إثارة القاضي تلقائيا لعدم دستورية القوانين بين الحظر والجواز

The automatically rising by the judge of unconstitutionality of the laws between prohibition and permissibility

حسان مرابط*
المركز الجامعي مرسلي عبد الله، تيبازة –الجزائر
hassenemr@gmail.com

تاريخ الارسال: 2022/02/24 تاريخ القبول: 2022/05/11 تاريخ النشر:2022/06/15

ملخص:

حظر المشرع الجزائري على قاضي الموضوع إثارة عدم دستورية القوانين تلقائيا بمناسبة تطبيقه لها لأسباب تتعلق أساسا باحترام التزام الحياد، ضمان مبدأ الفصل بين السلطات، وعدم تدخل القضاء في عمل المحكمة الدستورية صاحبة الاختصاص الحصري بحسم مسائل الدستورية.

استهدف المقال انتقاد هده الوضعية مع تقديم اقتراح مؤسس على حجج منطقية، يهدف إلى تزويد القاضي بحق الإثارة و الإحالة التلقائية على المحكمة الدستورية للنص القانوني الذي يلاحظ عدم دستوريته، عندما لا يقدم أطراف النزاع دفعا بدلك، لأجل عدالة جيدة تضمن حماية الحقوق والحريات الدستورية المتصلة بالدعوى.

كلمات مفتاحية : حياد القاضي. النظام العام. تدرج القواعد القانونية. الإحالة التلقائية. الحجية المطلقة.

Abstract:

When applying the laws, the legal texts prohibit the trial judge from automatically rising their unconstitutionality for reasons related to compliance with the obligation of impartiality, the guarantee of the principle of separation of powers and the non-interference of the court in the work of the Constitutional Court, the sole holder of exclusive competence to resolve constitutional disputes.

This article is intended as a critique of this situation by suggesting a proposal based on logical arguments in order to provide the judge with the right to automatically raise and refer that text to the Constitutional Court which would find its unconstitutionality when the parties of the dispute do not present reasons for this. This will ensure better justice guaranteeing constitutional rights and freedoms related to the judicial process.

Keywords: Impartiality of Judge- Public Order- Hierarchy of Legal Norms- Automatic Renvoi- Erga Omnes.

*المؤلف المرسل

مقدمة

تعتبر الرقابة على دستورية القوانين إحدى المسائل التي تخرج عن الاختصاص الوظيفي للقضاء بنوعيه إداري، عادي، حيث يؤول ذلك حصرا للمحكمة الدستورية.

ورغم العمل بأسلوب الرقابة السابقة على دستورية القوانين سواء كانت اختيارية أو إجبارية، إلا أن ذلك لا يعني بالضرورة خضوع كافة القوانين العادية للفحص من طرف المحكمة الدستورية، فقد تمتنع الجهات السياسية المعنية عن إخطار المحكمة الدستورية لاعتبارات سياسية، أما بالنسبة للتنظيمات والأوامر فلا يتصور حصول إخطار بشأنها إلا بعد إصدارها من رئيس الجمهورية، وهي بذلك تفلت من الرقابة السابقة لتعرض على القاضي عند تطبيقه لها بمناسبة فصله في المنازعات المطروحة أمامه.

ولتجنب تطبيق القاضي للقوانين التي أفلتت من الرقابة السابقة، والتي قد تكون مخالفة للدستور وتمس بالحقوق والحريات المضمونة أو حتى مشكوك فيها، فقد اعترف المؤسس الدستوري لأول مرة مند الاستقلال [1] بحق أطراف النزاع في دعوى قضائية بالحق في الدفع بعدم دستورية النص التشريعي أو التنظيمي المزمع تطبيقه، وهو ما يعزز أكثر حق الدفاع، وقد نظمه المشرع بموجب قانون عضوي.[2]

وتنقسم المسائل القانونية التي تعرض على قاضي الموضوع إلى نوعين، هناك مسائل من النظام العام يقع على القاضي واجب إثارتها من تلقاء نفسه كونها تتصل بالمصلحة العامة، دون أن يشكل عمله مساسا بالتزام الحياد، من أمثلتها قواعد الاختصاص القضائي الوظيفي و النوعي، شرط الميعاد في دعوى الإلغاء، وحجية الشيء المقضي به التي تتمتع بها الأحكام القضائية.

بالمقابل هناك مسائل لا تندرج ضمن النظام العام، تتميز بكونها تتصل بالمصلحة الخاصة لأطراف النزاع، حصر حق إثارتها على الخصوم فقط، حيث لا يجوز للقاضي التدخل بشأنها بهدف الحفاظ على التزام الحياد.

يكشف التنظيم الحالي لمسائل دستورية القوانين على منع القاضي من التعرض لها تلقائيا، عندما لا يقدم أحد أطراف النزاع دفعا بعدم الدستورية، هذا المنع المؤسس على أسباب دافعة إليه يخرجها مبدئيا من النظام العام (**أولا**) وهي الوضعية التي نعتقد بعدم انسجامها مع فكرة النظام العام المنبثقة من طبيعة الوثيقة الدستورية و دور القاضي في النزاع المعروض عليه، في هذا الإطار نقدم اقتراحا مؤسسا على مجموع من الحجج، يهدف إلى تمكين قاضي الموضوع من حق إثارة مسائل دستورية القوانين، وبالنتيجة إحالتها تلقائيا على المحكمة الدستورية (**ثانيا**).

أولا: الوضعية الحالية لإثارة مسائل الدستورية.

تحرك الرقابة على دستورية القوانين في الجزائر بموجب آليتين، أولها الإخطار من طرف شخصيات سياسية تنتمي إلى السلطتين التشريعية و التنفيذية دون السلطة القضائية [3]، وهو يتعلق غالبا بالرقابة السابقة، ثانيها هي الدفع المقدم من احد أطراف النزاع بمناسبة دعوى قضائية يطعن بموجبه في دستورية النص التشريعي أو التنظيمي المزمع تطبيقه من القاضي، وهو يتعلق بالرقابة اللاحقة، وبهذا حصرت النصوص القانونية في الحالتين إثارتها في الخصوم أطراف الدعوى بموجب دفع **(1)** مقابل حرمان القاضي من الإثارة التلقائية لمسائل الدستورية، حيث يقتصر دوره على التأكد من توافر الشروط القانونية للدفع وإحالته على المحكمة الدستورية **(2)**.

1. حق أطراف النزاع في الدفع بعدم دستورية القوانين.

تعود الجذور التاريخية للدفع بعدم دستورية القوانين إلى قضية Marbury ضد Madison سنة 1803 في الولايات المتحدة الأمريكية [4]، وهو طريقة دفاعية من الخصم يهدف منه إلى استبعاد تطبيق القانون دون إلغائه، ويختص القاضي المثار أمامه الدفع بالفصل فيه طبقا لقاعدة قاضي الدعوى قاضي الدفع.

في الجزائر وخلافا للولايات المتحدة الأمريكية، يمكن تصنيف الدفع بعدم الدستورية ضمن المسائل الفرعية **(1.1)** والتي يجوز إثارتها طيلة مراحل التقاضي **(2.1)**.

1.1. عدم دستورية القوانين مسألة فرعية.

تنقسم المسائل التي تعرض على القاضي إلى صنفين رئيسيين هما الدفوع أو المسائل الأولية Les Questions Préalables و المسائل الفرعية Les Questions Préjudicielles، وهذا التقسيم يقوم على معيار أساسي هو مدى اختصاص القاضي وظيفيا أو نوعيا بالمسألة المثارة أمامه.

تتميز الدفوع الأولية بكونها تندرج ضمن اختصاص قاضي النزاع الأصلي، حيث تنطبق عليها **قاعدة قاضي الدعوى قاضي الدفع**، وقد تناولتها النصوص الإجرائية، نذكر منها ما ورد في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية [5] والذي ميز بين ثلاث أنواع من الدفوع.

يتمثل النوع الأول في الدفوع الشكلية [6]، تخص عدم الاختصاص القضائي الإقليمي، وحدة الموضوع و الارتباط، إرجاء الفصل في الخصومة، بطلان الإجراءات، يتعلق بانعدام أهلية التقاضي وانعدام التفويض لممثل الشخص المعنوي، يجب إثارتها قبل تقديم أي دفع موضوعي أو تقديم دفع بعدم القبول [7].

النوع الثاني يتمثل في الدفع بعدم القبول [8] مثل انعدام الصفة، انعدام المصلحة، حجية الشيء المقضي فيه، فوات ميعاد رفع الدعوى، وهو يقدم في أي مرحلة و لو بعد تقديم دفع في الموضوع.

النوع الثالث هو الدفوع الموضوعية [9] تتميز بكونها تدخل ضمن الاختصاص الوظيفي و النوعي لقاضي الدعوى الأصلية، يمكن إثارتها في أي مرحلة كانت عليها الدعوى، وهي ليست من النظام العام كونها تتعلق بمصلحة الخصوم.

