عدم إدراج شرط انتهاك الحكم التشريعي للحقوق والحريات ضمن المادة 08 من القانون العضوي 18-16

Failure to include the requirement that the legislative provision violate rights and freedoms within Article 08 of Organic Law 18-16

بومدين محمد [1]

Boumediene Mohammed

[1] استاذ التعليم العالي كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة أحمد دراية أدرار- - الجزائر

bm.boumediene@univ-adrar.dz

تاريخ الاستلام: 2020/04/09 تاريخ القبول: 2020./06/02 تاريخ النشر: 2020/06/15

ملخص:

يهدف هذا المقال إلى المقارنة بين نص المادة 188 من التعديل الدستوري2016 ونص المادة 08 من القانون العضوي 18-16. لقد تبين أن المشرع العضوي خالف النص الدستوري بإغفاله لشرط انتهاك الحكم التشريعي للحقوق والحريات. وكان على المشرع الجزائري بدل تقليد المشرع الفرنسي وإضافة شروط موضوعية وغامضة كشرط ما لم تتغير الظروف وشرط الجدية، أن يكتفي بشروط شكلية على منوال المشرع التونسي

كلمات مفتاحية: الحكم التشريعي- الدفع بعدم الدستورية- المطابقة- شرط الجدية

Abstract:

This article aims to compare the text of Article 188 of the 2016 constitutional amendment with the text of Article 08 of Organic Law 18-16. It was found that the organic legislator violated the constitutional text by ignoring the condition of violating the legislative provision of rights and freedoms. The Algerian legislator, instead of imitating the French legislator, and adding objective and vague conditions, such as a condition unless circumstances change and a condition of seriousness, had to be satisfied with formal conditions, as the Tunisian legislator did.

Keywords: legislative provision - unconstitutionality - conformity - condition of seriousness

المؤلف المرسل: بومدين محمد ، **الإيميل:** bm.boumediene@univ-adrar.dz

مقدمة:

نصت المادة 188 من الدستور على شروط يجب تحققها في النص الذي يجب الدفع بعدم دستوريته منها أنه ينتهك الحقوق والحريات وأن يتوقف عليه مآل النزاع الموضوعي بين أطراف الدعوى. وأحالت المادة على القانون العضوي ليفصل أكثر في الشروط والكيفيات التي تسمح لأحد طرفي النزاع الدفع بعدم الدستورية. غير أن القانون العضوي 18-16 وبدل تفصيل تلك الشروط أبقى على بعض الشروط المنصوص عليها في المادة 188 وأغفل شرط انتهاك الحكم التشريعي للحقوق والحريات التي يضمنها الدستور وأورد شروطا أخرى بعبارات غير دقيقة أضفت مزيدا من الغموض على الموقف. فقد تناول المشرع في القانون العضوي المذكور الشروط التي يجب على الجهات القضائية العادية أو الإدارية التأكد من توافرها في الدفع بعدم الدستورية لإحالته على الجهات القضائية العليا وهي المحكمة العليا ومجلس الدولة. وأورد هذه الشروط في المادة 08:

«يتم إرسال الدفع بعدم الدستورية، إذا تم استيفاء الشروط الآتية:

- **أن يتوقف على الحكم التشريعي المعترض عليه مآل النزاع أو أن يشكل أساس المتابعة،**
- **ألا يكون الحكم التشريعي قد سبق التصريح بمطابقته للدستور من طرف المجلس الدستوري باستثناء حال تغير الظروف،**
- **أن يتسم الوجه المثار بالجدية».**

كما ألزم القانون العضوي المحكمة العليا ومجلس الدولة بتصفية الدفوع الواردة إليهما من الجهات القضائية بالتأكد مرة أخرى من تلك الشروط طبقا للمادة 13الفقرةالثانية.[1] و يتم ارسال الدفع إلى المجلس الدستوري بعد التأكد من تلك الشروط وبقرار مسبب (المادة 17). بل أكثر من ذلك يجب أن يصدر هذا القرار المسبب من تشكيلة جماعية تضم 05 أعضاء على الأقل والمتكونة من رئيس المحكمة العليا

[1]- **المادة 13:** « تفصل المحكمة العليا أو مجلس الدولة في إحالة الدفع بعدم الدستورية إلى المجلس الدستوري في أجل شهرين (2) ابتداء من تاريخ استلام الإرسال المنصوص عليه في المادة 9 من هذا القانون العضوي.
وتتم الإحالة إذا تم استيفاء الشروط المنصوص عليها في المادة 8 من هذا القانون العضوي».

ورئيس الغرفة المعنية وثلاثة مستشارين يعينهم رئيس المحكمة العليا ونفس الحكم ينطبق على مجلس الدولة طبقا للمادة 16 من القانون العضوي 18-16.

وعلى اعتبار أن المادة 08 من القانون العضوي جاءت لتفصل نص المادة 188 من التعديل الدستوري، فإن المقارنة بين نص المادة 188 من التعديل الدستوري ونص المادة 08 من القانون العضوي 18-16، على الأقل من الناحية الشكلية والصياغة، قبل الخوض في الجوانب الموضوعية، يتضح عدم التطابق أو الانسجام. إذ يظهر عدم ايراد شرط انتهاك الحكم التشريعي للحقوق والحريات في المادة 08. وتكرار شرط أن يتوقف على الحكم التشريعي المعترض عليه مآل النزاع، وإضافة شرط أن يتسم الوجه **المثار بالجدية.**

بما أن المؤسس الدستوري وضع شروطا للدفع بعدم الدستورية في المادة 188تتمحور حول انتهاك الحكم التشريعي الذي يتوقف عليه مآل النزاع للحوق والحريات التي يضمنها الدستور، وأحال على المشرع العضوي تفصيل الشروط والكيفيات لذلك، وبما أن المشرع العضوي حدد في المادة 08 من القانون العضوي الشروط التي يجب على الجهات القضائية التأكد منها سواء في التصفية الأولى أو في التصفية الثانية لإحالة الدفع أمام المجلس الدستوري، وحيث أن المشرع العضوي لم يتطرق إلى الحكم التشريعي الذي ينتهك الحقوق والحريات ضمن المادة 08 **فهل تعد الشروط الواردة في المادة 08 تفصيلا لنص المادة 188 من الدستور حتى مع إغفالها لشرط انتهاك الحكم التشريعي للحقوق والحريات التي يضمنها الدستور؟**

ويتفرع عن هذه الاشكالية **عدة تساؤلات**:

1- لماذا لم يدرج شرط انتهاك الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور ضمن نص المادة 8 من القانون العضوي؟ ألا يعد ذلك إغفالا من المشرع العضوي؟ وإغفالا أيضا من المجلس الدستوري الذي لم يثر هذا الشرط رغم ثبوته صراحة في النص الدستوري؟

2- هل يغني شرط الجدية عن شرط انتهاك الحكم التشريعي للحقوق والحريات؟

3- الا يعتبر القانون العضوي في المادة 08 بذلك مخالفا للدستور وغير مطابق للمادة 188 منه؟

وعليه يتم تقسيم هذا الموضوع إلى العناصر الفرعية التالية:

الفرع الأول: عدم ايراد شرط انتهاك الحكم التشريعي للحقوق والحريات ضمن القانون العضوي 18-16

الفرع الثاني: هل يغني شرط الجدية عن شرط انتهاك الحكم التشريعي للحقوق والحريات؟

الفرع الثالث: ما مدى مطابقة ذلك للدستور؟

الفرع الأول

عدم ايراد شرط انتهاك الحكم التشريعي للحقوق والحريات ضمن المادة 08 من القانون العضوي 18-16

