الإجراءات المتبعة أمام الجهات القضائية لتطبيق آلية الدفع بعدم الدستورية

Procedures before the judicial authorities to implement the mechanism of the unconstitutionality plea

ايت شعلال نبيل*

جامعة سطيف 2، الجزائر، aitchalalnabil@gmail.com

تاريخ الإرسال: 2023/02/22 **تاريخ القبول: 2023/03/20**

ملخص:

يقصد بآلية الدفع بعدم الدستورية حق الفرد في الاعتراض على تطبيق نصوص قانونية، قد تطبق في نزاع يكون طرفا فيه أمام إحدى الجهات القضائية، يرى أنها تمس حقوقا وحريات يضمنها له الدستور، غير أن ممارسته لهذا الحق مرهون بمدى توفر دفعه على شروط معينة، وكذا مروره على إجراءات تهدف إلى تصفية الدفع على مستوى الجهات القضائية بمختلف درجاتها، وهذا قبل إحالته على الهيئة المكلفة بمراقبة الدستورية، بما يوحي ظاهريا بتداخل عمل هذه الأخيرة والجهات القضائية في النظر في الدفع، وكان للاجتهاد الدستوري والفقهي رأيه الحاسم في توضيح وبيان سبل تدخل كل جهة في مجال الدفع بعدم الدستورية.

الكلمات المفتاحية: الدفع بعدم الدستورية، التصفية القضائية، الرقابة الدستورية، القانون العضوي 22-19.

Abstract:

The mechanism of pleading unconstitutionality means the right of an individual to object to the application of legal provisions, which may be applied in a dispute to which he is a party before a judicial authority, which he believes affects rights and freedoms guaranteed to him by the Constitution, but his exercise of this right depends on the availability of his payment on certain conditions, as well as his passage through procedures aimed at liquidating the payment at the level of the judicial authorities of various degrees, and this before referring it to the body in charge of monitoring constitutionality, which ostensibly suggests the overlap of the work of the latter and the judicial authorities In considering the plea, constitutional and jurisprudential jurisprudence had its decisive opinion in clarifying and clarifying the ways of intervention of each party in the field of the defense of unconstitutionality.

Keywords: *Grounds of unconstitutionality, judicial liquidation, constitutional oversight, Organic Law No. 22-19.*

* المؤلف المراسل

مقدمة:

تداركا من المشرع الدستوري الجزائري للنقص الذي كان يشوب الرقابة الدستورية بالجزائر، عمد بمقتضى المادة 188 من القانون رقم 16-01 المتضمن التعديل الدستوري لسنة 2016، إلى تخويل حق الدفع بعدم الدستورية إلى الأفراد، الذي يعتبر من أهم المستجدات التي جاء بها التعديل الدستوري، لكونه يساهم في تعزيز مسار الديمقراطية، وتجسيد لهذا الإصلاح الدستوري، عملت الحكومة على إعداد مشروع القانون العضوي، الذي صادق عليه البرلمان بغرفتيه خلال دورته العادية بتاريخ 4 سبتمبر 2018.

وفي 07 مارس 2019 شرع في تطبيق القانون العضوي المتضمن آلية الدفع بعدم الدستورية في الجزائر، في إطار ما يعرف بالرقابة اللاحقة على دستورية القوانين التي استحدثها الدستور في التعديل المؤرخ في 06 مارس 2016 في مادته 188 الجديدة التي أعطت لأطراف الخصومة القضائية الحق في منازعة أحكام تشريعية يدّعون بأنها تخرق الحقوق و الحريات التي يضمنها لهم الدستور.

و بصدور القانون العضوي رقم 18-16 بتاريخ 02 سبتمبر2018 المحدد لشروط و كيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية، تم إرساء الجانب التشريعي لآلية الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين في الجزائر.

وسنبرز في مقالنا هذا الإشكالية التالية: ما هو الدور المنوط بالجهات القضائية في تفعيل آلية الدفع بعدم الدستورية ؟

وللإجابة عن هذه الإشكالية قمنا بتقسيم مقالنا إلى المحورين التاليين:

المحور الأول: ضوابط وشروط الدفع بعدم الدستورية أمام القضاء

المحور الثاني: دور القضاء في تفعيل آليّة الدفع بعدم الدستوريّة (مبدأ التصفية).

المحور الأول: ضوابط وشروط الدفع بعدم الدستورية أمام القضاء

عرف مجلس الدولة الفرنسي الدفع بعدم دستورية القوانين بأنه: "حق الشخص رافع الدعوى المدنية أو الإدارية أو الجنائية إذا أراد مطابقة القانون الذي سيطبق عليه للدستور بواسطة مذكرة مستقلة طالما أن القاضي لا يمكنه أن يثير تلقائيا هذا الدفع"[1].

وبصياغة أخرى هو: "رقابة تتم بعد دخول القانون حيز النفاذ ويدفع بها أحد الخصوم في قضية منشورة أمام المحاكم كوسيلة للدفاع عن نفسه بحجة ان القانون الذي ينوي القاضي تطبيقه في القضية هو غير دستوري"[2].

أقـرّ المؤسس الدستوري الجزائري، آلية الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين تحت تسمية "الدفع بعدم الدستورية "، القانون الفرنسي مثلا سماها الأولوية الدستورية. (QPC)

وتتيح قراءة المادة 195 من الدستور الجزائري استخراج أهم الضوابط التي تسمح للقضاء الجزائري بالنظر في الدفع بعدم دستورية القوانين قصد إحالتها على المحكمة الدستورية باعتبارها المؤسسة الدستورية المكلفة بالرقابة على دستورية القوانين.

