الدفع بعدم الدستورية كآلية لتفعيل الدور الرقابي للمجلس الدستوري بعد التعديل الدستوري لسنة 2016

عراش نورالدين[1]

[1] طالب دكتوراه، قسم الحقوق، كليّة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة1، باتنة، الجزائر.

البريد الإلكتروني:arrachenouredine@gmail.com

الملخص:

نتعرض من خلال هذا البحث إلى موضوع الدفع بعدم الدستورية كآلية جديدة تم استحداثها مؤخرا بموجب التعديل الدستوري لسنة 2016 لتحريك الرقابة على دستورية القوانين في الجزائر، وهذا في محاولة لإبراز الدور الذي يمكن أن تقوم به هذه الآلية مستقبلا في حماية الحقوق والحريات المضمونة دستوريا، الدفع بعدم الدستورية لايمكن أن يؤدي الدور المأمول منه كآلية لحماية الحقوق والحريات المضمونة دستوريا ضد الاعتداءات والانتهاكات التي قد تطالها من بعض الأحكام التشريعية، إلا إذا احترم من يثيرونه ويتمسكون به ما فرضه عليهم المؤسس الدستوري الجزائري من ضوابط لقبوله شكلا وموضوعا.

الكلمات المفتاحية:

الدفع بعدم الدستورية، التعديل الدستوري لسنة 2016، الرقابة على دستورية القوانين في الجزائر، حماية الحقوق والحريات.

تاريخ إرسال المقال:2019/08/19، **تاريخ قبول المقال:** 2019/11/06، **تاريخ نشر المقال:** 2019/12/31.

لتهميش المقال:عراش نورالدين، "الدفع بعدم الدستورية كآلية لتفعيل الدور الرقابي للمجلس الدستوري بعد التعديل الدستوري لسنة 2016"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 10، العدد03، 2019، ص ص.633-650.

المقال متوفر على الرابط التالي:

https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/72

المؤلف المراسل:عراش نورالدين، arrachenouredine@gmail.com

Priority question of constitutionality: a mechanism for activating the supervision of the Constitutional Council after the 2016 review

Summary :

The priority question of constitutionality is brought by the 2016 constitutional revision in order to guarantee better protection of the rights and freedoms enshrined in the constitution. This mechanism must make it possible to lift the veil on the legal uncertainties contained in fundamental texts and to guarantee, essentially, the litigants.

Keywords:

Priority question of constitutionality, 2016 revision, review of constitutionality, protection of rights and freedomsité, protection des droits et libertés.

Question prioritaire de constitutionnalité : un mécanisme d'activation du contrôle du Conseil constitutionnel après la révision de 2016

Résumé :

La question prioritaire de constitutionnalité est apportée par la révision constitutionnelle de 2016 dans le but de garantir une meilleure protection des droits et libertés consacrées par la constitution. Ce mécanisme, doit permettre de lever le voile sur les incertitudes juridiques contenues dans des textes fondamentaux et de garantir, essentiellement, les justiciables.

Mots clés :

Question prioritaire de constitutionnalité, révision de 2016, contrôle de constitutionnalité, protection des droits et libertés

مقدمة

تعتبر الرقابة على دستورية القوانين من أهم المستلزمات الأساسية والمرتكزات الهامة للحفاظ على حقوق الإنسان الجوهرية وحرياته، حيث يقول الفقيه الفرنسي ***مونتسكيو***:" ***لا ضمان لحقوق الانسان من دون رقابة على دستورية القوانين***". فهناك ترابط مؤسساتي بين الحقوق والحريات العامة وبين المجلس الدستوري الذي يحمي تلك الحقوق والحريات ويساهم في تطويرها وتوسيع نطاقها.[1]