رغم أن التعديل الدستوري 2016 واضح في تحديد شرط انتهاك الحكم التشريعي للحقوق والحريات التي يضمنها الدستور كشرط أساسي للدفع بعدم الدستورية طبقا للمادة 188 منه، إلا أن القانون العضوي الذي أحالت عليه المادة لتحديد شروط وكيفيات تطبيق ذلك النص لم يتطرق لهذا الشرط الأساسي في المادة المخصص لذلك وهي المادة 08. فالقانون العضوي رقم 18-16 لم يدرج شرط انتهاك الحكم التشريعي للحقوق والحريات التي يضمنها الدستور، ضمن المادة 08 المتعلقة بالشروط التي يجب على الجهات القضائية سواء في التصفية الأولى أو في التصفية الثانية التأكد من توافرها. ولم يشر إلى هذا الشرط لا في تلك المادة ولا في أي مادة أخرى منه، لا صراحة ولا ضمنا. فهل يعد هذا إغفالا وسهوا من المشرع؟ وسهوا أيضا من المجلس الدستوري الذي لم يتحفظ ولم يعلق على ذلك عند رقابته لمطابقة هذا القانون العضوي؟

بالرجوع إلى التشريع الدستوري الفرنسي الذي استوحى منه المؤسس الدستوري الجزائري إجراء الدفع بعدم الدستورية يتبين أن القانون العضوي الفرنسي المتعلق بتحديد شروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية أو مسألة الأولوية الدستورية تطرق لهذا الشرط في الفصل الثاني مكرر: مسألة الأولوية الدستورية: القسم 1: الأحكام المطبقة أمام المحاكم الخاضعة لمجلس الدولة أو محكمة النقض في المادة 23-1 فقرة

أولى منه حيث نصت على أن الادعاء أو الدفع أمام المحاكم الخاضعة لمجلس الدولة أو محكمة النقض بأن حكما تشريعيا ينتهك الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور، يجب تحت طائلة عدم القبول، أن يقدم في مذكرة منفصلة ومعللة. ويمكن أن يثار الدفع لأول مرة أثناء الاستئناف. ولا يمكن أن يثار تلقائيا من قبل القاضي.[2] ثم تطرق في المادة الموالية 32-2 إلى الشروط التي يجب على المحاكم التابعة لمجلس الدولة ومحكمة النقض التأكد من توافرها قبل إحالة مسألة الأولوية الدستورية على مجلس الدولة ومحكمة النقض. وهي نفس الشروط التي استقاها كما هي القانون العضوي الجزائري في المادة 8 من القانون العضوي 18-16 والمذكورة أعلاه.

وإذا كان التشريع الفرنسي قد تطرق لشرط الحكم التشريعي الذي ينتهك الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور ولو في مادة منفصلة عن المادة التي تضمنت الشروط الشكلية للدفع، فإن التشريع الجزائري حذا حذوه وتطرق إلى الحكم التشريعي الذي ينتهك الحقوق والحريات في المادة 02 من القانون العضوي والمخصصة لبيان الجهات القضائية المختلفة التي يمكن إثارة الدفع بعدم الدستورية أمامها وهي جهات القضاء العادي وجهات القضاء الإداري، كما يمكن أن يثار لأول مرة في حالة الاستئناف أو في حالة الطعن بالنقض. من الناحية الشكلية وتطبيقا لمبدأ تدرج القوانين يعتبر ذلك إغفالا وسهوا من المشرع العضوي لعدم التطرق لذلك الشرط ضمن الشروط المفصلة لذلك في المادة 08، نظرا لأن المادة 188 من التعديل الدستوري 2016 أوردت الشرط صريحا: «**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**

[2] - «Devant les juridictions relevant du Conseil d'État ou de la Cour de cassation, le moyen tiré de ce qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution est, à peine d'irrecevabilité, présenté dans un écrit distinct et motivé. Un tel moyen peut être soulevé pour la première fois en cause d'appel. Il ne peut être relevé d'office». Loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, Journal officiel du 11 décembre 2009, p. 21379, @ n° 1.

الذي يتوقف عليه مآل النزاع ينتهك الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور. تحدد شروط وكيفيات تطبيق هذه الفقرة بموجب قانون عضوي.»

وإذا قيل أن الشرط واضح ولا يحتاج إلى تكراره في المادة 08 من القانون العضوي، يرد عليه أن شرط يتوقف عليه النزاع أيضا صريح وواضح فلماذا تم تكراره في المادة 8 من القانون العضوي رقم 18-16؟ خاصة أن الفقرة الثانية من المادة 188 من التعديل الدستوري صريحة في ضرورة صدور قانون عضوي يحدد شروط وكيفيات تطبيق تلك الفقرة. ربما يكون المشرع العضوي قد امتنع عن تكرار ذلك الشرط وإعادة نقله من الدستور إلى القانون العضوي لتفادي انتقاد المجلس الدستوري له ضمن حرص المجلس الدستوري في رقابته على دستورية القوانين وتأكيده دائما أثناء التشريع من قبل البرلمان على عدم النقل الحرفي لنص من الدستور إلى القانون العضوي أو القانون العادي. ورغم حرص المشرع العضوي على عدم الوقوع في ذلك النقل الحرفي إلا أنه قد وقع فيه كثيرا حتى ضمن هذا القانون العضوي رقم 18-16 عندما نقل الجزء الأول من فقرة من المادة 188. ففي رأيه المتعلق بمطابقة القانون العضوي الذي يحدد شروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية المعروض عليه في غشت 2018 حكم المجلس الدستوري بعدم مطابقة المادة 05 من القانون العضوي على أساس أنها منقولة حرفيا من فقرة من النص الدستوري 188.[3]

ومن جهة أخرى قد لا يكون عدم ذكر ذلك الشرط ضمن نص المادة 8 سهوا من المشرع في القانون العضوي رقم 18-16 بل يمكن أن يكون قد تعمد عدم ذكر ذلك الشرط

[3]- «– واعتبارا أن نقل بعض أحكام الدستور إلى هذا القانون العضوي لا يشكل في حدّ ذاته تشريعا، بل هو مجرد نقل لأحكام يعود الاختصاص فيها إلى مجال نص آخر يختلف عنه من حيث إجراءات الإعداد والمصادقة والتعديل والرقابة المقررة في الدستور،

– واعتبارا بالنتيجة، فإنّ المشرّع بهذا النقل الحرفي لنص الجزء الأوّل من الفقرة الأولى من المادة 188 من الدستور، يكون قد أخل بالمبدأ الدستوري لتوزيع الاختصاصات، ومن ثم تعتبر المادة 5 من القانون العضوي، موضوع الإخطار، غير مطابقة للدستور.» رأي رقم 03/ ر.ق.ع/م.د/18 مؤرخ في 20 ذي القعدة عام 1439 الموافق 2 غشت سنة 2018، يتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي الذي يحدد شروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية، للدستور. الجريدة الرسمية العدد 54 المؤرخة في 05 سبتمبر سنة 2018.

في المادة 08 حتى يرفع يد الجهات القضائية من التطرق للحقوق والحريات التي يضمنها الدستور، مما يعد انتهاكا مباشرا للاختصاص الحصري للمجلس الدستوري أو تدخلا فيه. وقد يكون المشرع العضوي قد استفاد من الانتقادات الموجهة للتشريع المغربي المتعلق بتحديد شروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية ومن حجج المحكمة الدستورية المغربية التي حكمت بعدم دستورية ذلك القانون وخاصة ما تعلق بالحكم التشريعي الذي ينتهك الحقوق والحريات. حيث اعتبرت المحكمة الدستورية المغربية أن إدراج شرط انتهاك الحكم التشريعي للحقوق والحريات التي يضمنها الدستور ضمن الشروط التي يجب على قضاة الموضوع التأكد من تحققها يعد مساسا بالاختصاص الحصري للمحكمة في تقدير الدستورية، فقد أوضحت أن «**الحسم في الطبيعة التشريعية للمقتضى القانوني المعني، وتحديد قائمة الحقوق والحريات المضمونة دستوريا، يعد من الاختصاصات التي تنفرد المحكمة الدستورية بممارستها**».[4]

وبهذا يكون القانون العضوي الجزائري رقم 18-16 قد تفادى تلك النقائص والانتقادات ووزع الاختصاص بين الجهات القضائية والمجلس الدستوري بأن حصر اختصاص الجهات القضائية في التأكد من توافر الشروط الشكلية المنصوص عليها في المادة 08 بحيث تتأكد تلك الجهات من:

1- أن النزاع المعروض يتوقف مآله على الحكم التشريعي المطعون بعدم دستوريته،
2- أن لا يكون الحكم التشريعي قد سبق للمجلس الدستوري أن صرح بمطابقته للدستور باستثناء تغير الظروف،
3- أن يتسم الوجه المثار بالجدية.