ونستعرض فيما يلي من له الحق في إثارة الدفع بعدم الدستورية ؟وكيف يثيره و أمام أي جهة يثيره ؟

أولا: مجال تطبيق آلية الدفع بعدم الدستورية

يختلف تطبيق الدفع بعدم الدستورية في الأنظمة التي تأخذ بالرقابة القضائية، عن تطبيقه في الأنظمة ذات الرقابة السياسية، فالرقابة عن طريق الدفع الفرعي تعتبر من خصائص **الرقابة القضائية**، وهي رقابة لاحقة على القوانين لا يتصور وجودها إلا بعد صدور القانون، لأنها تفترض أن القانون صدر فعال و يراد تطبيقه في حالة معينة، فيوجه الخصم المراد تطبيق القانون عليه نظر المحكمة إلى مخالفة هذا القانون لأحكام الدستور، و يدفع بعدم دستوريته، فإذا تحققت المحكمة من صحة ما دفع به الخصم امتنعت عن تطبيق القانون في النزاع المعروض عليها دون أن تصدر حكما بإلغائه، إذا ما كان النظام الدستوري في الدولة يأخذ بمبدأ لا مركزية الرقابة، و تعتبر الواليات المتحدة الأمريكية- مهد الأخذ بهذا الأسلوب . وتوجد صورة أخرى للدفع الفرعي في الدول التي تأخذ بالنظام المركزي في الرقابة، كمصر التي لم تعترف بالدعوى الدستورية المباشرة أما المحاكم بل أوكلت، مهمة فحص دستورية القوانين للمحكمة الدستورية العليا دون غيرها، و ذلك ضمانا منه لمركزية الرقابة على الشرعية الدستورية و ضمانا للوحدة العضوية لأحكام الدستور[3].

أما الدفع بعدم الدستورية في الأنظمة الدستورية التي تأخذ **بالرقابة السياسية**، فتعد فرنسا من الدول الأولى التي تبنت آلية الدفع بعدم الدستورية في نظامها الدستوري، وذلك بموجب التعديل الدستوري لسنة 2008 في المادة 61 من الدستور بإضافة فقرة جديدة لها تقضي بتطبيق

نظام الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين، وذلك من خلال الدفع بواسطة المتقاضين أمام محاكم الموضوع، وبناءا على ذلك صدر القانون العضوي لسنة 2009، الذي سمى هذه الرقابة "المسألة الدستورية ذات الأولوية "[4].

أما المؤسس الدستوري الجزائري فقد تبنى آلية الدفع بعدم الدستورية في التعديل الدستوري لسنة 2016 من خلال المادة 188 من الدستور، التي عززت الرقابة البعدية على القوانين العادية، مع العلم أن الدستور الجزائري تبنى الرقابة البعدية على القوانين العادية إلى جانب الرقابة القبلية قبل التعديل الدستوري لسنة 2016، خلافا لنظيره الفرنسي حيث أنه لم يتبنى الرقابة اللاحقة على القوانين العادية إلا بعد تعديل 2008 . و تجسيدا لذلك، أصدر المشرع الجزائري القانون العضوي رقم 18- 16 في 2 سبتمبر 2018 الذي يحدد شروط و كيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية[5]، وتبنى القانون العضوي نفس التسمية التي جاءت في المادة 188 (المادة 195 بعد تعديل 2020) من الدستور و هي "الدفع بعدم الدستورية "، ولكن هذا القانون العضوي تم إلغائه فيما بعد بموجب القانون العضوي رقم 22-19 الذي يحدد إجراءات وكيفيات الإخطار والإحالة المتبعة أمام المحكمة الدستورية[6]، والذي أزال الكثير من الغموض والإشكالات التي يثيرها الدفع بعم الدستورية.

وتطبيق هذه الآلية كما رأينا سابقا، يختلف في الدول التي تتبع الرقابة السياسية عن الدول التي تتبع الرقابة القضائية، بحيث توكل مهمة فحص دستورية القانون للمجلس الدستوري، بالرغم من أن الدعوى ترفع أمام محاكم الموضوع، ففي حالة التمسك أثناء دعوى تنظرها إحدى المحاكم بأن النص التشريعي المراد تطبيقه على النزاع يتضمن انتهاكا للحقوق و الحريات التي يكفلها الدستور، فلا يمكن لمحكمة الموضوع أن تفصل في مدى دستورية النص بل تعرض المسألة على المجلس الدستوري(المحكمة الدستورية في الجزائر حاليا) بناءا على إحالة من مجلس الدولة أو من المحكمة العليا.

ثانيا: الطبيعة القانونية للدفع بعدم الدستورية

بالرجوع إلى نص المادة "195" من التعديل الدستوري لسنة 2020[7]، يتضح لنا أن الحق في الإخطار للأفراد غير مطلق وغير مباشر، فيجب أن يرتبط بمصلحة شخصية للمتقاضي، يخالف الإخطار المباشر أمام المحكمة الدستورية (المادة 193)، فهو يتعلق بمصلحة خاصة، لكن لا يمنع

أن تتحقق المصلحة العامة بإلغاء القانون الذي يمس بالحقوق والحريات، لأن القانون سوف يلغى تماما من التشريع وذلك ما أكدته المادة (198)، فقد نص الدستور على أن قرارات وآراء المحكمة الدستورية تكون ملزمة لجميع السلطات . وتتم عملية الدفع بعدم الدستورية بإحالة من الهيئات القضائية العليا، أي المحكمة العليا ومجلس الدولة، فقد أبقى المشرع الدستوري الرقابة الدستورية من اختصاص المحكمة الدستورية، فليس لهيئات القضاء العليا أن تفصل في دستورية أو عدم دستورية القانون، و إنما تتأكد من جدية الدفع فقط، ثم تحيله إلى المحكمة الدستورية .

والسؤال الذي يطرح في هذا الصدد هو: هل يمكن للقاضي أن يقوم بالدفع بعدم الدستورية أثناء النظر في قضية معينة دون إثارة ذلك من طرف الخصوم؟ فإذا كان الدفع بعدم الدستورية متعلقا بالنظام العام فيترتب على ذلك أنه يجوز للقاضي إثارته من تلقاء نفسه ولو لم يتمسك به أحد أطراف الدعوى، أما إذا لم يكن الدفع متعلقا بالنظام العام فلا يمكن للقاضي إثارته إذا لم يتمسك به أحد الخصوم، وهذا ما تبناه المشرع الدستوري في المادة 195 من الدستور و كذا القانون العضوي المنظم للدفع بعدم الدستورية بحيث حصر حق الدفع فقط لأطراف النزاع، إلا أن الفقه الحديث يقر بأهمية منح القاضي ممارسة حق الدفع ذلك انه يعود بالنفع على حقوق المتقاضين و يصونها، و يؤيد الفقه الفرنسي هذا الطرح باعتبار أن الاعتداء على الحقوق والحريات الأساسية التي يحميها الدستور تعد من الأمور المتعلقة بالنظام العام وبالتالي يجوز للقاضي أو النيابة العامة إثارتها مباشرة[8].