في ظل الوضع الذي كانت تمر به الرقابة على دستورية القوانين في الجزائر التي تميزت بوجود عراقيل وعوائق كان لها بالغ الأثر في الحد من فعالية المجلس في ممارسة مهامه، والتي يعد تضييق الجهات التي لها حق إخطار المجلس الدستوري بإجماع الفقه الدستوري أحد أبرز تلك العوائق، مما أدى إلى توجيه انتقادات عديدة للمجلس الدستوري[2] فقهية[3]وحتى الرسمية[4] تطالب بضرورة توسيع جهات إخطار المجلس الدستوري، فبعد أن كان تحريك الرقابة الدستورية قبل التعديل الدستوري لسنة 2016، حكرا على السلطات العامة وهي: رئيس الجمهورية، رئيس مجلس الامة، ورئيس المجلس الشعبي الوطني، وفي ذلك إبعاد المواطنين من حق تحريك الرقابة على دستورية القوانين، واختزال حقهم هذا على رئيسي المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة، على اعتبار أنهم ممثلي ممثليهم[5]، ولكن المؤسس الدستوري الجزائري قد تدارك هذا النقص وتدخل مؤخرا بموجب تعديل الدستور لسنة 2016[6]، ووسع من الجهات التي لها صلاحية اخطار المجلس الدستوري وذلك بالنصّ في 187[7] على مد هذا الحق ليشمل أيضا كل من الوزير الأول، خمسين نائبا بالمجلس الشعبي الوطني، وثلاثين عضوا بمجلس الأمة. ولعل أهم المستجدات البارزة في التعديل والمهمة جدا الذي جاء به التعديل الدستوري لسنة

---

[1] نادر عبد العزيز شافي، المجلس الدستوري اللبناني، انظر على الموقع:
https://www.lebarmy.gov.lb/ar/content

[2] فتحي فكري، القانون الدستوري، دون مكان النشر، سنة 2006، ص 180.

[3] لتوسيع اكثر حول الموضوع: محمد بجاوي، المجلس الدستوري: صلاحيات – انجازات – وآفاق، مجلة الفكر البرلماني، الجزائر، العدد 5، 2004، ص 41.

[4] احسن رابحي، الوسيط في القانون الدستوري، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر، ص 533.

[5] محمد منير حساني، مرجع سابق، ص 04.

[6] قانون رقم 16-01 مؤرخ في 6 مار 2016 يتضمن التعديل الدستوري، ج ر عدد 14 مؤرخة في 7 مارس 2016.

[7] المادة 187 من التعديل الدستوري لسنة 2016 وهذا مضمونها:" *يخطر المجلس الدستوري رئيس الجمهورية او رئيس مجلس الامة او رئيس المجلس العبي الوطني او الوزير الاول. كما يمكن إخطاره من خمسين نائبا... (50) نائبا او ثلاثين (30) عضوا في مجلس الامة. لا تمتد ممارسة الاخطار المبين في الفقرتين السابقتين الى الإخطار بالدفع بعدم الدستورية المبين في المادة 188 ادناه.*"

2016 هو اقرار حق المواطنين بموجب المادة 188[1] على تمكين المتقاضين أثناء دعوى ما، من حق الدفع بعدم دستورية القوانين، كآلية لتحريك العدالة الدستورية، إذ أصبح بإمكان الأفراد بطريقة غير مباشرة إخطار المجلس الدستوري، بناء على إحالة من المحكمة العليا أو مجلس الدولة عندما يدعون في المحاكمة أمام جهة قضائية أن الحكم التشريعي الذي يتوقف عليه مآل النزاع ينتهك الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور.

إن باعتماد المؤسس الدستوري الجزائري على الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين من خلال منح الأفراد الحق في هذا الدفع، يشكل نقلة نوعية لتحقيق عدالة دستورية[2] واعطائها الديناميكية التي كانت تفتقر اليها[3]، ويعد خطوة عملاقة نحو ضمان وتطوير وحماية الحقوق والحريات الاساسية في دولة القانون التي أثبتت نجاعتها في ظل نظم دستورية مقارنة[4]، وفي هذا الإطار يعتبر تمكين المتقاضيين من اللجوء إلى المجلس الدستوري عن طريق الدفع بعدم الدستورية إحدى المستجدات الرئيسية لهذا التعديل الدستوري[5]، ادراكا من المشرع المشرع الدستوري الجزائري بالأهمية الحيوية لهذه الآلية من الرقابة في تحقيق العدالة الدستورية وكفالة الحقوق والحريات للأفراد، وفي بناء دولة عصرية، فقد نصّ في التعديل الدستوري لسنة 2016،على الأخذ بأسلوب الدفع بعدم الدستورية، وبذلك فحق إحالة القوانين غير الدستورية على المجلس الدستوري لم يعد قاصرا على الطبقة السياسية، بل أصبح من حق المتقاضين أيضا من خلال قانون الدفع بعدم الدستورية، مما يشكل ثورة حقوقية ونقلة نوعية وخطوة حاسمة في النظام الدستوري الجزائري.