وخلافا للدفوع الأولية بأنواعها الثلاث السالفة الذكر تتميز **المسائل الفرعية**Préjudicielles بكونها تخرج عن الاختصاص الوظيفي أو النوعي للقاضي المثارة أمامه المسألة، اذ يؤول إلى جهة قضائية أخرى، وبذلك **لا تنطبق عليها قاعدة قاضي الدعوى قاضي الدفع** [10]، هذا النوع من المسائل يطرح كثيرا في القضايا الجزائية طبقا لنص المادة 330 من قانون الإجراءات الجزائية، من أمثلتها الدفع الذي يقدمه المتهم بعدم مشروعية القرار الإداري، حيث يحيله القاضي الجزائي على القاضي الإداري المختص بالفصل فيه.

ولأن الفصل في المسألة الفرعية ضروري لحسم النزاع الأصلي، وتطبيقا لمبدأ إجابة القاضي عن طلبات الخصوم، يتوقف القاضي عن نظر النزاع، ويقوم بإحالة المسألة الفرعية على الجهة القضائية المختصة لحسمها، وبعدها يستأنف الفصل في النزاع بناء على موقف الجهة القضائية المختصة.

فيما يخص تصنيف مسائل دستورية القوانين ضمن ما سبق، فإن ذلك يتم عبر تبيان خصائصها المميزة لها، لهذا فهي تطرح على القاضي من الخصوم، وأن قبولها مقيد باستيفاء جملة من الشروط الشكلية والموضوعية.

تتعلق الشروط الشكلية بالمذكرة وبالقانون محل الدفع بعدم دستوريته، بالنسبة للمذكرة يشترط فيها الكتابة، التسبيب، وأن تكون منفصلة عن الدعوى تحت طائلة عدم قبول، أما بالنسبة للنص محل الدفع فيجب أن يكون هو المزمع تطبيقه لحسم النزاع، ألا يكون قد سبق فحصه من المحكمة الدستورية والتصريح بدستوريته باستثناء حالة تغير الظروف.

فيما يخص الشروط الموضوعية فتنصرف إلى اتسام الدفع أو الوجه المثار بطابع الجدية، أي أن توجد حقيقة شبهة بانتهاك النص التشريعي لحقوق وحريات دستورية مضمونة، وهو الشرط الذي يقوم بتحليله القاضي العادي أو الإداري، والتأكد منه بعد تقديم الخصم لأسباب عدم الدستورية وتوضيحها، من خلال تبيان انتهاك النص القانوني لحق أو حرية دستورية لدى تسبيب المذكرة. [11]

عندما يكون الدفع المثار يستوفي الشروط القانونية المطلوبة، يقوم قاضي الدعوى الأصلية بإحالته إلى مجلس الدولة أو المحكمة العليا حسب طبيعة النزاع، ثم يقوم رئيس كل هيئة قضائية بإحالة الدفع على المحكمة الدستورية للفصل فيه، وبعدها إحالة قرارها إلى قاضي النزاع الأصلي لاستئناف الفصل فيه، بناءا على قرار المحكمة الدستورية القاضي سواء بدستورية النص القانوني، وبالتالي تطبيقه على النزاع، أو تطبيق النص الجديد المتوافق مع الدستور في حالة الحكم بعدم دستورية النص محل الدفع بعدم الدستورية [12].

إن النظام القانوني للدفع بعدم الدستورية في الجزائر يتشابه كثيرا مع المسائل الأولية لدستورية القوانين في فرنسا، والمكرس بموجب المادة 1/61 من الدستور، ويظهر وجه الاختلاف في التسمية أو بالأحرى في التكييف القانوني، بينما استعمل المؤسس الدستوري الجزائري مصطلح الدفع بعدم الدستورية L'exception D'inconstitutionnalité فإن المشرع الفرنسي بموجب القانون العضوي المنظم لها [13] وظف مصطلح المسألة ذات الأولوية للدستورية Question Prioritaire De Constitutionnalité (QPC)، في هذا الإطار وعلى الصعيد

الفقهي يعتقد الأستاذ Borzeix بأن المصطلح الشائع " الدفع" لا يتلاءم للدلالة على الإجراء المنصوص عليه في المادة 1/61 من الدستور الفرنسي، بسبب أن قاضي الموضوع لا يمكنه أن يفصل في مسألة عدم الدستورية، إعمالا للمبدأ التقليدي القاضي بأن قاضي الدعوى هو أيضا قاضي الدفع [14].

بتعبير آخر يتعلق الأمر بموجب المادة 1/61 من الدستور باستحداث آلية المسالة ذات الأولوية كمسألة فرعية تطرح أمام قاضي الموضوع بمناسبة دعوى وضرورية لحل النزاع، غير أنه لا يمكنه أن يفصل فيها قاضي الموضوع بنفسه، بل ينبغي عليه أن يحيلها على القاضي الأعلى الذي يتبعه، ثم بصفة احتمالية إلى المجلس الدستوري صاحب الاختصاص بالفصل فيها، وعليه لا يمكن تصنيف ما ورد في المادة 1/61 من الدستور إلا ضمن المسائل الفرعية Question Préjudicielle أو عن إجراء فرعي لرقابة دستورية القوانين، لأن تعبير الدفع كما يؤكده DRAGO لا يصح استخدامه إلا إذا كان لقاضي الموضوع أن يفصل فيه، وأن تكون مسألة الدستورية مسألة إجرائية وليست موضوعية [15].

ويخلص BORZEIX إلى أن المسألة ذات الأولوية للدستورية وسيلة دفاع موضوعية يقدمها الخصم لكسب الدعوى، من هذا المنظور فهي تقترب أكثر من الدفع بعدم المشروعية والمندرج ضمن طائفة الأسباب التي لها علاقة بموضوع العمل القانوني، غير أن هذه المقارنة بينهما لا يمكن الاحتفاظ بها لاعتبارين، أولهما عدم أحقية القاضي في إثارتها من تلقاء نفسه و الحلول محل الخصوم في هذا الشأن، رغم أنها تتعلق بالنظام العام.

الاعتبار الثاني يعود إلى أنه ليس لانقضاء الدعوى التي أثيرت بمناسبتها مسألة الدستورية أي تأثير على فحص الملف، حيث يستمر المجلس الدستوري في فحص هذه المسألة، أي وجود علاقة منفصلة بين المسألة بمجرد إحالتها إلى المجلس الدستوري و انقضاء الدعوى [16].

لهذا يمكن النظر إلى المسألة ذات الأولوية للدستورية على أنها ليست دفع إجرائي، بل تعد قبل كل شيء طعن موضوعي و فردي لإلغاء القانون، يستهدف في المقام الأول تحريك رقابة مجردة لنص تشريعي على ضوء الحقوق و الحريات التي يكفلها الدستور، والتي تسفر طبقا للمادة 62 من الدستور على إلغاء النص التشريعي محل الطعن والذي تتقرر عدم دستوريته [17].

رغم صحة مصطلح الدفع كونه يقدم من الخصوم للدفاع عن حقوقهم، إلا أننا نعتقد بأن المصطلح المناسب هو المسألة الفرعية أو مسألة موضوعية ذات أولوية، كما هو سائد في القانون الفرنسي، لأن مدلول الدفع لا ينسجم مع قاعدة قاضي الدعوى قاضي الدفع، رغم وجود استثناءات عن هذه القاعدة، لخروج رقابة دستورية القوانين – نسبيا وليس كليا – عن الاختصاص الوظيفي للقاضي العادي أو الإداري، حيث تؤول تلك المهمة إلى المحكمة الدستورية، بينما يقتصر دور قاضي النزاع على بحث الطابع الجدي للمسألة، التوقف عن الفصل في النزاع، اتخاذ قرار بعدم الإحالة أو الإحالة على المحكمة الدستورية لحسمها.

يمكن التأكيد على الرأي السابق بالنموذج الأمريكي الذي يعد الأصل التاريخي لأسلوب الدفع بعدم دستورية القوانين، فهو يمنح لقاضي الدعوى الأصلية حق الفصل فيه بنفسه دون إحالة إلى المحكمة الدستورية الفدرالية، عندما يتعلق الأمر برقابة دستورية قوانين الولايات دون القوانين الاتحادية التي تختص بها المحكمة الفدرالية، وهو الوضع الذي يختلف تماما مع ما هو سائد في الجزائر، ومن ثمة فإن الأمر يقترب أكثر فأكثر من المسائل الفرعية لدستورية القوانين [18].

من جهة ثانية تندرج دستورية القوانين ضمن المسائل الموضوعية، وليست الإجرائية أو بعبارة أخرى وسيلة دفاع موضوعية [19] مختلفة تماما عن الدفوع الشكلية و الدفوع بعدم القبول، لأنها ترتبط بكسب الدعوى من خلال إلغاء النص التشريعي أو التنظيمي الذي مس بحق أو حرية دستورية مضمونة، وتطبيق نص آخر يتوافق مع الدستور.