وبناء على ما تقدم، يتضح لنا أن دعوى الدفع بعدم الدستورية تحمل **أربعة خصائص**[9]:

* أنها دعوى منفصلة عن الدعوى الأصلية.

* لا تتعلق دعوى الدفع بعدم الدستورية بالنظام العام، وهي حق للأفراد لا يجوز للقاضي إثارتها من تلقاء نفسه.

* ليست دعوى رئيسية، فهي دعوى تابعة و تصبح رئيسية عندما تحال الى المجلس الدستوري.

* هي دعوى موضوعية و ليست شخصية.

ثالثا: الأطراف المعنية بالدفع بعــدم الدستوريــة

نصت المادة 195 من الدستور صراحة على حق أحد أطراف الدعوى بإثارة الدفع بعدم الدستورية.

ويستوي في ذلك أن يكون هذا الأخير مدعيا ، أو مدعى عليه، أو مدخلا في الخصام، أو من الغير الخارج عن الخصومة، بشرط توفره على الصفة والمصلحة وفقا للقواعد العامة للتقاضي، و قد يثار الدفع من المتهم أو المدعي المدني أو المسؤول المدني أو الطرف المدني، و سواء كان صاحب الدفع شخصا طبيعيا أم معنويا، كما قد يكون مواطنا أو أجنبيا، كما أنه في اعتقادنا يمكن أن يثار الدفع من طرف النيابة العامة إذا كانت طرف في النزاع.

هناك من يرى أن النيابة العامة هي طرف في الدعوى العمومية و بالتالي يجوز لها إثارة الدفع بعدم الدستورية، وعلى سبيل المثال: مسألة عدم جواز استئناف النيابة للأحكام الجزائية التي تساوي أو تقل عن 20.000 دج غرامة نافذة.

في حين يميل رأي ثان، لعكس هذا التوجه، وهذا بالقول أن النيابة العامة لا يجوز لها أن تثير الدفع بعدم الدستورية، لأن المادة 29 من قانون الإجراءات الجزائية تنص صراحة على أنها (أي النيابة) تباشر الدعوى العمومية باسم المجتمع و تطالب بتطبيق القانون، و بذلك فإنه لا يجوز لها أن تدفع بعدم دستورية قانون ما، في حين يجوز لها إعطاء ملاحظاتها و رأيها في الدفوع بعدم الدستورية التي يثيرها أطراف الدعوى طبقا للمادة 07 من القانون العضوي رقم 18/ 16[10]، والتي تقابلها المادة 20 من القانون العضوي رقم 22-19.

غير انه لا يجوز للقاضي أن يثير الدفع بعدم الدستورية تلقائيا تكريسا لواجب الحياد، ويمنع أيضا استنادا لهذا الشرط الأساسي على أشخاص أخرى غير أطراف في الدعوى أن يثيروا الدفع بعدم الدستورية.

ثانيا- شروط الدفع بعدم الدستورية ؟

- يثار الدفع بعدم الدستورية بمناسبة منازعة معروضة أمام جهة قضائية خاضعة للنظام القضائي العادي أو النظام القضائي الإداري، و هذا ما كرّسته المادة 15 من القانون العضوي 22-19 .

و بذلك، فإنه لا يقبل الدفع بعدم الدستورية أمام محكمة التنازع، و لا أمام المحكمة الدستورية عندما ينعقد للفصل في الطعون المتعلقة بالانتخابات مثلا، كما لا يجوز الدفع أمام جهات التحكيم و لا أمام لجان المنازعات أو مجالس التأديب.

- ونصت المادة 195 من الدستور وتلتها المادة 21 من القانون العضوي رقم 22-19 على أن الدفع بعدم الدستورية يثار بخصوص حكم تشريعي، أو تنظيمي يتوقف عليه مآل النزاع و ينتهك الحقوق و الحريات التي ينص عليها الدستور.

ويتم تفسير اصطلاح الحكم التشريعي بأن يستوعب جميع النصوص القانونية على مختلف مستوياتها والتي تدخل ضمن نطاق الرقابة الدستورية وهي الأعمال ذات القيمة التشريعية، وفي فرنسا تتحدد هذه الأعمال في النصوص التي اعتمدتها السلطة التشريعية، مما يدل بوضوح أن محل الحكم الذي يدفع بعدم دستوريته يجب أن يكون حكما تشريعيا صوت عليه من قبل البرلمان[11].

كما لا يجوز أيضا الدفع بعدم دستورية حكم تشريعي سبق للمحكمة الدستورية أن أبدت رأيها بدستوريته في إطار رقابة لاحقة عرضت عليها،و هذا استنادا للمبدأ السالف ذكره، إلا إذا تغيرت الظروف عن تلك التي أعطت فيها المحكمة الدستورية رأيها الأول بخصوص دستورية النص المعترض عليه، سواء بتعديل النص الدستوري أو استحداث نص دستوري يقر بحق معين، و إما بتعديل النص التشريعي المعترض عليه بشكل يصير فيه غير مطابق للدستور[12].

كما يستثنى أيضا من مجال الدفع بعدم الدستورية، المراسيم و النصوص التنظيمية التي تصدر عن السلطة التنفيذية وتخضع لدعوى الإلغاء أمام القضاء الإداري، في حين نرى مثلا في قوانين مقارنة أخرى مثل القانون المصري أن قانون المحكمة الدستورية العليا رقم 48 لسنة 1979 المعدل، ينص في مادته 27 على أنه يجوز لهذه الأخيرة أن تقضي بعدم دستورية أي نص في قانون أو لائحة.

