة المختصة، والبحث في تقادم الدعوى الجزائية، والعفو الشامل، وفحص مشروعية القرارات الإدارية التنظيمية

وتفسيرها. فكل هذه المسائل إذا أثيرت دفوع بشأنها أمام المحكمة الجزائية، أمكن لهذه المحكمة الفصل فيها قبل الفصل في موضوع الدعوى[9].

وترتكز المسائل الأولية على قاعدة إجرائية مفادها وأن قاضي الأصل هو قاضي الفرع (أو بتعبير آخر: قاضي الدعوى هو قاضي الدفع)، هذه الأخيرة التي تجد مبررها في أن الفصل في المسائل الأولية التي تكون في الدعوى الجزائية تتجلى في ضرورة البحث عن توافر أركان الجريمة، ولا شك أن القاضي الجزائي هو صاحب الاختصاص في البحث عن مدى توافر أركان الجريمة، فالأخذ بقاعدة قاضي الأصل هو قاضي الفرع يؤدي إلى تمكين المحكمة الجزائية من الفصل في عناصر الدعوى ودفوعها منعا لعرقلة سيرها وما تقتضيه سرعة الفصل في القضايا.

وعليه، فعلى الجهة القضائية المختصة المرفوع أمامها الدعوى الفصل في جميع المسائل الأولية التي قد تثار من قبل الخصوم قبل البت في موضوع الدعوى، بمعنى أن الفصل في المسائل الأولية يأتي في سياق الفصل في الدعوى الأصلية ولا يعتبر بأي حال من الأحوال موقفا لها؛ وإنما فقط هو مجرد عقبة قانونية يجب على الجهة القضائية نظرها والبت فيها لأجل تمكنها من القضاء في موضوع الدعوى الأصلية، ومنه فالمسائل الأولية هي بمثابة مسائل عارضة مقيدة للحكم في الدعوى وليس للسير فيها.

### الفرع الثاني: المسائل الفرعية

تمثل المادة 331 من قانون الإجراءات الجزائية الأساس القانوني للمسائل الفرعية في التشريع الجزائري؛ بحيث تنص هذه المادة على أنه:( **يجب إبداء الدفوع الأولية قبل أي دفاع في الموضوع ولا تكون مقبولة إلا إذا كانت بطبيعتها تنفي عن الواقعة التي تعتبر أساسا للمتابعة وصف الجريمة. ولا تكون جائزة إلا إذا استندت إلى وقائع أو أسانيد تصلح أساسا لما يدعيه المتهم. وإذا كان الدفع جائزا منحت المحكمة مهلة يتعين على المتهم فيها رفع الدعوى إلى الجهة القضائية المختصة. فإذا لم يقم برفع الدعوى في تلك المهلة ولم يثبت أنه رفعها صرف النظر عن الدفع. أما إذا كان غير جائز استمرت المرافعات** ).

ويثير نص المادة 331 ملاحظة مهمة تتمثل في استعماله مصطلح الدفوع الأولية مع أن النص باللغة الفرنسية استعمل مصطلح - exceptions préjudicielles وهو الأدق، إذ يدل على أحد نوعي المسائل الفرعية، أي تلك التي تقيد الحكم في الدعوى وتستدعي إحالة المسألة إلى الجهة المختصة للبت فيها. فالمسائل الفرعية المقيدة للحكم، باعتبارها توقف الفصل في الدعوى الأصلية وتستدعي الإحالة على الجهة المختصة، هي مسائل فرعية حقيقية، وهي التي كانت مصدرا لإنشاء نظرية المسائل الفرعية[10].

وعلى كل، فقد عرفت المسائل الفرعية بأنها " هي تلك المسائل العارضة التي يجب الفصل فيها من طرف جهة قضائية أخرى غير تلك التي تنظر في موضوع الدعوى الأصلية، سواء قبل تحريك الدعوى العمومية إذا كانت مسائل مقيدة للدعوى، أو قبل إصدار الحكم إذا كانت مسائل مقيدة للحكم "[11].

ومن هذا التعريف يتضح وأن المسائل الفرعية نوعين، مسائل فرعية مقيدة للدعوى، أي تلك المسائل التي لا تسمح برفع (أو تحريك) الدعوى قبل الفصل فيها من الجهة صاحبة الاختصاص قانونا، وهناك مسائل فرعية مقيدة للحكم في الدعوى - كما بينا أعلاه - وهي المسائل التي يجب إحالتها إلى الجهات المختصة للفصل فيها قبل الحكم في موضوع الدعوى الأصلية، أي أنها موقفة لسير هذه الأخيرة، وتعتبر حقيقة بمثابة استثناء على قاعدة قاضي الأصل هو قاضي الفرع.

## المطلب الثاني : تكييف الدفع بعدم الدستورية

إذا اعترض إحدى الجهات القضائية حال نظرها في نزاع معروض عليها وجود دفع من أحد الأطراف بعدم دستورية الحكم التشريعي المراد تطبيقه للفصل في هذا النزاع، فكيف ستتعامل معه: هل على أساس أنه مسألة أولية - Question préalable يدخل في نطاق اختصاصها بحثها والبت فيها، وهذا تطبيقا لقاعدة قاضي الأصل هو قاضي الفرع (أو قاضي الدعوى هو قاضي الدفع)، أم ستتعامل معه على أساس أنه مسألة فرعية - Question préjudicielle يتعين عليها عدم التطرق إليها لأنها من اختصاص جهة أخرى يؤول لها لوحدها مسألة نظرها والفصل فيها ؟

وللإجابة على هذا التساؤل المهم للغاية، فقد تم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين، نتناول في الأول منهما الدفع بعدم الدستورية باعتباره مسألة أولية موقفة للحكم في الدعوى، في حين سنتناول في الفرع الثاني منهما الدفع بعدم الدستورية باعتباره مسألة فرعية موقفة لسير الدعوى.

**الفرع الأول : الدفع بعدم الدستورية مسألة أولية موقفة للحكم في الدعوى**

إن الدول التي لم تتضمن دساتيرها، إما بشكل مطلق أو لفترات محددة، الرقابة على دستورية القوانين، قد أبدى القضاء في بعضها - على الأقل - بوضوح تمسكه بممارستها طالما لم يوجد نص صريح يمنعه من ذلك. ويعد القضاء الأميركي أسبق من غيره في الاعتراف لنفسه بحق رقابة دستورية القوانين، وهذا منذ فصله سنة 1803 في القضية الشهيرة المعروفة بقضية ماربوري ضد ماديسون.

وبالنسبة لما كان عليه الوضع في مصر مثلا قبل إنشاء المحكمة العليا فيها سنة 1969، فإننا نكتفي بالإشارة إلى الحكم الشهير لمحكمة القضاء الإداري الصادر في 10 فبراير 1948 الذي جاء فيه :( **ومن حيث أن محامي الحكومة دفع بأن المحاكم لا تملك التصدي لبحث دستورية القوانين موضوعا وكل ما تستطيعه هو التحقق من توافر الأركان الشكلية للقانون فإذا ظهر أنها متوافرة فيه فقد امتنع عليها البحث في دستوريته موضوعا من حيث مطابقته أو عدم مطابقته للمبادئ المقررة في الدستور إعمالا لمبدأ فصل السلطات الذي يقوم على استقلال كل سلطة عن الأخرى في عملها ووجوب عدم التدخل فيه أو تعطيله** ).