مثلا يندرج الدفع المقدم من طرف المتهم بعدم دستورية المادة 416 من قانون الإجراءات الجزائية ضمن المسائل الموضوعية الفرعية، والتي أحالها القاضي الجزائي على المجلس الدستوري – سابقا – والذي أقر بعدم دستورية المادة المذكورة لانتهاك مبدأ التقاضي على درجتين [20].

2.1. إثارة عدم الدستورية في أي وقت

كما هو معلوم تسمح النصوص الإجرائية بإثارة المسائل المندرجة ضمن النظام العام على جميع مستويات التقاضي، سواء درجة أولى، استئناف، أو النقض، ويقع على عاتق القاضي واجب إثارتها تلقائيا على غرار الدفع بعدم القبول مثل انعدام الصفة والمصلحة [21].

على مستوى القانون العضوي المتعلق بالدفع بعدم الدستورية، فقد سمحت المادة 2 منه بإثارته أمام هيئات القضاء العادي و هيئات القضاء الإداري من قبل أطراف النزاع للمرة الأولى على مستوى محكمة أول درجة (محكمة – محكمة إدارية– مجلس الدولة كجهة أول وآخر درجة، الأقضية الإدارية المتخصصة) أو الاستئناف (المجلس القضائي، المحاكم الإدارية الاستئنافية، مجلس الدولة كجهة استئناف) وحتى على مستوى النقض أمام المحكمة العليا أو مجلس الدولة.

تجدر الإشارة إلى استثناء محكمة الجنايات الابتدائية من إثارة الدفع بعدم الدستورية أمامها طبقا لنص المادة 3 من القانون العضوي 18/ 16.

يظهر التشابه كبيرا مع القانون الفرنسي حيث يمكن إثارة مسائل الدستورية على مستوى القضاء العادي (قضاة الموضوع) أو لاحقا أمام محكمة النقض قبل إيداع رأي المستشار المحافظ، و أمام مجلس دولة بعد إيداع المقرر العام لخلاصاته، وحتى بعد غلق التحقيق لضمان عدالة جيدة [22].

لقد كانت هذه الخاصية فيما مضى إحدى الخصائص المميزة لمسائل النظام العام دون الأخرى المرتبطة بمصلحة الخصوم، هذه الأخيرة يجب إثارتها قبل أي دفع في الموضوع، غير أن أهميتها انحسرت في الجزائر وفرنسا، حيث سمحت المادة 344 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية [23] بإثارة أوجه جديدة في أي مرحلة

حتى لو لم تكن من النظام العام [24] مع الإشارة إلى أن المادة السالفة الذكر واردة ضمن القسم الثاني المتعلق بالاستئناف، واتجه المشرع بعيدا عندما سمح بإثارة أوجه جديدة في النقض بموجب المادة 368 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

إذن لا يمكن التعويل على هذه الخاصية للحكم على مسائل دستورية القوانين بأنها تحوز إحدى خصائص النظام العام، طالما أن المسائل والدفوع الموضوعية غير المندرجة ضمن النظام العام، والمتعلقة بمصلحة الخصوم هي الأخرى يمكن إثارتها من الخصم في أي وقت، و يستثنى منها الدفوع الإجرائية التي أوجب المشرع إثارتها بداءة قبل إبداء أي دفع في الموضوع على غرار الدفوع الشكلية، والدفع ببطلان الإجراءات تحت طائلة عدم القبول.

2. منع القاضي من إثارة مسائل الدستورية.

عندما لا يقدم أطراف النزاع دفعا بعدم دستورية النص القانوني محل التطبيق من طرف القاضي، أو عندما تكون هذه الدفوع غير مؤسسة، حظرت النصوص القانونية ذات الصلة بالإخطار و بالدفع على القاضي إثارة دستورية النصوص التي يطبقا تلقائيا **(1.2)** وهو المنع المدعم بمجموعة من الأسباب الدافعة إليه**(2.2)**.

1.2. الأسس القانونية لمنع القاضي من إثارة دستورية القوانين.

على مستوى النصوص الدستورية المتعلقة بإخطار المحكمة الدستورية يلاحظ حرمان السلطة القضائية منه [25] وبتعبير أدق الإحالة القضائية التلقائية، وبالنتيجة لذلك في مجال الدفع بعدم دستورية القوانين لم يسمح المؤسس الدستوري للقاضي إثارتها تلقائيا، لأن منح القاضي صلاحية الإخطار يقتضي منحه حق الإثارة التلقائية لمسائل دستورية القوانين و العكس صحيح.

لقد وظف المؤسس الدستوري بموجب المادة 195 من الدستور عبارة " عندما يدعي أحد الأطراف في المحاكمة " وهي الصياغة التي فرضت على المشرع بموجب المادة 4 من القانون العضوي سن قاعدة ناهية للقاضي من إثارة عدم دستورية أي نص يزمع تطبيقه على النزاع ، وهو المنع الذي يخرج مسائل عدم دستورية القوانين من نطاق النظام العام والمصلحة العامة.

ولا شك أن الإثارة التلقائية من القاضي تشكل مخالفة لالتزام قانوني يترتب عنها إبطال قرار الإحالة من طرف الهيئة القضائية الأعلى درجة أو من طرف المحكمة الدستورية إذا تعلق الأمر بإحالة مباشرة من المحكمة العليا أو مجلس الدولة.

ويجدر التمييز في هذا الصدد بين قضاة الحكم و قضاة النيابة، حيث يقتصر الحظر على قضاة الحكم فقط، بينما يجوز لجهاز النيابة العامة في القضايا الجزائية ممثلة في كل من وكلاء الجمهورية على مستوى المحاكم، و النواب العامون على مستوى المجالس القضائية والمحكمة العليا تقديم دفع بعدم الدستورية، لأنها طرفا في النزاع الجزائي، كما تسمح به النصوص المتعلقة بالدفع بعدم الدستورية.

خارج القضايا الجزائية تتدخل النيابة العامة كطرف أصلي من ثمة يجوز لها تقديم دفع بعدم دستورية في القضايا المتعلقة بالنظام العام [26] في جميع القضايا المتعلقة بشؤون الأسرة [27] دعاوى الحالة المدنية، والجنسية[28] دعاوى الإفلاس وتسوية القضائية [29].

أما بالنسبة لمحافظ الدولة على مستوى القضاء الإداري، ورغم الغموض الذي يكتنف دورهم الحقيقي على مستوى هيئات القضاء الإداري بالمحاكم الإدارية و مجلس الدولة، إن كانوا قضاة نيابة عامة من عدمها، نتيجة استعمال المشرع مصطلح النيابة العامة عند الحديث عن دورهم، فالراجح عدم أحقيتهم في إثارة مسائل دستورية القوانين لأنهم ليسوا أطرافا في النزاع خلافا لقضاة النيابة العامة بالقضاء العادي، لأن دورهم الحقيقي هو تحليل النزاع من حيث الواقع، القانون، وتقديم اقتراحات لقضاة الموضوع تتضمن الحلول المناسبة له [30].

مقارنة مع فرنسا يقتصر الأمر على قضاة النيابة العامة بالقضاء العادي عندما يكونوا أطرافا في النزاع إثارة المسألة ذات الأولوية للدستورية، دون المقرر العام (مفوض الحكومة سابقا) بالقضاء الإداري، واللذين يقابلهم في الجزائر محافظي الدولة، عندما لا تكون النيابة العامة طرفا في النزاع لايجوز لها إثارة عدم دستورية القوانين، ويقتصر الأمر على طلب رأيها فقط [31].

و إذا كان قضاة النيابة العامة يتمتعون بحق الدفع بعدم دستورية القوانين عندما يكونوا أطرافا في النزاع لاسيما في القضايا الجزائية، فإن الواقع العملي يمكن أن يكشف لنا عن تصورين اثنين لممارسة هذا الدفع.

التصور الأول عندما تكون عدم دستورية القانون المراد تطبيقه على النزاع لصالح المتهم، ولا تخدم النيابة العامة فإنها تمتنع على تقديم دفع بعدم الدستورية، كونها ستخسر القضية، ويتعزز هذا التصور أكثر إذا علمنا أن النيابة العامة في القضايا الجزائية تحوز صفة المدعي، وتهدف إلى المطالبة بتطبيق القانون وحماية الحق العام، حيث لا يعقل أن تباشر النيابة العامة الدعوى العمومية للمطالبة بتطبيق القانون على المتهم وتوقيع العقاب عليه وتقوم في نفس الوقت بالتشكيك في دستوريته !!.

التصور الثاني عندما تستفيد النيابة العامة من إلغاء القانون غير الدستوري، فإنها بلا شك سوف تلجأ إلى الدفع بعدم دستورية القانون، لأن القرار المنبثق عن المحكمة الدستورية والقاضي بإلغاء القانون غير الدستوري سوف يكون لصالحها بصفتها طرفا في النزاع.