كما لا يجوز أيضا، إثارة الدفع بعدم الدستورية على القوانين الاستفتائية (مثل قانون السلم والمصالحة الوطنية مثلا)، لأنها قوانين تم إقرارها بعد عرضها على الاستفتاء الشعبي.

و يشترط لصحة الدفع بعدم الدستورية، أين يتوقف النزاع على القانون محل الدفع بعدم الدستورية، وأن ينتهك الحقوق والحريات التي نص عليها الدستور.

و تبعا لذلك، إذا كان القانون محل الدفع ثانويا في النزاع المعروض على القاضي، ولا تتوقف عليه الدعوى أو لا يخرق أي حق من حقوق الطالب المنصوص عليها في الدستور فلا يكون هذا الدفع جديا.

ثالثا- مراحل إثارة الدفـع بعـدم الدستوريـة ؟

يجوز أن يثار الدفع بعدم الدستورية في أية مرحلة كانت عليها الدعوى و لو لأول مرة أمام جهة الاستئناف أو الطعن بالنقض[13]، على أن يقدم الدفع بمذكرة مكتوبة مسببة ومنفصلة عن عرائض ومذكرات الدعوى الأصلية و ذلك تحت طائلة عدم قبول الدفع[14].

و تبعا لذلك، لا يجوز للمعني أن يثير الدفع ضمن عريضة افتتاح الدعوى أو عريضة الاستئناف كما لا يجوز أن يثير الدفع بعدم الدستورية شفاهـة.

- إذا كانت القضية معروضة على مستوى المحكمة بالأقسام المدنية أو الجزائية أو قسم الأحداث أو كانت الدعوى معروضة على مستوى المجلس القضائي أو المحكمة الإدارية، فإن الدفع يثار أمام القاضي أو الغرفة المعروض عليها ملف الدعوى.

- إذا كانت القضية معروضة على قاضي التحقيق أو قاضي الأحداث (التحقيق)، فإن الدفع يثار أمام هذا القاضي و يحال إلى غرفة الاتهام للنظر فيه.

- إذا كانت الدعوى محالة أمام محكمة الجنايات، فإن الدفع يثار فقط أمام محكمة الجنايات الإستئنافية بموجب مذكرة ترفق بشهادة استئناف حكم محكمة الجنايات الابتدائية، وتنظر فيه محكمة الجنايات الإستئنافية قبل فتح باب المناقشة بدون إشـراك المحلفين (لأنها مسألة قانونيـة).

المحـور الثانـي: دور القضـاء في تفعيـل آليّـة الدفع بعدم الدستوريّـة (مبـدأ التصفية)

منح المؤسس الدستوري الحق لأطراف الدعوى إثارة الدفع بعدم دستورية حكم تشريعي أو تنظيمي يمس بالحقوق والحريات المنصوص عليها في الدستور، إذا كان هذا الحكم يتوقف عليه مآل النزاع، إلا أن ممارسة هذا الحق لا يكون مباشرة أمام جهة الرقابة على دستورية القوانين، بل يخضع لمبدأ التصفية الذي تم منح صلاحيته للقضاء، بحيث أن المحكمة الدستورية تخطر بالدفع عن طريق الإحالة من المحكمة العليا أو مجلس الدولة[15].

إن هذه التصفية تسمح بتلافي إرهاق المحكمة الدستورية بتلقي دفوع كيدية، أو تهدف إلى عرقلة سير الدعوى و تسمح للجهات القضائية بممارسة صلاحيتها في النظر في جدية الإحالة من عدمها، بعد تأكدها من توفر مجموع الشروط الواجب توفرها في الدفع لاسيما شرط الجدية، و يكون ذلك على مستويين: الجهات القضائية الدنيا (من محاكم ومجالس / أو محاكم إدارية بالنسبة للقضاء الإداري)، و الجهات القضائية العليا (المحكمـة العليـا و مجلس الدولة)، اللذان

لهما الكلمة الفصل في إقرار مدى جدية إحالة الدفع بعدم الدستورية للمجلس الدستوري من عدمه، و بالتالي فإن المؤسس الدستوري أخد بمبدأ ثنائية التصفية، و هو نفس المبدأ الذي أخذت به بعض القوانين المقارنة كفرنسا مثلا.

أولا- التصفية الأولى (على مستوى الجهات القضائية الدنيا)

تفصل الجهة القضائية التي عرض عليها الدفع بعدم الدستورية طبقا للمادة 20 من القانون العضوي رقم 22-19، فورا وبقرار مسبب في إرسال الدفع بعدم الدستورية إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة بعد استطلاع رأي النيابة العامة أو محافظ الدولة .

و نلاحظ هنا أن المشرع لم يحدد أجلا معينا يلزم فيه الجهة القضائية بالفصل في جدية إرسال الدفع بعدم الدستورية، بل عبر فقط عن الطابع الفوري للفصل فيه، و في هذه الحالة تتأكد الجهة القضائية من توفر الشروط الشكلية والموضوعية للدفع (مسألة الجدية) و تبت فيه بقرار مسبب بالقبول أو الرفض دون إشراك المساعدين إذا كانت المحكمة المعروض عليها هذا الدفع تضم مساعدين (القسم التجاري أو الاجتماعي مثلا) .

فإذا تم رفض إرسال الدفع بعدم الدستورية، فإن الجهة القضائية المعنية تواصل الفصل في موضوع الدعوى ولا يكون قرارها القاضي برفض إرسال الدفع قابلا لأي اعتراض منفصل عن الطعن الذي يمارس ضد الحكم الفاصل في الدعوى[16].

