

الدفع بعدم الدستورية في الدستور الجزائري: بين المكاسب والآفاق - مقارنة بالتجربة الفرنسية-

الدكتور: عبد القادر بوراس
أستاذ محاضر أ

بمشاركة الطالب: لخضر تاج
طالب دكتوراه، تخصص قانون عام

كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيارت، الجزائر

تاريخ إرسال المقال: 2018-04-07

تاريخ قبول المقال: 2018-06-20

ملخص: تقوم دولة القانون على عدة ركائز أهمها الرقابة على دستورية القوانين التي تهدف لضمان سمو الدستور باعتباره أعلى قانون في الدولة، ينظم السلطات و يحدد الحقوق و الحريات، و لما كانت هذه الأخيرة دائمة التعرض للانتهاك تحول هدف الرقابة إلى حمايتها هدفا ذا أولوية بالغة، وكان اعتماد المؤسس الدستوري لألية الدفع بعدم الدستورية في التشريع الدستوري الجزائري احد أوجه ذلك الاهتمام. إن هذه الألية، المنصوص عليها في المادة 188 من القانون 01-16 المتضمن تعديل الدستور الجزائري لعام 2016، تعطي للمتقاضى سلطة الدفاع عن الحقوق والحريات المكفولة دستوريا، وهي تحقق مجموعة من الآثار القانونية تتمثل أساسا في تجاوز عقبات التمثيل الشعبي وذلك عند عدم تطابق إرادة المواطنين مع إرادة الممثلين المنتخبين فيما يخص التشريع، بإلغاء النص غير الدستوري. كما يمتد الأثر إلى تأسيس علاقة قانونية بين القضاء العادي والمجلس الدستوري من خلال تحريك رقابة الدستورية عن طريق الإحالة من طرف مجلس الدولة أو المحكمة العليا، وهو ما يفعل الرقابة البعدية للمجلس الدستوري .

الكلمات المفتاحية: الدفع بعدم الدستورية، رقابة الدستورية، دور، حماية، الحقوق والحريات.

Résumé: L'État de droit se base sur plusieurs piliers. et le principe du contrôle de la constitutionnalité des lois reste le plus important, car il vise à assurer la suprématie de la Constitution autant que loi suprême de l'État, il organise la réglementation des autorités et définit les droits et les libertés. Alors que ce dernier vulnérable à la violation, sa protection et son control devient une priorité. Le mécanisme: "exception d'inconstitutionnalité" à l'occasion d'un procès, prévu par l'article 188 de la Loi 16-01 portant la révision Constitutionnelle algérienne en 2016 , est une preuve d'importance donné par le législateur algérien a ce sujet important , ce mécanisme réalise contrôle par voie d'exception est un nouveau mécanisme par lequel, un prévenu peut invoquer l'inconstitutionnalité d'une loi et ainsi échapper à une condamnation , et il a des effets juridiques. Premièrement il permet de surmonter plusieurs obstacles entravent la représentation populaire. Deuxièmement il mit en place une relation juridique entre la juridiction (ordinaire et administrative) et le conseil constitutionnel, par un nouveau rôle de saisir ce dernier à travers le processus de renvoi par le conseil d'Etat ou la cour suprême au conseil.

Mots clés: exception d'inconstitutionnalité, contrôle de la constitutionnalité, rôle, protection, les droits et les libertés.

مقدمة:

ظل مبدأ الدولة القانونية المبني على إخضاع الهيئة التنفيذية إلى السلطة التشريعية، عاجزا على مواجهة احتمالات الانحراف التشريعي، والانزلاق البرلماني، مما جعل احتمال مساسا لسلطة التشريعية بالنصوص الدستورية قائما، لذا ظهر مبدأ دولة القانون الذي كان احد تجلياته هو إخضاع السلطة التقديرية للمشرع للرقابة على دستورية القوانين، حماية لمبدأ سمو الدستور، و حماية لنصوصه من انتهاك التشريعات لهو لقد كانت الرقابة على دستورية القوانين الآلية التي ابتدعها الفكر القانوني لذلك الغرض، وتعددت أوجه و نماذج هذه الرقابة بين قضائية و سياسية، و أوجدت المؤسسات الدستورية التي أنيط بها مهمة القيام بذلك .

وإذا كانت الرقابة القضائية على دستورية القوانين قد سلمت الأمر في مجمله إلى القضاء، فإن الرقابة السياسية تحاشت ولأسباب ذاتية و موضوعية ذلك، و خلقت لنفسها مؤسسات سياسية تكفلت بتلك المهمة على غرار المجلس الدستوري الفرنسي و الجزائري، إلا أن التجربة قد أبان أن نظام الرقابة السياسية على دستورية القوانين يجب أن يحظى بالاهتمام الواسع، و خصوصا ما تعلق الأمر فيها بمسألة الحقوق و الحريات، وبتت هذه الرقابة في الآونة الأخيرة متأثرة بأسلوب الرقابة القضائية والذي أظهر نجاعة أكبر ولقد تجسد هذا التأثير في جلب آلية الرقابة عن طريق الدفع بعدم الدستورية، والذي هو من مقتضيات الرقابة القضائية وإحكامها في نظام الرقابة السياسية.

نلاحظ في هذا الصدد اعتماد الدستور الفرنسي الرقابة السياسية على دستورية القوانين هذه الآلية بمناسبة التعديل الدستوري 2008 في المادة 01/61، ولقد أظهرت تطبيقاتها نجاعة مثيرة، و أحدثت تحولا بنويا في أداء المجلس الدستوري الفرنسي، و أعطته كثيرا من الحيوية، سمحت له بتجاوز دوره الرقابي الموضوعي إلى دور حاسم في حماية الحقوق و الحريات، و أعطت ولأول مرة هذه الآلية للأفراد مكنة إخطار المجلس الدستوري بطريقة غير مباشرة.

ولقد سار المشرع الجزائري على هذا النهج، و في تحول لافت، اعتمد آلية الدفع بعدم الدستورية في التعديل الدستوري 2016 من خلال نص المادة 188 ويعتبر إقدام المشرع الدستوري الجزائري على إقرار هذه الآلية قفزة تشريعية، ستضخ الحيوية في المجلس الدستوري وتفتح له الفرصة من خلال توسيع دائرة الإخطار الذي كان حصرا على الطبقة السياسية ، ليشمل الأفراد عبر طريق غير مباشر، مما يعد ضمانا إضافية حاسمة ستسمح بلا شك إضفاء مزيد من الحماية على الحقوق و الحريات .

إلا أنه ورغم أهمية هذا التحول التشريعي إلا أن اعتماده يثير إشكالية جوهرية تتمثل أساسا في النظام القانوني للدفع بعدم الدستورية و الجهات المخولة بإثارة هذا الدفع في ظل التعديل الدستوري الذي اقره المؤسس الدستوري الجزائري؟

ينبثق عن هذه الإشكالية الكثير من التساؤلات التطبيقية والتي تتعلق أساسا بشروط قبول الدفع بعدم الدستورية، وبعملية التصفية بمراتبها؟ وكذا ما يتعلق بإجراءات الإحالة على مجلس الدولة أو المحكمة العليا، و إلى المجلس الدستوري؟.

ولمحاولة مناقشة هذه التساؤلات ، عمدنا إلى خطة ارتأينا من خلالها الوقوف أولاً على الأهمية القانونية البالغة لهذه الآلية ومن ثمة استجلاء أثارها المنتظرة على صعيد حماية الحقوق و الحريات من خلال مبحثها الأول الذي جاء موسوما بالدفع بعدم الدستورية كتعزيز للرقابة الدستورية اللاحقة، و في مبحث ثانٍ عنوانه ب : الدفع بعدم الدستورية على ضوء التعديل الدستوري 2016. خصصناه للوقوف على حدود ما نصت عليه المادة 188 من التعديل الدستوري والتطرق إلى تلك الإشكالات السالفة الذكر والتي تنتظر الإجابة من خلال قانون عضوي نصت عليه ذات المادة.

المبحث الأول : الدفع بعدم الدستورية تعزيز للرقابة الدستورية اللاحقة.

إذا كانت الرقابة على دستورية القوانين قد أعطت قيمة عملية لمبدأ سمو الدستور و ثبتت أركان الشرعية الدستورية، فإن الرقابة القضائية تخصيصاً قد كرس الرقابة اللاحقة، حيث بسطت من خلال رقابة الامتناع و رقابة الإلغاء رقابة بعدية للقوانين، وذلك من خلال سماحها للأفراد و للقضاء بمناسبة الخصومات القضائية الدفع بعدم دستورية القوانين. إلا أن ذلك لم يكن متاحاً في الأنظمة التي تبنت الرقابة السياسية على دستورية القوانين إلا في بعض الاستثناءات.

المطلب الأول: الرقابة على دستورية القوانين أداة لتثبيت أسس الشرعية الدستورية

بعدما ترسخت الفعالية بأهمية مبدأ سمو الدستور، انتقل البحث في كيفية حماية هذا المبدأ و تجسيده، فتفتقت قريحة الفكر القانوني لينتج الرقابة الدستورية، فما مفهومها وما هي صورها.