وتجدر الملاحظة إلى أن النص الدستوري لم يحصر الدفع بعدم الدستورية على انتهاك الحقوق والحريات الواردة في صلب الدستور بل تشمل كل الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور، بما فيها الحقوق والحريات الواردة في المعاهدات الدولية. لأن الحقوق

[4]- قرار المحكمة الدستورية المغربية رقم 18/70 م.د الصادر بالرباط في يوم الثلاثاء 17 من جمادى الثانية 1439 الموافق 06 مارس 2018 يمكن الاطلاع عليه بالموقع الرسمي للمحكمة الدستورية على الرابط التالي:
https://www.cour-constitutionnelle.ma/ar/%D9%82%D8%B1% D8%A7%D8%B17018

والحريات التي يضمنها الدستور تشمل الحقوق والحريات التي نص عليه الدستور في الفصل الرابع من المادة 32-73، كما تشمل أيضا الحقوق والحريات التي نصت عليها المعاهدات الدولية التي صادقت عليها الجزائر. فنص المادة 188 واضح وصريح بتعبير **يضمنها الدستور** وليس **ينص عليها الدستور**. ومن ثم فالحقوق والحريات الواردة في المعاهدات التي صادقت عليها الجزائر تندرج في هذا المعنى بدليل:

1- أن الدستور جعل المعاهدة أعلى من القوانين طبقا للمادة 150 من التعديل الدستوري 2016.

2- أن المجلس الدستوري أكد أكثر من مرة في آرائه وقراراته أن المعاهدات التي تتم المصادقة عليها وتنشر في الجريدة الرسمية تسمو على القوانين ويتم الاحتجاج بها والتمسك بأحكامها:«ونظرا لكون أية اتفاقية بعد المصادقة عليها ونشرها، تندرج في القانون الوطني، وتكتسب بمقتضى المادة 123 من الدستور سلطة السمو على القوانين، وتخول كل مواطن جزائري أن يتذرع بها أمام الجهات القضائية، وهكذا الشأن خاصة بالنسبة إلى ميثاق الأمم المتحدة لسنة 1966 المصادق عليه بالقانون رقم 89 - 08 المؤرخ في 19 رمضان عام 1409 الموافق 25 أبريل سنة 1989 الذي انضمت الجزائر إليه بمرسوم رئاسي رقم 89 - 67 المؤرخ في 11 شوال عام 1409 الموافق 16 مايو سنة 1989، والميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب، والمصادق عليه بالمرسوم رقم 87 - 37 المؤرخ في 4 جمادى الثانية عام 1407 الموافق 3 فبراير سنة 1987، فإن هذه الأدوات القانونية تمنع منعا صريحا كل تمييز مهما كان نوعه».[5]

[5]- قرار رقم 1 – ق.ق- مد مؤرخ في 18 محرم عام 1410 الموافق 20 غشت سنة 1989يتعلق بقانون الانتخابات. القرار منشور في الموقع الرسمي الالكتروني للمجلس الدستوري.

الفرع الثاني

هل يغني شرط الجدية عن شرط انتهاك الحكم التشريعي للحقوق والحريات؟

وحتى مع تفادي المشرع العضوي إيراد ذلك الشرط ضمن الشروط المنصوص عليها في المادة 08 لحصر اختصاص الجهات القضائية في التأكد من الشروط الشكلية، وتشدد المجلس الدستوري في التحفظ على اختصاصات الجهات القضائية[6] وحصرها في مجرد التأكد من تلك الشروط الشكلية وعدم التطرق لمدى تعارض الحكم التشريعي للحقوق والحريات لتفادي المساس بالاختصاص الحصري للقضاء الدستوري، فإن الاشكالية ستستمر ولن تحل بهذه البساطة. فبالإضافة إلى أن تلك الشروط الواردة في 08 ليست شروطا شكلية وأنها تثير تساؤلات واختلافات في الفهم والتقدير وخاصة **شرط: أن يتسم الوجه المثار بالجدية**. فشرط الجدية هذا أثار خلافا حادا بين الفقهاء والقضاة في تقديره ومدى اعتباره يمس بالاختصاص الحصري للقضاء الدستوري. فمن حيث تقدير الجدية وضوابط ذلك نشبت اختلافات كثيرة، فقد رأى البعض أن الجدية في الدفع تتحقق عندما لا يكون الغرض منه إطالة أمد القضية الموضوعية وعلى قاضي الموضوع استبعاد الدفوع غير الجدية التي تستهدف التسويف وإطالة وتعطيل الفصل في الدعوى الموضوعية.[7]

وحتى في القانون الفرنسي الذي استقى منه التشريع الجزائري هذا الشرط لم يتم تحديده بدقة مما جعل بعض القضاة يفسر الجدية بمعنى الجد وعدم الهزل أو إطالة النزاع والبعض فسره على معنى الجديد (de caractère sérieux ou nouveau)[8] وقد أخذ

---

[6]- د. بومدين محمد، طبيعة العلاقة بين الهيئات القضائية والمجلس الدستوري الجزائري في الدفع بعدم الدستورية ، مجلة القانون الدستوري والعلوم الإدارية، مجلة أكاديمية محكمة تصدر فصلياً عن المركز الديمقراطي العربي، برلين-ألمانيا، العدد05 لشهر يناير 2020، الصفحات 55-71.

[7]- د.خليفة سالم الجهمي، طرق تحريك الرقابة الدستورية: دراسة تحليلية مقارنة، ص 11 من مقال منشور بتاريخ 2018/07 على موقع المحكمة العليا الليبية وذلك على الرابط التالي:

https://supremecourt.gov.ly › uploads › 2018/07

تم الاطلاع عليه بتاريخ 2019/11/14 22:24

[8]- Le caractère sérieux ou nouveau du moyen de constitutionnalité, publie au site officiel de la cour de cassation française :

هذا الشرط حصة الأسد من قرارات عدم إحالة الدفوع إلى المجلس الدستوري من قبل الجهات القضائية الفرنسية، حيث أن 80 في المائة من قرارات رفض الإحالة كانت بسبب انعدام شرط الجدية.[9]

بينما اعتبر البعض أن الجدية في الدفع الفرعي تنحصر في شرطين: أولهما أن يكون الفصل في الدعوى الدستورية منتجا بمعنى مؤثرا على الفصل في النزاع أو الدعوى الموضوعية، وثانيهما أن يحتمل التشريع المطعون فيه بالدفع شبهات حول دستوريته.[10]

والبعض الآخر ربط تقدير جدية الدفع بشرط المصلحة في الدعوى الدستورية فإذا كانت الدعوى الدستورية أو الدفع بعدم الدستورية يحقق مصلحة له وهي الفائدة التي تعود على رافع الدعوى أو الدفع، كان دفعه جديا جديرا بقبوله من قاضي الموضوع،

---

https://www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_36/rapport_2010_3866/quatrieme_partie_jurisprudence_cour_3879/examen_questions_prioritaires_constitutionnalit_3904/nouveau_moyen_19487.html

Voir plus détailles Mathieu, Bertrand. « Jurisprudence relative à la Question prioritaire de constitutionnalité (25 avril – 11 juillet 2014) », *La Semaine juridique. Édition générale*, 28 juillet 2014, n° 30-35, p. 1498-1503. Pascale DEUMIER, «Appréciation de l'absence de caractère sérieux d'une QPC», BACAL*y* [En ligne], n°10, Publié le : 23/01/2018,URL : http://publications-prairial.fr/bacaly/index.php?id=438; voir aussi :Ariane Vidal-Naquet, Le rôle du Conseil constitutionnel français, Annuaire international de justice constitutionnelle Année 2012 27-2011 pp. 41-53.