أما إذا فصلت الجهة القضائية بجدية الإرسال للمحكمة العليا أو مجلس الدولة، فيتم إرسال قراراها هذا مرفقا بعرائض و مذكرات الأطراف خلال أجل 10 أيام من صدوره و يبلغ للأطراف و لا يكون حينها قابلا لأي طعن[17]، و في هذه الحالة تتوقف مبدئيا عن الفصل في الدعوى و ترجئ الفصل فيها إلى غاية فصل الجهات المختصة في الدفع (المحكمة العليا أو مجلس الدولة أو المحكمة الدستورية عند الاقتضاء، إذا أحيل إليه الدفع من طرفهما)، غير أنه لا يترتب عن ذلك وقف سير إجراءات التحقيق، كما يمكن أيضا للجهة القضائية اتخاذ التدابير المؤقتة أو التحفظية اللازمة[18].

و استثناءا عن هذه القاعدة، فإن الفصل بإرسال الدفع لا يوقف الفصل في الدعوى عندما يكون الشخص محروم من حريته من أجل الدعوى ذاتها، أو في الحالات التي ينص فيها القانون على وجوب الفصل في الدعوى في خلال مدة معينة أو على سبيل الاستعجال[19].

و في حالة ما إذا فصلت الجهة القضائية الابتدائية في موضوع الدعوى من دون انتظار القرار المتعلق بالدفع، و تم استئناف الحكم، فإن جهة الاستئناف توقف الفصل في هذا الاستئناف إلى أن يتم الفصل في موضوع إرسال الدفع من طرف الجهة العليا وعند الاقتضاء من طرف المحكمة الدستورية[20].

وتتحقق هذه الصورة في حالة ما إذا فصلت المحكمة في الدفع بإرساله إلى الجهة الأعلى غير أنها لم ترجئ الفصل في موضوع الدعوى بسبب توافر حالة من الحالات التي يوجب فيها القانون عدم الإرجاء، لكنها بعد فصل المحكمة في الدعوى ووقوع استئناف في حكمها تتغير الظروف التي استوجبت استعجال الفصل وعدم الإرجاء، مثل أن تقضي المحكمة بالحبس مع وقف التنفيذ، فإن جهة الاستئناف المعروض عليها الملف تتوقف عن الفصل فيه إلى غاية الفصل في الدفع بعدم الدستورية.

وإذا انقضت الدعوى التي أثير الدفع بعدم الدستورية بمناسبتها، فإن ذلك لا يؤثر على الفصل في الدفع بعدم الدستورية من طرف المحكمة الدستورية إذا تم إحالته عليها. و لا يؤثر قراره بعدم دستورية الحكم التشريعي حينذاك على النزاع استنادا لمبدأ قوة الشيء المقضي فيه التي تحصّن الحكم القضائي. فقوة الشيء المقضي فيه تشكل ردا على التساؤل الذي يثار حول الحكم الذي يقضي بالإدانة التي تؤسس على حكم تشريعي قضت المحكمة الدستورية لاحقا بعدم دستوريته.

ثانيا- التصفية الثانية (مستوى المحكمة العليا أو مجلس الدولة):

تعتبر ترتيبات التصفية التي يتولاها كل من مجلس الدولة و المحكمة العليا ذات أهمية لضمان تقاسم فعال للمهام، كونها تضمن الانسجام بين درجات التقاضي التابعة لها و تتيح أيضا إمكانية إشراك هاتين الجهتين القضائيتين في إعداد الاجتهاد القضائي للمحكمة الدستورية وذلك ضمن احترام الصلاحيات الحصرية لهذه الأخيرة.

و لهذا الغرض تؤسس هيئة على مستوى المحكمة العليا ومجلس الدولة للفصل في جدية إرسال الدفع بعدم الدستورية للمحكمة الدستورية من عدمه يرأسها الرئيس الأول للمحكمة العليا أو رئيس مجلس الدولة، وعند تعذر ذلك من نائب الرئيس وتتشكل من رئيس الغرفة المعنية بموضوع الدفع و ثلاثة مستشارين يعينهم رئيس الجهة القضائية[21].

تفصل المحكمة العليا أو مجلس الدولة في إرسال الدفع بعدم الدستورية بعدة طرق نذكرها كالتالي:

1/ عن طريق الدفع أمامها باعتبارها قاضي موضوع: وهي الحالة الغالبة على مستوى مجلس الدولة باعتباره جهة تنظر في استئناف القرارات الصادرة عن المحاكم الإدارية أو باعتباره جهة تفصل كأول و آخر درجة في دعوى الإلغاء و التفسير و تقدير مشروعية القرارات الصادرة عن السلطات الإدارية المركزية و ذلك في الحالات التي ينص عليها القانون.

أما بالنسبة للمحكمة العليا فنادرا ما تكون جهة تفصل كقاضي موضوع إلا في حالات محددة ومن أمثلة ذلك دعاوى الفصل في طلبات التعويض عن الحبس المؤقت غير المبرّر أو بمناسبة التحقيق في القضايا الجزائية المتبعة ضد الأشخاص الذين يتمتعون بامتياز التقاضي (الوزراء - الولاة - بعض أصناف من القضاة).

2/ بمناسبة ممارسة حق الطعن المقرر قانونا في أحكام و قرارات المحاكم و المجالس وأحكام المحاكم الإدارية.

3/ عن طريق إرسال الدفع بعدم الدستورية إليها من الجهات القضائية الدنيا (المحاكم أو المجالس أو المحاكم الإدارية) التي رأت أن الإرسال جدي[22].

وتختلف آثار الفصل في الدفع بعدم الدستورية من طرف المحكمة العليا أو مجلس الدولة بحسب طرق اتصالها بالدفع:

- فإذا كانت تفصل باعتبارها قاضي موضوع فتخضع لما يخضع له قاضي الجهة القضائية الدنيا.

- أما إذا كانت تفصل باعتبارها قاضي قانون و يثار الدفع أمامها لأول مرة أو بطريق الاعتراض على قرار أو حكم برفض الدفع فيحال الدفع أمام الهيئة المختصة بالمحكمة العليا أو مجلس الدولة للفصل في الدفع على سبيل الأولوية.

- أما إذا كانت تفصل باعتبارها هيئة الفصل بعد إرسال الدفع إليها من طرف الجهات القضائية الدنيا التي رأت أن إرسال الدفع جدي، فإنها تفصل إما برفض إحالة الدفع أمام المجلس الدستوري أو بقبوله.