ولكن المحكمة قد ردت عليه بالقول:( **ومن حيث أنه ليس في القانون المصري ما يمنع المحاكم المصرية من التصدي لبحث دستورية القوانين بل المراسيم بقوانين. سواء من ناحية الشكل أو الموضوع ) ثم تضيف:( أما القول بأن في هذا التصدي إهدارا لمبدأ فصل السلطات بتدخل السلطة القضائية في عمل السلطة التشريعية بما يعطل تنفيذه، فإنه يقوم على حجة داحضة – إذ على العكس من ذلك فإن في التصدي إعمالا لهذا المبدأ ووضعا للأمور في نصابها الدستوري الصحيح بما يؤكده ويثبته**).

وما يهمنا أكثر هنا هو التساؤل الذي بادرت به المحكمة في قولها:( **ومن حيث أنه بعد إذ تحدد معنى مبدأ فصل السلطات بحسب روح الدستور، أخذا من دلالة المقابلة بين نصوصه وتفهم مراميها يتعين بعد ذلك تحديد وظيفة المحاكم إزاء تعارض قانون من القوانين العادية مع الدستور نصا أو روحا وما الذي ينبغي على المحاكم حينئذ عمله وما تكييف عملها في هذه الحالة ؟** ) وقد ردت المحكمة على نفسها:( **ومن حيث أن الدستور المصري إذ قرر في المادة 30 منه أن السلطة القضائية تتولاها المحاكم قد ناط بها تفسير القوانين وتطبيقها فيما يعرض عليها من شتى المنازعات، ويتفرع عن ذلك أنها تملك الفصل عند تعارض القوانين في أيها هو الواجب التطبيق إذ لا يعدو أن يكون هذا التعارض صعوبة قانونية مما يتولد من المنازعة فتشملها سلطة المحكمة في التقدير وفي الفصل لأن قاضي الأصل هو قاضي الفرع** ).

وعليه، فإن محكمة القضاء الإداري بعد أن أقرت لا مركزية الرقابة الدستورية آنذاك، وهذا باعترافها بحق جميع المحاكم المصرية في ممارستها عن طريق الدفع بعدم الدستورية لعدم وجود نص يمنع ذلك، فقد عادت وأكدت على أن الدفع في هذه الحالة يعد مسألة أولية يعود لمحكمة الموضوع اختصاص نظرها والبت فيها بنفسها تطبيقا لقاعدة قاضي الأصل هو قاضي الفرع.

**الفرع الثاني: الدفع بعدم الدستورية مسألة فرعية موقفة لسير الدعوى**

في حالة وجود هيئة نص عليها الدستور ومكلفة لوحدها بالرقابة على دستورية القوانين[12]، فإن ذلك سيسحب الاختصاص من كافة جهات القضاء، العادية منها والإدارية، وعلى كافة المستويات حتى العليا منها، ومن ثم فاختصاصها يعد اختصاصا مانعا لا يسمح أن تشاركها فيه أية جهة أخرى[13]، ولتأكيد ذلك أكثر فإن الدساتير عادة ما تنص وبشكل واضح وصريح على أن القرارات التي تصدرها الجهة التي كلفتها بالرقابة الدستورية تعد نهائية لا تقبل الطعن، وهي ملزمة لكافة السلطات بما فيها القضائية[14].

ولأجل عدم السماح بتجاوز سلطة الجهة المكلفة بالرقابة الدستورية في ممارستها من جهة، وللمحافظة من جهة أخرى على مركزية الرقابة الدستورية التي استهدفها الدستور من خلال إيجاده لجهة واحدة لممارستها، فإن الدساتير[15] التي أجازت للأشخاص إثارة مسألة الدستورية أمام جهات القضاء، عن طريق الدفع بعدم الدستورية، لم تخول

لها بموجب ذلك الفصل فيها بنفسها، وإنما ألزمتها بإحالتها - بشكل أو بآخر - على الهيئة المكلفة بالرقابة الدستورية لتبت فيها هي.

ومنه فالجهات القضائية لا تملك في هذه الحالة أن تفصل في الدفع بعدم الدستورية لأنه يتجاوز حدود اختصاصها، وبالنظر إلى ذلك فهو (أي الدفع) في هذه الحالة يعد بلا شك في حال قبوله من المسائل الفرعية المقيدة والموقفة للحكم في موضوع الدعوى الأصلية[16] إلى غاية الفصل فيها من الجهة صاحبة الاختصاص بها.

هذا وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الفرنسي ولإبراز ما يجب أن يحظى به الدفع بعدم الدستورية من عناية واهتمام بالغين من قبل الجهات القضائية التي يثار أمامها، وللتأكيد على أن مسألة الفصل في دستورية القانون المطعون فيه تعتبر مقدمة على ما سواها من المسائل، ويجب معالجتها والنظر فيها بدون إبطاء، فقد استخدم مصطلح[17] مسألة الدستورية ذات أولوية - La question prioritaire de constitutionnalité، والتي يرمز إليها اختصارا بـ QPC[18].

وبالرجوع إلى ما جاء في نص المادة 188 من الدستور من أن المجلس الدستوري يمكن وأن يخطر بناء على إحالة من قبل المحكمة العليا أو مجلس الدولة بالدفوع بعدم الدستورية التي قد تثار أمام الجهات القضائية التابعة لهما، وهذا دون أن يسمح لأي منهم بالنظر والفصل فيه إعمالا لقاعدة "قاضي الأصل (الدعوى) هو قاضي الفرع (الدفع) "، فإن ذلك يستفاد منه بشكل واضح جلي ولا لبس فيه بأن المؤسس الدستوري الجزائري قد اعتبر بأن الدفع بعدم الدستورية ليس من قبيل المسائل الأولية التي تختص الجهات القضائية بالفصل فيها بنفسها؛ وإنما اعتبره من المسائل الفرعية التي تستوجب إثارتها وجوب التوقف عن نظر الدعوى إلى غاية أن يتم الفصل فيها من قبل الجهة المختصة بذلك، وهي في هذه الحالة المجلس الدستوري لوحده[19].

هذا الأخير وعند مراقبة لمطابقة القانون العضوي رقم16/18[20] للدستور قد عبر بوضوح عن عدم استعداده التنازل عن اختصاصه في رقابة دستورية الأحكام التشريعية المدفوع بعدم دستوريتها للجهات القضائية؛ بحيث جاء في رأيه رقم 18/03[21]:( **اعتبارا أن الفقرة 2 من المادة 14 من القانون العضوي، موضوع الإخطار، تقر بإحالة الدفع بعدم الدستورية، إلى المجلس الدستوري في حالة وحيدة هي حالة توفر الشروط**