[9] -«A peu près 80 % des décisions de non-renvoi des juridictions suprêmes portent sur le défaut de caractère sérieux ou nouveau de la question posée4. La condition relative au caractère sérieux de la demande est celle qui donne le plus lieu à décision de renvoi ou de non-renvoi devant le Conseil constitutionnel, très loin devant la question nouvelle ; c'est aussi, parmi toutes les conditions de recevabilité, celle pour laquelle la marge d'appréciation du juge du filtre est la plus grande». Marthe Fatin-Rouge Stéfanini, L'appréciation, par les Cours suprêmes, du caractère sérieux de la question de constitutionnalité, p. 02 article publie: https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-01463065/document

Voir aussi: Stéphanie Hennette Vauchez, « …les droits et libertés que la constitution garantit » : quiproquo sur la QPC ?, La Revue des droits de l'homme, 10 | 2016,
URL : http://revdh.revues.org/2481 ; DOI : 10.4000/revdh.2481

[10] - المرجع نفسه، ص11.

بينما يفرق البعض بين جدية الدفع وشرط المصلحة.[11] فالجدية معناه تقديم دلائل على توافر شبهة قوية في أن النص المطعون فيه مخالف لأحكام الدستور، بينما المصلحة في الدفع بعدم الدستورية هي المنفعة الشخصية التي تعود على رافع الدفع بأن ضررا سوف يلحق به من جراء ذلك النص، فإذا لم يلحقه أي ضرر أو كان رافع الدفع من غير المخاطبين به انتفت المصلحة الشخصية وبالتالي رفض الدفع.[12] ويربط البعض بين المصلحة في الدعوى الدستورية أو الدفع وبين المصلحة في الدعوى الموضوعية أو الأصلية. ويتحقق ذلك عندما يتوقف الفصل في النزاع في الدعوى الموضوعية أو الأصلية على الحكم في الدعوى الدستورية أو بمعنى آخر عندما يكون الحكم في الدعوى الدستورية لازما وضروريا للحكم في الدعوى الموضوعية أو الأصلية. فإذا أمكن لقاضي الموضوع الفصل في الدعوى الموضوعية من غير التعرض لمسألة الدستورية للنص المراد تطبيقه وجب عليه الفصل دون إثارة مسألة الدستورية. لأن شبهة عدم الدستورية للنصوص القانونية أو العيب الدستوري عيب احتياطي لا يمكن التعرض إليه إلا بالقدر الضروري المتعلق بالدعوى الموضوعية.[13]

وخلاصة القول في تلك الآراء المتعلقة بجدية الدفع أنها لا تختلف حول مضمون الجدية بقدر اختلافها حول التعبير أو الصياغة أو المصطلح المرادف. فمن حيث المضمون فإن الجدية تتضمن:

1- أن يكون **النص أو الحكم التشريعي المطعون فيه تحوم حوله شبهة عدم الدستورية** وهذا يعني أنه يخالف الدستور أو ينتهك حقا أو حرية يضمنها الدستور. وهذا المعنى عبر عنه البعض بالمصلحة. لأن مصلحة مقدم الدفع

[11]- عادل الطبطبائي، شرط المصلحة في الدعوى الدستورية، المرجع السابق، مجلة الحقوق الكويتية، العدد الأول،1985. ص 34.

[12]- هزيل جلول وعطار نسيمة ، شرط المصلحة في تحريك رقابة مجلس الدستوري للعملية الدستورية - دراسة مقارنة -، المجلة المصرية للدراسات القانونية والاقتصادية (العدد الخامس) يونيو، 2015، ص ص 95-131، ص 125.

[13]- عبدالعزيز محمد السمان، ضوابط وقيود الرقابة الدستورية: منهج المحكمة الدستورية العليا في رقابتها لدستورية القوانين واللوائح، سعد سمك للمطبوعات القانونية، 2011، ص 219.

هي الدفاع عن الحق أو الحرية التي ستنتهك بتطبيق الحكم المشتبه في عدم دستوريته. فهو من جهة مصلحة ومن زاوية أخرى هو دفع جدي لأن مقدم الدفع لا يدعي ذلك فقط من أجل المماطلة وإنما يجب أن يقنع المحكمة أو قاضي الموضوع بحجج أن ذلك الحكم التشريعي أو النص ينتهك حقا أو حرية يضمنها له الدستور

2- أن يكون **الفصل في الدعوى الدستورية أو في الدفع لازما للفصل في الدعوى الأصلية** أو الدعوى الموضوعية، وهذا عبر عنه البعض بالمصلحة، والبعض بالجدية، والبعض بأن يكون الدفع منتجا أو مؤثرا في الدعوى الموضوعية أو الأصلية، أو شرط الارتباط، وعبر عنه التشريع الجزائري أن يتوقف عليه مآل النزاع.

وإذا كان البعض يرى أن سلطة النظر في جدية الدفع بعدم الدستورية مما تشترك فيه محكمة الموضوع مع المحكمة الدستورية، أقرت بعض التشريعات لقاضي الموضوع سلطة في تقدير جدية الدفع دون تحديد لذلك، بينما منحت بعض التشريعات لقاضي الموضوع سلطة مطلقة في تقدير الجدية ، ومن ذلك ما أكدته المحكمة الدستورية المصرية في أحد أحكامها: «**أن الدفع بعدم الدستورية غير متعلق بالنظام العام وأنه إذا دفع به أحد الخصوم فإن تقدير جديته يخضع لسلطة محكمة الموضوع فإن هي ارتأت جديته وضرورة حسم النزاع بشأن الدستورية قبل الحكم في الدعوى أجلت نظرها وحددت أجلاً لصاحب الدفع ليرفع خلاله الدعوى أمام المحكمة الدستورية العليا وإن هي قدرت عدم جديته التفتت عنه ومضت في نظر الدعوى وإذ التفتت محكمة الاستئناف عما أثاره الطاعن بشأن الدفع بعدم دستورية المادة 18 مكرر من القانون رقم 100 لسنة 1985 ومضت نظر الدعوة فإنها تكون قد ارتأت عدم جديته فإن ما يثيره الطاعن بوجه النعي لا يعدو أن يكون جدلاً في سلطة محكمة الموضوع في تقدير جدية الدفع مما لا يجوز معه إثارته أمام محكمة النقض».**[14]

[14]- المحكمة الدستورية المصرية: الطعن رقم 117 لسنة 59 القضائية "أحوال شخصية" جلسة 24 من مارس سنة 1992 منشور على الموقع التالي:

http://www.laweg.net/Default.aspx?action=LawEg&Type=16&JID=49035&%D8%A

ويشبه البعض سلطة قاضي الموضوع في النظر في شروط الدفع وعدم التطرق إلى مسألة الدستورية بالقاضي الاداري الذي بفصل في الشطر الاستعجالي لدعوى إلغاء القرار الاداري من حيث تفحص أوراق الشطر الاستعجالي بالتأكد من عنصر الجدية وعنصر الاستعجال في طلب وقف التنفيذ. فكما أن القاضي الاداري لا يفصل في طلب إلغاء القرار الاداري المطعون فيه عند نظره للشق المستعجل من دعوى الإلغاء، كذلك قاضي الموضوع لا ينظر في مدى مطابقة الحكم التشريعي للدستور أو مخالفته له ولكن ينظر من خلال أوراق الدفع من تحقق عنصر الجدية.[15] ومن ذلك ما أكدته المحكمة الدستورية العليا المصرية الصادر في حكمها بتاريخ 1997.02.01 الذي جاء فيه أنه «ليس متصورا – حال تقدير جدية الدفع بعدم الدستورية – أن تتعمق محكمة الموضوع في المسائل الدستورية التي طرحتها المدعية عليها، ولا أن تفصل فيها بقضاء قطعي يكون منهيا لولاية المحكمة الدستورية العليا التي يعود إليها وحدها أمر الفصل في بطلان النصوص القانونية أو صحتها، بعد أن تسلط عليها ضوابط الرقابة على الشرعية الدستورية وتزنها على ضوء مناهجها ومعاييرها».[16]

وفي مقابل ذلك التوجه، يرى بعض الفقهاء عدم منح قاضي الموضوع سلطة النظر في الدفع بعدم الدستورية وتقدير مدى جدية الدفع بعدم الدستورية، لأن ذلك يؤدي إلى تقييد الحق الحصري للقضاء الدستوري في الرقابة على دستورية القوانين ويتعارض مع الهدف من تركيز ذلك الاختصاص الحصري في يد محكمة أو هيئة واحدة يناط بها ذلك، كالمحكمة الدستورية المصرية أو المجلس الدستوري الجزائري. ويرى أن إجراء الاحالة ومنح المحاكم سلطة تقدير الجدية الذي جاء به قانون المحكمة الدستورية المصرية يتعارض مع الدستور المصري.[17]

[15]- أ.د. رفعت عيد سيد، الوجيز في الدعوى الدستورية، دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع, القاهرة، 2004، ص358.