وفي الحالتين الأخيرتين يتعين على الهيئة المكلفة بالفصل في الدفع بعدم الدستورية بالمحكمة العليا أو مجلس الدولة أن تفصل في هذا الدفع خلال مدة شهرين من تاريخ توصلها بالدفع أو بقرار إرسال الدفع [23].

ويلاحظ إذن بالنسبة لنظام التصفية الثانية أن دراسة الدفع بعدم الدستورية تمر على مرحلتين:

- **المرحلة الأولى**: على مستوى المحكمة والمجلس أو المحكمة الإدارية (بالنسبة للقضاء الإداري)، وتكون غالبا مرنة، بحيث يراقب فيها القاضي بالدرجة الأولى ما إذا كان الدفع المثار يهدف إلى مماطلة الفصل في الدعوى الأصلية.

صحيح ان القاضي يتحقق من شروط الدفع بعدم الدستورية الشكلية و الموضوعية، لكن تركيزه ينصب في الأساس على مراقبة الطابع الجدي للمسألة.

- **المرحلة الثانية:** على مستوى المحكمة العليا ومجلس الدولة، وهي القناة التي بها يحال الدفع للمحكمة الدستورية، و بذلك، لا يستساغ أن تكون هذه المحطة مرحلة صورية و إلا لكان المشرع استغنى عنها، بل بالعكس تكون فيها الرقابة أكثر تشددا باعتبار أن جهة الحكم العليا (المحكمة العليا و مجلس الدولة) هي الفاصل الأساسي و النهائي في جدية الدفع و مدى توفر باقي الشروط الأخرى لتقرير إرسال الدفع للمجلس الدستوري من عدمه.

وفي هذا السياق، يذهب الفقه المقارن إلى اعتبار الدفع بعدم الدستورية غير جدي إذا لم تتوفر أحد الشروط الموضوعية كأن لا يتعلق الدفع بالحقوق والحريات المضمونة دستوريا أو أنه تتم المنازعة في نص تشريعي سبق أن أبدى المجلس الدستوري رأيه فيه[24].

بينما يذهب البعض إلى اعتبار انه إذا وقع للقاضي احتمال أو شك أن القانون المعترض عليه ينتهك أحد الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور، فإنه يعتبر دفعا جديا كما ذهب البعض الآخر إلى أن الجدية تستمد من استبعاد الدفوع الكيدية التي تبين بوضوح أنها تستهدف تعطيل الدعوى أو عندما تثار ضد نص تشريعي لا ينطبق على الواقعة موضوع الدعوى أصلا.

و يتحقق شرط الجدية بتوافر شرطين[25]:

الأول: يتمثل في معرفة ما إذا كانت القضية الأصلية تتضمن فعلا مسألة دستورية يتوقف عليها فض النزاع، فمن الوارد جدا أن تكون هناك رغبة في إثارة مسألة دستورية في حين أنها إما

غير موجودة أصلا أو وهمية وفي هذه الحالة يتحول الدفع إلى وسيلة هدفها المماطلة والتأخير في إجراءات سير الدعوى، لذلك من الضروري أن تكون مسألة الدستورية مطروحة بشكل دقيق وهو ما يسمح بإزاحة الدفوع التي ترمي فعلا إلى المماطلة.

الثاني : يتمثل في التساؤل عما إذا كان الحكم الدستوري المحتج به من شأنه أن يثير شكوكا حول طريقة الفصل في النزاع. و هنا يجب أن يواجه القاضي بين النص الدستوري المثار والحكم التشريعي المنازع فيه ليتأكد أن المسألة المطروحة مؤسسة على مبررات جدية.

واستنادا لهذا، يمكن القول أن الجدوى من تحديد شرط تعلق الدفع بجوهر النزاع من عدمه يهدف إلى ترشيد سبل استعمال الدفع بعدم الدستورية من طرف الخصوم.

ويعتبر شرط الجدية هو الفيصل بين معارضي نظرية التصفية و مؤيديها، فكلما تشدد القضاة في فكرة الجدية، نادى معارضو فكرة التصفية إلى نزع الرقابة القضائية على الدفع بعدم الدستورية والسماح حينها للمواطنين باللجوء مباشرة أمام المحكمة الدستورية لإثارة الدفع أمامها، لذلك فإنهم يطالبون من القضاء أن يكون مرنا في مسألة الجدية حتى يمكن المتقاضين من الولوج إلى المحكمة الدستورية، والمهم في نظرهم وضع نظام تصفية يكرّس مرونة شرط الجدية على نحو لا يجعل القضاء عائقا أمام آلية الرقابة على دستورية القوانين، وإلا فإن ذلك لن يأتي حسبهم بأي نتائج إيجابية بدليل قلة الدفوع المرسلة للمجلس الدستوري والمحكمة الدستورية حاليا بسبب التصفية القضائية المسبقة.

أما في الأنظمة التي تأخذ بالإحالة المباشرة على المحكمة الدستورية (كالقانون الإسباني مثلا)، فإن النصوص القانونية التي تكون محل الدفع بعدم الدستورية لا تقتصر على التشريع وإنما تتعداه إلى كل فعل برلماني أو فعل تنظيمي أو قضائي.

فإذا كان الدفع جديا أحاله على المحكمة الدستورية للبت فيه، بل و يجوز للقاضي أن يثير الدفع من تلقاء نفسه و يأمر بإحالته على المحكمة الدستورية ولو لم يطلبه أطراف الدعوى، بمعنى آخر، إذا كان الدفع بعدم الدستورية في النظامين الجزائري والفرنسي منح كسلاح في يد المتقاضي فقط، فإنه في النظام الإسباني منح كسلاح في يد المتقاضي والقاضي معا، لكن في كل الأحوال، فإن دور القاضي هو الأبرز لأنه هو من يقرر إحالة الدفع من عدمه.

أما في **مصر** مثلا، فقانون المحكمة الدستورية العليا نصّ في مادته 29 على أنه إذا تراءى لإحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي أثناء نظر إحدى الدعاوى عدم دستورية نص في قانون أو لائحة لازم للفصل في النزاع، أوقفت الدعوى وأحالت الأوراق بغير رسوم إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل في المسألة.