المنصوص عليها في المادة 9 من القانون العضوي، ويتبع ذلك وبمفهوم المخالفة، أنه عندما لا تتوفر تلك الشروط لا تتم إحالة الدفع إلى المجلس الدستوري. واعتبارا أن المادة 182 من الدستور تخول المجلس الدستوري صلاحية السهر على احترام الدستور، لا سيما ضمان احترام الحقوق والحريات. واعتبارا أن هذه الصلاحية تقتضي احترام المبدأ الدستوري القاضي بتوزيع الاختصاصات بين السلطة القضائية والمجلس الدستوري باعتباره هيئة مستقلة مكلفة بالفصل في دستورية الحكم التشريعي المعترض عليه في الدفع بعدم الدستورية. واعتبارا أن إمكانية إرسال قرار إحالة الدفع بعدم الدستورية مرفقا بمذكرات وعرائض الأطراف إلى المجلس الدستوري من طرف المحكمة العليا أو مجلس الدولة حسب الحالة، يتم في حالة وحيدة، وهي عند قبول الدفع بعدم الدستورية بالرجوع إلى الشروط والإجراءات الواردة في المادتين 9 و14 من القانون العضوي، موضوع الإخطار، فإنه بالمقابل، يفهم من ذلك عدم إرسال نسخة من القرار المسبب لرفض إحالة الدفع بعدم الدستورية إلى المجلس الدستوري من طرف الجهات القضائية العليا المذكورة أعلاه، ففي هذه الحالة، قد تفصل هذه الأخيرة في تقدير دستورية الحكم التشريعي المعترض عليه دون أن يتمكن المجلس الدستوري من الاطلاع على احترام تلك الجهات القضائية لاختصاصاتها. واعتبارا بالنتيجة، فإن مهمة السهر على احترام الدستور المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة 182 من الدستور ومتطلبات الشفافية، تقتضي إرسال نسخة من القرار المسبب الذي من خلاله تقرر المحكمة العليا أو مجلس الدولة عدم إحالة الدفع بعدم الدستورية إلى المجلس الدستوري ).

## المبحث الثاني : الآثار القانونية للدفع بعدم الدستورية على سير الدعوى الأصلية

من بين المواد الجديدة والمهمة التي أتى بها التعديل الدستوري لسنة 2016 في الجزائر، نجد بلا شك المادة 188 التي حملت معها تطورا بارزا وتحولا مهما نحو السماح للمجلس الدستوري الجزائري بأن يصبح وبشكل فعلي حاميا للحقوق والحريات المضمونة دستوريا، وحارسا لها من أي اعتداء تشريعي قد يطالها، وذلك من خلال تمكين ذوي الشأن أنفسهم من إخطاره بشكل غير مباشر بواسطة إما المحكمة العليا أو مجلس الدولة، وهذا بعد تأكدهما من جدية الشبهات حول وجود انتهاكات تشريعية واقعة على الحقوق والحريات المكفولة دستوريا، والتي تكون قد تمت إثارتها من قبل الخصوم أثناء نظر قضاياهم أمام الجهات القضائية المختلفة.

فالمؤسس الدستوري الجزائري حتى بإقراره إمكانية إثارة الدفوع بعدم الدستورية أمام الجهات القضائية. إلا أنه لم يتراجع عن مركزية الرقابة الدستورية التي ما تزال حكرا على اختصاص المجلس الدستوري، والتي يمنع على جميع الهيئات الأخرى بما فيها القضائية منازعته أو مشاركته في ممارسته، وفي هذا السياق فقد جاء القانون العضوي رقم 16/18 بعدة أحكام تحدد وتبرز ما هي الآثار القانونية التي يرتبها الدفع بعدم الدستورية أمام الجهات القضائية.

ولتناول هذه الآثار، فقد قسم هذا المبحث إلى مطلبين، خصص الأول لتناول الأثر المتعلق بوجوب توقف الجهة القضائية عن السير في الدعوى الأصلية، في حين خصص الثاني لتناول الاستثناءات المتعلقة بوجوب استمرار الجهة القضائية في السير في الدعوى الأصلية.

### المطلب الأول : وجوب توقف الجهة القضائية عن السير في الدعوى الأصلية

من المبادئ المهمة التي يرتكز عليها النظام القانوني للدفع بعدم الدستورية الذي أرساه القانون العضوي رقم 16/18 أنه لا يمكن – بحسب المادة 04 منه – للجهات القضائية أن تثيره من تلقاء نفسها، وأنه في حال أبداه أحد أطراف الدعوى المنظورة من قبلها، فإنه عليها أن توليه الأهمية القصوى على ما عداه من الإجراءات، وذلك بإيقاف سير إجراءات الخصومة حتى تتمكن من الفصل فيه – في حدود السلطة المخولة لها – على سبيل الأولوية.

وهذا التوقف لسير الدعوى الأصلية الذي على الجهات القضائية أن تلتزم به يختلف مداه بحسب ما إذا كانت الجهة القضائية قد فصلت في جدية الدفع بعدم الدستورية المثار أمامها، ومن ثم قضت بإرساله– بحسب الحالة – إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة، أو أنها لم تقم بذلك بعد.

وباعتبار ذلك، فقد ارتأينا تقسيم هذا المطلب إلى فرعين، تناولنا فيهما على التوالي أن إثارة الدفع بعدم الدستورية توجب على الجهة القضائية توقيف الدعوى الأصلية فورا، وأن إرسال الدفع بعدم الدستورية توجب عليها كأصل إرجاء الفصل في الدعوى الأصلية.

**الفرع الأول : إثارة الدفع بعدم الدستورية توجب توقف الدعوى الأصلية فورا**

على الرغم من أن الجهات القضائية التي تثار أمامها الدفوع بعدم الدستورية يمنع عليها دستوريا الفصل فيها بنفسها لأن ذلك، كما بينا أعلاه، يخرج عن نطاق اختصاصها ويدخل في اختصاص المجلس الدستوري، إلا أن ذلك لا يعني أن هذه الجهات ليس لها أي دور في سبيل الفصل في هكذا دفوع، فالجهات القضائية في الجزائر وعلى خلاف نظيراتها في تونس[22] لا تتوقف آليا عن نظر الدعاوى المرفوعة أمامها وتقوم فورا وبشكل مباشر بإحالة الدفع بعدم الدستورية للمجلس الدستوري ليفصل فيه هو.

فمن خلال كل من المادة 07 والفقرة الثانية من المادة 09 من القانون العضوي رقم 16/18، يمكن القول بأنه إذا أثير الدفع بعدم الدستورية أمام جهة قضائية تابعة للقضاء العادي و/أو تابعة للقضاء الإداري، فإنه عليها أن تفصل فورا وبقرار مسبب في إرسال (أو عدم إرسال) الدفع – بحسب الحالة – إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة، وذلك بعد استطلاع رأي النيابة العامة إذا تعلق الأمر بنزاع عادي، أو استطلاع رأي محافظ الدولة إذا كان النزاع إداريا. هذا ويجب على الجهة القضائية إذا كانت تشكيلتها تضم مساعدين غير قضاة أن تفصل في أمر الإرسال من عدمه من دونهم.

وتوصل الجهة القضائية إلى قرار بشأن مسألة إرسال الدفع بعدم الدستورية إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة يجب أن يستند في كل الحالات إلى توافر (أو عدم توافر) الشروط المحددة بموجب المادة 09 من القانون العضوي 16/18، والمتمثلة في:

**أولا : أن يتوقف على الحكم التشريعي المعترض عليه مآل النزاع أو أن يشكل أساس المتابعة**

إن استخدام المشرع، ومن قبله المؤسس الدستوري الجزائري، لعبارة " الحكم التشريعي الذي يتوقف عليه مآل النزاع " في المادة 188 من الدستور التي أسست لجوازية دفع أطراف الدعاوى بعدم دستورية الأحكام التشريعية التي يرون فيها انتهاكا للحقوق والحريات التي يضمنها الدستور، يستفاد منه:

- ألا تلتفت محكمة الموضوع للدفع بعدم الدستورية، في حال إثارته، إذا رأت بأنها تستطيع الفصل في النزاع المعروض عليها من دون الحاجة للرجوع إلى الحكم التشريعي المدفوع بعدم دستوريته[23]. وهو الذي يفهم من قول المؤسس الدستوري الجزائري " الذي يتوقف عليه مآل النزاع" من جهة، ويتناسب من جهة أخرى مع ما يتميز به الدفع بعدم الدستورية من كونه وسيلة احتياطية لا تلجأ إليها محكمة الموضوع إلا إذا استنفدت كل الوسائل القانونية الأخرى التي بحوزتها للفصل في النزاع الذي بين يديها[24].