لهذا لا يمكن التعويل كليا ودائما على قضاة النيابة العامة لإثارة مسائل دستورية القوانين، ومن ثمة الادعاء بانتفاء الحاجة إلى تدخل قاضي الموضوع تلقائيا لإثارة مسائل الدستورية، لأنه يمكن تصور عدم إثارتها كليا من الخصم سواء كان نيابة عامة للسبب المذكور آنفا، أو من كل شخص طبيعي أو معنوي طرفا في النزاع بواسطة محاميهم، بسبب عدم إلمامهم بمسائل الدستورية وضعف التكوين بشأنها.

2.2. أسباب منع القاضي من الإثارة التلقائية لمسائل الدستورية.

ترتبط هده الحجج والأسباب أساسا بالنقد الموجه للرقابة القضائية من قبل أنصار الرقابة السياسية، والتي يمكن إرجاعها إلى كفالة احترام مبدأ حياد القاضي (**1.2.2**)، إبعاد القضاء عن الصراعات السياسية **(2.2.2)** واحترام مبدأ الفصل بين السلطات (**3.2.2**).

1.2.2. ضمان احترام حياد القاضي.

لاشك أن واجب الحياد والنزاهة والمرتبط بالمحاكمة العادلة هو السبب الرئيسي – بدون منازع – الدافع إلى حرمان القاضي من التدخل في رقابة دستورية القوانين بصفة عامة، وإثارة دستوريتها تلقائيا على وجه الخصوص، وهو في الحقيقة حجة وظيفية Un argument fonctionnel لتبرير المنع في فرنسا [32]، حيث هناك معادلة بين الرقابة القضائية والإثارة التلقائية لمسائل الدستورية، وبين الرقابة السياسية وعدم الإثارة التلقائية، فمن يملك الكل يملك الجزء والعكس صحيح.

لقد فسرت الدول المعتنقة للرقابة السياسية وعلى رأسها فرنسا، وكذلك الجزائر سواء في ضوء نظام المجلس الدستوري أو في نظام المحكمة الدستورية مسائل الدستورية بأنها تتعلق بمصلحة الخصوم، و ليست بالمصلحة العامة والنظام العام، ولهذا تحصر إثارتها في الخصوم فقط، و أن تدخل القاضي في ذلك يتنافى مع حياده والمساواة بين أطراف النزاع، كونه سوف يقدم خدمة للخصم المستفيد من إلغاء القانون غير الدستوري، ذلك أن الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين لم تقرر لمصلحة القانون، ولكن لمصلحة الأطراف لأن الرقابة لها علاقة مباشرة مع الدعوى القضائية و شؤون أطراف النزاع الذين يعود لهم فقط حق تحريكها [33].

وعلى النقيض مما سلف أدرجت الدول التي تعتنق الرقابة القضائية مسائل الدستورية ضمن النظام العام، فهي لا تتعلق بمصلحة الخصوم بقدر ما تتصل بالمصلحة العامة، ولهذا نجدها تسمح للقاضي بالإثارة التلقائية، كما تعطي لقرارات الإلغاء الصادرة عن محاكمها الدستورية حجية مطلقة تنصرف إلى مجموع الأشخاص المخاطبين به، وليس فقط أطراف النزاع، حيث تبدو هناك علاقة وثيقة بين الحجية المطلقة وفكرة النظام العام أو المصلحة العامة لمسائل دستورية القوانين.

من هذه الاعتبارات فإن إثارة القاضي لمسائل الدستورية تلقائيا إنما هدفه حماية المصلحة العامة، و ليس مصلحة الخصوم، وبالنتيجة فليس هناك أي مخالفة من القاضي لالتزام الحياد عند الإلغاء المحتمل للنص غير الدستوري.

2.2.2. إبعاد القاضي عن الصراعات السياسية.

لاشك أن الرقابة السابقة على دستورية القوانين المحركة بموجب الإخطار تشكل في حقيقتها منازعة دستورية بين السلطات العامة فيما بينها (البرلمان رئيس الجمهورية المجلس الشعبي الوطني مجلس الأمة المعارضة..) كما أن الرقابة اللاحقة عن طريق الدفع هو الآخر يشكل منازعة بين طرف الدعوى (الأفراد) والسلطة التشريعية إذا تعلق الأمر بدستورية قانون، ورئيس الجمهورية إذا تعلق الأمر بالتنظيمات والأوامر.

وتتقارب آليتي الإخطار والدفع الذي تملكه كل جهة نوعا ما مع الدعوى القضائية، لأن القاسم المشترك بينها يتمثل في كونها وسيلة اللجوء إلى المحكمة الدستورية وإلى القضاء، ويظهر الاختلاف الرئيسي في طبيعة النزاع أو الدعوى المرفوعة، حيث تتميز الدعوى القضائية بطابع تقني تنصرف إلى الإقرار بمشروعية تصرف مثل دعوى الإلغاء، أو الحصول على حق مثل دعوى التعويض، حيث تبتعد كليا عن الطابع السياسي من حيث المبدأ، كونها لا يستهدف الطعن في أعمال سيادية.

بالمقابل تتميز الدعوى أو المنازعة الدستورية المحركة **بموجب الإخطار** بطبيعة سياسية محضة نظرا للجهات السياسية التي تمارسه، أو بالنظر إلى طبيعة العمل المخاصم والمتمثل في القانون المسن من سلطة سيادية وهي البرلمان، أو تنظيم صادر عن سلطة تنفيذية بحجم رئيس الجمهورية.

أما بالنسبة للدفع بعدم الدستورية فهو يتسم بطبيعة مختلطة، من جهة يتضمن طابعا تقنيا، لأنه يثار بشكل غير مباشر بمناسبة نزاع عادي أو إداري أطرافه أشخاص قانون عام أو أشخاص قانون خاص، ومن جهة أخرى يتسم بطابع سياسي لأن الأشخاص يطعنون في دستورية قانون أو تنظيم وضعتهما سلطات سيادية.

تبعا للطبيعة السياسية للعمل محل الرقابة تم منع القاضي من الخوض في مسائل دستورية القوانين لإبعاده عن صراعات سياسية مع السلطة التشريعية عندما يتعلق الأمر بقانون، أو صراع مع السلطة التنفيذية (رئيس الجمهورية) عندما يتعلق الأمر بتنظيمات و أوامر، فلو افترضنا إثارة القاضي بنفسه لمسائل دستورية قانون أو تنظيم، فهو بذلك يدخل في صراع مع البرلمان ورئيس الجمهورية، الأمر الذي قد يؤثر على استقلالية القضاء ويدخله في ضغوط يمكن تجنبها.

3.2.2. ضمان احترام مبدأ الفصل بين السلطات.

لعل من بين أهم الأسباب المانعة من تعرض القضاء لمسائل دستورية القوانين يرجع إلى التفسير الذي أعطته كل دولة لمبدأ الفصل بين السلطات، ففي الدول التي كرست الرقابة السياسية نجدها تمنع القاضي من الخوض مسائل الدستورية كونها تخرج عن اختصاصه الوظيفي، حيث تشكل رقابته تدخلا من السلطة القضائية في أعمال السلطة التشريعية أو التنفيذية، الأمر الذي يمس بمبدأ الفصل بين السلطات، ذلك أن وظيفة القاضي تقتصر على تطبيق القانون وليس تقييمه والحكم عليه [34]، لهذا الغرض فهي تعمل بهيئة المجلس الدستوري، تؤول إليه حصرا مهمة الرقابة على دستورية القوانين بدلا عن القضاء.

بينما أعطت الدول التي تأخذ بالرقابة القضائية تفسيرا واسعا لمبدأ الفصل بين السلطات عند رقابة الدستورية، ولهذا ليس هناك ما يمنع القاضي من بسط رقابته على القانون ومطابقته بالدستور، وخير مثال عن ذلك الولايات المتحدة الأمريكية مهد الرقابة القضائية.

لهذا يبدو جليا أن المؤسس الدستوري الجزائري أعطى تفسيرا ضيقا لمبدأ الفصل بين السلطات في المسألة المتصلة برقابة القاضي لعمل السلطة التشريعية، متأثرا في ذلك بالنموذج الفرنسي رغم اعتماد هيئة المحكمة الدستورية بدلا عن المجلس الدستوري.