الفرع الأول: الرقابة الدستورية

إن إقرار مبدأ -تدرج القواعد القانونية- الذي تمسك به منظرو دولة القانون و الذي يرجع الفضل في ظهوره إلى الفقيه النمساوي هانس كلسن Hans Kelsen قد اوجد اتفاقاً فقهيّاً استقرراً قضائياً على بناء هرم قانوني، توضع بموجبه القواعد الدستورية في سنام الهرم، تعلق القواعد التشريعية التي تقرها السلطة التشريعية وهذه بدورها أعلى من القواعد القانونية العامة (اللوائح) التي تصدرها السلطة التنفيذية، ويستمر التدرج إلى الوصول إلى القرارات الفردية التي تصدرها الهيئات الإدارية الدنيا¹.

لقد ارتبط مبدأ سمو الدستور بفكرة إيجاد الوسائل الكفيلة بضمان احترامه، و تكريس مضمونه و روحه في جميع أعمال السلطة العامة، و بالخصوص في مجال التشريع، و من هنا جاءت فكرة الرقابة على دستورية القوانين كآلية عملية و ضمانة لتحقيق المبدأ و الالتزام بقواعده و عدم مخالفة نص الدستور و روحه .

ويعتبر فقهاء و أساتذة القانون الدستور بالولايات المتحدة الأمريكية المنشأ الأول لمبدأ الرقابة على دستورية القوانين² ، ليعرف هذا المبدأ انتشاراً واسعاً مع بداية القرن العشرين، و يعتبر الدستور الفرنسي أول الدساتير إقراراً لهذا المبدأ.

الفرع الثاني : صور الرقابة الدستورية

تتجسد الرقابة الدستورية في التطبيقات العملية في صورتين أساسيتين، مختلفتان من حيث الطبيعة القانونية و من حيث الجهة الموكلة لها ذلك، فتوجد رقابة ذات طبيعة قضائية و تسمى الرقابة

القضائية لدستورية القوانين، و رقابة ذات طبيعة سياسية تدعى الرقابة السياسية لدستورية القوانين.

ترجع نشأة الرقابة السياسية على دستورية القوانين إلى عهد الثورة الفرنسية، حيث شهد هذا النوع عدة تغيرات قبل أن يستقر على وضعه الحالي بصدر دستور الجمهورية الخامسة سنة 1958³ الذي اسند مهمة الرقابة إلى المجلس الدستوري و هو هيئة دستورية منفصلة عن باقي السلطات الأخرى في الدولة، له صلاحية مراقبة دستورية القوانين و السهر على إقرار مبدأ سمو الدستور.

أما الصورة الثانية فهي الرقابة القضائية لدستورية القوانين، و التي تقوم على مبدأ إسناد مهمة فحص دستورية القوانين إلى هيئات قضائية في الدولة. على خلاف الرقابة السياسية على دستورية القوانين و التي تتولاها هيئة سياسية .

وتعد الولايات المتحدة الأمريكية السبقة إلى تبنى فكرة الرقابة القضائية على دستورية القوانين من خلال مباشرة المحكمة العليا الاتحادية عملية فحص دستورية القوانين ابتداء من سنة 1976، ليصدر حكمها الشهير في قضية ماربري -مادسون سنة 1803 والذي كان نقطة الانطلاق في تكريس صلاحية القضاء الأمريكي لممارسة الرقابة على دستورية القوانين⁴. ليتم تبنى هذا النموذج للرقابة في العديد من الدول إلا أن هذا التبنى لم يكن صارما فقد منحت بعض الدول صلاحية الرقابة لمختلف الجهات القضائية المشكلة لنظامها القضائي و على اختلاف دراجته كما هو الحال في أمريكا، واختارت دول أخرى توكيل هذه المهمة إلى الجهة الأعلى درجة في التنظيم القضائي ممثلة في المحكمة العليا كما هو الحال في بنما و كولومبيا، أو استحداث هيئة قضائية مختصة لرقابة الدستورية تسمى بالمحكمة الدستورية كما هو الحال في إيطاليا ومصر.

وتأخذ الدعوى القضائية في مجال الطعن بعدم الدستورية من حيث التطبيق صورتين :

- الرقابة القضائية بطريقة الدعوى الأصلية .

- الرقابة القضائية بطريقة الدفع الفرعي.

ونقف هنا لنبدي ملاحظتين:

أولهما متعلقة بجذور الاختلاف بين صورتى الرقابة السياسية و القضائية والذي يعود إلى فكرة مبدأ فصل السلطات الداعي إلى عدم تركيز و تجميع السلطة في يد واحدة لان ذلك لا محالة يؤدي إلى إساءة استعمالها⁵ و التعسف فيها، الأمر الذي يمكن تفاديه من خلال توزيع السلطة على هيئات مستقلة كل منها لها مكنة البت والمنع كما يقول الفقيه الفرنسي مونتسكيو: السلطة توقف السلطة⁶ *ou pouvoir arrête le pouvoir* و يسجل الفقيه الفرنسي مونتسكيو نفسه كصاحب الفضل في بلورة هذا المبدأ بشكله الحالي والذي ظهر في كتابه روح القوانين والذي ربط فيه المبدأ بضمان الحقوق و الحريات حين دعا إلى البحث عن العلاقة بين مبدأ فصل السلطات في الدولة و تحقيق الحقوق و الحريات.

« je voudrais rechercher dans tous les gouvernements modérés que nous connaissons quelle, est la distribution des trois pouvoirs, et calculer par le degré de liberté dont chacun d'eux joui ».

إن التطبيقات العملية لمبدأ فصل السلطات أنتج صورتين، فصل جامد بين السلطات كالذي تبناه النظام السياسي في الولايات المتحدة الأمريكية، والذي تمخض عنه الرقابة القضائية لدستورية القوانين، و صورة أخرى متمثلة في فصل مرن كالذي تبنته معظم الأنظمة السياسية النيابية والذي تمخض عنه الرقابة السياسية لدستورية القوانين، إلا إن التطور في المفاهيم لم يعد يعتد كثير بهذا التقسيم، فأصبحنا نجد أنظمة نيابية تعتنق الرقابة القضائية والعكس.

و الملاحظة الثانية تتمثل في أن نظام الرقابة السياسية لدستورية القوانين بدأ متأثراً في السنوات الأخيرة بنظام الرقابة القضائية لدستورية القوانين، والذي اثبت انه الأقدر على حماية الحقوق و حريات الأفراد ، و ظهر هذا التأثير جليا في مسألة توسيع الإخطار للمجلس الدستوري حيث تبنى آلية الرقابة القضائية عن طريق دعوى الدفع الفردي والذي أقحمها المشرع الفرنسي في التعديل الدستوري 23 فيفري 2008 في مادته 1/16 بمسمى المسألة الأولية للدستورية La question prioritaire de constitutionnalité أو ما يطلق عليها اختصارا QPC، كما تبناها المشرع الجزائري في التعديل الدستوري لـ 7 مارس 2016 في مادته 188، التي تنص " يمكن إخطار المجلس الدستوري بالدفع بعدم الدستورية بناء على إحالة من المحكمة العليا أو مجلس الدولة عندما يدعي أحد الأطراف في المحاكمة أمام جهة قضائية أن الحكم التشريعي الذي يتوقف عليه مآل النزاع ينتهك الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور".

ومهما تكن صور الرقابة على دستورية القوانين، فالثابت أنها تمثل أداة ناجعة في تثبيت أسس الشرعية الدستورية وتكريسها كإطار معياري ومرجعي لكل التشريعات الصادرة. وتظل الرقابة الدستورية مهما كان شكلها سياسيا أو قضائيا تنفرد بميزة تبقى حكر لها دون سواها تحمي بها ذلك التوازن من خلال انفرادها بسلطة إلغاء نصوص تشريعية، فإذا كان القضاء الإداري له سلطة الإلغاء، فإن هذا الإلغاء لا يرد على القرارات الإدارية الفردية أو على اللوائح فيما خالفت التشريع وحده ، أما الرقابة الدستورية فإن أحكامها وقراراتها بعدم الدستورية ترد على النصوص التشريعية فتبطل أثرها وقد يمتد سلطانها إلى اللوائح إذا ما انتهكت الدستور .

المطلب الثاني : نظام الدفع بعدم الدستورية ضمانا للحقوق والحريات.

رغم أن الحقوق والحريات قد اعتلت ذروة الاهتمام لدى الجماعة الدولية فضمنتها في صكوكها وموائيقها و سارت على ذلك النهج الدول فضمنتها في أعلي وثيقة قانونية لها وهي الدستور، إلا أن استهداف هذه الحقوق والحريات والاعتداء عليها ظل قائما بفعل كثيرا من التشريعات الهادرة لها ، ورغم وجود رقابة قبلية لدستورية تلك التشريعات إلا أنها فشلت في حماية تلك الحقوق، فكان التفكير حلول تجسد رقابة دستورية بعدية تمنع تطبيق تلك التشريعات وتعمل على إلغائها. وكان الدفع بعدم الدستورية أحد الحلول الرصينة التي نقدمها في هذا المطلب.

الفرع الأول: نشأة الدفع بعدم الدستورية في الرقابة السياسية لدستورية القوانين

لقد ظهرت فكرة الرقابة السياسية منذ 1796 ، لكن لم يكتب لها التجسيد ولاقي اقتراح الفقيه " سيزيس sieyes بمناسبة اجتماعات أعضاء الجمعية التأسيسية" لإعداد دستور السنة الثالثة لثورة - 1795 الرفض⁷، وباءت فكرة" المجلس المحافظ senateconsewoteur عند إعداد مشروع دستور السنة الثامنة للثورة في عهد الإمبراطور نابليون بالفشل.