[16]- نقلا عن د. خليفة سالم الجهمي، المرجع السابق، الهامش رقم 45 ، ص 16.

[17]- أ.د. رفعت عيد سيد، الوجيز في الدعوى الدستورية، المرجع السابق، ص 359.

وكذلك في الحالة الجزائرية ينبغي القول أن القانون العضوي رقم 18-16 خالف الدستور ولم يكن مطابقا له. فلم يشر إلى المصلحة بصيغة مباشرة كشرط من الشروط التي يجب على قاضي الموضوع التأكد منها ولكنه عبر عنها بشرط الجدية. و شرط الجدية كما سبق توضيحه يتضمن عند البعض شرط المصلحة وعند البعض الآخر شرط أن يكون الحكم التشريعي المراد الطعن فيه لازما للفصل في الدعوى الدستورية أو الدفع بعدم الدستورية. وعليه يتبين أن التشريع الجزائري قد كرر شرطين لمعنى واحد أو جمع بين التفسيرين لمفهوم الجدية. فالجدية معناها أن يكون لرافع الدعوى الدستورية أو الدفع بعدم الدستورية مصلحة في أن النص المطعون فيه **ينتهك حقا أو حرية له يضمنها الدستور** وهذه عبر عنها البعض بالمصلحة، والجدية معناها أيضا أن يكون ذلك النص المطعون فيه لازما للفصل في الدعوى الأصلية أو الدعوى الموضوعية وهوما عبر عنه التشريع الجزائري أن **مآل النزاع يتوقف على الحكم التشريعي المطعون** بعدم دستوريته.

وهذان الشرطان وردا في النص الدستوري في المادة 188. ولكن القانون العضوي في المادة 8 (والتي كانت في النسخة الأصلية المادة 9) **حذف شرط انتهاك الحكم التشريعي لحق أو حرية يضمنها الدستور** ولم يتطرق إليه، **وأضاف شرطين** آخرين هما:

1- أن لا يكون الحكم التشريعي قد سبق التصريح بمطابقته للدستور من طرف المجلس الدستوري باستثناء حال تغير الظروف،
2- أن يتسم الوجه المثار بالجدية».

الفرع الثاني

ما مدى مطابقة ذلك للدستور؟

ويعتبر المشرع العضوي بهذا العمل قد خالف المادة 188 من الدستور **للحجج التالية**:

1- **لعدم تطرقه في** المادة 08 لشرط انتهاك الحكم التشريعي لحق أو حرية يضمنها الدستور الوارد صراحة في المادة 188، سواء سهوا منه، فيعد انحرافا تشريعيا، أو عن عمد أو قصد منه فيعد أيضا انحرافا تشريعيا حتى ولو كان القصد تفادي نقل النص من الدستور إلى القانون العضوي مما لا يعد

تشريعا كما سبق توضيحه. بل كان يمكن إعادة صياغة الشرط بعبارة مختلفة مثلا: انتهاك الحكم التشريعي لحق أو حرية يضمنها الدستور، ولا يستطيع المجلس الدستوري أن ينتقد ذلك لأنه لم ينتقد الشرط الأول من المادة 8 التي أعادت صياغة عبارة: الذي يتوقف عليه مآل النزاع الواردة في المادة 188.

2- بإضافته لشرط أن يتسم الوجه المثار بالجدية: وهو ليس شرطا جديدا من حيث مضمونه. فقد تبين أن **شرط الجدية يشمل**: انتهاك الحكم التشريعي لحق أو حرية يضمنها الدستور، وأن يتوقف مآل النزاع أو الدعوى الموضوعية أو المتابعة الجزائية على ذلك الحكم التشريعي. فهذا الشرط (الجدية) أعم من الشرطين الواردين في النص الدستوري. والجدية تتضمن هاذين الشرطين كما سبق بيانه أعلاه، مما يعد خرقا للدستور أيضا وعدم مطابقة المادة 8 من القانون العضوي لنص المادة 188 من الدستور. فلو كان العكس لكان صحيحا، أي لوكان النص الدستوري ينص على الجدية وجاء نص المادة 8 من القانون العضوي ليفصل الجدية لتطابق نص القانون العضوي مع النص الدستوري.

3- بإضافته لشرط **ألا يكون الحكم التشريعي قد سبق التصريح بمطابقته للدستور من طرف المجلس الدستوري باستثناء حال تغير الظروف**. وهذا الشرط من ناحية يلزم قاضي الموضوع الرجوع إلى آراء وقرارات المجلس الدستوري السابقة ليتأكد أن الحكم التشريعي المطعون فيه لم يسبق أن حكم المجلس الدستوري بمطابقته للدستور. وهذه في حد ذاتها تثير غموضا عندما يتحفظ المجلس الدستوري على بعض العبارات أو يحكم بالمطابقة مع التحفظ أو المطابقة الجزئية مما يتطلب من قاضي الموضوع الاجتهاد وإعمال رايه في ذلك. ومن ناحية أخرى فإن عبارة: **باستثناء حال تغير الظروف** تثير الغموض وتحتاج إلى تفسير. وقد فسر المجلس الدستوري تغير الظروف بتعديل الدستور وذلك من خلال قراره رقم 95/01 الصادر في سنة 1995 حيث أكد المجلس أن: أن «**قرارات المجلس الدستوري ترتب، بصفة دائمة،**

كل آثارها، ما لم يتعرض الدستور للتعديل، وطالما أن الأسباب التي تؤسس منطوقها مازالت قائمة.

- و اعتبارا، و الحال، أن إدراج نفس الشرط من شروط الترشح لرئاسة الجمهورية، الذي تم الفصل فيه بعدم مطابقته للدستور، تجاهل قوة قرار المجلس الدستوري، و من ثم فإنه لا وجه للبت في مدى دستوريته من جديد».[18] وحتى مع الالتزام بهذا التفسير من المجلس الدستوري لتغير الظروف فإن هذا سيدفع قاضي الموضوع إلى تقصي آراء وقرارات المجلس الدستوري السابقة وتفحصها، والمقارنة بين ما ورد فيها وما ورد في النص الدستوري الجديد الذي ينظم الحق أو الحرية والتأكد من أن هناك ما يستلزم إعادة النظر في تلك القرارات أو الآراء والفحص والتأكد من شبهة عدم الدستورية سيؤدي حتما إلى تدخله في النظر في تقدير الدستورية الذي ليس من اختصاصه.

وكان على المجلس الدستوري أن **يحكم بعدم مطابقة نص** المادة 08 أو يعيد صياغتها كعادته، ليقتصر نص المادة على الشروط الاجرائية أو الشكلية كما يتضح لاحقا.

كما كان على المجلس الدستوري أن يحذو حذو المحكمة الدستورية المغربية في رفض تلك الشروط. فعندما أحيل عليها القانون التنظيمي (العضوي) رقم 15-86 المتعلق بتحديد شروط وإجراءات الدفع بعدم دستورية قانون، أكدت أنه: «**من جهة، فإن البت في الطبيعة التشريعية للمقتضيات القانونية موضوع الدفع وتحديد ما هو مندرج في الحقوق والحريات المضمونة دستوريا من عدمه (المادة الخامسة والفقرة الثانية من المادة 10 التي تحيل عليها)، يعد توسعا في الشروط الواجب التحقق منها من قبل القاضي المثار أمامه الدفع بمناسبة قضية معروضة عليه، ومن شأنه أن يحول مرحلة التحقق من استيفاء الدفع لبعض الشروط المتمثلة، في**

[18]- قرار رقم 01-ق.أ - م.د - 95 مؤرخ في 9 ربيع الأول عام 1416 الموافق 6 غشت سنة 1995، يتعلق بدستورية البند السادس من المادة 108 من قانون الانتخابات. ونفس التفسير أكده في رأيه رقم 12/ر. ق / م د /01 مؤرخ في 18 شوال عام 1421 الموافق 13 يناير سنة 2001 يتعلق بالرقابة على دستورية القانون رقم 2000 . ... مؤرخ في... الموافق..... يتضمن القانون الأساسي لعضو البرلمان، الجريدة الرسمية العدد 09 المؤرخ في 04 فبراير 2001.