كما سمحت نفس المادة لأحد الخصوم أثناء نظر دعوى أن يدفع أمام إحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة و إذا رأت المحكمة أو الهيئة أن الدفع جدي أجلت نظر الدعوى وحددت لمن أثار الدفع ميعاداً لا يجاوز ثلاثة أشهر لرفع الدعوى بذلك أمام المحكمة الدستورية العليا، فإذا لم ترفع الدعوى في الميعاد اعتبر الدفع كأن لم يكن.

ثالثا : تقييم دور القضاء في تفعيل آلية الدفع بعدم الدستورية

أثير التساؤل بخصوص مسألة اختصاص القضاء في الرقابة الدستورية وفقا لنظام التصفية الذي أخذ به المؤسس الدستوري الجزائري، بأن الإجراءات القضائية المعقــدة و طول مدتها تعرقل الرقابة الدستورية، كما أن من شأن هذا النظام أن يؤدي نظريا إلى إغراق الجهات القضائية العليا (المحكمة العليا و مجلس الدولة) بقضايا الدفع بعدم الدستورية باعتبارها جهة تصفية ثانية و قناة تمرير للمحكمة الدستورية، لذلك فإن أصحاب هذا الطرح يقترحون تمكين المواطن من اللجوء مباشرة إلى المحكمة الدستورية وفق آليات مرنة تمكنه من الوصول إلى حماية حقه أو حريته وهو المغزى المنشود من وراء استحداث الدفع بعدم الدستورية في الدستور و هذا هو النظام الذي يمكن المحكمة الدستورية من أداء مهمتها الأساسية في الرقابة على دستورية القوانين.

إلا أن مؤيدي الطرح المعتمد وفقا للنموذجين الجزائري والفرنسي (نظام التصفية الثنائية) يرون بأن هذا النظام يؤدي إلى تفادي اكتظاظ القضايا أمام المجلس الدستوري أو المحكمة الدستورية، مما يمكن هاته الأجهزة من التفرغ لعملها الجوهري المتمثل في مراقبة دستورية القوانين، و هو ما ينعكس إيجابا على تحسّن نوعية الدخول إلى القضاء الدستوري بتخلصه من الدفوع غير الجدية التي يتم توقيفها على مستوى القضاء.

إن الدفع بعدم دستورية القوانين أداة وضعها الدستور في يد المتقاضي تمكنه من فرض حقوقه وحرياته الأساسية في محراب العدالة عن طريق المنازعة في نص تشريعي متى رأى أنه يتعارض مع هذه الحقوق والحريات، غير أن تحقيق هذا الهدف لا يتأثر إلا بالتفاعل الإيجابي

لأطراف المعادلة التي نظمها القانون العضوي الذي يحدد شروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية والمتمثلة في المتقاضي و دفاعه (من جهة) و القاضي الذي يقدم أمامه الدفع (من جهة أخرى).

وفي هذا السياق، وفي الوقت الذي كان ينتظر فيه الكثير منا الإفراط في اللجوء إلى الدفع بعدم الدستورية كأسلوب تماطلي لعرقلة السير في المنازعات القضائية، نعاين اليوم بعد مرور عدة سنوات على دخوله حيز التطبيق ضعف عدد الدفوع المرفوعة نوعا ما، مما يدعونا إلى التساؤل عن أسبابه بغية إيجاد الحلول المناسبة لتفعيله.

فعلى مستوى المحكمة العليا، سجلنا في السنة الأولى لتطبيق هذا النظام، ورود 16 دفع بعدم الدستورية، 03 منها أحيلت على المجلس الدستوري تتعلق أساسا بالمادتين 416 فقرة 1 من قانون الإجراءات الجزائية (عدم جواز استئناف الأحكام الجزائية المتضمنة غرامة تساوي أو تقل عن 20.000 دج)، و المادة 496 نقطة 06 من نفس القانون (عدم جواز الطعن بالنقض في القرارات القاضية بغرامة تساوي أو تقل عن 50.000 بالنسبة للشخص الطبيعي و200.000 دج بالنسبة للشخص المعنوي)، بينما عرض دفع واحد على مجلس الدولة و تم رفض إرساله للمجلس الدستوري.

ومن باب المقارنة، نجد انه خلال السنة الأولى من صدور القانون 2009-1523 المتضمن تطبيق نظام الدفع بالأولوية الدستورية **QPC بفرنسا**، فقد أصدرت محكمة النقض ومجلس الدولة الفرنسيين 527 قرارا في الموضوع، من بينها إحالة 124 دفع و مقارنة عدد الدفوع المحالة بعدد الدفوع غير المحالة (403) فقد اعتبر المجلس الدستوري الفرنسي أن نظام التصفية المعتمد من طرف المؤسس الدستوري الفرنسي تشكل عائقا أمام ولوج المواطن الفرنسي إلى القضاء الدستوري.

خاتـمة:

مما سبق توصلنا أن اعتماد المشرع الدستوري آلية الدفع بعدم الدستورية، يعد وجه جديد من أوجه الإخطار الذي كان منحصرا في السلطات التنفيذية والتشريعية، كما أنها تشكل قفزة نوعية في مجال الحقوق والحريات، ومكسب للأفراد في الدفاع عن حقوقهم وحرياتهم وتحصينها من أي انتهاكات، فبموجبها سيتم تقريب الفرد من مؤسسات الدولة، فموجب هذه الآلية سيشارك في العملية التشريعية بطريقة غير مباشرة .

من المؤكد أن تجسيد آلية الدفع بعدم الدستورية ليس بالأمر السهل، و إنما يتطلب أولا تفعيل استقلالية القضاء حتى يتمكن من تأدية وظيفته بكل نزاهة وشفافية، ويحتاج إلى العديد من الإجراءات التمهيدية لتطبيقه كتعديل قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

إن تفعيل دور القضاء في مجال الرقابة الدستورية متوقف على النظام الذي يتم اعتماده للفصل في الدفع بعدم الدستورية، بحيث يكون ضيقا و متشددا في النظام القائم على التصفية المزدوجة كما هو معمول به في الجزائر و فرنسا، بينما يكون هذا الدور مـرنا وواسعا في النظام القائم على الإحالة المباشرة كما هو الحال في إسبانيا.