ولقد رفضت محكمة النقض الفرنسية الخوض في الدعاوى التي تستند إلى عدم الدستورية وكان ذلك و واضحا منذ قرارها الصادر في 11 أبريل 1833 بأن " القانون الذي تمت مناقشته وصدر بالطرق المرسومة لا يمكن أن يكون محل مهاجمة أمام المحاكم بدعوى عدم الدستورية، وقد استمرت محكمة النقض الفرنسية دائماً في هذا الاتجاه، ولقد حذا القضاء في فرنسا برمته حذو محكمة النقض، وحكم بعدم قبول الدعاوى التي تستند إلى عدم دستورية القانون.

والواقع أن القضاء الفرنسي عندما امتنع عن مراقبة دستورية القوانين لم يكن تقصيراً منه، بل كان التزاماً منه ببعض النصوص التشريعية التي تحول بينه وبين هذه الرقابة فضلاً عن بعض الحجج التاريخية والفلسفية ومن هذه النصوص نص المادة الحادية عشرة من قانون تنظيم القضاء الصادر عام 1790 والتي تمنع المحاكم من أن " تشترك على نحو مباشر أو غير مباشر في ممارسة السلطة التشريعية أو أن تعرقل قرارات الهيئة التشريعية أو أن توقف نفاذها".

وكذلك المادة 127 من قانون العقوبات التي تؤتم " القضاة الذين يتدخلون في ممارسة السلطة التشريعية سواء بإيجاد لوائح تتضمن أحكاماً تشريعية أو بمنع أو إيقاف قانون أو أكثر أو بالتداول فيما إذا كان يجب نشر القوانين أو نفاذها، وبالإضافة إلى هذه النصوص القانونية يوجد ارث تاريخي منع القضاء الفرنسي من النظر في رقابة دستورية القوانين، هذا الإرث متمثل في تصرفات المحاكم الفرنسية القديمة والتي كانت تسمي البرلمانات - قبل الثورة - والتي كانت تعرقل تنفيذ القوانين بل وتلغي بعض نصوصها مما ولد ميراثاً من الحذر والريبة لدى رجال الثورة تجاه القضاة باعتبارهم معوقين وراغبين في التغول على اختصاصات السلطات الأخرى وأدى هذا كله إلى تيار قوي رافض لإعطاء القضاء حق رقابة دستورية القوانين.

ولقد وجد هذا التيار الرافض سند له كذلك في تلك الآراء الفلسفية التي قامت على مفهوم معين لمبدأ الفصل بين السلطات والذي يحول بين كل سلطة وسلطة أخرى، ويرى بموجب ذلك أن رقابة القضاء لدستورية القوانين التي يصدرها البرلمان هو اعتداء على هذا المبدأ وإهدار له، كما استقى ذلك التيار الرافض بعض حججه من الفقه الفرنسي وبالأخص من أفكار جان جاك روسو ، والفقيه دوجي Duguit ، والفقيه Maurras ، فروسو يرى أن القانون هو تظهير من تظاهرات إرادة الأمة، هذه الإرادة التي يعبر عنها البرلمان والتي لا يتصور أن يراقبها أحد أو أن يردها أحد إلى الصواب ذلك أن الصواب مفترض فيمن يعبرون عن إرادة الأمة ، وقد أخذت المادة الثالثة من إعلان حقوق الإنسان والمواطن عام 1789 بهذا المعنى عندما نصت علي أن " القانون هو التعبير الحر والرسي

للإرادة العامة"، وإذا كان البرلمان هو المعبر عن الإرادة العامة فإنه لا يسوغ للقضاء أن يعطل هذه الإرادة بحجة النظر في دستورية هذه القوانين.

كما يذهب الفقيه الفرنسي الكبير Duguit إلى أن النتيجة المنطقية لفكرة النيابة تؤدي إلى أن إرادة هؤلاء النواب - باعتبارها إرادة الأمة نفسها - لا يمكن أن تراقبها إرادة أخرى تعتبر اسمي منها بحكم مراقبتها لها و في مقابل أنصار السيادة البرلمانية والتي ترفض الرقابة الدستورية وجد أنصار سمو الدستور الذين لا يرون معنى لسمو الدستور في عدم وجود حماية لما أسموه بالشرعية الدستورية والتي تقتضى إن يكون هناك جزاء دستوريا في مقابل كل هدر للدستور.

لقد كان إنشاء اللجنة الدستورية la comité constitutionnelle بموجب دستور 1946 محاولة للتوفيق بين أنصار السيادة البرلمانية وأنصار سمو الدستور أملا أن يسمح إنشاء هذه اللجنة بسد فراغ الرقابة على دستورية القوانين الذي كان قائماً قبل ذلك⁸.

حاول واضعو دستور 1958 أن يطوروا من فكرة الرقابة على دستورية القوانين مع البقاء في إطار استبعاد كل رقابة قضائية لدستورية القوانين. وتم إنشاء المجلس الدستوري الذي أسس للرقابة السياسية للدستور، وقد شهدت التشريعات المتعلقة بالمجلس الدستوري تعديلين الأول خلال عام 1947 والثاني خلال عام 1990 وقد أدى هذان التعديلان إلى اتساع نطاق الرقابة وان ظلت في كل الأحوال رقابة سياسية لا يقوم بها القضاء، وإلى غاية هذا التاريخ، كانت التعديلات تصب كلها في مصلحة المؤسسات السياسية كما وضعها التعديل الدستوري، ولم يكن يعني هذا التنظيم الرقابة على حماية حقوق والحريات المعترف بها دستورا، والتي انتظر المشرع إدراجها إلى غاية التعديل الدستوري 2008 الذي عني بحماية الحقوق والحريات من خلال ما سماه المسألة الأولية الدستورية والتي ستكون موضوعنا في المبحث الثاني.

الفرع الثاني: وجهة نظام الدفع بعدم الدستورية .

إن انتشار ثقافة الحقوق والحريات و تبوءها مكانة الصدارة في قائمة أولويات الجماعة الدولية و الوطنية، قد أعطى لها مكانة مميزة في التشريعات وكان في مقدمة هذه الوثائق إعلانات الحقوق الأمريكية و الفرنسية⁹، كما ضمنها التشريعات الداخلية في أسى وثيقة قانونية لها وهي الدستور و لم يتوقف الأمر عند ذلك بل جندت كل النظام القانوني لحمايتها، فلقد ترسخت القناعة أن الديمقراطيات الحققة هي التي تبني مجتمعات حرة، والمجتمعات الحرة لن تكون لها قائمة بدون أفراد أحرار.

ولعل هذا التنصيص يعتبر في حد ذاته ضمانا قوية و هذا ما يعبر عنه بالحماية الدستورية للحقوق و الحريات، والتي يقصد بها اكتساب النصوص الدستورية التي تقر الحقوق و الحريات نفس القيمة و الحماية المعترف بها لسائر النصوص الدستورية، بما يمنع المشرع العادي المساس بها و انتهاكها¹⁰.

وعلى غرار باقي النصوص الدستورية ، كانت الحقوق والحريات المعترف بها دستورا في الأصل من مشتملات الحماية الدستورية التي تكفلها الهيئات المكلفة بالرقابة على دستورية القوانين. لكن هذه الهيئات ظلت عاجزة عن حماية الحقوق والحريات وذلك لأسباب عدة يمكن حصرها في أمرين :

أولا : حصر الإخطار في جهات سياسية .

في الوقت الذي حرم المشرع الإخطار التلقائي للمجلس الدستوري و الذي يعتبر في حد ذاته احد الأسباب التي تساهم في الإفلات من الرقابة الدستورية، يأتي حصر الإخطار للمجلس في جهات سياسية كسبب أخر يعزز ذلك الإفلات حيث أعطى المشرع الدستوري مكنة الإخطار للجهات السياسية المحددة دستوريا متمثلة في رئيس الجمهورية ورئيس الوزراء ورئيسي غرفتي البرلمان . ورغم توسيع دائرة الإخطار الذي سمح به تعديل الدستور عام 1974 أين منحت تلك الإمكانية لستون نائبا أو شيخا فيما بعد .

ورغم ما كان من أثر ايجابي لتوسيع نطاق الإخطار لعدد من أعضاء البرلمان في فرنسا والتي تجسدت في زيادة عدد الإخطارات، مما انعكس ذلك على صدور قراراتها للمجلس الدستوري فيما يخص الحقوق والحريات والتي منها على سبيل المثال قراره المؤرخ في 10 و 11 أكتوبر 1984 حول حرية الصحافة¹¹. ولكن حتى هذا النوع من الإخطار بقي غير كاف لحماية الحقوق والحريات مقارنة مع ما أثبتتها لتجربة الدستورية الفرنسية بعد التعديل الدستوري لعام 2008 بالنظر لما صدر منها¹².