اتصال الدفع بالدعوى الأصلية ومدى تضمينه للبيانات المتطلبة في أي دعوى وأدائه للرسم القضائي، إلى مراقب أولي للدستورية، إذ أن الحسم في الطبيعة التشريعية للمقتضى القانوني المعني، وتحديد قائمة الحقوق والحريات المضمونة دستوريا، يعد من الاختصاصات التي تنفرد المحكمة الدستورية بممارستها،

- ومن جهة أخرى، فإن تقدير الجدية الموكول للهيئة المحدثة بمحكمة النقض، يحول الهيئة المذكورة إلى مراقب سلبي للدستورية، بالنظر لصعوبة تحديد العناصر المشكلة للجدية، وارتباط تقديرها بالموضوع، وليس بالشكل؛

وحيث إن نظام التصفية، كما تم بيانه، يؤدي إلى عدم مركزة المراقبة الدستورية، وانتقاص استئثار المحكمة الدستورية بصلاحية المراقبة البعدية للدستور، وحرمانها من ممارسة اختصاصها كاملا، عبر دفعها لمباشرة النظر في موضوع الدفوع المقبولة، دون رقابة شكلية عليها؛».[19]

ولهذه الأسباب اعتمد التشريع التونسي في الفصل 56 من قانون المحكمة الدستورية رقم 50 هذا التوجه وأوجب على المحاكم إحالة الدفع على المحكمة الدستورية فورا وليس من حق المحاكم النظر في جدية أو وجاهة الدفع بعدم الدستورية، بل عليها إحالته فورا للمحكمة الدستورية صاحبة الاختصاص الحصري في ذلك.[20] حتى ولو انتقد هذا الاجراء على أساس أنه سيغرق المحكمة الدستورية التونسية بألاف الدفوع لعدم وجود تصفية[21] كما هو في التشريع الفرنسي والتشريع الجزائري وغيرهما.

---

[19]- قرار المحكمة الدستورية المغربية رقم 18/70 م.د الصادر بالرباط في يوم الثلاثاء 17 من جمادى الثانية 1439 الموافق 06 مارس 2018 يمكن الاطلاع عليه بالموقع الرسمي للمحكمة الدستورية على الرابط التالي:

https://www.cour-constitutionnelle.ma/ar/%D9%82%D8%B1% D8%A7%D8%B17018

[20]- الفصل 56 . على المحاكم عند الدّفع أمامها بعدم دستوريّة القوانين إحالة المسألة فورا على المحكمة الدستوريّة، ولا يجوز الطعن في قرار الإحالة بأي وجه من أوجه الطعن ولو بالتعقيب. قانون أساسي عدد 50 لسنة 2015 مؤرخ في 3 ديسمبر 2015 يتعلق بالمحكمة الدستورية، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، العدد 98، بتاريخ 8 ديسمبر 2015.

[21]- وحيد الفرشيشي، المحكمة الدستورية إلى أين، جريدة تونس تلغراف، عدد 2015/09/21، منشور على الموقع التالي:

http://tunisie-telegraph.com/2015/09/21/%d8% %86-17657

تم الاطلاع عليه بتاريخ 2020/02/04 18:47

وقد أخذ التشريع التونسي بهذا وحصر البت في جدية الدفع للمحكمة الدستورية رغم تحذيرات المتخصصين الذين أعدوا تقارير عن تطور القضاء الدستوري في تونس[22] بتلقي المحكمة الدستورية كما هائلا من الدفوع بعدم الدستورية التي قد تحال عليها من المحاكم العادية مما يؤدي إلى إغراق المحكمة[23] بالطعون بشكل سريع. وعلى خلاف تلك التوقعات والتحذيرات اقترحت اللجنة الدولية للحقوقيين بهذا الخصوص تبسيط الاجراءات المتعلقة بالدفع بعدم الدستورية وذلك «بتعديل المقتضيات الخاصة بإجراءات الدفع بعدم دستورية القوانين، المحالة من المحاكم الأخرى، بحيث لا تمارس عليها قيود بدون وجه حق، بما في ذلك إزالة المطلب الخاص بأن يكون المحامون المرسمون بالتعقيب هم فقط من يمكنهم تقديم الدفوع بعدم دستورية القوانين، وكذلك تبسيط الإجراءات الخاصة بالدفع بعدم دستورية القوانين».[24]

ولقيام المحكمة الدستورية التونسية باختصاصها الحصري في النظر في الدفوع بعدم الدستورية سواء من الناحية الشكلية أو الموضوعية وتفادي تدخل المحاكم المختلفة في تقدير الدفوع بعدم الدستورية، فقد أوكل القانون الأساسي للمحكمة الدستورية بأن تشكل لجنة على مستوى المحكمة الدستورية تتكون من 03 أعضاء من ذوي الاختصاص تنظر في مقبولية الدفوع وتحيلها على المحكمة للبت فيها طبقا للفصل 59: «تحدث لدى المحكمة الدستورية بقرار من رئيسها لجنة خاصة أو أكثر تتركب من ثلاثة أعضاء من ذوي الاختصاص في القانون توكل لها مهمة التثبت في مدى احترام مذكّرة الدفع بعدم الدستورية لموجباتها الشكلية والإجرائية .ترفع اللجنة المذكورة بالفقرة المتقدمة لرئيس المحكمة الدستورية اقتراحاتها القاضية إما بقبول الإحالات من الناحية الشكلية والإجرائية أو رفضها. تتولى المحكمة الدستورية البت في اقتراحات اللجنة طبق

[22]- المنظمة الدولية للتقرير عن الديمقراطية، المحكمة الدستورية التونسية: تحليل ملامح المؤسسة بعد صدور القانون الأساسي المؤرخ في 3 ديسمبر2015 ، المنظمة الدولية للتقرير عن الديمقراطية بدعم معهد العلاقات الخارجية الألماني (ifa) -، مكتب تونس، 2018، ص 13.

[23]- المنظمة الدولية للتقرير عن الديمقراطية، متابعة تطبيق الدستور التونسي وتجسيده على مستوى الاطار القانوني، المنظمة الدولية للتقرير عن الديمقراطية بدعم من التعاون الألماني، ديسمبر 2019، ص 23.

[24]- اللجنة الدولية للحقوقيين، مشروع القانون المتعلق بالمحكمة الدستورية على ضوء القانون الدولي والمعايير الدولية، اللجنة الدولية للحقوقيين، تونس، أكتوبر 2015، ص 14.

أحكام الفصل 5 من هذا القانون».[25] وربما يكون التشريع التونسي قد استفاد من التشريع الكويتي في هذا الشأن حيث تم إنشاء لجنة فحص الطعون عن طريق لائحة المحكمة الدستورية الكويتية تتكون من رئيس المحكمة الدستورية رئيسا وعضوية إثنين من أقدم مستشارين بالمحكمة.