ومن خلال تحليل لنص المادة188من التعديل الدستوري لسنة 2016 من منظور مقاربة مرتكزة على حماية الحقوق والحريات، أن المؤسس الدستوري لأول مرة أقر آلية تمكن من حماية الحقوق والحريات عبر تمكين الأطراف في حال نزاع قضائي من الولوج إلى المجلس الدستوري بطريقة غير مباشرة عبر الدفع بعدم دستورية الحكم التشريعي الذي سيطبق في النزاع الذي يرون بأنه ينتهك الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور،

---

[1] المادة 188 من نفس القانون وهذا مضمونها:" *يمكن إخطار المجلس الدستوري بالدفع بعدم الدستورية بناء على إحالة من المحكمة العليا او مجلس الدولة، عندما يدعي أحد الاطراف في المحاكمة أمام جهة قضائية ان الحكم التشريعي الذي يتوقف عليه مآل النزاع ينتهك الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور. تحدد شروط وكيفيات تطبيق هذه المادة بوجب قانون عضوي*".

[2] رشيدة العام، المجلس الدستوري الجزائري، أطروحة لنيل درجة دكتوراه، تخصص قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2005، ص 191.

[3] لتوسع اكثر حول الموضوع انظر: ابراهيم محمد حسنين، الرقابة القضائية على دستورية القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 357.

[4] Dominique Rousseau, Droit du contentieux constitutionnel, Montchrestien, Paris, 1997,p179.

[5] مراد مدلسي ، الدفع بعدم الدستورية: "تبادل الخبرات والممارسات الجيدة" ، مجلة المجلس الدستوري، العدد 08، 2017، ص 11.

هذا ما دفع بنا للبحث حول حقيقة تفعيل الأداء الرقابي للمجلس الدستوري، ومن هذا المنطلق يمكن طرح الإشكالية التالية: ***هل الدفع بعدم الدستورية على هذا النحو نسق فعال للدور الرقابي للمجلس الدستوري؟***

وتندرج تحت هذه الإشكالية التساؤلات التالية:

1-بماذا يتميز الدفع بعدم الدستورية عن غيره من الآليات المتبعة في تحريك الدفع بعدم الدستورية؟

2- ماهية الطبيعة القانونية للدفع بعدم الدستورية؟

3-ما هي الضوابط الدستورية التي تم إقرارها لضمان التحقق من جدية الدفع بعدم الدستورية؟

لقد تم الاعتماد بشكل أساسي في إعداد البحث على المنهج الوصفي التحليلي، وذلك بغية إعطاء صورة واضحة عن الدفع بعدم الدستورية من خلال جمع ما تعلق بها من معلومات وتحليليها والوقوف على مختلف النصوص القانونية ذات العلاقة بالموضوع في محاولة الوصول إلى إجابة على ما تم طرحه من إشكالية وتساؤلات.