- أن تكون لمقدم الدفع بعدم الدستورية مصلحة شخصية وقائمة[25] في إثارته أمام محكمة الموضوع. ولتكون مصلحته شخصية ومباشرة[26] لابد أن يكون هو المعني شخصيا بأن يطبق عليه الحكم التشريعي الذي مآل النزاع يتوقف عليه من جهة، ولتكون من جهة أخرى مصلحته قائمة وحالة - وليس محتملة[27] - فلابد أن يقصد بدفعه توقي أن يطبق عليه الحكم التشريعي المعني في النزاع الحالي الذي هو الآن طرف فيه، وليس مجرد تفادي احتمال أن يطبق عليه في نزاع مستقبلي قد يقع ويكون هو طرفا فيه كذلك. فقول المؤسس الدستوري "يتوقف عليه مآل النزاع " يقصد به أن القاضي مطالب بالفصل وإيجاد حل لنزاع الحال وليس لنزاع محتمل قد يقع وقد لا يقع.

وللإشارة، فإن ما قيل عن هذا الشرط لا يتناف وكون الرقابة الدستورية عن طريق الدفع تعد رقابة عينية وموضوعية في ذات الوقت[28]؛ عينية لأنها تنصب على الحكم التشريعي وليس على شخص المشرع، وموضوعية لأنها تتأسس على مقابلة الحكم التشريعي المطعون فيه مع الدستور أو مع بعض أحكامه فقط، وهي المتعلقة بالحقوق والحريات، للتأكد من احترامه له من عدمه.

**ثانيا : ألا يكون الحكم التشريعي قد سبق التصريح بمطابقته للدستور من طرف المجلس الدستوري باستثناء حالة تغير الظروف**

يعد هذا الشرط تأكيدا من قبل المشرع على الحجية التي تتمتع بها آراء وقرارات المجلس الدستوري في مجال الرقابة على دستورية القوانين، بنوعيها العادية منها والعضوية، بحيث تبقى آراؤه وقراراته ملزمة ومنتجة لآثارها – كما هو مبين في الفقرة الثالثة من المادة 191 من الدستور – لجميع السلطات العمومية والسلطات الإدارية والقضائية، وهذا ما لم تتغير الظروف التي صدرت بموجبها وفي ظلها، مما قد يستدعي إعادة نظر المجلس الدستوري في اجتهاده السابق بالتعديل و/أو حتى التغيير إن اقتضى الأمر ذلك. وفي الواقع، إن المجلس الدستوري قد كان سباقا إلى إثارة هذه المسألة والفصل فيها بنفسه؛ بحيث قضى في قراره المؤرخ في 06 أوت 1995، والمتعلق بدستورية البند السادس من المادة 108 من قانون الانتخابات آنذاك، بأنه:( **واعتبارا أن قرارات المجلس الدستوري ترتب، بصفة دائمة، كل آثارها، ما لم يتعرض الدستور للتعديل، وطالما أن الأسباب التي تؤسس منطوقها مازالت قائمة. و اعتبارا، والحال، أن إدراج نفس الشرط من شروط الترشح لرئاسة الجمهورية، الذي تم الفصل فيه بعدم مطابقته للدستور، تجاهل قوة قرار المجلس الدستوري، و من ثم فإنه لا وجه للبت في مدى دستوريته من جديد...**).

**ثالثا : أن يتسم الوجه المثار بالجدية**

استبعادا للدفوع الكيدية التي يقصد بها أصحابها إطالة أمد النزاع وتعقيد إجراءاته إضرارا بالخصوم، فإن المشرع قد علق أمر إرسال الدفع إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة بضرورة أن يكون الوجه المثار المؤسس عليه الدفع جديا. وحسنا فعل المشرع، وإن كان هذا تطبيق الشرط سيعرف على صعيد العمل اختلافا وتباينا بين الجهات القضائية، وذلك لأن مسألة تقدير جدية الوجه المثار في الدفع تخضع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع، وغني عن البيان بأن التقدير مسألة ذاتية تختلف من قاض لآخر، فالوجه الذي قد تراه إحدى الجهات القضائية جديا قد لا تراه أخرى كذلك.

ولأن هذا الاختلاف لا يمكن التغلب عليه بنص القانون، نظرا لأن المشرع لا يستطيع التنبؤ بجميع الأوجه التي يمكن الاستناد إليها لإثارة الدفوع بعدم الدستورية،

فإنه ينتظر من المحكمة العليا ومجلس الدولة – كل في حدود اختصاصه – بذل الجهد اللازم للحد من الاختلاف الذي قد يقع في التطبيق بين الجهات القضائية بشأن الأوجه التي تعتبر جدية وتلك التي لا تعد كذلك، وهذا بموجب ما خولهما المؤسس الدستوري الجزائري من سلطة (الفقرة الثالثة من المادة 171 من الدستور) في ضمان توحيد الاجتهاد القضائي في جميع أنحاء البلاد.

والفقه الدستوري بدوره قد حاول التصدي لهذه المسألة؛ بحيث ذهب العديد من الفقهاء إلى أنه حتى يتسم الدفع بعدم الدستورية بالجدية فلابد أن يكون الفصل في النزاع متوقف حقيقة على موقف المجلس الدستوري من دستورية الحكم التشريعي المطعون فيه. وبتعبير آخر[29]: ضرورة أن يكون الدفع بعدم الدستورية منتجا في دعوى الموضوع، وهو ما لا يمكن أن يتحقق إلا إذا كان ذا صلة بموضوعها. وكما تبين أعلاه، فالجهات القضائية هي التي لها سلطة تقدير مدى جدية الدفع بعدم الدستورية، ولذا يتعين على مقدم الدفع بذل جهد كاف حتى يتمكن من إقناعها بوجود شبهة أو شكوك حقيقية تطعن في دستورية الحكم التشريعي المعني، وهذا لأنه في حال عدم اقتناعها بمبررات وأسس الدفع، فإنه لها أن تقوم برفضه واستبعاده، وبالتالي تقضي برفض إرسال الدفع، بحسب الحالة، إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة. وبهذا الصدد فمحكمة النقض المصرية قد قضت في قرارها المؤرخ في 12 ديسمبر 1991 بأنه[30]:( **لمحكمة الموضوع سلطة تقدير جدية الدفع بعدم الدستورية وإن عدم بيان الطاعن سنده في النصوص الدستورية أو التشريعية في التمسك بهذا الدفع في موطن دعواه دلاله على عدم جدية الدفع**).