من جهة أخرى فإن رقابة دستورية القوانين اختصاص حصري للمجلس الدستوري دون غيره، و أن إثارة القاضي لمسائل الدستورية تلقائيا سوف يؤدي به إلى نظر دستورية الأحكام التشريعية و مطابقتها مع الدستور، [35].وهو بذلك سوف يتدخل في عمل المجلس الدستوري الذي يحتكر لوحده مهمة الرقابة على دستورية القوانين

ثانيا: اقتراح بمنح القاضي حق إثارة عدم دستورية القوانين

أمام هذا القيد المفروض على السلطة القضائية، ولأجل ضمان حماية كاملة للدستور من قبل كل المؤسسات الفاعلة في الدولة، سنقدم مجموعة من الحجج التي بإمكانها تدعيم الاعتراف لقاضي الموضوع بحق الإثارة و الإحالة التلقائية على المحكمة الدستورية للنص الذي يلاحظ عدم دستوريته، سواء للمساس بالحقوق والحريات الفردية، أو لتجاوز مبدأ الفصل بين السلطات والإخلال بتوزيع الاختصاص الدستوري، أو غيرها من المسائل، وهي تنقسم إلى نوعين حجة مستمد من طبيعة الدستور والمسائل المتصلة به كونها من النظام العام **(1)** وحجج متصلة بطبيعة دور القاضي في النزاع **(2)**.

1. الحجة المستمدة من طبيعة الدستور.

إن الإقرار للوثيقة الدستورية وما تتضمنه من مواضيع بطابع النظام العام، ينتج عنه بالضرورة الاعتراف للقاضي بحق الإثارة التلقائية لمسائل دستورية القوانين بمناسبة فصله في المنازعات المعروضة عليه.

إن الاعتراف بصفة النظام العام لأي قاعدة أو مسألة قانونية ومنها دستورية القوانين، ينبع أساسا من استهدافها للمصلحة العامة **(1.1)** ومن خطورة الآثار المترتبة عن مخالفتها **(2.1)**.

1.1. ارتباط الدستور بالمصلحة العامة.

تعتبر فكرة المصلحة العامة إحدى الأسس الجوهرية التي تقوم عليها فكرة النظام العام، إذ يربط الفقه بينهما عند تحديد النظام العام، فقد اتجه DRAGO في مقاله حول النظام العام و الدستور إلى أن النظام العام هو مفهوم يؤطر عمل السلطات العامة، وأنه يكون في كل المرات التي تمليها اعتبارات المصلحة العامة، وهو يرتبط بحسن سير المؤسسات الحيوية والأساسية في المجتمع الأمر الذي يحيلنا إلى نظام جيد.[36]

بدوره عرف الأستاذ عبد الرزاق السنهوري النظام العام بأنه "مجموعة القواعد التي تستهدف تحقيق مصلحة عامة، سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية، تتعلق بنظام المجتمع الأعلى وتعلو على مصالح الأفراد[37].

أمّا عن الوجه الخاص بالنظام العام فقد عرفه القاضي Odent بأنه "وجه يتعلق بمسألة ذات أهمية إلى حدّ أنّ القاضي يتنكّر هو ذاته لقاعدة القانون التي عليه مهمة ضمان احترامها إذا لم يأخذ القرار القضائي هذا الوجه في الحسبان." [38].

في نفس المعنى اتجه،Jacques Boré إلى أنّ احترام القواعد الخاصة بالنظام العام هو ضروري على وجه الخصوص؛ لأنه ليس فقط المصالح الخاصة هي في المحك، ولكن المصالح العامة للمجتمع، وهذا التقدير هو الذي يبرر نظاما خاصا يخضع له هذا النوع من المصالح [39]."

تكشف التعاريف الفقهية السالفة الذكر بأن طابع النظام العام للقاعدة القانونية تنبع من أهمية المواضيع التي تنظمها والمتصلة بالمصلحة العامة والأسس التي يقوم عليها المجتمع، حسن سير العدالة، وبالتالي يترتب عن مخالفتها آثار جسيمة أو خطيرة، ولهذا تحضى القواعد القانونية المتصلة بالنظام العام بحماية خاصة، حيث تكون ذات طبيعة آمرة لا يجوز الاتفاق على مخالفتها كما يثير القاضي مخالفتها من تلقاء نفسه، بالمقابل تكون القواعد الخارجة عن نطاق النظام العام مكملة، اذ يجوز للأفراد مخالفتها بموجب الاتفاق واستبعادها في تصرفاتهم القانونية، كما لا يجوز للقاضي إثارتها تلقائيا كونها تتصل بمصلحة الخصوم لا المصلحة العامة بشكل يضمن احترام مبدأ حياد القاضي.

لاشك أن القواعد الدستورية تنتمي إلى صنف القواعد الآمرة المتصلة مباشرة بالنظام العام، وكما عبر عنه DRAGO من أن النظام العام هو تعبير الأمر لقواعد قانونية لا يمكننا استبعادها و مخالفتها، و نظرا لأهمية و سمو المسائل التي ينظمها الدستور، فان الدستور هو نص بطبيعته من النظام العام انطلاقا من مبدأ تدرج القواعد القانونية. [40]

لهذا إذا اخذنا بعين الاعتبار أهمية المسائل التي ينظمها الدستور و سموها على غرار الهوية الوطنية، شكل الدولة، السلطات الثلاث، الحقوق والحريات الفردية، النظام السياسي إجمالا، هذه المسائل تخاطب أشخاص القانون العام و الخاص على حد سواء، وهي مقررة لأهداف المصلحة العامة، استقرار سير السلطات العامة، ضمان التوازن بينها، ضمان تمتع المواطنين بالحقوق و الحريات الدستورية، فان الاعتداء عليها من أي جهة كانت يرتب نتائج وخيمة على النظام السياسي.

يؤكد ما سبق المعيار الشكلي حيث يلاحظ أن الألفاظ التي يستعملها المؤسس الدستوري مثل يشرع البرلمان، لا يجوز، يصدر رئيس الجمهورية القانون، يصادق المجلس الشعبي الوطني، حرية التعبير مضمونة وغيرها تفيد بما لا يدع مجالا للشك أمر السلطات العامة بإتباع منهج محدد عند ممارستها لاختصاصاتها، تحت طائلة عدم دستورية النص التشريعي أو التنظيمي.

يمكن تقديم حجة أخرى تبرر طابع النظام العام وتؤكد على طغيان اعتبارات المصلحة العامة لمسائل دستورية القوانين، تنبع من انعدام أي أثر مترتب عن انقضاء أو سقوط الدعوى التي أثيرت فيها مسألة الدستورية على عمل المحكمة الدستورية، حيث تستمر هده الأخيرة في فحص دستورية النص القانوني او التنظيمي رغم انقضاء الدعوى او سقوطها، أي وجود علاقة منفصلة بين النزاع الأصلي والنزاع الفرعي المعلق بعدم الدستورية كما تقضي به المادة 23 من القانون العضوي 16 /18 وتقابلها [41] في فرنسا المادة الأولى من القانون العضوي 2009- 1523 المنظم لمسائل دستورية القوانين[42]، ونتيجة لانعدام الأثر فقد خلص بعض الفقه الفرنسي إلى القول بالطبيعة القانونية المختلطة Hybridité المتسمة بها المسائل ذات الأولوية لدستورية القوانين[43] كونها تتضمن بعض خصائص النظام العام وليس كلها.

2.1. الآثار الجسيمة المترتبة عن المخالفة الدستورية

يعترف الفقه لقواعد النظام العام انطلاقا من الآثار السلبية الكبيرة على المجتمع والمصلحة العامة عند مخالفتها، و لهذا تصنف ضمن القواعد الآمرة حيث يقع باطلا كل اتفاق على مخالفتها.[44]

على النقيض من ذلك تتميز القواعد التي لا تنتمي إلى النظام العام بكونها مكملة، لأن مخالفتها بموجب الاتفاق لا يرتب أي اثر سلبي على المصلحة العامة، بل إنها تتعلق مباشرة بمصالح خاصة على غرار بعض القواعد الواردة في القانون المدني والقانون التجاري على كثرتها .

بدوره يعترف مجلس الدولة الفرنسي في دعاوى الإلغاء ودعاوى التعويض بمعيار **جسامة الاعتداء الواقع على مبدأ المشروعية**، والآثار الكبيرة المترتبة عنه عند تحديد مسائل النظام العام، ولهذا عندما يكون الاعتداء جسيما يكون العيب من النظام العام، ويجب على القاضي التزام إثارته تلقائيا [45]، دون انتظار تقديم دفع من المدعي، مثل عيب الاختصاص بكل أشكاله وعيب مخالفة الإجراءات، الأثر الرجعي للتنظيمات، تطبيق القانون من حيث الزمان والمكان ...الخ [46].

بالمقابل عندما يكون الاعتداء على مبدأ المشروعية بسيطا لا تكون المخالفة من النظام العام، وتقتصر إثارة المسالة على الخصوم فقط دون القاضي مثل الأشكال والإجراءات الثانوية في القرار الإداري.

في ميدان دستورية القوانين ليس هناك أدني شك في أن انتهاك مبدأ سمو الدستور بموجب نص تشريعي أو تنظيمي سواء كانت المخالفة موضوعية أو إجرائية تندرج ضمن المخالفات الجسيمة، بالنظر لأهمية و خطورة المواضيع التي ينظمها الدستور وحساسيتها الكبيرة، لاسيما أن الدستور يعبر عن إرادة السلطة التأسيسية الأصلية أو الفرعية والعائدة للشعب.