المبحث الأول: مفهوم الدفع بعدم الدستورية

تختلف الدول التي تأخذ بنظام الدفع بعدم دستورية القوانين حول كيفية ممارستها بحسب طبيعة الرقابة قضائية أم سياسية، وعلى هذا الأساس يقسم رجال الفقه القانوني آليات تحريك هذه الرقابة إلى نوعين، تحريك الرقابة عن طريق الدعوى الأصلية وتحريك الرقابة عن طريق الدفع الفرعي[1]. فبالنسبة للدول التي تأخذ بنظام الرقابة القضائية على دستورية القوانين الذي تقرر أساسا حق تحريك الرقابة الدستورية لصالح الأفراد[2] فتحريك الدفع بعدم الدستورية يكون عن طريق: الدعوى الأصلية، الدفع الفرعي، الإحالة، والتصدي. أما بالنسبة للدول التي أخذت بنظام الرقابة السياسية على دستورية القوانين، فقد تقرر مبدئيا حق إخطار المجلس الدستوري لصالح بعض السلطات العامة دون غيرها، ففي ظلها لم يكن مسموحا للأفراد بإخطار المجلس الدستوري سواء بشكل مباشر أو بواسطة إحالة قضائية عن طريق الدفع بعدم الدستورية[3]، إلا أنه وبعد انتقادات فقهية عديدة، فإن المؤسس الدستوري الفرنسي قد أفلح مؤخرا، بموجب تعديل 23 جويلية 2008، في تدارك هذا النقد، الذي سمح لأول مرة للمتقاضين بأن يدفعوا بعدم دستورية نص تشريعي ما إذا كان ينتهك الحقوق والحريات التي يكفلها الدستور. نفس الاتجاه سلكه المؤسس الدستوري الجزائري وهذا بموجب تعديل الدستوري 2016 الذي أقر بموجب

[1] سليمة مسراتي، نظام الرقابة على دستورية القوانين في الجزائر، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع الجزائر، 2012، ص 104. وانظر ايضا في هذا الشأن: حازم صلاح العجلة، الرقابة الدستورية ودورها في ضمان وحماية الحقوق والحريات الأساسية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير ، تخصص القانون الدستوري، كلية الحقوق اب عكنون، جامعة الجزائر، 2001-2002، ص 119.

[2] مولود منصور، بحوث في القانون الدستوري، موفم للنشر، الجزائر، 2010، ص 116.

[3] للتفصيل أكثر راجع: عبد الحفيظ الشبمي،القضاء الدستوري وحماية الحريات الأساسية في القانون المصري والفرنسي، دار النهضة العربية،القاهرة، 2001 ،ص577

المادة 188 منه حقا لأشخاص الذين يكونون طرفا في خصومة قضائية أن يدفعوا بعدم دستورية الحكم التشريعي الذي يتوقف عليه مآل النزاع من خلال الادعاء بأنه ينتهك الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور.

وبما أن موضوع بحثنا يتمحور حول مسألة الدفع بعدم الدستورية في الجزائر، وبما أن طبيعة الرقابة الدستورية في الجزائر هي رقابة سياسية، فنستشف من خلال مضمون نص المادة 188 المشار إليها أعلاه، أن المؤسس الدستوري الجزائري أقر الطريق الثاني، حيث لا ترفع دعوى أصلية مباشرة من قبل الأفراد والتي يكون موضوعها إلغاء الحكم التشريعي لعدم دستوريته، وإنما تثور دستورية القوانين عن ***طريق الدفع الفرعي***، عندما يدعي أحد الأطراف في المحاكمة أمام جهة قضائية سواء القضاء العادي أو الإداري أن الحكم التشريعي الذي يتوقف عليه مآل النزاع ينتهك الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور[1]، وبذلك يكون المؤسس الدستوري الجزائري باعتماده آلية الدفع بعدم الدستورية، قد ساير الدول السباقة لهذا الإجراء الدستوري من بينها فرنسا[2]، المغرب[3]، وتونس[4]، والتي نصت في دساتيرها على هذه الآلية، والتي من خلالها يتمكن الفرد من تحريك الرقابة الدستورية بطريقة غير مباشرة عن طريق الإحالة من القضاء، مما يدفعنا للبحث لتحديد تعريف الدفع بعدم الدستورية وخصائصه قصد فهمه بشكل أفضل (المطلب الأول) ثم تحديد طبيعته القانونية (المطلب الثاني).

المطلب الأول:التعريف بالدفع بعدم الدستورية وخصائصه

وذلك من خلال دراسة تحليلية لنص المادة 188 من التعديل الدستوري لسنة 2016 المتعلقة بالموضوع ،وكذا بناء على القانون العضوي رقم 18-16المحدد لشروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية[5]، فإنه هناك عدة تعاريف وخصائص يمكن استخلاصها من مضمون هذه المواد المرتبطة بالموضوع، وهذا ما سنتطرق إليه في فرعين حيث في الفرع الأول تعريف الدفع بعدم الدستورية أما الفرع الثاني خصائص الدفع بعدم الدستورية.