ورغم عملية هذا الحل في مساعدة المحكمة الدستورية في تصفية الدفوع المقدمة أمامها فقد انتقد على أساس أن قرار لجنة فحص الطعون نهائي وغير قابل لأي طعن عليه أمام المحكمة الدستورية، وهوما يعرقل حق الفرد في الوصول إلى القاضي الدستوري، زيادة على أن هذه اللجنة قد اتخذت وضعا قانونيا يفوق مركز محاكم الاستئناف التي أحالت الدفع والتي منحها القانون سلطة البحث في جدية الدفع بالإضافة إلى أنها تأسست بناء على لائحة من المحكمة الدستورية ولم ينص عليها القانون.[26]

وعليه فإن شرط تغير الظروف مثله مثل شرط التحقق من جدية الدفع سيجعل قاضي الموضوع قاضيا أول للدستورية، وسيدفعه إلى الخوض في مسائل هي من الاختصاص الحصري للقضاء الدستوري مثلما استنتجه المجلس الدستوري الجزائري في رأيه أثناء رقابته لمطابقة القانون العضوي رقم 18-16 المتعلق بحديد شروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية:

«– واعتبارا أن المشرع، بإقراره لقضاة الجهات القضائية، تقدير مدى توفر شروط قبول الدفع بعدم **الدستورية بالرجوع إلى اجتهادات المجلس الدستوري، وتغيّر الظروف**، مع

[25]- قانون أساسي عدد 50 لسنة 2015 مؤرخ في 3 ديسمبر 2015 يتعلق بالمحكمة الدستورية، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، العدد 98، بتاريخ 8 ديسمبر 2015.

[26]- حميد إبراهيم الحمادي، الرقابة على دستورية القوانين في دولة الإمارات المتحدة: دراسة مقارنة مع تشريعات جمهورية مصر العربية ودولة الكويت ومملكة البحرين، المركز القومي للإصدارات القانونية، الطبعة الأولى 2011، ص 241.

دراسة الطابع الجدي للوجه المثار من أحد أطراف النزاع، **لا يقصد بذلك منح هذه الجهات القضائية سلطة تقديرية مماثلة لتلك المخولة حصريا للمجلس الدستوري**» .[27]

ومثلما أكدته المحكمة الدستورية المغربية صراحة في حكمها المذكور أعلاه.

وهذا يستتبع لتفادي ذلك تعديل الدستور والقانون المحدد لشروط الدفع بعدم الدستورية 18-16 واتباع إحدى الوسيلتين أو الاجراءين التاليين:

1- إما اتباع المنهج الذي سلكه التشريع التونسي والذي يلزم قاضي الموضوع إحالة الدفع بعدم الدستورية فورا إلى المحكمة الدستورية وليس من صلاحيته البت في جديته بل ذلك من اختصاص المحكمة الدستورية.

2- إعادة النظر في تلك الشروط التي يتحقق قاضي الموضوع منها قبل الإحالة والمتمثلة في جدية الدفع ومسألة تغير الظروف وغيرها كما هي واردة في التشريع الفرنسي وفي التشريعي الجزائري والتشريع المغربي. وحصر الشروط في شروط شكلية لا علاقة لها بتقدير الدستورية وتتمثل في:

الشرط الأول: وجوب توقيع عريضة الدفع أو الدعوى من محامٍ معتمد لدى المحكمة العليا ومجلس الدولة

الشرط الثاني:: ضرورة أن تتضمن عريضة الدفع بياناً بالنص التشريعي المطعون بعدم دستوريته وأوجه مخالفته للدستور.

وبعض التشريعات تضيف شرطا شكليا ثالثا يتعلق بضرورة **استيفاء الرسوم القضائية المقررة على الطاعن**[28] وهذا الشرط في حقيقته يتناقض مع حق المواطنين والأفراد في الولوج إلى العدالة الدستورية من جهة ومن جهة أخرى فإن الدفع بعدم الدستورية هو مسألة تهم النظام العام وتستهدف إعلاء الدستور وسموه وخلو النظام القانوني من النصوص المخالفة للدستور وحماية الحقوق والحريات وهي غايات ومبادئ سامية تستلزم

---

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

[28]- أ.د. شعبان أحمد رمضان، الدعوى الدستورية في النظام الدستوري البحريني- دراسة مقارنة، المجلة المصرية للدراسات القانونية والاقتصادية، العدد الأول، مارس 2014، ص ص 132-220، ص 166-170.

مجانية اللجوء إلى القضاء الدستوري، ومن جهة ثالثة فإن الدفع بعدم الدستورية هو دفع فرعي يتبع الدعوى الموضوعية التي سبق للمدعي أن استوفى الرسوم القضائية بشأنها أو سيدفع تلك الرسوم في حالة خسرانه للدعوى الموضوعية، ومن ثم لا يمكن إلزام مقدم الدفع بالرسوم مرتين؟

خاتمة:

من خلال تحليل نص المادة 188 والمادة 08 من القانون العضوي رقم 18-16 الذي يحدد شروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية وتعليقات المجلس الدستوري وتحفظاته على بعض المواد وعدم تحفظه على بعض الشروط التي فصلتها المادة 08 من القانون العضوي المذكور يمكن إيراد النتائج والتوصيات التالية:

أولا: النتائج:

1- أن القانون العضوي رقم 18-16 لم يدرج شرط انتهاك الحكم التشريعي للحقوق والحريات التي يضمنها الدستور، ضمن المادة 08 المتعلقة بالشروط التي يجب على الجهات القضائية، سواء في التصفية الأولى أو في التصفية الثانية، التأكد من توافرها.

2- أن عدم ايراد شرط انتهاك الحكم التشريعي للحقوق والحريات التي يضمنها الدستور، ضمن المادة 08، يتعارض مع الدستور ويعد اغفالا تشريعيا سواء كان ذلك سهوا أو عمدا.

3- أن تلك الشروط التي أوردها المشرع العضوي في المادة 08 تفصيلا للمادة 188 من الدستور لم تكن شروطا شكلية ولم ترد تفصيلا للنص الدستوري، بل جاءت بشروط أخرى بعضها عاما وغامضا كشرط الجدية وشرط تغير الظروف.

4- أن شرط الجدية حتى ولو اختلف الفقهاء والتشريعات في ضبطه فمضمونه ينحصر في معنيين: أن يكون **النص أو الحكم التشريعي المطعون فيه تحوم حوله شبهة عدم الدستورية**، وهذا يعني أنه يخالف الدستور أو ينتهك حقا أو حرية يضمنها الدستور مثلما ورد في نص المادة 188 من التعديل الدستوري 2016، وأن يكون **الفصل في الدعوى الدستورية أو في الدفع لازما للفصل في**

الدعوى الأصلية، وهذا عبر عنه البعض بالمصلحة، والبعض بالجدية، وعبر عنه القانون العضوي الجزائري بأن يتوقف عليه مآل النزاع.

5- أن شرط الجدية كما سبق بيانه أشمل من الشرطين الواردين في النص الدستوري 188.

6- أن شرط **حال تغير الظروف بالنسبة للقانون العضوي المصرح بمطابقته للدستور من طرف المجلس الدستوري** يثير الغموض ويحتاج إلى تفسير. وحتى مع تفسير ذلك من قبل المجلس بتعديل الدستور فإن هذا سيدفع قاضي الموضوع إلى تقصي آراء وقرارات المجلس الدستوري السابقة وتفحصها والتأكد من شبهة عدم الدستورية، الأمر الذي يؤدي حتما إلى تدخله في النظر في تقدير الدستورية الذي ليس من اختصاصه.

7- كان على المجلس الدستوري أن يحذو حذو المحكمة الدستورية المغربية في رفض تلك الشروط، ويعيد صياغتها لتبسيطها أو يدفع المشرع لإعادة صياغة القانون العضوي بوضع شروط شكلية بسيطة لا تمس بالاختصاص الحصري للمجلس الدستوري.

ثانيا: التوصيات أو الاقتراحات:

1- ضرورة تعديل الدستور والقانون العضوي المحدد لشروط الدفع بعدم الدستورية واتباع المنهج الذي سلكه التشريع التونسي بإلزام قاضي الموضوع إحالة الدفع بعدم الدستورية فورا إلى المحكمة الدستورية وليس من صلاحيته البت في جديته بل ذلك من اختصاص المحكمة الدستورية.

2- ضرورة تعديل الدستور والقانون العضوي المذكور لحصر شروط الدفع بعدم الدستورية في شروط شكلية لا علاقة لها بتقدير الدستورية، وتتمثل في:

الشرط الأول: وجوب توقيع عريضة الدفع أو الدعوى من محامٍ معتمد لدى المحكمة العليا ومجلس الدولة،

الشرط الثاني: ضرورة أن تتضمن عريضة الدفع بياناً بالنص التشريعي المطعون بعدم دستوريته وأوجه مخالفته للدستور.