وبناء على هذه الشروط الثلاث، فإنه على الجهة القضائية المثار أمامها الدفع بعدم الدستورية أن تبني وتؤسس موقفها من مسألة إرسال الدفع إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة من عدمه. بحيث إذا رأت الجهة القضائية المعنية توافر الشروط الثلاث في الدفع المقدم إليها، فلها أن تقضي بإرساله إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة، وهذا إذا كانت تمثل درجة أولى للتقاضي، أو كانت درجة استئناف؛ لأنه إذا أثير الدفع لأول مرة أمام المحكمة العليا أو مجلس الدولة[31]، فإن مسألة التأكد من توافر الدفع على الشروط الثلاث تكون من اختصاصهما، وفي حال تحققهما من توافرها (أي الشروط الثلاث) فإنهما

بلا شك سيقضيان بإحالة الدفع على المجلس الدستوري ليفصل في دستورية الحكم التشريعي المطعون فيه بعدم الدستورية.

وعليه، فبمجرد علم الجهة القضائية بتقديم أحد الأطراف دفعا بعدم الدستورية، فإنه عليها أن توقف فورا سير الدعوى الأصلية، وهذا لدراسة صلاحيته للإرسال إلى الجهة القضائية التي تتبعها (المحكمة العليا أو مجلس الدولة) من خلال التأكد من توافره على جميع الشروط التي توجب إرساله، فإذا تبين لها عدم استيفاءه للشروط اللازمة، فإنه يتعين عليها الحكم باستبعاده ومواصلة السير في الدعوى الأصلية للفصل فيها، أما إذا تبين لها احترامه لكل الشروط المنصوص عليها قانونا، فإنها تقضي بإرساله، ومن ثم يتوجب عليها أن ترجئ بقوة القانون الفصل في الدعوى الأصلية.

### الفرع الثاني : إرسال الدفع بعدم الدستورية توجب إرجاء الفصل في الدعوى الأصلية

كما سبق بيانه أعلاه إذا رأت الجهة القضائية المثار أمامها الدفع بعدم الدستورية بأن الشروط الواجب توافرها لإرساله غير متوافرة، فإنها تقضي بعدم تأسيس الدفع، وبالتالي ترفض إرساله، لترجع بعدها إلى مواصلة السير في إجراءات الدعوى الأصلية حتى الفصل فيها. وفي هذه الحالة على الجهة القضائية تبليغ قرار رفض إرسال الدفع بعدم الدستورية إلى الأطراف، والذي (أي القرار) لا يمكن أن يكون محل اعتراض إلا بمناسبة الطعن ضد القرار الفاصل في النزاع أو جزء منه[32].

وأما إذا رأت الجهة القضائية استيفاء الدفع لجميع الشروط الواجب توافرها قانونا، فإنها تقضي بإرساله إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة، هذا إذا لم يكن الدفع قد أثير مباشرة أمامهما، ويجب عليها أن تقوم بتوجيه قرار الإرسال مع عرائض الأطراف ومذكراتهم خلال أجل عشرة (10) أيام من تاريخ صدوره، كما عليها أن تبلغ به الأطراف، غير أنه لا يكون قابلا لأي طعن[33].

والأثر المباشر لقرار الجهة القضائية إرسال الدفع بعدم الدستورية إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة هو وجوب إرجائها الفصل في الدعوى الأصلية إلى غاية توصلها بقرار المحكمة العليا أو مجلس الدولة أو المجلس الدستوري عند إحالة الدفع إليه[34].

هذا وتجدر الإشارة إلى أنه إذا فصلت الجهة القضائية الابتدائية دون انتظار القرار المتعلق بالدفع بعدم الدستورية وتم استئناف قرارها، فإنه على جهة الاستئناف أن ترجئ الفصل فيه[35]، وذات الشيء إذا تم تقديم طعن بالنقض وكان قضاة الموضوع قد فصلوا في القضية دون انتظار قرار المحكمة العليا أو مجلس الدولة أو قرار المجلس الدستوري عند إحالة الدفع إليه؛ بحيث يجب إرجاء الفصل في الطعن بالنقض إلى غاية الفصل في الدفع بعدم الدستورية[36].

وعليه، وفيما عدا الحالات الاستثنائية المبينة أدناه، فإن كل جهة قضائية يثار أمامها الدفع بعدم الدستورية وقررت إرساله، بحسب الحالة، إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة، وهذا إذا لم يكن الدفع قد تمت إثارته لأول مرة أمامهما مباشرة، فإن عليها أن ترجئ الفصل في الدعوى الأصلية إلى غاية توصلها بقرار المحكمة العليا أو مجلس الدولة، والذي يجب إعلامها به وتبليغ الأطراف به في أجل عشرة (10) أيام من تاريخ صدوره[37]، وذلك إذا كان القرار صريحا؛ ذلك لأنه في حال عدم فصل المحكمة العليا أو مجلس الدولة في أجل شهرين (02) ابتداء من تاريخ استلام الدفع بعدم الدستورية[38]، فإن المشرع قد اعتبر ذلك بمثابة قرار ضمني، ورتب عن سكوتهما وعدم فصلهما في الأجل المحدد وجوب إحالة الدفع بعدم الدستورية تلقائيا إلى المجلس الدستوري[39].

وإرجاء الجهة القضائية الفصل في الدعوى الأصلية يستمر إلى غاية فصل المجلس الدستوري في الوجه (أو الأوجه) المثارة من قبل مقدم الدفع بعدم الدستورية، وذلك في غضون الأربعة (04) أشهر التي تلي إخطار المجلس به (أي الدفع)، وهذا ما لم يقرر المجلس الدستوري تمديد هذا الأجل لمدة أقصاها أربعة (04) أشهر أخرى، بناء على قرار مسبب منه يبلغ إلى الجهة القضائية صاحبة الإخطار[40].

وإذا تبين للمجلس الدستوري صحة الدفع بعدم الدستورية بأن تحقق من عدم دستورية الحكم التشريعي المطعون فيه، فإن هذا الأخير وبحكم الدستور يفقد أثره ابتداء من اليوم الذي يحدده قرار المجلس الدستوري[41]، ولأن النص قد جاء عاما ومطلقا، فإن فقدان الحكم التشريعي لقوته الإلزامية قد يبدأ من يوم صدور قرار المجلس الدستوري القاضي بعدم دستوريته، أو قد يبدأ من يوم صدور هذا الحكم في الجريدة الرسمية، أي يسري عليه الإلغاء بأثر رجعي إذا ارتأى المجلس الدستوري ذلك، بل ويمكن لهذا الأخير متى

رأى ضرورة لذلك تقرير أن الحكم التشريعي الذي اعتبره غير دستوري يفقد أثره في تاريخ محدد لاحق على قراره. ولكن في تقديرنا أن هذه الفرضية الثالثة مستبعدة لأن فيها إهدارا لسمو الدستور ببقاء الحكم التشريعي في النفاذ بعد إقرار المجلس الدستوري بعدم دستوريته من جهة، ومن جهة أخرى لأنها فيها سماح من المجلس الدستوري باستمرار انتهاك الحكم التشريعي للحقوق والحريات التي يضمنها الدستور ولو إلى حين. ولذلك فالذي نرجحه مبدئيا أن المجلس الدستوري يقرر فقدان الحكم التشريعي لأثره إما من يوم قراره بعدم دستوريته، وإما من يوم صدور الحكم التشريعي المعني في الجريدة الرسمية.

وعلى كل، فإنه على المجلس الدستوري في كل الحالات تبليغ قراره إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة لتُعلم به الجهة القضائية التي أثير أمامها الدفع بعدم الدستورية[42]. وعلى هذه الجهة التقيد بما جاء في قرار المجلس الدستوري وعدم مخالفته، وذلك سواء قضى بدستورية الحكم التشريعي أو بعدم دستوريته، نظرا لأن آراء المجلس الدستوري وقراراته تعتبر نهائية وملزمة لجميع السلطات العمومية والسلطات الإدارية والقضائية[43].