---

[1] حاحة عبد الغالي، بن زيان احمد، آلية الدفع بعدم الدستورية في ظل التعديل الدستوري لسنة 2016، مداخلة القيت في إطار الملتقى الوطني حول المجلس الدستوري حول المجلس الدستوري في ظل تعديل 6 مارس 2016، إصلاحات مقررة في إطار الممارسة، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان مير بجاية، يوم 27 أفريل 2017، ص 1.

[2] Voir l'article 61-1 de la constitution française de 1958 modifiée. www.legifrance.gouv.fr

[3] انظر الفصل 132 من دستور المملكة المغربية، الصادر في 29 يوليو 2011.

[4] المادة 120 من الدستور التونسي لسنة 2014.

[5] القانون العضوي رقم 18-16 المؤرخ في 22 ذي الحجة عام 1439 الموافق 2 سبتمبر 2018، يحدد شروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 54، المؤرخة في25ذيالحجةعام 1439 الموافق5سبتمبر 2018.

الفرع الأول:تعريف الدفع بعدم الدستورية

تعد آلية الدفع بعدم الدستورية، إجراء دستوريا جديدا في المنظومة القانونية الجزائرية للرقابة اللاحقة على دستورية القوانين، ويشكل قفزة نوعية لتحقيق عدالة دستورية، ويراد منه إجراء قانوني يتقدم به أحد أطراف الخصومة أمام إحدى المحاكم الموضوعية أثناء بتها في القضية ويطعن بمقتضاه بعدم دستورية نصّ أو نصوص قانونية يتوقف عليها الفصل في النزاع وأنها تشكل خرقا للحقوق والحريات التي يضمنها الدستور. كما يمكن تعريفه أنه وسيلة من وسائل الدفاع القانونية التي يسعى أحد الخصوم من خلالها إلى الاعتراض على النص التشريعي المزمع تطبيقه بواسطة إحدى الجهات القضائية نظرا لمخالفته الدستور. نجد الفقه الفرنسي قد عرفه بأنه حق يخول كل طرف في رفع دعوى أمام المحكمة المدنية أو الإدارية أو الجنائية بأن يطلب – إذا أراد – مطابقة القانون الذي سيطبق عليه في الدعوى للدستور بواسطة مذكرة مستقلة، طالما أن القاضي لا يمكنه أن يثير تلقائيا هذا الدفع.

وتعريف المشرع الجزائري للدفع بعدم الدستورية يستشف من مضمون نص المادة 2 من القانون العضوي رقم 18-16 يحدد شروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية السالف الذكر وهذا مضمونها:" يمكن إثارة الدفع بعدم الدستورية في كل محاكمة أمام الجهات القضائية الخاضعة للنظام القضائي العادي والجهات القضائية الخاضعة للنظام القضائي الإداري، من قبل أحد أطراف الدعوى الذي يدعي أن الحكم التشريعي الذي يتوقف عليه مآل النزاع ينتهك الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور كما يمكن أن يثار هذا الدفع للمرة الأولى في الاستئناف أو الطعن بالنقض .إذا تمت إثارة الدفع بعدم الدستورية أثناء التحقيق الجزائي، تنظر فيه غرفة الاتهام". وعلى هذا الأساس تباشر الرقابة الدستورية عن طريق الدفع بعدم الدستورية بمناسبة النظر في خصومة معروضة أمام جهة قضائية (قضاء عادي أو إداري)، ورأى أحد أطراف الدعوى أن القاضي المعني بالفصل في النزاع قد يطبق نص أو نصوص قانونية معينة تنتهك الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور، فيدفع أمام القاضي أن هذا القانون غير دستوري إذا كان يعتقد ذلك، فيتصدى القاضي للنظر في جدية الطلب ومدى توافر الشروط، فلا يطبقه على النزاع دون أن يلغيه[1]، بل ويوقف البت في القضية إلى غاية النظر في مدى دستورية القانون المطعون فيه، بإحالة الطلب إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة بحسب الجهة المدفوع أمامها بعدم الدستورية، وبعد التأكد من توافر شروط الدفع بعدم الدستورية، تقوم بدورها بالإخطار بإحالة المسألة على المجلس الدستوري، الذي يصدر قراره خلال الأشهر الأربعة (4) التي تلي تاريخ إخطاره، ويمكن تمديد هذا

[1] الأمين شريط، الوجيز في القانون الدستوري والمؤسسات السياسية المقارنة، ط 2، ديوان المطبوعات الجامعية–الجزائر، 2002، ص 146.