مثلا يعتبر القانون أو المرسوم الرئاسي أو الأمر التشريعي المعيب بعدم الاختصاص بكافة أشكاله سواء شخصي، موضوعي، إقليمي، عيبا جسيما لأنه يرتبط مباشرة بمبدأ الفصل بين السلطات، وكذلك الأمر بالنسبة للقانون الذي لم تصوت عليه الأغلبية المطلوبة دستوريا كونه يمس بمبدأ التمثيل الشعبي، أو المعيب في هدفه أو في إجراءاته الدستورية مثل عدم عدم عرض الأوامر في مجلس الوزراء....الخ.

من جهة أخرى يتعزز الرأي السابق عندما تتعلق المخالفة الدستورية **بحق أو حرية أساسية مضمونة** [47]، حيث تصنف حتما ضمن المخالفات الجسيمة لمبدأ المشروعية بمعناه الواسع وتحديدا لنص الدستور، مثلا لا يمكن تصنيف اعتداء المشرع أو رئيس الجمهورية على حريات وحقوق أساسية سواء كانت سياسية (التعبير) أو مدنية (الملكية) أو اقتصادية (الصناعة والتجارة) او اجتماعية (سكن لائق) ضمن المخالفات البسيطة وغير الخطيرة، لأن هذا الاعتداء سوف يرتب آثار سيئة كبيرة في المجتمع، لاسيما اذا أخذنا بعين الاعتبار طابعي العمومية و التجريد المتسمة بهما القاعدة القانونية، سواء أخذت شكل تشريع أو تنظيم، اذ لا تخاطب شخصا واحدا معينا بالذات، وبالتالي سيكون حجم المساس بالحقوق والحريات عاما وعلى نطاق واسع، ولا يخص أطراف النزاع فقط.

إن خطورة المخالفة الدستورية والآثار السيئة المترتبة عنها على صعيد عناصر دولة القانون من حقوق و حريات فردية، مبدأ الفصل بين السلطات...الخ تبرر تصنيفها ضمن النظام العام وبالنتيجة منح قاضي الموضوع صلاحية الإثارة التلقائية لها دون أن يشكل ذلك خروجا عن واجباته.

2. مبررات متصلة بطبيعة وظيفة القاضي

تبرز وظيفة القاضي في تطبيق القانون على المنازعات المطروحة أمامه، ومبدئيا لا يختص برقابة دستورية القوانين كونها وظيفة حصرية للمحكمة الدستورية، والقاضي في هذا الإطار يخضع لمجموعة من الواجبات أهمها مراعاة الحياد والنزاهة، عدم الخروج عن اختصاصه، ومن دون شك أن إثارة القاضي لعدم دستورية قانون معين لا يخل بحياده **(1.2)** و بمبدأ الفصل بين السلطات **(2.2)** كما أنه يضمن مبدأ تدرج القواعد القانونية **(3.2)**.

1.2. إثارة القاضي لمسائل الدستورية لا يمس بمبدأ الحياد

إذا كانت القواعد الدستورية تستهدف تحقيق المصلحة العامة على غرار قواعد القانون العام بعيدا عن المصلحة الخاصة، وكنتيجة لتصنيفها ضمن النظام العام – كما سبق ذكره – فإن كشف القاضي مباشرة للنصوص التي يشك في دستوريتها لا يشكل تحيزا للطرف المستفيد من ذلك،لأن القرارات التي تصدرها المحكمة الدستورية والقاضية بعدم دستورية النص القانوني تتمتع **بالحجية المطلقة لا النسبيةErga omnes** [48] بما يترتب عنها من إلغاء الحكم غير الدستوري في مواجهة كافة المخاطبين به، وليس فقط استبعاد تطبيقه في مواجهة أطراف النزاع، هذه الحجية المطلقة تؤكد على طغيان اعتبارات المصلحة العامة على اعتبارات المصلحة الخاصة للخصوم في المنازعات المتعلقة بدستورية القوانين، وبالنتيجة لذلك فإن التحجج بمخالفة القاضي لواجب الحياد هو مجرد هراء قانوني.

نعتقد بوجود تناقض وعدم انسجام بين الاعتراف بفكرة الحجية المطلقة لقرارات المحكمة الدستورية (إلغاء النص في مواجهة الجميع) وحرمان القاضي من الإثارة التلقائية لمسائل الدستورية بحجة الحفاظ على واجب الحياد، حيث يكون الأمر منطقيا ومنسجما بين فكرة الحجية المطلقة والاعتراف للقاضي بالإثارة التلقائية لها، لأنه في الدول التي تنتهج الرقابة القضائية وتأخذ بأسلوب الدفع الفرعي، تمنع القاضي من الإثارة التلقائية مع الإقرار بمبدأ الحجية النسبية، وليست المطلقة لقرار المحكمة القاضي بعدم دستورية النص المراد تطبيقه على النزاع، حيث يقتصر أثره على استبعاد تطبيقه فقط دون إلغائه في مواجهة كافة المخاطبين به، والأكثر من ذلك فإنه يجب على نفس القاضي تطبيقه على نزاع مماثل للأول اذا لم يدفع أطراف النزاع بعدم دستوريته.[49]

يمكن التأكيد أيضا على احترام مبدأ الحياد من خلال الاستئناس بتجارب بعض الدول الأوربية، ففي كل من اسبانيا وبلجيكا، يمكن للقاضي إثارة مسألة عدم الدستورية من تلقاء نفسه، ويخطر المحكمة الدستورية بشأنها[50] دون أن يعتبر ذلك خروجا عن مبدأ الحياد.

الأمر مشابه في بعض الدول العربية التي تعمل بنظام المحكمة الدستورية نذكر منها مصر [51]، قطر[52]، الكويت [53] حيث تطبق أسلوب الإحالة القضائية التلقائية إلى جانب أسلوب الدفع من أطراف النزاع.

2.2. إثارة القاضي لعدم الدستورية لا يمس بمبدأ الفصل بين السلطات.

إن إثارة القاضي بنفسه لمسألة الدستورية لا يدخله في صراعات سياسية مع أية سلطة كانت، لأن عمله يقوم على أسس تقنية ترتبط بنزاع ووقائع مادية بين الخصوم، كما أن عمله يضمن احترام مبدأ الفصل بين السلطات، بالنظر للانسجام مع طبيعة النظام السياسي الجزائري (**1.2.2**) و للأثر المحدود و الضيق لعمله (**2.2.2**) والذي يقل بكثير عن دوره في دعوى الإلغاء (**3.2.2**).

1.2.2. انسجام عمل القاضي مع طبيعة النظام السياسي

لابد من الإشارة إلى أن الفصل التام بين السلطات لا وجود له حتى في النظام الرئاسي، وهو أشد الأنظمة السياسية فصلا، فلا بد من وجود نوع من التأثير والتأثر بين السلطات حتى تتمكن جميعا من تحقيق أهداف الدولة، نذكر مثلا في أمريكا حق الرئيس الجمهورية في الاعتراض على القوانين، التوصية التشريعية، موافقة مجلس الشيوخ على قرارات الرئيس بتعيين كبار الموظفين، الاتهام الجنائي لرئيس الجمهورية من طرف مجلس النواب، محاكمة رئيس الجمهورية و توقيع عقوبة عليه من قبل مجلس الشيوخ....الخ.

فرغم اعتناق الولايات المتحدة الأمريكية للفصل شبه المطلق بين السلطات، إلا أنها في ميدان الرقابة على دستورية القوانين تعتنق الأسلوب القضائي، الأمر الذي يدفعنا إلى القول أن المسألة تتعلق بنظرة الدولة لمبدأ الفصل بين السلطات وتفسيرها له، بينما تعتبر الدول التي انتهجت الرقابة القضائية أن مبدأ الفصل بين السلطات مضمون رغم خوض القاضي فيها، نجد الدول التي اعتنقت الرقابة السياسية تعتبر إثارة مسائل عدم الدستورية من طرف القاضي تدخلا منه في عمل المجلس الدستوري و عمل السلطة التشريعية على حد سواء.

في الجزائر نسجل إعطاء المؤسس الدستوري تفسيرا ضيقا جدا لعلاقة القاضي بمسائل دستورية القوانين وهو التفسير الذي لا ينسجم مطلقا مع طبيعة النظام السياسي الجزائري القائم على أساس الفصل المرن بين السلطات، فالملاحظ أن الدستور أقام العلاقة بين السلطتين التنفيذية و التشريعية على أساس التعاون و الرقابة المتبادلة حيث كرس مظاهر للتأثير المتبادل بينهما من خلال الأسئلة البرلمانية و الاستجواب و حق رئيس الجمهورية في حل المجلس الشعبي الوطني...الخ.