## المطلب الثاني : حالات وجوب استمرار الجهة القضائية في السير في الدعوى الأصلية

جاء في المادة 02 من القانون العضوي رقم 16/18 وأن الدفع بعدم الدستورية يمكن إثارته في كل محاكمة أمام الجهات القضائية الخاضعة للنظام القضائي العادي والجهات القضائية الخاضعة للنظام القضائي الإداري، وذلك من قبل أحد أطراف الدعوى الذي يدعي أن الحكم التشريعي الذي يتوقف عليه مآل النزاع ينتهك الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور. وكما تم التطرق إليه في المطلب الأول من هذا المبحث، فإن تمسك أحد أطراف الدعوى بعدم دستورية الحكم التشريعي يوجب على الجهة القضائية المختصة التوقف حالا عن السير في الدعوى والفصل فورا بقرار مسبب في أمر إرساله من عدمه، والتي في حال ارتأت إرساله فإنه يجب عليها قانونا إرجاء الفصل في الدعوى إلى غاية توصلها بقرار المحكمة العليا أو مجلس الدولة، أو قرار المجلس الدستوري عند إحالة الدفع إليه، وهذا كأصل، لأنه بالرجوع إلى القانون العضوي رقم 16/18 نجد

وأن المشرع الجزائري قد أورد على هذا التوقف في سير الدعوى الأصلية عدة استثناءات تقيده، ولم يجعل منه قاعدة مطلقة.

ولأهميتها، فقد ارتأينا أن نتطرق في هذا المطلب الثاني إلى الحالات التي تشكل استثناء من قاعدة وجوب توقف الجهة القضائية عن السير في الدعوى الأصلية، وذلك من خلال تقسيمه إلى الفرعين المواليين:

**الفرع الأول : حالات إثارة الدفع بعدم الدستورية فيها لا توقف الدعوى الأصلية**

بادئ ذي بدء غني عن البيان القول وأنه إذا رأت الجهة القضائية المثار أمامها الدفع بعدم الدستورية بأن الشروط الثلاث الواجب توافرها لإرساله غير متوافرة، فإنها تقضي بعدم تأسيس الدفع، وبالتالي ترفض إرساله، لترجع بعدها إلى مواصلة السير في إجراءات الدعوى الأصلية حتى الفصل فيها. وفي هذه الحالة على الجهة القضائية تبليغ قرار رفض إرسال الدفع بعدم الدستورية إلى الأطراف، والذي (أي القرار) لا يمكن أن يكون محل اعتراض إلا بمناسبة الطعن ضد القرار الفاصل في النزاع أو جزء منه[44].

هذا وقد أورد المشرع الجزائري استثناء على القاعدة العامة التي جاء بها في المادة 02 من القانون العضوي رقم 16/18 من أنه يمكن إثارة الدفع بعدم الدستورية في كل محاكمة أمام الجهات القضائية الخاضعة للنظام القضائي العادي؛ بحيث بين في الفقرة الأولى من المادة 03 من ذات القانون بأنه لا يمكن إثارة الدفع بعدم الدستورية أمام محكمة الجنايات الابتدائية. ثم عاد وأكد في الفقرة الثانية من نفس المادة على أنه يمكن إثارة الدفع بعدم الدستورية عند استئناف حكم صادر عن محكمة الجنايات الابتدائية بموجب مذكرة مكتوبة ترفق بالتصريح بالاستئناف، على أنه يجب على محكمة الجنايات الاستئنافية النظر في الدفع قبل فتح باب المناقشة.

وعليه، فمن خلال المادة 03 من القانون العضوي رقم 16/18 يمكن القول وأن محكمة الجنايات الابتدائية تعتبر استثناء في مجال وجوب توقف الجهات القضائية التابعة للقضاء العادي عن السير في الدعوى الأصلية فورا إذا ما أثير أمامها دفع بعدم الدستورية لتفصل فورا في أمر إرساله من عدمه، فمحكمة الجنايات الابتدائية استنادا إلى المادة 03 في فقرتها الأولى تعتبر غير مختصة لأن يثار أمامها، ولذا فإذا أثير أمامها فرضا

دفع بعدم الدستورية، فإنه يجب عليها أن تقضي من تلقاء نفسها بعدم اختصاصها بنظره، لأن قواعد الاختصاص في القضاء الجزائي من النظام العام، وتواصل بالتالي السير بغير توقف في إجراءات المحاكمة بشكل عادي ولا تلفت إلى هذا الدفع.

وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن المجلس الدستوري وبموجب إخطار بناء على إحالة من المحكمة العليا قد فصل بتاريخ 20 نوفمبر 2019 في دفعين بعدم الدستورية، يتعلق كل منهما بالطعن في دستورية المادة 416 -الفقرة الأولى- في شطرها الأول المتعلق بالشخص الطبيعي، من قانون الإجراءات الجزائية المعدل والمتمم، وذلك بالقول أنها تخالف المادة 160 من الدستور في فقرتها الثانية التي أقر فيها المؤسس الدستوري الجزائري **بأن** القانون يضمن التقاضي على درجتين في المسائل الجزائية ويحدد كيفيات تطبيقها.

وقد توصل بالفعل المجلس الدستوري بموجب قراره رقم 01/ق. م د/د ع د/19 المؤرخ في 20 نوفمبر 2019 إلى عدم دستورية الحكم التشريعي الوارد في الفقرة الأولى من المادة 416 من قانون الإجراءات الجزائية، وبالنتيجة فقد قرر أن يفقد هذا الحكم التشريعي المقرر عدم دستوريته أثره فورا، وأن يسري أثر القرار بعدم الدستورية على كل الأحكام الجزائية التي لم تستنفد بعد آجال الاستئناف عند تطبيق أحكام المادة 416 من القانون المذكور أعلاه.

## الفرع الثاني : حالات إرسال الدفع بعدم الدستورية فيها لا يرجئ الفصل في الدعوى الأصلية

إذا كان الأصل، كما رأينا أعلاه، هو أن قرار الجهة القضائية بإرسال الدفع بعدم الدستورية – بحسب الحالة – إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة يوجب عليها أن ترجئ السير في الدعوى الأصلية بقوة القانون إلى غاية توصلها بقرار المحكمة العليا أو مجلس الدولة أو المجلس الدستوري عند إحالة الدفع إليه، إلا أن هذه القاعدة قد أورد عليها المشرع الجزائري عدة استثناءات إما بهدف حماية الحق في الحرية، وإما لضمان حسن سير العدالة؛ حيث لا يترتب على إرجاء الفصل في الدعوى الأصلية وقف سير التحقيق، ويمكن للجهة القضائية أخذ التدابير المؤقتة أو التحفظية اللازمة في الدعوى[45]. هذا وعندما يكون هناك شخص محروم من الحرية بسبب الدعوى، أو عندما تهدف هذه الأخيرة إلى وضع حد للحرمان من الحرية، وأيضا عندما ينص القانون على وجوب فصل الجهة القضائية في أجل محدد أو على سبيل الاستعجال، فإنه يجب على الجهة القضائية ألا ترجئ الفصل في الدعوى.