الأجل مرة واحدة لمدة أقصاه أربعة أشهر (4)، بناء على قرار مسبب من المجلس الدستوري ويبلغ الى الجهة القضائية صاحبة الأخطار[1].

إن التنظيم الفرنسي لألية الدفع بعدم الدستورية، جاء بموجب التعديل الدستوري الأخير الصادر بالقانون 724-2008 المؤرخ في 23 يوليو 2008، أحدثت المادة 29 منه تعديلا على المادة 61 وأقر حق الأفراد في إخطار المجلس الدستوري، لكن بطريقة الدفع الفرعي، عن طريق الدفع أمام الجهات القضائية التي تنظر في موضوع الدعوى إذا شك في القانون المزمع تطبيقه عليه في المنازعة التي هو طرف فيها، بشرط أن يمس أو يشكل خرقا للحقوق والحريات المضمونة دستوريا، وذلك بإحالة المحكمة هذا الطعن الى محكمة النقض أو مجلس الدولة حسب الحالة، وهي بدورها تحيل الملف إلى المجلس الدستوري للفصل في مدى دستورية النص القانوني موضوع الدفع الدستوري[2].

الفرع الثاني:خصائص الدفع بعدم الدستورية

من خلال قراءة تعريف الدفع بعدم الدستورية تتجلى بعض الخصائص التي يتمتع بها والمتمثلة اساسا في:

- **الدفع بعدم الدستورية إجراء قضائي بأسلوب مميز:** يعد الدفع بعدم الدستورية من ضمن الاجراءات القضائية التي يجوز لأطراف الدعوى أثناء سير الخصومة من استعمالها أو عدم استعمالها[3]، وبذلك يتجلى بوضوح بأن الدفع بعدم الدستورية تصنف على أنها رقابة اختيارية[4].
- **الدفع بعدم الدستورية إجراء دفاعي:**كيف الفقه الدستوري الدفع بعدم الدستورية على أنه يعد وسيلة دفاعية، يدخل في إطار دفاع الشخص عن نفسه في مواجهة من يتهمونه بمخالفة قانون معين، فيرد بأنه قانون لا يمكن طلب تطبيقه عليه لأنه مخالف للدستور[5].

---

[1]انظر بشأن ذلك: نص الماد 189 الفقرة الثانية:"... عندا يخطر المجلس الدستوري على أساس المادة 188 أعلاه، فإن قراره يصدر خلال الأشهر الأربعة (4) التي تلي تاريخ إخطاره، ويمكن تمديد هذا الأجل مرة واحدة لمدة أقصاه أربعة أشهر (4)، بناء على قرار مسبب من المجلس الدستوري ويبلغ الى الجهة القضائية صاحبة الأخطار." تعديل الدستوري 2016، مرجع سابق، ونص المادتين 6 و 26 من النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوريالصادر في ج. ر .ج. ج. د. ش عدد 29، الصادر في 11 ماي 2016.

[2]Debré(J.L):"qu'est que la question prioritaire de constitutionnalité", http: //www.conseil-constitutionalite.

[3]لتفصيل اكثر: نبيل إسماعيل عمر،أصول المحاكمات المدنية، الطبعة الأولى، الدار الجامعية، بيروت، 1996 ،ص31 .

[4]حسني بوديار،الوجيز في القانون الدستوري، دارالعلوم، عنابة، 2003 ،ص111 .

[5]أنظر في هذا الصدد: أحمد فتحي سرور،حدود ولاية القضاء العادي في المسألة الدستورية، مجلة الدستورية، المحكمة الدستورية العليا، القاهرة، العدد 06 ، 2004 ،ص04 .