ثانيا: تجاوز التأثيرات السلبية للاعتبارات السياسية على محدودية الإخطار

إذا كان حصر إخطار المجلس الدستوري في جهات سياسية معينة هو من الحدود القانونية التي تعود للنص الدستوري أساسا، فان هناك محددات عملية تضعف من دور المجلس الدستوري في أداء مهمته الرقابية والتي ترجع إلى ما قد يحدثه التوجه السياسي الواحد بالنسبة لهذه الجهات السياسية العامة، لأن الاعتبار السياسي قائم ولا يمكن إنكاره فيما يخص الإخطار من طرف رئيس الجمهورية أو من رئيس بغرفتي البرلمان و حتى الوزير الأول ولعدد محدد من أعضاء البرلمان.

انحصر حق إخطار المجلس الدستوري في الجهات السياسية العامة فقط لا يمكن أن يمثل ضمانة كافية، لأن هذا الحق قد لا يستعمل لحماية الدستور والدفاع عنه بقدر ما يستعمل لتحقيق أهداف سياسية¹³، مما جعل البعض يرى أن المواطنين لا يملكون سوى وسيلة الضغط على السلطات المختصة بإخطار المجلس لرقابة النص الذي يرونه بأنه غير دستوري لأن الإخطار ظل سياسيا لمدة طويلة¹⁴.

وفي كل الحالات يبقى المتضرر من التشريع هو أول من تعنيه وبصفة مباشرة مسألة الحق و الحرية و هو أيضا الأقدر على تلمس انحراف هذا التشريع الماسة بحقوقه و حرياته. ومن ثمة كان إعطاء هذا الأخير مكنة الإخطار هو الوسيلة الأنجع في حماية الحقوق والحريات من أي انحراف تشريعي هادر للحقوق والحريات ، ولذلك كان دسترة الحق في الدفع بعدم الدستورية للأفراد في فرنسا بعد تعديل الدستور عام 2008 واعتبر ذلك تحولا تشريعا كبيرا، لم يتأخر الوقت كثيرا في الإفصاح عن وجهة دسترة هذا الحق الذي ما لبث إن شرع في تحقيق نتائج مدوية، لم تقتصر على عدد

الأستئلة والتي بلغت بعد ستة عشر شهرا 2500 سؤال للدستورية أمام قضاة الدرجة الابتدائية و الاستئنافية، وأحيل حوالي 200 سؤال إلى المجلس الدستوري فأصدر بشأنها 135 قرارا، بل حتى على عمق وقيمة التعديلات التشريعية التي كانت نتيجة الدفع بعدم الدستورية، ولعلنا اخترنا في هذه الورقة البحثية أن نسوق احد أهم هذه التعديلات التي دعا لها المجلس الدستوري الفرنسي بمناسبة الدفع بعدم الدستورية، هذا التعديل الذي اعتبر ولادة ثانية للمجلس الدستوري و تعلق فيها الأمر بإجراء الوقف للنظر، السالب للحرية الذي نصت عليه المادة 63-4 من قانون الإجراءات الفرنسي. لقد كان قرار مجلس الدستوري الفرنسي رقم QPC22/14-2010 الصادر بتاريخ 30 جويلية 2010 احد التطبيقات المثيرة للمسألة الأولية للدستورية والتي أثرت بموجب 36 عارضة طعن تقدمت محكمة النقض بإخطار المجلس الدستوري بها عن طريق قرارين منفصلين¹⁵.

إن قرر مجلس الدستوري هذا والقاضي بعدم دستورية كثير من المواد في قانون الإجراءات الجزائية المتعلقة بنظام الوقف للنظر والذي اعتبره البعض قرارا تاريخيا، واعتبره البعض الأخر ولادة ثانية للمجلس الدستوري، أعلن عدم دستورية كثير من المواد في المادة الأولى من القرار، منها المادة 63-4 حيث رأى المجلس الدستوري أن هذه المادة لا تسمح لشخص الموقوف من الاستفادة من الحضور الفعلي للمحامي عند استجوابه، وجاء ذلك في نص القرار في فقرته 28:

« ne permet pas à la personne ainsi interrogée, alors qu'elle est retenue contre sa volonté, de bénéficier de l'assistance effective d'un avocat ;.. »

ثالثا: تعديلات الانصياع لقرار المجلس الدستوري 04-204.

لقد التزم المشرع بقرار المجلس الدستوري واستغل المهلة التي أعطيت له لتعديل كل المواد التي اقر عدم دستورتها، وكان في الموعد عندما تم تعديل قانون الإجراءات الجزائية بموجب قانون رقم 2011-392 المؤرخ في 14 أبريل 2011.

والملفت للانتباه في قانون الإجراءات الجزائية المعدل احتفظ المشرع بكل الضمانات التي نصت عليها المادة 63-4 في قانون قبل التعديل¹⁶: "حق الموقوف في التواصل مع محاميه منذ بداية التوقيف، حق الموقوف في المساعدة القضائية، حق محامي الموقوف على الاطلاع على سبب التوقيف للنظر، حق الموقوف في التواصل مع محامي لمدة لا تتجاوز ثلاثين دقيقة، وحق المحامي عندها تقديم ملاحظات تلحق بملف الإجراءات." وادخل تعديلات جوهرية أزالته صفة اللادستورية عن تلك المواد التي أشار إليها المجلس الدستوري في قراره QPC22/14-2010 الصادر بتاريخ 30 جويلية 2010، و مكنت المحامي من توسيع نطاق تدخله ليشمل التحقيق التمهيدي.

لقد كان قرار المجلس الدستوري QPC22/14-2010 هذا، احد تجليات اعتماد المسألة الأولية للدستورية وكانت هذه الآلية المنفذ القانوني الوحيد الذي اهتدى له المحامون من اجل إلغاء تلك المواد المتواجدة في قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي والتي كانت تعتدي على احد أهم الحقوق، وهو الحق في الدفاع أثناء فترة الوقف للنظر.

المبحث الثاني : الدفع بعدم الدستورية على ضوء تعديلات 2016.

لقد اعتمد المشرع الدستوري الجزائري آلية الدفع بعدم دستورية القوانين كآلية جديدة للرقابة في المنظومة القانونية الجزائرية، وجاء النص عليها في الفصل الأول من الباب الثالث من الدستور تحت عنوان الرقابة تناولها مضمون 188 من دستور 2016 على غرار ما فعله المشرع الدستوري الفرنسي في 2008 و المشرع الدستوري المغربي في 2011.

وباعتماد المشرع هذه الآلية، يكون قد قرر تعزيز دور المجلس الدستوري، وجعله أكثر ديناميكية ونجاعة في حماية الحقوق والحريات، وكسر ذلك العرف الدستوري والذي كان يحصر دور المجلس في مجرد حماية النظام الدستوري الموضوعي، ومن خلال هذه الآلية، يكون قد سمح للأطراف في نزاع قضائي من اللجوء إلى المجلس الدستوري من خلال الدفع بعدم الدستورية إذا كان القانون الذي سيطبق في النزاع يمس بالحقوق والحريات التي يضمنها الدستور.

وستتناول في هذا المبحث الآثار المترتبة على اعتماد آلية الدفع بعدم الدستورية في التعديل الدستوري الجزائري، وفي مطلب ثان سنخوض في كيفية وشروط ممارسة هذا الدفع مستأنسين في هذا الشأن ولأسباب موضوعية بالتجربة الفرنسية.

المطلب الأول : آثار الدفع بعدم الدستورية

ترتب على اعتماد آلية الدفع بعدم الدستورية آثار مست طبيعة المجلس الدستوري، وكذا علاقته بالقضاء ما سنوضحه فيما يلي:

الفرع الأول: تعزيز الصفة القضائية للمجلس الدستوري

لقد حرص أنصار الرقابة السياسية على دستورية القوانين في فرنسا على بقائها سياسية محضة بعيدة عن تدخل القضاء، وذلك للاعتبارات التاريخية المتعلقة في العلاقة المتوترة بين القضاء والسلطة السياسية وكذلك حفاظا على مبدأ الفصل بين السلطات الذي شهد تشدد في تطبيقه في فرنسا بمناسبة موضوع الرقابة الدستورية، و تجلى هذا التوجه في تركيبة المجلس الدستوري الفرنسي، الذي أوكلت له مهمة الرقابة الدستورية، حيث منع رجالات القضاء الممارسين من الالتحاق بهذا المجلس، عكس التجربة الدستورية الجزائرية التي لم تجارى هذا التوجه وعمدت منذ البداية إلى إيجاد موازنة في الرقابة الدستورية ولو كانت محتشمة بين رقابة سياسية وقضائية⁸⁷. حيث ألحقت بتشكيلة المجلس الدستوري الجزائري ممثلين عن السلطة القضائية بل ذهب أبعد من ذلك في التعديل الدستوري 2016 حين شددت في شروط العضوية¹⁷.

وعززت تواجد ممثلين عن السلك القضائي في المجلس الدستوري¹⁸، ويعتبر ذلك سبقا في التشريع الجزائري و الذي أثبت صحته نكوص دعاة الرقابة السياسية على دستورية القوانين و توجيههم إلى تلطيف ذلك التشدد الذي وسم تلك الرقابة لعقود طويلة، واتجهت أخيرا فرنسا مهد الرقابة السياسية على دستورية القوانين وبعد أن اقتنعت بمحدودية أداء ذلك النوع من الرقابة في حماية مبدأ سمو الدستور وبالخصوص مسالة الحقوق والحريات في مقابل الرقابة القضائية على دستورية القوانين .