وتجدر الإشارة إلى أنه إذا فصلت الجهة القضائية الابتدائية دون انتظار القرار المتعلق بالدفع بعدم الدستورية وتم استئناف قرارها، فإنه على جهة الاستئناف أن ترجئ الفصل فيه، إلا إذا كان هناك شخص محروم من الحرية بسبب الدعوى، أو عندما تهدف هذه الأخيرة إلى وضع حد للحرمان من الحرية، أو عندما ينص القانون على وجوب فصلها في أجل محدد أو على سبيل الاستعجال[46]. وذات الشيء إذا تم تقديم طعن بالنقض وكان قضاة الموضوع قد فصلوا في القضية دون انتظار قرار المحكمة العليا أو مجلس الدولة أو قرار المجلس الدستوري عند إحالة الدفع إليه؛ بحيث يجب إرجاء الفصل في الطعن بالنقض إلى غاية الفصل في الدفع بعدم الدستورية، وهذا ما لم يكن المعني محروما من الحرية بسبب الدعوى، أو عندما تهدف هذه الأخيرة إلى وضع حد للحرمان من الحرية، أو إذا كان القانون يلزم جهة النقض بالفصل في أجل محدد أو على سبيل الاستعجال، فإنه في هذه على المحكمة العليا ومجلس الدولة – حال فصله في الطعون بالنقض – ألا يرجئا الفصل في الدعوى[47].

**الخاتمة:**

فعلى الرغم من أن المؤسس الدستوري الجزائري حتى وقبل تعديل 2016 كان يقر بأن السلطة القضائية تحمي المجتمع والحريات، وتضمن للجميع ولكل واحد المحافظة على حقوقهم الأساسية، إلا أنه لم يكن يعطي لها أي دور في مجال حماية الحقوق والحريات ضد الانتهاكات التشريعية التي قد تطالها، وقد استمر هذا الوضع إلى غاية التعديل الدستوري الأخير لسنة 2016 أين أقر المؤسس الدستوري الجزائري ولأول مرة بحق كل شخص متقاض في الدفع بعدم دستورية حكم تشريعي ما يرى أنه ينتهك الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور، وعلى الجهة القضائية المنظورة أمامها الدعوى إيلاء هذا الدفع الاهتمام والأولوية على ما سواه من إجراءات، وذلك ببتها فيه أولا سواء بالسلب من خلال عدم قبوله ورفض إرساله، بحسب الحالة، إلى المحكمة العليا ومجلس الدولة، أو بالإيجاب إذا أثار الدفع لديها شكوكا ومخاوف جدية على أن الحكم التشريعي يتضمن حقيقة انتهاكا للحقوق والحريات التي يحميها الدستور، مما يتعين معه قبول إرساله إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة، وهاتين الجهتين تتأكدان بدورهما من توافر الشروط الواجبة لإمكان إخطار المجلس الدستوري بالدفع المثار.

فالذي يتبين من التعديل الدستوري لسنة 2016 هو أن المؤسس الدستوري الجزائري قد أوصد الباب أمام الجهات القضائية سواء على مستوى أول درجة للتقاضي أو آخرها، ومن باب أولى أمام الأطراف التي تثير الدفع بعدم الدستورية، حتى لا تقوم بإخطار المجلس الدستوري به بشكل مباشر، قاصرا ذلك على المحكمة العليا ومجلس الدولة فقط.

فالمؤسس الدستوري الجزائري وبهدف تفادي إغراق المجلس الدستوري بالدفوع التي قد تكون كيدية و/أو غير جدية، قد أسس لعلاقة بين المجلس الدستوري ومختلف الجهات القضائية قائمة على تولي هذه الأخيرة مهمة تصفية الدفوع بعدم الدستورية التي يتم إثارتها أمامها؛ بحيث لا يتم إخطار المجلس الدستوري، بناء على إحالة من طرف المحكمة العليا أو مجلس الدولة، إلا بالدفوع التي يثبت للقضاء جديتها وضرورة اطلاعه عليها (أي المجلس الدستوري) للفصل فيما تضمنته من أوجه.

ولأن على القضاء احترام هذا الدور وعدم تجاوزه إلى محاولة التدخل في مجال الرقابة على دستورية القوانين الذي ما يزال حكرا على اختصاص المجلس الدستوري، فإن على الجهات القضائية التي يثار أمامها الدفع بعدم الدستورية وتقرر إرساله إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة، هذا إذا لم يكن الدفع قد أثير لأول مرة أمامهما مباشرة، إرجاء الفصل في الدعوى الأصلية، والذي ينبغي – كما رأينا أعلاه - ألا يؤثر في سير التحقيق، وفي قدرة الجهة القضائية المعنية على اتخاذ التدابير المؤقتة التي تراها لازمة.

غير أن المشرع الجزائري قد أورد على قاعدة إرجاء الفصل في الدعوى الأصلية عدة استثناءات يجب على الجهات القضائية في ظلها عدم إرجاء الفصل، وهي عندما يكون شخص محروم من الحرية بسبب الدعوى، أو عندما تهدف هذه الأخيرة إلى وضع حد للحرمان من الحرية، وعندما ينص القانون على وجوب فصل الجهة القضائية في أجل محدد، أو على سبيل الاستعجال.

وأما إذا تبين للجهة القضائية عدم استيفاء الدفع بعدم الدستورية للشروط الواجب احترامها والسابق بيانها أعلاه، فإنها تقضي برده وعدم قبوله، ومن ثم لا تلتفت إليه وتواصل السير في الدعوى الأصلية إلى غاية الفصل فيها، وحكمها القاضي بعدم إرسال الدفع إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة يعتبر غير قابل لأي اعتراض إلا بمناسبة الطعن ضد قراراها الفاصل في النزاع أو جزء منه.

وفيما يخص بعض الاقتراحات التي يمكن تقديمها في إطار الرقي بالدفع بعدم الدستورية نحو تحقيق الأهداف المرجوة منه، فإنه يمكن إيجازها في الآتي:

- ضرورة تعديل المادة 06 من القانون العضوي رقم 16/18 بتضمنها شرط وجوب إثارة الدفع بعدم الدستورية من قبل محام معتمد لدى المحكمة العليا ومجلس الدولة، تحت طائلة عدم القبول، وهذا لإبراز أهمية الدفع ومحاولة جعل إثارته تخضع مقدما لدراسة معمقة من قبل محامين يفترض فيهم أنهم أكثر ممارسة وخبرة.
- قصد التأكد من خضوع الدفع بعدم الدستورية، في حال إثارته، لفحص جيد ودقيق قبل الفصل في قرار إرساله من عدمه، نقترح بأن لا تفصل فيه تشكيلة الحكم المختصة في القضايا العادية لوحدها، وذلك بتوسيع جهة الفصل في الدفع لتشمل رئيس الجهة

القضائية ونائبه وثلاث قضاة حكم (أو ثلاث رؤساء غرف إذا تعلق الأمر بالمجلس القضائي) على الأقل ممن هم أعلى رتبة وأكثر أقدمية.

- نظرا لأهمية الدفع بعدم الدستورية وآثاره على سير الدعوى الأصلية المبينة أعلاه، فإنه كان من الأفضل على المشرع الجزائري لو اشترط على مثير الدفع أن يبادر بتقديمه أولا قبل أي دفع أو دفاع في الموضوع، وهذا لأن مسألة الدستورية في الواقع ليست هي محل النزاع؛ وإنما تثار بسببه أو بمناسبته، ولذا فالأجدر لو يتم طرحها قبل الخوض في الموضوع؛ بحيث لا يترك صاحب الدفع إلى غاية قروب الانتهاء من الخصومة وقفل باب المرافعات ليطعن في الأخير في دستورية الحكم التشريعي الذي يتوقف عليه مآل النزاع.