كما أن السلطة القضائية هي الأخرى و إن كانت تخضع لمبدأ الاستقلالية من حيث الوظيفة، بحكم أن القاضي لا يخضع إلا للقانون، إلا أن هذه الاستقلالية تبقى نسبية من حيث التنظيم العضوي، وهو ما يتجلى من خلال تعيين رئيس الجمهورية للقضاة، إجبارية عرض مشاريع القوانين كشرط دستوري على مجلس الدولة لإبداء الرأي الاستشاري حولها.

إن الفصل النسبي المكرس دستوريا بين السلطتين التشريعية و التنفيذية ينسجم مع إقامة علاقة بين القاضي والقانون بإعطائه صلاحية إثارة مسائل عدم دستوريته من تلقاء نفسه باعتبارها من النظام العام.

2.2.2. الأثر المحدود لعمل القاضي

يتعزز الرأي السابق أكثر فأكثر إذا أخذنا بعين الاعتبار دور القاضي تجاه المخالفات الدستورية اذا تبين والذي لا ينصرف إلى إلغاء القانون، بل يقتصر فقط على التوقف عن نظر النزاع، ثم إحالة المسألة على المحكمة الدستورية وانتظار قرارها بصفتها مسألة فرعية لا أكثر، وهي نتيجة أقل خطورة بكثير من إلغائه للقانون غير الدستوري أو حتى استبعاد تطبيقه على النزاع.

كما أن عمل القاضي في هذا الإطار هو نفسه عندما يتلقى الدفوع بعدم الدستورية من الخصوم، حيث أنه في كلتا الحالتين يمارس رقابة غير مباشرة أو سلبية على دستورية القوانين لدى تقدير شرط الجدية، و كما اتجه إليه بعض الكتاب إلى أن القاضي يمارس رقابة مسبقة على دستورية القوانين عندما يتخذ قرارا بعدم إحالة المسألة ذات الأولوية للدستورية على المجلس الدستوري [54]، وهي الوضعية التي تعني أن القاضي حكم – بنفسه – بدستورية النص القانوني غير المحال، ومارس رقابة على دستورية القوانين بدلا عن المحكمة الدستورية، ورغم هذا الدور الجديد لا أحد قال بتدخل القاضي في عمل المجلس الدستوري في فرنسا أو المحكمة الدستورية في الجزائر أو التدخل في عمل السلطتين التشريعية و السلطة التنفيذية.

إنه من الغرابة التحجج بالتعدي على عمل السلطتين التشريعية والتنفيذية، وعمل المحكمة الدستورية عند إثارة القاضي بنفسه لمسائل الدستورية، بينما تعترف له النصوص القانونية بحق الإحالة أو عدم الإحالة عندما يتلقى دفعا من الخصوم، وهو عمل مماثل لدوره عندما يثير بنفسه مسألة عدم الدستورية.

3.2.2. مقاربة مع دعوى الإلغاء

تعتبر مسألة الفصل بين السلطات **عند رقابة القاضي الإداري للتنظيمات** أقل حدة مقارنة بالقوانين، لأن مجلس الدولة يملك حق إلغاء المراسيم الرئاسية التنظيمية أو الفردية غير المشروعة – الإدارية دون السيادية – بمناسبة نظر دعاوى الإلغاء [55] حتى لو خالفت الدستور مخالفة مباشرة، ورغم ذلك لا نقول بوجود تدخل من القضاء في عمل السلطة التنفيذية، فإذا كان دور مجلس الدولة هنا ينصرف إلى إلغاء المرسوم الرئاسي غير المشروع مع الحفاظ على الفصل بين القضاء و الإدارة المركزية، فإنه من باب أولى لا يوجد هناك تدخل من القاضي في عمل رئيس الجمهورية عندما يثير عدم دستورية مرسوم رئاسي واجب التطبيق على نزاع إداري – وليس محلا لدعوى الإلغاء – ثم يخطر المحكمة الدستورية بشأنه، طالما أن دوره يقتصر على الإحالة التلقائية، وهي نتيجة أقل خطورة بكثير من الإبطال في دعاوى الإلغاء.

3.2. مقتضيات مبدأ تدرج القواعد القانونية

عند التعارض بين قاعدة قانونية أدني درجة و قاعدة أخرى أسمى منها يفرض هذا المبدأ [56] التزاما على القاضي ينصرف إلى تغليب القاعدة الأعلى درجة على القاعدة الأدنى منها و تطبيقها على النزاع، وعليه في حالة التعارض بين القانون و معاهدة دولية مثلا فالأولوية في التطبيق لأحكام المعاهدة لسموها على القانون، و

لا يطرح أي إشكال في حالة التعارض بين نص قانوني مع نص قانوني آخر، إلا أن الإشكال يطرح في حالة تعارض القانون أو التنظيم مع الدستور.

في ضوء التنظيم الحالي للرقابة على دستورية القوانين، عندما لا يتلقى القاضي دفعا من الخصوم، وأمام الحظر المفروض عليه، فإن النتيجة المنطقية لذلك هي تطبيقه للنص رغم عدم دستوريته، وهذا من شأنه أن يقلب مبدأ تدرج القوانين رأسا على عقب، عندما يطبق القاضي أحكام القانون و يرجحها على أحكام الدستور بما ينتهك سموه، في هذا الصدد اتجه NADAL إلى أنه من الصعب القبول بأن القاضي يستطيع تطبيق قانون وهو يعلم بعدم دستوريته، ينما برر LACABARATS الكشف التلقائي لعدم الدستورية انطلاقا من واجب القاضي بتطبيق القاعدة القانونية السليمة و الحرص على حماية النصوص الأساسية داخل النظام القانوني، والتي وضعت لصالح المواطنين [57].

إنه من الصعوبة على أي قاض له ضمير مهني، يؤمن بدولة القانون والمبادئ المتصلة بها، حسم النزاع بموجب قانون يعلم أنه غير دستوري أو حتى لديه شكوك حول عدم دستوريته.

لمعالجة هذه الوضعية الخطيرة و المتنافية مع النظام الديمقراطي يقتضي الأمر تكييف مسألة الدستورية في الجزائر كمسألة فرعية من النظام العام يملك القاضي حق إثارتها و إحالتها على المحكمة الدستورية.

الخاتمة

رغم محاولة المؤسس الدستوري إدخال إصلاحات على رقابة دستورية القوانين، إلا أن الحظر المفروض على القاضي بعدم إثارة دستورية القوانين تلقائيا يشكل ثغرة في الرقابة اللاحقة، والتي يمكنها أن تتسع أكثر عندما لا يقدم أطراف النزاع دفوعا بعدم الدستورية أو تقديمهم لها بتسبيب غير مقنع، مما يفتح المجال لتطبيق قوانين غير دستورية، وهي الوضعية التي تقلص من دور القاضي في النزاع، وتفسح المجال لتكريس عدالة سيئة للغاية.

إن الحجج المؤسس عليها هذا المنع وعلى رأسها مخالفة التزام الحياد مردود عليها، لأنها لا تنسجم مع المنطق القانوني، بالعكس من ذلك تبدو الحجج المؤيدة لتفعيل دور القاضي أقوي وفي مقدمتها طبيعة الوثيقة الدستورية والمسائل المتصلة المرتبطة بالنظام العام، والتي تدعمها الحجية المطلقة لقرارات المحكمة الدستورية، فكرة المصلحة العامة، أهمية المواضيع التي ينظمها الدستور وخطورة الآثار المترتبة عن المخالفة الدستورية.

كما يدعم العمل بنظام الإحالة القضائية التلقائية كفالة جملة المبادئ الديمقراطية التي تقوم عليها دولة القانون على غرار مبدأ الفصل بين السلطات، حماية الحقوق والحريات الأساسية، تدرج القواعد القانونية والانسجام بينها، وضمان رقابة فعالة على دستورية القوانين.

إن الدستور المعبر عن الإرادة الشعبية والمنظم لعمل السلطات الثلاث بالدرجة الأولى، يقتضي إشراك جميع السلطات في حمايته، بما فيها السلطة القضائية المكلفة بتطبيق القوانين السليمة، والتي بإمكانها أن تلعب

دورا هاما في الكشف عن القوانين غير الدستورية إلى جانب أطراف النزاع، بما يكفل الحفاظ على ضمانات دولة القانون برمتها.

الهوامش

[1] كان ذلك بموجب التعديل الدستوري المؤرخ في 16 جانفي 2016 بموجب المادة 188 من دستور 2016، وتقابلها حاليا المادة 195 من الدستور الصادر بتاريخ 30 ديسمبر 2020، الجريدة الرسمية لسنة 2020، عدد 82.

[2] القانون العضوي 16/18 مؤرخ في 5 سبتمبر 2018 يحدد شروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية، الجريدة الرسمية لسنة 2018، عدد 54.

[3] المادة 193 من الدستور.

[4] Arrêt 24 fevrier 1803 Marbury v/ Madison Cour suprême des Etats-Unis : https://bit.ly/3xjNIbn.