وباعتماد المشرع الدستوري الفرنسي آلية الدفع بعدم الدستورية Q P C في التعديل الدستوري 2008 من خلال المادة 1/61 ، والتي اقتبسها وبتصرف من الرقابة القضائية لدستورية القوانين يكون قد ولج إلى رقابة قضائية على دستورية القوانين واعتمدها لأول مرة، وباعتماد المشرع الجزائري لذات الآلية في التعديل الدستوري 2016 في المادة 188 يكون قد عزز بشكل حاسم الطبيعة القضائية للمجلس الدستوري و إن لم يكن قد نص عليها صراحة كما فعل ذلك المشرع اللبناني في القانون المتعلق بإنشاء المجلس الدستوري المعدل وتحديدا في الفقرة 2 من المادة الأولى منه أن المجلس هيئة دستورية مستقلة ذات صفة قضائية.

الفرع الثاني: تأسيس علاقة قانونية بين القضاء والمجلس الدستوري

إن مهمة القضاء في الجزائر قبل التعديل الدستوري 2016 كانت تطبيق القانون وليس البحث عن دستوريته من عدمها، والخروج عن هذه القاعدة كان يحدث فقط عند إصدار الآراء ذات الطابع الاستشاري من قبل مجلس الدولة والتي تطلبها الحكومة بمناسبة إعدادها لمشاريع القوانين التي تعرض على البرلمان لمناقشتها وإقرارها وذلك تطبيقا لنص المادة 136 من الدستور، وعليه وكما كان سائد في الممارسات القضائية في فرنسا قبل 2008 ، فانا المجلس الدستوري لم تكن له أي علاقة قانونية بالقضاء في ظل الرقابة السياسية لدستورية القانون.

لكن وبعد اعتماد آلية الدفع بعدم الدستورية والتي نصت عليها المادة 188 في التعديل الدستوري الجزائري 2016 ، والتي سمحت بإخطار المجلس الدستوري بالدفع بعدم الدستورية بناء على إحالة من المحكمة العليا أو مجلس الدولة ، قد تأسست علاقة قانونية بين المجلس الدستوري والقضاء عنوانها الإحالة. هذه العلاقة القانونية قد حددت المادة 188 طرفيها المتمثلين في المجلس الدستوري من جهة، ومن جهة أخرى أعلى هيئتين في الهرم القانوني الجزائري، المحكمة العليا والمجلس الدولة، ولتجسيد هذه لعلاقة القانونية ننتظر التشريعات التنظيمية للمادة 188 المرتقب صدورها في غضون ثلاثة سنوات من إصدار الدستور. في حين أن القانون الأساسي رقم 1523/2009 الصادر بتاريخ 10/12/2009 الفرنسي قد نظم عملية تجسيد المادة 1/61 الناصة على الآلية .

المطلب الثاني: إجراءات الدفع بعدم الدستورية.

وفي عدم صدور القانون العضوي الذي يحدد كيفية وشروط ممارسة الدفع بعدم الدستورية، نجد أنفسنا مجبرين على الوقوف عند الحدود التي رسمتها المادة 188، كما نحاول بالتوازي استجلاء ما قد يفصح عنه القانون العضوي المنتظر من خلال استقراء مواد القانون الأساسي الفرنسي 2009-1523 والذي تكفل بشرح آليات تطبيق المادة 1/61 من الدستور الفرنسي لسنة 2008 والتي تضمنت دسترة الحق في الدفع بعدم الدستورية وسنستغل الفرصة كذلك للوقوف عند ما نراه مواطن قوة، ومواطن خلل في ذلك القانون.

الفرع الأول : عملية إثارة المسألة الدستورية الأولية

سنتعرض في هذا الفرع إلى الجهة التي تستطيع إثارة الدفع بالمسألة الأولية الدستورية، وما هي شروط قبول الدفع بها، وكذلك إجراءات الإحالة على مجلس الدولة أو على محكمة النقض (المحكمة العليا).

لكن قبل الخوض في ذلك يجب الوقوف عند بعض الملاحظات التي يمكن أن نستقيها من قراءة أولية لنص المادة 188 من التعديل الدستوري لـ 2016 .

1- استخدمت كلمة دفع واختار المشرع اسم الدفع بعدم المسؤولية لتعبير عن الآلية الجديدة ، فقد جاء في نص المادة: " يمكن إخطار المجلس الدستوري بالدفع بعدم الدستورية بناء على إحالة من المحكمة العليا أو مجلس الدولة عندما يدعي أحد الأطراف في المحاكمة أمام جهة قضائية أن الحكم التشريعي الذي يتوقف عليه مآل النزاع ينتهك الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور" ، الأمر الذي لم يحدث في نص المادة 1/61 من الدستور الفرنسي والتي جاء نصها خاليا من كلمة الدفع وحتى كلمة دعوى ، كما لم يرد فيها تسمية الآلية حيث قررت المادة : " أنه إذا تبين أثناء دعوى منظورة أمام جهة قضائية وجود نص قانوني يمس الحقوق والحريات التي يكفلها الدستور فيحال الأمر إلى المجلس الدستوري من قبل مجلس الدولة أو محكمة النقض للفصل فيه خلال أجل معين".

مما استدعى تدخل المشرع الفرنسي ، بمناسبة القانون الأساسي رقم 1523 لسنة 2009 الصادر في 2009/12/10 والمتضمن كيفية تطبيق المادة 1/61 من الدستور، فأقر أن الأمر متعلق بدفع واختار تسمية للآلية ، فجاء في نص المادة 23 : " أن المسألة الدستورية الأولية تُثار من خلال دفع يتم الدفع به أمام المحاكم التابعة سواء لمجلس الدولة أم لمحكمة النقض بسبب مرجعه وجود نص تشريعي متضمنا لانتهاك الحقوق والحريات التي كفلها الدستور، على أن يقدم هذا الدفع من خلال مذكرة مكتوبة ومسببة، ويجوز إثارة هذا الدفع لأول مرة أمام محاكم الاستئناف، لكنه لا يجوز للمحكمة إثارة هذا الدفع من تلقاء نفسها..

ويلاحظ أن المشرع الدستوري الفرنسي اختار تسمية للآلية غير التي اعتمدها المشرع الجزائري حيث أطلق عليها اسم المسألة الأولية (الأولية) للدستورية¹⁹ La question prioritaire (Q P C) de constitutionnalité ونعتقد أن المشرع الدستوري الفرنسي قد أصاب حين تجنب اسم الدفع بعدم الدستورية التي أوردها المشرع الدستوري الجزائري في المادة 188 "لأن الأمر لا يتعلق بشكل دقيق بمسألة دفع بعدم الدستورية، -l'exception- الذي يفترض فيه" أن القاضي العادي المختص بالنظر في الدعوى الأصلية مختص أيضا بالبت في الدعوى الدستورية كما هو الحال في التجربة الأمريكية "

كما نراه قد أصاب في استعمال المسألة الأولية La question prioritaire لأن الأمر يتعلق بمسألة فرعية -préjudicielle- ذات أولوية في البت فيها من قبل المجلس الدستوري قبل ان يقدم القاضي على البت في الدعوى الأصلية .

2- المادة 188 أسست لحق جديد للمتقاضى، سمحت له بموجه الولوج وبطريقة غير مباشرة إلى القضاء الدستوري، وبذلك فتح إحالة القوانين غير الدستورية على المجلس الدستوري لم يعد

قاصرا على الطبقة السياسية، بل أصبح من حق المتقاضين من خلال قانون الدفع بعدم الدستورية، الذي يمثل تطورا لافتا في الحياة الدستورية الجزائرية .

3- استبعدت المادة 188 من التعديل الدستوري 01/16 الدعوى الدستورية المباشرة، وألزمت بأن يمر هذا الدفع وجوبا عن طريق المحكمة العليا أو مجلس الدولة وجرى المشرع الدستوري الجزائري في ذلك المشرع الدستوري الفرنسي، إلا أن هناك أنظمة سياسية عدة سمحت بالدعوى الدستورية المباشرة من مثل ألمانيا وإسبانيا .

4- حصرت المادة 188 من التعديل الدستوري 01/16 مجال الدفع بعدم الدستورية في القانون المتعلق بالحقوق والحريات المكفولة دستوريا مستبعدا إمكانية الطعن في دستورية القرارات الإدارية والأحكام القضائية. فلا يكفي أن النص التشريعي مخالف للدستور، حيث يتوجب أن هذا النص التشريعي محل الطعن ينتهك الحقوق والحريات المضمونة دستوريا، ولنا الآن أن نخوض في الإجابة على الأسئلة الواردة في بداية الفرع.

أولا : الجهة المخولة بإثارة الدفع بالمسألة الأولية الدستورية.

لم يذكر المشرع الدستوري في المادة 188 من التعديل الدستوري 2016 من له الحق في إثارة الدفع بعدم الدستورية، إلا أنه من المنطقي أن من له هذا الحق هم أطراف الخصومة الأصليين، وهنا يثور السؤال عن إمكانية تمتع القاضي، والمتدخلين في الخصومة بهذا الحق وذلك ما يجب أن توضحه التشريعات التنظيمية ، على غرار ما حدث في فرنسا حيث منعت المادة 1/23 من القانون الأساس رقم 1523 لسنة 2009 القاضي من إثارة هذه المسألة من تلقاء نفسه.