- أن حق الأفراد في الدفع بعدم الدستورية ليس مطلقا وإنما محدد بالمقتضيات التي تمس بالحقوق والحريات المحددة في الدستور، لهذا يجب على المشرع العضوي تحديد الحقوق والحريات التي يمكن للأفراد التمسك بها في مخاصمة القانون .

- ليس لقضاة الموضوع الحق في البث في مدى دستورية القانون، وإنما دورهم يتمثل في التحقق من توافر مذكرة الدفع على الشروط المنصوص عليها في القانون.

- إن دور القضاء في حماية الحقوق والحريات سيتعزز أكثر إذا كان أكثر تجانسا على نحو يساهم به في إنجاح مسعى المؤسس الدستوري، كما أن انخراط أسرة الدفاع في هذا المسعى باعتبار أن مهنتهم الأساسية في الدفاع عن حقوق الإنسان و حرياته سيشكل مساهمة كبيرة في تطهير المنظومة القانونية من الأحكام التشريعية التي تنتهـك الحقوق و الحريات المكرسة دستوريا.

- كان للقانون العضوي رقم 22-19 الأثر الإيجابي في تبسيط، وإزالة اللبس حول الإجراءات المتبعة أمام المحكمة الدستورية لتفعيل وتطبيق آلية الدفع بعدم الدستورية، حتى تكون إضافة

مهمة تعزز العدالة الدستورية في الجزائر وتحمي حقوق وحريات الأفراد حسب ما ينص علية الدستور.

الهوامش والمراجع:

[1] محمد بن محمد، الدفع بعد الدستورية في ظل التعديل الدستوري الجديد لسنة 2016، مقال منشور في الموقع التالي : https//dspace.univ-ouargla.dz، تاريخ الزيارة 2023/02/15، ص 5.

[2] الزكراوي محمد، الدفع بعدم دستورية قانون ساري المفعول المحال على أنظار المحكمة الدستورية، المنشور في الموقع التالي : https// eimouhami.com، تاريخ الزيارة: 2023/02/15، ص 4.

[3] رمزي الشاعر، **رقابة دستورية القوانين" دراسة مقارنة"**، دار التيسير، دون طبعة نشر، مصر، 2004، ص 124.

- محمد علي سويلم، **الرقابة على دستورية القوانين وتطور الأنظمة الدستورية "دراسة مقارنة"**، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2013، ص 470.

[4] شريف يوسف خاطر، **المسألة الدستورية الأولية "دراسة مقارنة"**، دار الفكر و القانون المنصورة، الطبعة أولى، مصر، 2010، ص5.

[5] القانون العضوي رقم 18-16، المؤرخ في 2018/09/02، **يحدد شروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية**، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 54 بتاريخ 2018/09/25.

[6] قانون عضوي رقم 22-19 مؤرخ في 25 يوليو سنة 2022، يحدد إجراءات وكيفيات الإخطار والإحالة المتبعة أمام المحكمة الدستورية، جريدة رسمية رقم 51، صادرة بتاريخ 31 يوليو سنة 2022.

[7] مرسوم رئاسي رقم 20-442 مؤرخ في 2020/12/30، **يتعلق بإصدار التعديل الدستوري المصادق عليه في أول نوفمبر 2020**، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 82 بتاريخ: 2020/12/30.

[8] عثمان الزياني، "المواطن والعدالة الدستورية"، حق الأفراد في الدفع بعدم الدستورية، في ظل الفصل 133 من دستور 2011، سلسلة المعارف القانونية والقضائية، المحكمة الدستورية بالمغرب: نحو رؤية استشرافية، منشورات مجلة الحقوق عدد 21، المغرب، 2014، 87.

[9] حمد أتركين، **دعوى الدفع بعدم الدستورية في التجربة الفرنسية**، سلسلة الدراسات الدستورية، طبعة أولى، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، المغرب، 2013، ص33.

[10] باهي هشام، ماحي وسيمة، "ضوابط الدفع بعدم دستورية القوانين أمام القضاء وفقا لأحكام القانون العضوي رقم 18-16"، مجلة الحقوق والعموم السياسية، جامعة الجلفة، مجلد 7، عدد2، سنة 2020،224 .

[11] شوقي يعيش تمام،" أحكام تقديم الدفع بعدم دستورية القوانين في التعديل الدستوري الجزائري 2020- بين متطلبات التأصيل الدستوري وتجليات التأطير القانوني(دراسة مقارنة)-"، مجلة الاجتهاد القضائي، المجلد ،13 العدد01، جامعة بسكرة، الجزائر، 2021، ص 15.

[12] المادة 21 من القانون العضوي رقم 22-19، مصدر سابق.

[13] المادة 15 من القانون العضوي رقم 22-19، مصدر سابق.

[14] المادة 19 من القانون العضوي رقم 22- 19، مصدر سابق.

[15] المادة 20 من القانون العضوي رقم 22-19، مصدر سابق.

[16] المادة 24 من القانون العضوي 22-19، مصدر سابق.

[17] المادة 23 من القانون العضوي 22-19، مصدر سابق.

[18] المادة 27 من القانون العضوي 22-19، مصدر سابق.

[19] المادة 26 من القانون العضوي 22-19، مصدر سابق.

[20] المادة 26 من القانون العضوي 22-19، مصدر سابق.

[21] المادة 32 من القانون العضوي 22-19، مصدر سابق.

[22] حنان ميساوي، "ضوابط الدفع بعدم الدستورية وفقا للقانون العضوي رقم 22-19"، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، المجلد07، العدد 02، الجزائر، 2022، ص 648، 649.

[23] المادة 30 من القانون العضوي 22-19، مصدر سابق.

[24] شوقي يعيش تمام، المرجع السابق، ص 24.

[25] المرجع نفسه، ص 25.