[5] قانون 08-09 مؤرخ في 25 فبراير 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، الجريدة الرسمية عدد 21 لسنة 2008.

[6] المواد من 49 إلى 66 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية السالف الذكر.

[7] المادة 50 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية السالف الذكر.

[8] نظمته المواد من 67 إلى 69 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

[9] تنص المادة 48 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على :

" الدفوع الموضوعية هي وسيلة تهدف إلى دحض ادعاءات الخصم ويمكن تقديمها في أي مرحلة كانت عليها الدعوى ".

[10] حول ذلك انظر محمد عمورة، الدفوع الأولية و المسائل الفرعية، مجلة الدراسات القانونية و السياسية، جامعة عمار ثليجي، الاغواط، العدد 5، المجلد الأول، جانفي 2017.

[11] حول شروط قبول الدفع بعدم الدستورية انظر المواد من 06 إلى 12 من القانون العضوي 18/16 السالف الذكر.

[12] حول إجراءات إحالة الدفع و الفصل فيه من المحكمة الدستورية، انظر المواد من 13 إلى 24 من القانون العضوي 18 /16 السالف الذكر.

[13] Loi organique N 2009 -1523 du 10 décembre 2009 relatif a l'application de l'article 61/1 de la constitution www.legifrance.fr.

للإشارة فإن تسمية المسألة الدستورية ذات الأولوية لم يرد ذكرها في المادة 61 /1 الدستور الفرنسي بل في القانون العضوي السالف الذكر، كما أن هذا الأخير يشكل تعديلا للأمر 58-1067 المتضمن القانون العضوي للمجلس الدستوري.

[14] Borzeix Arnaud la question prioritaire de constitutionnalité ; exception de procédure ou question préjudicielle ? gazette du palais 28 fév au 2 mars , 2010 , P 19.

[15] مدحت احمد محمد يوسف غنايم، الاتجاهات الحديثة في رقابة دستورية القوانين في الأنظمة اللاتينية (مصر و فرنسا) المركز القومي للإصدارات القانونية، الطبعة الأولى، 2014،القاهرة، ص 95.

[16] Borzeix Arnaud Op.Cit, p 21.

[17] Ibid, p. 22

[18] حول أسلوب الدفع الفرعي في الولايات المتحدة الأمريكية انظر الأمين، شريط الوجيز في القانون الدستوري والمؤسسات السياسية المقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثانية، 2002، الجزائر، ص 146، 147.

[19] مدحت احمد محمد يوسف غنايم، المرجع السابق، ص 96.

[20] قرار المجلس الدستوري رقم 19/ 01 مؤرخ في 20 نوفمبر 2019، الجريدة الرسمية عدد 77 لسنة 2020.

[21] المادة 67 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية السالف الذكر.

[22] Conseil d'État, 3ème et 8ème sous-sections réunies, 28/01/2011, 338199 www.legifrance.fr.

[23] تنص المادة 344 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على :

" يجوز للخصوم التمسك بوسائل قانونية جديدة وتقديم مستندات و أدلة جديدة تأييدا لطلباتهم ".

[24] عبد القادر عدو، الوجه الخاص بالنظام العام في المنازعات الإدارية، مجلة الحقيقة، جامعة احمد دراية عدد 33.

[25] طبقا لنص المادة 193 من الدستور يتمتع بحق إخطار المحكمة الدستورية كل من السلطة التنفيذية ممثلة في رئيس الجمهورية، الوزير الأول، رئيس الحكومة حسب الحالة، السلطة التشريعية ممثلة في رئيس المجلس الشعبي الوطني، رئيس مجلس الأمة، 40 نائبا بالمجلس الشعبي الوطني، 25 عضوا بمجلس الأمة والدين قد ينتمون إلى المعارضة.

[26] المادة 257 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية السالف الذكر.

[27] المادة 3 مكرر من قانون الأسرة.

[28] المادة 37 من قانون الجنسية.

[29] المادة 216 من القانون التجاري.

[30] حول دور محافظ الدولة بمجلس الدولة المحاكم الإدارية انظر :

– قانون عضوي 98–01 مؤرخ في30 ماي 1998، يتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله، معدل ومتمم، الجريدة الرسمية لسنة 1998 عدد 37.

– القانون 02/98 مؤرخ في 30 ماي 1998 متعلق بالمحاكم الإدارية، الجريدة الرسمية لسنة 1998، عدد 37.

– بوصوف موسى، نظام محافظ الدولة في مجلس الدولة والمحاكم الإدارية – مكانته ودوره– مجلة مجلس الدولة، العدد 4، منشورات الساحل، الجزائر،2003

[31] Article 1 du la Loi organique N 2009 -1523 du 10 décembre 2009 , précitée.

[32] Véronique TELLIER-CAYROL et autre - Propositions d'amélioration de la procédure de QPC devant les juridictions du fond , Réflexions à partir d'une étude régionale de la pratique des juges du fond Hors-série - octobre 2020 p 197 ,www. Cairn.info.

[33] Ibid p 197, .198

[34] ماجد راغب الحلو النظم السياسية و القانون الدستوري منشاة المعارف الإسكندرية 2000 ص 441–442.

[35] Véronique TELLIER-CAYROL et autre, Op.Cit p . 197

[36] Guillaume Drago L'ORDRE PUBLIC ET LA CONSTITUTION Dalloz | « Archives de philosophie du droit » 2015/1 Tome 58 | pages 199 , 200.www. cairn.info.

[37] عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، دار الإحياء التراث الثقافي، بيروت، لبنان، 1964.

[38] Raymont Odent, Contentieux administratif, Tome1,Dalloz, Paris, 2007, p 858.

[39] عبد القادر عدو، مرجع سابق، ص 474.

[40] Guillaume Drago Op.Cit p 201.

[41] تنص المادّة 23 من القانون العضوي 18/16 على :

" لا يؤثر انقضاء الدعوى التي تمت بمناسبتها إثارة الدفع بعدم الدستورية، لأي سبب كان، على الفصل في الدفع بعدم الدستورية الذي تم إخطار المجلس الدستوري به ".

[42] Loi organique n 2009 -1523 du 10 décembre 2009 , précité.

[43] مدحت احمد محمد يوسف غنايم، المرجع السابق، ص 97.

[44] حول علاقة النظام العام بالقواعد الآمرة لاسيما الدستور انظر :

– Guillaume Drago Op.Cit , p 200 , 201.

[45] CE Ass 31 Mai 1957 ROSAN GERARD 26188 26325, www.legifrance.gouv.fr. voir aussi :

Conseil d'Etat, 3 / 6 SSR, du 5 mai 1971, préfet de paris et ministre de l interieur 75655 www.legifrance.gouv.fr Marco long et autre, les grands arrêts de la jurisprudence administrative , 16 eme Edition Dalloz, 2007, p 522, 523

[46] Les moyens a relever d'office par le juge administratif entre obligation et possibilité , www jurisconsulte.net

[47] اشترط المؤسس الدستوري لقبول الدفع بعدم الدستورية أن ينتهك النص المزمع تطبيقه على النزاع حق أو حرية أساسية مضمونة، أي أنه خارج هذا الوجه من عدم الدستورية يكون الدفع غير مقبول.

[48] كما تشير إليه المادة 198 من الدستور و توحي به المادة 25 من القانون العضوي 18/16 عن طريق نشر قرارات المحكمة الدستورية في الجريدة الرسمية.

[49] سعيد بوشعير النظام السياسي الجزائري السلطة التشريعية و المراقبة الجزء الرابع ديوان المطبوعات الجامعية الطبعة الثانية الجزائر 2013 ص 325.

[50] Dix ans de questions prioritaires de constitutionnalité (QPC) https://www.vie-publique.fr.

[51] المادة 29 من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم 48 لسنة 1979 معدل بتاريخ 15 أغسطس 2021 بالقانون 137 لسنة 2021 https://manshurat.org

[52] المادة 13 من القانون رقم 12 لسنة 2008 بانشاء المحكمة الدستورية العليا https://almeezan.qa

[53] المادة 4 من قانون رقم 14 لسنة 1973 بانشاء المحكمة الدستورية كرست نظام الإحالة القضائية التلقائية، بينما نصت المادة 4 مكرر على الدعوى الأصلية، والتي ترفع من كل شخص له مصلحة، الموقع الرسمي للمحكمة الدستورية دولة لكويت http://www.cck.moj.gov.kw

[54] Véronique TELLIER-CAYROL et autre Op.Cit, p 198.

[55] القانون العضوي 98 /01 مؤرخ في 30 ماي 1998 السالف الذكر.

[56] حول ذلك انظر، حميودة احمد، مبدأ تدرج القواعد القانونية و آثاره على الوظيفة القضائية، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة الرابعة عشر، 2003–2006، ص 53– 55.

[57] Véronique TELLIER-CAYROL et autre Op.Cit, p 200, .201