Un tel moyen peut être soulevé pour la première fois en cause d'appel. Il ne peut être relevé d'office..

كما أعطى لأطراف الخصومة المتدخلين- بالطبع حالة قبول تدخلهم في الدعوى- الحق بالدفع بعدم الدستورية وذلك ما أكده قرار المجلس الدستوري الفرنسي في حكمه رقم 595 لسنة 2009 الصادر في 2009/12/3 .

وأنا نتمنى على المشرع الدستوري الجزائري حين الإقدام على إصدار التشريعات المنظمة للمادة 188 أن لا يجاري المشرع الفرنسي، وأن يجعل من الدفع بعدم الدستورية من النظام العام وذلك بالسماح لقاضي الموضوع أن يدفع بشكل تلقائي بعدم الدستورية كل تشريع يقدر أنه مخالف للدستور صادفه حين الفصل في القضايا المنظورة أمامه، وذلك صونا لمبدأ سمو الدستور الذي يمثل ركيزة دولة القانون.

ثانيا : شروط قبول الدفع بعدم الدستورية:

من الضروري توافر في الدفع كافة الشروط المقررة إجرائيا لقبول أي دعوى وهي:

1- أن يقدم الدفع من صاحب الصفة والمصلحة.

2- أن يقدم الدفع طبقاً للشكل المتطلب قانوناً.

وإذا كانت المادة 188 لم تتعرض لأي شرط لقبول الدعوى، لأنه تفصيل ستتكفل به حتما التشريعات المنظمة لها ، وذلك ما حدث في التشريع الفرنسي حيث نصت المادة .
المادة 1/23 من القانون الأساسي رقم 1523 لسنة 2009 على شرطاً شكلياً واحداً وهو أن يبدي الدفع في مذكرة كتوبة ومسببة "Présenté dans un écrit distinct et motivé"

● إجراءات الإحالة لمجلس الدولة أو محكمة النقض:

هذه العملية أساسية لم يتم التطرق لها في المادة 188 من القانون 01/16 المتضمن تعديل الدستور الجزائري، وهي التي يقوم بها القضاء العادي قبل الإحالة المسألة إلى المجلس الدستوري بحكم أنها تسهل عمل هذا الأخير، حيث ينتظر النص عليها في القانون العضوي الذي يحدد شروط و كفاءات تطبيق الفقرة الأولى من هذه المادة.

و مقارنة بما ورد في التشريع الفرنسي فإن المشرع الدستوري أوجد نظاماً للتصفية يتكفل به القضاء قبل الإحالة إلى المجلس الدستوري. وكان لاعتماد هذا النظام مزايا عدة تمثلت أساساً في تمكنه من ضبط تدفقات الدفوعات بعدم الدستورية المثارة أمام محاكم الموضوع إلى المجلس الدستوري، و عقلنتها، وتلافي إغراق المجلس الدستوري فلا يرشح منها إلا الملفات الجديدة. كما أن نظام التصفية يعتبر نموذجاً مهماً لحوار القضاة، ومن شأنه تطوير انسجام التأويل بخصوص الحقوق والحريات المضمونة دستورياً²⁰.

وهذه العملية قد تكون مزدوجة تقوم فيها الهيئة القضائية بمراقبة أولية على مستواها، ثم بعدها مراقبة ثانية من طرف مجلس الدولة أو محكمة النقض بعد تحويلها إليهما حسب الحالة وحسب الإجراءات المحددة في القانون التنظيمي رقم 2009-1523 حيث نصت المادة 2/23 منه على أن المحكمة المثارة أمامها الدفع بالمسألة الدستورية الأولية تصدر قراراً مسبباً دون التقييد بميعاد محدد في شأن إحالة المسألة الدستورية الأولية إلى مجلس الدولة أو محكمة النقض وتجدر الإشارة إلى أن القاضي لا يراقب الدستورية و إنما يحيل إلى المجلس الدستوري بعد ما يتم التثبت من توافر الشروط الثلاث الآتية:

- 1- أن يكون النص التشريعي المدفوع بعدم دستوريته مطبقاً على النزاع المطروح على المحكمة، أو يعد أساساً للملاحقة القضائية.
- 2- ألا يكون هناك قضاء سابق للمجلس الدستوري متضمناً أن النص المدفوع بعدم دستوريته مطابقاً للدستور، إلا إذا تغيرت الظروف Sauf changement des circonstances
- 3- أن يكون الدفع جدياً.

وفي إطار تبرير المجلس الدستوري الفرنسي لهذا الشرط "مذكرة مكتوبة ومسببة". ذهب في حكمه رقم 595 لسنة 2009 الصادر في 2009/12/3 إلى أن اختصاص المجلس يمتد فقط إلى البحث في الدفع بعدم الدستورية وفقاً لما أوردته المذكرة المكتوبة الخاصة بهذا الدفع، وبناء عليه يلزم أن تحال إليه المذكرة وحدها دون النزاع الأصلي.

ولنا أن نبدي جانباً من الملاحظات على ما سبق:

- 1- كما كان لنظام التصفية مزايا، فإن له في المقابل عيوب يجب التنبه لها :
✓ إن القضايا المرتبطة بالدفع بعدم دستورية القوانين تتطلب سرعة البت، مما سيفرض على محكمة النقض أو مجلس الدولة أن يخصاه بأولوية على حساب الكم الهائل من القضايا المعروضة عليهما، الأمر الذي سيؤدي إلى تعطيل القضايا وإطالة أمدها مما يمس بأحد مبادئ المحاكمة العادلة وهو مبدأ سرعة المحاكمة.
- ✓ نظام التصفية يتسم بالثقل فهو يوجد محطات وسيطة بين المتقاضين و المجلس الدستوري ، قد تدفع بالعزوف عن الاستفادة من هذا الحق مما يرهن جوهر دستوره ونقصد حماية الحقوق والحريات.
- ✓ إن نظام التصفية يمكن أن ينحرف بالإصلاح الدستوري عن مساره المنشود، إذا ما أساءت الهيئات القضائية استعمال حقها في تقدير جدية الدفع، وحينها يتحول القضاة العاديين إلى قضاة دستوريين ابتدائيين، وقضاة ممارسين لنوع من الرقابة الدستورية القبلية .

2- تقدير الجدية:

لقد اشترط المشرع الفرنسي شرط جدية الدفع، إلا أنه لم يحدد معايير مضبوطة لتقديرها، وعدم الحسم في هذه الجزئية قد يفتح باب التأويل، وكنا نرى أنه كان على المشرع ولتوحيد التعامل مع هذا الشرط ولسد منافذ الانحراف في استعماله أن يأخذ صراحة بأحد الآراء الفقهية، ونشير هنا أن فقه القانون الدستوري²¹ تكفل ببيان ذلك موضحاً أن جدية الدفع بعدم الدستورية يقصد بها أمران:

- الأول: أن يكون الفصل في المسألة الدستورية لازماً للفصل في الدعوى الموضوعية.

- الثاني: ضرورة قيام شك حول دستورية النصوص المدفوع بعدم دستورتها.

كما اعتبر بعض الفقه²² أنه يستفاد من معنى الجدية أنها تنتهي إلى استبعاد الدفع الكيدية الواضحة والتي لا يقصد منها غير تعطيل الدعوى، وكذلك الدفع غير المؤثرة في الفصل في الدعوى، كأن يتعلق الدفع بنص لا ينطبق على الواقعة محل النزاع حتى وإن ورد في ذات القانون.

3- لقد ورد في نص المادة 188 من التعديل الدستوري الجزائري 01/16 على أن النص الذي

يدفع بعدم دستوريته يجب أن يتوقف عليه ما آل النزاع ، ويفهم من هذا التعبير أن أي تغير في نص المدفوع بعدم دستوريته سينجر عنه تغير في ما آل النزاع ، وهذا التعبير يعتبر حصر لدائرة الدفع ، ننتظر توسعته في نصوص القانون العضوي الذي أشارت إليه المادة 188 ، وذلك على غرار ما أقدم عليه المشرع الفرنسي في المادة 2/23 من القانون الأساسي رقم 1523-2009²³ حيث نصت المادة 2/23 على أن يكون النص التشريعي المدفوع بعدم دستوريته مطبقاً على النزاع المطروح أو يعد أساساً للملاحقة القضائية.

وبعد هذه الملاحظات ، نستكمل إجراءات الإحالة التي أوردها المشرع الفرنسي في انتظار ما سيقره المشرع الجزائري من خلال القانون العضوي المشار إليه في المادة 188 من الدستور المعدل 01/2016.

إذا قررت محكمة الموضوع أن الدفع غير جدي فلها أن ترفضه وبالطبع هذا لا يحول بين مثير الدفع من أن يطعن على هذا الحكم ويكون له أن يورد ضمن أسباب طعنه، سببًا متعلقًا برفض الدفع.

" La décision de transmettre la question est adressée au Conseil d'Etat ou à la Cour de cassation dans les huit jours de son prononcé avec les mémoires ou les conclusions des parties. Elle n'est susceptible d'aucun recours. Le refus de transmettre la question ne peut être contesté qu'à l'occasion d'un recours contre la décision réglant tout ou partie du litige"

ولم تلزم المادة 2/23 محكمة الموضوع بالفصل في الدفع المثار بالنسبة للمسألة الأولية الدستورية في وقت معين، لكنها اشترطت عليها تسبب الإحالة إذا ما قررت ذلك

" La juridiction statue sans délai par une décision motivée sur la transmission de la question prioritaire de constitutionnalité au conseil d'Etat ou à la cour de cassation."