مصادر ومراجع

أولا: نصوص قانونية وأراء وقرارات قضائية

- الدستور الجزائري الحالي المستفتي عليه بتاريخ 28 نوفمبر 1996 الصادر في الجريدة الرسمية رقم 76 المؤرخة في 8 ديسمبر 1996، والمعدل بـ:
القانون رقم 02-03 المؤرخ في 10 أبريل 2002 الجريدة الرسمية رقم 25 المؤرخة في 14 أبريل 2002.
والقانون رقم 08-19 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008 الجريدة الرسمية رقم 63 المؤرخة في 16 نوفمبر 2008.
و القانون رقم 16-01 المؤرخ في 06 مارس 2016 الجريدة الرسمية رقم 14 المؤرخة في 07 مارس 2016.
- قانون عضوي رقم 18-16 مؤرخ في 22 ذي الحجة عام 1439 الموافق 2 سبتمبر سنة 2018، يحدد شروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية، الجريدة الرسمية العدد 54 الصادر في 5 سبتمبر سنة 2018.
- رأي رقم 03/ ر.ق.ع/م.د/18 مؤرخ في 20 ذي القعدة عام 1439 الموافق 2 غشت سنة 2018، يتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي الذي يحدد شروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية، للدستور. الجريدة الرسمية العدد 54 المؤرخة في 05 سبتمبر سنة 2018.
- قرار رقم 01-ق.أ - م.د - 95 مؤرخ في 9 ربيع الأول عام 1416 الموافق 6 غشت سنة 1995، يتعلق بدستورية البند السادس من المادة 108 من قانون الانتخابات.
- رأي رقم 12/ر. ق / م د /01 مؤرخ في 18 شوال عام 1421 الموافق 13 يناير سنة 2001 يتعلق بالرقابة على دستورية القانون رقم 2000 . ... مؤرخ في... الموافق..... يتضمن القانون الأساسي لعضو البرلمان، الجريدة الرسمية العدد 09 المؤرخ في 04 فبراير 2001.
- النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري الصادر في 12 مايو 2019، الجريدة الرسمية العدد 42 المؤرخة في 30 يونيو سنة 2019، والمعدل بمداولة صادرة عن

المجلس الدستوري مؤرخة في 18 صفر عام 1441 الموافق 17 أكتوبر 2019، الجريدة الرسمية رقم 65 المؤرخة في 24 أكتوبر سنة 2019.

- قانون أساسي عدد 50 لسنة 2015 مؤرخ في 3 ديسمبر 2015 يتعلق بالمحكمة الدستورية، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، العدد 98، بتاريخ 8 ديسمبر 2015.
- المحكمة الدستورية المصرية: الطعن رقم 117 لسنة 59 القضائية "أحوال شخصية" جلسة 24 من مارس سنة 1992 منشور على الموقع التالي:

http://www.laweg.net/Default.aspx?action=LawEg&Type=16&JID=49035&%D8%A

- قرار المحكمة الدستورية المغربية رقم 18/70 م.د الصادر بالرباط في يوم الثلاثاء 17 من جمادى الثانية 1439 الموافق 06 مارس 2018 يمكن الاطلاع عليه بالموقع الرسمي للمحكمة الدستورية على الرابط التالي:

https://www.cour-constitutionnelle.ma/ar/%D9%82%D8%B1% D8%A7%D8%B17018

ثانيا: كتب ومقالات

- حميد إبراهيم الحمادي، الرقابة على دستورية القوانين في دولة الإمارات المتحدة: دراسة مقارنة مع تشريعات جمهورية مصر العربية ودولة الكويت ومملكة البحرين، المركز القومي للإصدارات القانونية، الطبعة الأولى 2011
- أ.د. رفعت عيد سيد، الوجيز في الدعوى الدستورية، دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع, القاهرة، 2004.
- عبدالعزيز محمد السمان، ضوابط وقيود الرقابة الدستورية: منهج المحكمة الدستورية العليا في رقابتها لدستورية القوانين واللوائح، سعد سمك للمطبوعات القانونية، 2011، ص 219.
- المنظمة الدولية للتقرير عن الديمقراطية، المحكمة الدستورية التونسية: تحليل ملامح المؤسسة بعد صدور القانون الأساسي المؤرخ في 3 ديسمبر 2015 .
- المنظمة الدولية للتقرير عن الديمقراطية بدعم معهد العلاقات الخارجية الألماني - (ifa)، مكتب تونس، 2018.

- المنظمة الدولية للتقرير عن الديمقراطية، متابعة تطبيق الدستور التونسي وتجسيده على مستوى الاطار القانوني، المنظمة الدولية للتقرير عن الديمقراطية بدعم من التعاون الألماني، ديسمبر 2019.
- اللجنة الدولية للحقوقيين، مشروع القانون المتعلق بالمحكمة الدستورية على ضوء القانون الدولي والمعايير الدولية، اللجنة الدولية للحقوقيين، تونس، أكتوبر 2015.
- د. بومدين محمد، طبيعة العلاقة بين الهيئات القضائية والمجلس الدستوري الجزائري في الدفع بعدم الدستورية ، مجلة القانون الدستوري والعلوم الإدارية، مجلة أكاديمية محكمة تصدر فصلياً عن المركز الديمقراطي العربي، برلين- ألمانيا، العدد05 لشهر يناير 2020، ص ص 55-71.
- عادل الطبطبائي، شرط المصلحة في الدعوى الدستورية، مجلة الحقوق الكويتية، العدد الأول،1985. ص 34.
- أ.د. شعبان أحمد رمضان، الدعوى الدستورية في النظام الدستوري البحريني- دراسة مقارنة، المجلة المصرية للدراسات القانونية والاقتصادية، العدد الأول، مارس 2014، ص ص 132-220.
- هزيل جلول وعطار نسيمة ، شرط المصلحة في تحريك رقابة مجلس الدستوري للعملية الدستورية - دراسة مقارنة -، المجلة المصرية للدراسات القانونية والاقتصادية (العدد الخامس) يونيو، 2015، ص ص 95-131.
- د.خليفة سالم الجهمي، طرق تحريك الرقابة الدستورية: دراسة تحليلية مقارنة، ص 11 من مقال منشور بتاريخ 2018/07 على موقع المحكمة العليا الليبية وذلك على الرابط التالي:

تم الاطلاع عليه بتاريخ 2019/11/14 22:24 https://supremecourt.gov.ly › uploads › 2018/07

- وحيد الفرشيشي، المحكمة الدستورية إلى أين، جريدة تونس تلغراف، عدد 2015/09/21، منشور على الموقع التالي:

http://tunisie-telegraph.com/2015/09/21/%d8% %86-17657

تم الاطلاع عليه بتاريخ 2020/02/04 18:47

ثالثا: مصادر ومراجع باللغة الأجنبية

- Loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, Journal officiel du 11 décembre 2009, p. 21379, @ n° 1.
- Ariane Vidal-Naquet, Le rôle du Conseil constitutionnel français, Annuaire international de justice constitutionnelle Année 2012 27-2011 pp. 41-53.
- Marthe Fatin-Rouge Stéfanini, L'appréciation, par les Cours suprêmes, du caractère sérieux de la question de constitutionnalité, p. 02 article publie: https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-01463065/document
- Mathieu, Bertrand. « Jurisprudence relative à la Question prioritaire de constitutionnalité (25 avril – 11 juillet 2014) », La Semaine juridique. Édition générale, 28 juillet 2014, n° 30-35, p. 1498-1503.
- Pascale DEUMIER, «Appréciation de l'absence de caractère sérieux d'une QPC», BACALy [En ligne], n°10, Publié le : 23/01/2018,URL : http://publications-prairial.fr/bacaly/index.php?id=438.
- Stéphanie Hennette Vauchez, « ...les droits et libertés que la constitution garantit » : quiproquo sur la QPC ?, La Revue des droits de l'homme, 10 | 2016, URL : http://revdh.revues.org/2481 ; DOI : 10.4000/revdh.2481