## الهوامش:

1 علي بوبترة، ضوابط الرقابة على دستورية القوانين في ظل ممارسات المجلس الدستوري الجزائري، مجلة الفكر البرلماني، مجلس الأمة، الجزائر، العدد 05، 2004، ص57.

2 أنظر: المادة 166 من دستور 1996 قبل تعديل 2016.

3 راجع في ذلك على سبيل المثال: سعيد بوالشعير، النظام السياسي الجزائري، دار الهدى، عين مليلة، 1990، ص418. إدريس بوكرا، الوجيز في القانون الدستوري والمؤسسات السياسية، دار الكتاب الحديث، الجزائر، 2003، ص120. عزيز جمام، عدم فعلية الرقابة على دستورية القوانين في الجزائر، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، د ت، ص64.

4 أنظر: المادة 187 من الدستور.

5 أنظر: المادة 188 من الدستور.

6 عبد الرحمان خلفي، الدفع بالمسائل الأولية والفرعية أمام القضاء الجزائي، مجلة المحامي، منظمة المحامين لناحية سطيف، العدد 31، 2018، ص،34.

7 عبد الحميد زروال، المسائل الفرعية أمام المحاكم الجزائية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994، ص14.

8 إياد خلف محمد جويعد، المسائل العارضة في الدعوى الجزائية، مكتبة السنهوري، بغداد، 2011، ص44.

9 عبد الحميد زروال، المرجع السابق، ص15.

10 المرجع نفسه، ص21.

11 المرجع نفسه، ص16.

12 أنظر كمثال: المادة 192 من الدستور المصري لسنة 2014، والفصل 120 من الدستور التونسي لسنة 2014.

13 رمضان غناي، عن قابلية خضوع أعمال المجلس الدستوري لرقابة القاضي الإداري، مجلة مجلس الدولة، الجزائر، العدد 03، 2003، ص74.

14 أنظر كمثال: المادة 191 من الدستور الجزائري لسنة 1996 بعد تعديل 2016، والفصل 134 من الدستور المغربي لسنة 2011.

15 نذكر منها على سبيل المثال: المادة 61 -1 من الدستور الفرنسي لسنة 1958 بعد تعديل 2008، المادة 60 من الدستور الأردني لسنة 1952 بعد تعديل 2011، الفصل 133 من الدستور المغربي لسنة 2011، والفصل 123 من الدستور التونسي لسنة 2014.

16 راجع: عبد الحميد زروال، المسائل الفرعية أمام المحاكم الجزائية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994، ص16.

17 أنظر: النصوص المتعلقة بمسألة الدستورية ذات الأولوية على موقع المجلس الدستوري الفرنسي:

www.conseil-constitutionnel.fr

18 علي عيسى اليعقوبي، تعديل 23 تموز 2008 الدستوري وأثره في تطور الرقابة على دستورية القوانين في فرنسا، مجلة العلوم القانونية، كلية القانون، جامعة بغداد، العدد 02، 2012، ص389.

19 جباري عبد المجيد، حق الدفع بعدم دستورية القوانين، دار هومة، الجزائر، 2019، ص14.

20 المؤرخ في 02 سبتمبر 2018 والمحدد لشروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية (الجريدة الرسمية عدد 54 الصادرة في 05 سبتمبر 2018).

21 المؤرخ في 02 غشت 2018 والمتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي الذي يحدد شروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية للدستور (الجريدة الرسمية عدد 54 الصادرة في 05 سبتمبر 2018).

22 أنظر: الفصل 56 من القانون الأساسي رقم 50 لسنة 2015 المؤرخ في 03 ديسمبر 2015 والمتعلق بالمحكمة الدستورية.

23 محمد علي سويلم، الرقابة على دستورية القوانين وتطور الأنظمة الدستورية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2013، ص474.

24 عصمت عبد الله الشيخ، مدى استقلال القضاء الدستوري في شأن الرقابة على دستورية التشريعات، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص130.

25 للمزيد حول القرارات التي أصدرتها المحكمة الدستورية العليا في مصر حول ضرورة توافر هذه المصلحة، راجع مثلا: صلاح الدين فوزي، الدعوى الدستورية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص163 وما بعدها.

26 يسري محمد العصار، شرط المصلحة في دعوى الإلغاء وفي الدعوى الدستورية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994، ص09.

27 يرى بعض الفقه الدستوري بأنه من الأفضل الأخذ بالمصلحة المحتملة لقبول الدعوى الدستورية المباشرة في حال قررها المشرع. راجع في بيان ذلك: عصمت عبد الله الشيخ، المرجع السابق، ص120.

28 إبراهيم محمد حسنين، الرقابة القضائية على دستورية القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص150.

29 راجع: علي السيد الباز، الرقابة على دستورية القوانين في مصر، دار الجامعات المصرية، الإسكندرية، 1978، ص134. شعبان أحمد رمضان، ضوابط وآثار الرقابة على دستورية القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص204. رمزي طه الشاعر، النظرية العامة للقانون الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1983، ص580. محمد عبد العال السناري، النظرية العامة للقانون الدستوري والنظم السياسية المعاصرة، مطبعة الإسراء، دون ذكر سنة ومكان النشر، ص308.

30 نقلا عن: إبراهيم سيد أحمد، الدفع بعدم الدستورية وإشكالاته العملية فقها وقضاء، الطبعة الأولى، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2004، ص30.

31 أنظر: المادة 02 في فقرتها الثانية والمادة 14 من القانون العضوي رقم 16/18.

32 أنظر: الفقرة الثانية من المادة 09 من القانون العضوي رقم 16/18.

33 أنظر: الفقرة الأولى من المادة 09 من القانون العضوي رقم 16/18.

34 أنظر: الفقرة الأولى من المادة 10 من القانون العضوي رقم 16/18.

35 أنظر: الفقرة الثانية من المادة 11 من القانون العضوي رقم 16/18.

36 أنظر: الفقرة الأولى من المادة 12 من القانون العضوي رقم 16/18.

37 أنظر: المادة 19 من القانون العضوي رقم 16/18.

38 أنظر: المادة 13 من القانون العضوي رقم 16/18.

39 أنظر: المادة 20 من القانون العضوي رقم 16/18.

40 أنظر: الفقرة الثانية من المادة 189 من الدستور.

41 أنظر: الفقرة الثانية من المادة 191 من الدستور.

42 أنظر: المادة 24 من القانون العضوي رقم 16/18.

43 أنظر: الفقرة الثالثة من المادة 191 من الدستور.

44 أنظر: الفقرة الثانية من المادة 09 من القانون العضوي رقم 16/18.

45 أنظر: الفقرة الثانية من المادة 10 من القانون العضوي رقم 16/18.

46 أنظر: المادة 11 من القانون العضوي رقم 16/18.

47 أنظر: المادة 12 من القانون العضوي رقم 16/18. وهو ذات الحكم الذي يجب على المحكمة العليا ومجلس الدولة احترامه وتطبيقه عند إثارة الدفع بعدم الدستورية لأول مرة أمامهما حسب المادة 18 من ذات القانون العضوي.