وفي هذه الحالة ألزمت ذات المادة 2/23 السابقة أن يحال الأمر إلى مجلس الدولة أو إلى محكمة النقض خلال ثمانية أيام من تاريخ صدوره مرفقًا به كافة المستندات والمذكرات ذات الصلة . كما أشارت المادة انه لا يجوز الطعن في قرار الإحالة.

" La décision de transmettre la question est redressée au conseil d'Etat ou à la cour de cassation dans les huit jours de son prononcé avec les mémoires ou les conclusions des parties Elle n'est susceptibles d'aucun recours".²⁴

وإذا تم إحالة المسألة الدستورية الأولية إلى محكمة النقض أو إلى مجلس الدولة بحسب الأحوال ففي هذه الحالة تتولى محكمة النقض أو مجلس الدولة فحص هذه المسألة وتتثبت من توافر الشروط القانونية المقررة في هذا الشأن، وتقوم عقب ذلك إما برفض الدفع وإما بإحالة المسألة الدستورية الأولية للمجلس الدستوري. ويلزم أن يتم التصرف في هذا الدفع في موعد غايته ثلاثة أشهر من تاريخ تسلم الإحالة، وإذا انقضت هذه المدة دون صدور قرار في شأن الإحالة يعتبر الموضوع محالاً قانوناً للمجلس الدستوري.

وهنا نتوقف لإبداء ملاحظة أخرى متعلقة بعيوب نظام التصفية.

✓ القرارات الصادرة عن مجلس الدولة أو محكمة النقض بعدم إحالة المسألة الأولية الدستورية (QPC) غير قابلة لأي طعن، وبذلك لا يمكن للمجلس الدستوري تقدير أو مراقبة التصفية الشيء الذي سيجعل دوره سلبيًا في مجال مراقبة دستورية القوانين. ويخشى عندها انتحل محكمة النقض محل المجلس الدستوري في الرقابة على دستورية القوانين. ولقد عبر عن هذه المخاوف Nicolas Zinamsnou²⁵ حول مدى اعتبار نظام تصفية المسائل الدستورية ذات الأولوية كاجبا لتطور الاجتهاد القضائي للمجلس الدستوري في موضوع الحقوق والحريات.

الفرع الثاني: اتصال المجلس الدستوري بدعوى الدفع بعدم الدستورية

يتصل المجلس الدستوري بدعوى الدفع بعدم الدستورية عن طريق الإحالة والتي تبقى من صلاحيات الهيئات القضائية العليا فقط أي مجلس الدولة أو المحكمة العليا كما ورد ذلك صراحة في نص المادة 188 من قانون التعديل الدستوري 2016، وهذا ما ورد على سبيل الحصر أيضا في المادة 61-1 من الدستور الفرنسي بالنسبة لمجلس الدولة و محكمة النقض.

ولم يحدد الدستور الجزائري الأجل الذي يجب أن تتم فيه تاركا ذلك للقانون العضوي، كما هو الحال في القانون التنظيمي رقم 2009-1523 في التشريع الفرنسي والذي نص في الفقرة السابعة من المادة 23 ضرورة أن يتم إرسال قرار الإحالة الذي يصدر عن محكمة النقض أو عن مجلس الدولة للمجلس الدستوري مسبباً ومرفقاً به مذكرات ومستندات الخصوم في الدعوى الموضوعية، وإذا أصدر مجلس الدولة أو محكمة النقض قراراً بعدم إحالة المسألة الدستورية الأولية للمجلس الدستوري وجب أيضاً إرسال نسخة من هذا القرار إلى المجلس الدستوري.

ويلزم إخطار الأطراف في الدعوى الموضوعية، ومحكمة الموضوع بالقرار الصادر من مجلس الدولة أو من محكمة النقض خلال ثمانية أيام من تاريخ صدوره، وبالطبع إذا انقضت مدة ثلاثة شهور على إحالة الأمر لمجلس الدولة أو لمحكمة النقض فتحال المسألة الأولية الدستورية للمجلس الدستوري بقوة القانون.

يفصل المجلس الدستوري الجزائري في الدفع بعدم الدستورية المحال له من مجلس الدولة أو المحكمة العليا خلال مدة أربعة (04) أشهر التي تلي إخطاره، مع إمكانية تمديد الأجل لمدة أقصاها أربعة أشهر كما ورد في نص المادة 189 فقرة 02 من قانون التعدي، وهو أجل يختلف عن ذلك المحدد بفرنسا و المقدر بثلاثة (03) أشهر بداية من تاريخ رفع المسألة أمام المجلس، حيث يقوم الأطراف بإبداء ملاحظاتهم حضوريا ماعدا في الحالات الاستثنائية المحددة بالنظام الداخلي للمجلس الدستوري الفرنسي 46 كما تنص عليهما المادة 23-10 من القانون التنظيمي المتعلق بتطبيق الفصل 61-1 من الدستور الفرنسي.

وحالما يتم الاتصال بالمجلس الدستوري بالإحالة من قبل محكمة النقض أو من قبل مجلس الدولة، أو من تلقاء ذاته 55 فإنه ملتزم وفقاً للمقرر في المادة 8/23 من القانون الأساسي رقم 1523 لسنة 2009 بإبلاغ كل من رئيس الجمهورية والوزير الأول ورئيس الجمعية الوطنية ورئيس مجلس الشيوخ بهذه الإحالة، وذلك كي يتمكنوا من إرسال وجهة نظرهم للمجلس²⁶، وبالطبع إن حكمة هذا الإبلاغ هو أن تتمكن تلك الجهات من إبداء ملاحظاتها حيال المسألة الدستورية الأولية المطروحة.

نشير في الأخير إلى بعض من المبادئ التي يلتزم بها المجلس الدستوري حين قيامه بفحص المسألة الدستورية الأولية:

أولاً: عينية الدعوى الدستورية

وفقاً لما قرره المادة 9/23 من القانون الأساسي رقم 1523 لسنة 2009. لا يترتب على انقضاء الدعوى التي أثرت فيها المسألة الدستورية الأولية أية نتائج على الفصل في هذه المسألة من قبل

المجلس الدستوري، ولعل مرجع ذلك هو التأكيد على عينية الدعوى الدستورية وأن الهدف منها هو التأكيد والتثبيت من سمو نصوص الدستور.

ثانيًا: ميعاد الفصل في الدعوى الدستورية .

يتوجب على المجلس الدستوري أن يفصل في المسألة الأولية الدستورية خلال ثلاثة شهور من تاريخ اتصاله بالأمر هذا بالطبع على خلاف المواعيد المحددة لا على الرقابة السابقة والتي هي شهر واحد، ومن الجائز تقصير هذا الميعاد ليصبح ثمانية أيام فقط (loi n° 7 du 7 Nov. 1958 Art 25 du l'ord. (fond. No. 58-1076)²⁷).

ثالثًا: واجهية الدعوى الدستورية.

جلسات المجلس الدستوري والمواجهات فيه علنية، إلا إذا قرر المجلس الدستوري غير ذلك لسبب من الأسباب المذكورة في المادة الثامنة من لائحة المجلس وهي في جملتها تعود لأسباب مردها الحفاظ على النظام العام، وحماية الحياة الخاصة للأفراد والمحافظة على حقوق القصر.

رابعًا: تبليغ قرار الفصل في الدعوى الدستورية.

وفقًا للفقرة 11 من المادة 23 فإن المجلس الدستوري طالما أضحت الدعوى مهيأة للفصل فيها فيصدر في شأنها قرارًا مسبقًا ويخطر به أطراف الدعوى ومجلس الدولة أو محكمة النقض بحسب الحال، كما تبلغ بالقرار محكمة الموضوع التي أثير أمامها المسألة الأولية الدستورية.

الخاتمة:

بعد الانتهاء من التحليل والمناقشة لهذه الورقة البحثية تبين لنا المشرع الجزائري بمناسبة التعديل الدستوري 2016 اعتنق وتبنى جملة من التعديلات اعتبرت وثبة حقيقية اختزلت كثيرًا من التأخر الذي كان يطبع التشريع الجزائري .

ولقد كانت هذه التعديلات والإضافات جوهرية، مست بالأساس مواضيع هامة لها علاقة بفكرة تعزيز دولة القانون ودعم حماية الحقوق والحريات، وكان نص المادة 188 المقررة لدسترة الحق في الدفع بعدم الدستورية، هي إحدى هذه الإضافات التي وسمت بالثورة الحقوقية والنقلة النوعية في النظام الدستوري الجزائري

ويعتبر مبدأ الدفع بعدم دستورية القوانين آلية جديدة للرقابة البعدية، يتمكن كل من له الصفة الدفع بعدم دستورية القانون الذي سيطبق عليه في النزاع المعروض أمام المحكمة يمس بالحقوق والحريات التي يضمنها الدستور، وبذلك فحق إحالة القوانين غير الدستورية على المجلس الدستوري لم يعد حكرًا على الطبقة السياسية، بل أصبح من حق المتقاضين أيضًا، مما يشكل ثورة حقوقية وخطوة حاسمة في النظام الدستوري الجزائري.

وتنص المادة 188 من التعديل الدستوري 2016 على آلية الدفع بعدم دستورية القوانين ، وتورد ذات المادة أنه، بموجب قانون تنظيمي يحدد شروط وإجراءات تطبيق هذا المادة، وفي انتظار ذلك وبناء على ما تقدم ومحاولة لدرء كثير من النقائص التي أبانها تطبيق نظام الدفع بعدم الدستورية في التشريع الفرنسي نورد جملة من التوصيات :

01- نعتقد أن المشرع الدستوري الفرنسي قد أصاب حين تجنب اسم الدفع بعدم الدستورية التي أوردها المشرع الدستوري الجزائري في المادة 188 لأن الأمر لا يتعلق بشكل دقيق بمسألة دفع بعدم الدستورية، -l'exception- الذي يفترض فيه أن القاضي العادي المختص بالنظر في الدعوى الأصلية مختص أيضا بالبت في الدعوى الدستورية كما هو الحال في التجربة الأمريكية الذي نقترح إعادة النظر في تسمية الآلية حتى تتوافق مع مضمونها.

02- إننا نتمنى على المشرع الدستوري الجزائري حين الإقدام على إصدار التشريعات المنظمة للمادة 188 أن لا يجاري المشرع الفرنسي، وأن يجعل من الدفع بعدم الدستورية من النظام العام وذلك بالسماح لقاضي الموضوع أن يدفع بشكل تلقائي بعدم الدستورية كل تشريع يقدر أنه مخالف للدستور يصادفه حين الفصل في القضايا المنظورة أمامه، وذلك صونا لمبدأ سمو الدستور الذي يمثل ركيزة دولة القانون.

03- لقد ورد في نص المادة 188 من التعديل الدستوري الجزائري 01/16 على أن النص الذي يدفع بعدم دستوريته يجب أن يتوقف عليه ما آل النزاع ، وهذا التعبير يعتبر تطبيق لدائرة الدفع ، ننتظر توسعته في نصوص القانون العضوي الذي أشارت إليه المادة 188 ، وذلك على غرار ما أقدم عليه المشرع الفرنسي في المادة 2/23 من القانون الأساسي رقم 2009-1523 حيث نصت المادة 2/23 على أن يكون النص التشريعي المدفوع بعدم دستوريته مطبقاً على النزاع المطروح أو يعد أساساً للملاحقة القضائية.

04- لقد اشترط المشرع الفرنسي جدية الدفع كشرط لقبوله ، من أجل تحييد الدفع الكيدية ، إلا أنه لم يحدد معايير مضبوطة لتقديرها ، وعدم الحسم في هذه الجزئية قد يفتح باب التأويل ، ولتوحيد التعامل مع هذا الشرط ، ولسد منافذ الانحراف في استعماله ، ننتظر من المشرع الجزائري أن يحسم الأمر ويحدد معايير دقيقة و موحدة تأخذ صراحة بأحد الآراء الفقهية القائمة.

05- إن القضايا المرتبطة بالدفع بعدم دستورية القوانين تتطلب سرعة البت، مما سيفرض على محكمة النقض أو مجلس الدولة أن يخصاه بأولوية على حساب الكم الهائل من القضايا المعروضة عليهما، لذا نقترح على المشرع الجزائري استحداث هيئة صلب المحكمة العليا ومجلس الدولة للنظر في وجهة الطعن.

06- القرارات الصادرة عن مجلس الدولة أو محكمة النقض بعدم إحالة المسألة الأولية الدستورية (QPC) غير قابلة لأي طعن، وبذلك لا يمكن للمجلس الدستوري تقدير أو مراقبة التصفية الشيء الذي سيجعل دوره سلبيا في مجال مراقبة دستورية القوانين. لدى ننتظر من المشرع الجزائري ولتجاوز هذا الإشكال الكبير إحداث غرفة للتصفية ثالثة بالمجلس الدستوري يحضر على قضاياها المشاركة في البت في الدفع بعدم الدستورية.

الهوامش:

- 1 - علي السيد الباز، الرقابة على دستورية القوانين في مصر(دراسة مقارنة)، دار الجامعات المصرية، مصر، 1978 ص27.
- 2- بيرون أبارون و س.توماس دينس، الوجيز في القانون الدستوري-المبادئ الأساسية للدستور الأمريكي ، ترجمة مصطفى غنيم، الجمعية المصرية لنشر المعرفة و الثقافة العالمية ، الطبعة الأولى ، سنة 1998 ، ص 69.
- 3 - رشيدة العام ، المجلس الدستوري الجزائري ، دار الفجر للنشر و التوزيع ، القاهرة ، 200 ، ص07.
- 4- بيرون أبارون و س.توماس دينس ، المرجع السابق ، ص50.
- 5 - ميلود ذبيح، مبدأ الفصل بين السلطات في النظام الدستوري الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدستوري كلية الحقوق، قسم العلوم الإدارية، باتنة، 2006 ، ص11
- 6 - سعد عصفور ، المبادئ الأساسية في القانون الدستوري و النظم السياسية ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، سنة 1980، ص 180.
- 7 - سعد عصفور . المبادئ الأساسية في القانون الدستوري والنظم السياسية . منشأة المعارف بالإسكندرية 1980 ص 25
- 8 - محمد كامل ليله، القانون الدستوري، جامعة عين شمس، 1967 ص 125.
- 9- مصطفى عفيف ، الوجيز في مبادئ القانون الدستوري ن النظم السياسية الكتاب الأول ط2، 1984، ص26.
- 10 - حسن أحمد على ، حقوق الإنسان ، وكالة المطبوعات ، الكويت ، ص26.
- 11 - Claude Leclercq, Droit constitutionnel et Institutions politiques, Litec, 10ème Edit., paris, 1999, p 113.
- 12 -Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République, JORF n°0171 du 24 juillet
- 13 -PhillipeArdant,Institutions politiques et droit constitutionnel, DELTA, 16ème Edit., LIBAN, 2004, pp 201.
- 14-Phillipe Ardant, op.cit, p 117.
- 15-القرار الأول لمحكمة النقض رقم 12030 المؤرخ في 31 ماي 2010
- القرار الثاني لمحكمة النقض رقم 12041-12042-12043-12044-12046-12047-12050-12051-12052-
- 12052-12054 بتاريخ 4 جوان 2010 .
- 16-Loi n°2004-204 du 9 mars 2004 - art. 14 JORF 10 mars 2004 en vigueur le 1er octobre 2004
- 1- في المادة 184 في التعديل الدستوري 2016 أوجبت شروط للعضوية منها : التمتع بالخبرة المهنية مدمها 15 سنة على الأقل في التعليم العالي في العلوم القانونية ، أو القضاء أو مهنة محامي لدى المحكمة العليا ، أو لدى مجلس الدولة ، أو وظيفة عليا.
- 18 - المادة 183 من التعديل الدستوري 2016 عززت تواجد ممثلي عن سلك القضاء في تركيبة المجلس الدستوري فيعد أن كانوا 2 صبحوا 4 ، 2 تنتخبهما المحكمة العليا و 2 ينتخبهما مجلس الدولة.
- 19 - Décision n° 2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010 .

- 20 - محمد أتركين ، دعوى الدفع بعدم الدستورية في التجربة الفرنسية، الإطار القانوني والممارسة القضائية، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى 2013، ص 55.
- 21 - رائد صالح أحمد قنديل، الرقابة على دستورية القوانين-دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ص 126.
- 22 - عزيزة الشريف "دراسة في الرقابة على دستورية التشريع، مطبوعات جامعة الكويت، 1995، ص 177.
- 2 - صدر القانون الأساسي رقم 1523-2009 المتعلق بالدفع بالمسألة الأولية من أجل شرح المادة 1/61 من الدستور الفرنسي.
- 24- ليلي بن بغيلة، دعوى الدفع بعدم الدستورية في ظل التعديل الدستوري لسنة 2016، استئناسا بالتجربة الفرنسية، مقال منشور بمجلة الشريعة والاقتصاد، العدد الثاني، ديسمبر 2017، ص ص 65-69.
- 25 - محمد أتركين ، المرجع السابق، ص 146.
- 26 - يجوز للمجلس الدستوري أثناء مباشرته لمهامه كقاضي انتخابات أو استفتاءات أن يقبل الدفع بعدم الدستورية التي عساها قد تثار أمامه، ونرى كذلك أن له أن يثير المسألة الدستورية الأولية أيضاً- في هذا الخصوص- من تلقاء نفسه طالما أنه بالنسبة لهذه الأمور ينظر إليه كقاضي موضوع. وبالطبع لا لزوم لإحالة الموضوع لمجلس الدولة أو لمحكمة النقض في هذا الفرض، ونرى أن ذلك يعد بمثابة نوعاً من أنواع التصدي الذي يضطلع به المجلس الدستوري.
- ²⁷ - نقلا عن - ليلي بن بغيلة، دعوى الدفع بعدم الدستورية في ظل التعديل الدستوري لسنة 2016، استئناسا بالتجربة الفرنسية، مقال منشور بمجلة الشريعة والاقتصاد، العدد الثاني، ديسمبر 2017، ص 65.