▪ **الدفع بعدم الدستورية رقابة لاحقة:** يصنف الدفع بعدم دستورية قانون ما على أنه رقابة لاحقة أو بعدية، بحيث لا يمكن أن يتم إلا بعد أن يدخل القانون المعني حيز النفاذ، لأنه عندئذ فقط يصبح بإمكان القضاء تطبيقه على النزاعات المعروضة عليه.[1]

المطلب الثاني :الطبيعة القانونية للدفع بعدم الدستورية

الطبيعة القانونية للدفع بعدم الدستورية، سواء في الجزائر أو خارجها، يثير العديد من التساؤلات، وبالتحديد التساؤل عن كونه :يعد دفعا شكليا أم دفعا موضوعيا؟ وكذا التساؤل عن كونه :يعد من الدفوع المتعلقة بالنظام العام التي يمكن إثارتها في أيّ مرحلة كانت عليها الدعوى ولو لأول مرة أمام المحكمة العليا أم لا؟ وعن كونه :يعد مسألة أولية أم مسألة فرعية؟

- **الدفع بعدم الدستورية دفع موضوعي أم شكلي:** إن الفقه الدستوري كيف الدفع بعدم الدستورية على أنه دفع موضوعي يثار في جميع مراحل الدعوى وبأنها وسيلة تهدف إلى دحض ادعاءات الخصم، عكس الدفوع الشكلية التي تثار قبل الدخول في مناقشة الموضوع وتستهدف المنازعة في إجراءات الخصومة.[2]
- **الدفع بعدم الدستورية والنظام العام:** يطرح السؤال حول مدى إمكانية إثارة القاضي للدفع بعدم الدستورية حتى لو لم يتمسك به أحد أطراف الدعوى؟

نجد في النظام الدستوري الفرنسي أنه لا يمكن للقاضي إثارة الدفع بعدم الدستوري بصفة تلقائية[3]، وهو نفس الاتجاه الذي أخذ به المؤسس الدستوري الجزائري وهذا ما يستشف من نص المادة الرابعة من القانون العضوي رقم 18- 16 المحدد لشروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية، السابق الذكر، وهذا مضمونها:"***لا يمكن أن يثار الدفع بعدم الدستورية تلقائيا من طرف القاضي.***"[4] وإنما يمكن إثارة هذا الدفع كآلية لرقابة الدستورية من قبل أحد أطراف الدعوى في كل محاكمة أمام الجهات القضائية الخاضعة للنظام العادي والجهات القضائية الخاضعة للنظام الإداري، كما يمكن أن يثار هذا الدفع للمرة الأولى في الاستئناف أو الطعن بالنقض.[5]

---

[1]أنظر في هذا الصدد: طعيمة الجرف، القضاء الدستوري،الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994 ،ص307 .

[2]راجع حول هذا الموضوع: عليان بوزيان، آلية الدفع بعدم الدستورية وأثرها في تفعيل العدالة الدستورية،مجلة المجلس الدستوري،الجزائر،العدد 02 ، 2013 ،ص71 وفاطمة الزهراء التادلي – الدفع بعدم دستورية قانون طبقا لأحكام الفصل 133 من الدستور – الدفاع – مجلة صادرة عن هيئة المحامين بسطات ،العدد السابع، مطبعة التيسير، ديسمبر 2016، ص 43.

[3]Roussillon(H) : « Le conseil constitutionnel », Dalloz, 4e édition,2001, p 32.

[4]المادة الرابعة من القانون العضوي رقم 18- 16 المحدد لشروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية، مرجع سابق، وهذا مضمونها: " لا يمكن أن يثار الدفع بعدم الدستورية تلقائيا من طرف القاضي."

[5] انظر: المادة الثانية من نفس القانون.

- **الدفع بعدم الدستورية مسألة أولية أم مسألة فرعية:** يتعلق الأمر هنا بمسألة فرعية تلزم القاضي الذي أثيرت أمامه بالتوقف عن البت في الدعوى الأصلية وانتظار صدور قرار عن المجلس الدستوري المتضمن البت في دستورية النص أو فيعدمها. فالقاضي في هذا الإطار تنحصر وظيفته في إحالة الأمر إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة والتي تقوم بدورها بإحالة الدفع على المجلس الدستوري، ويوقف النظر في الدعوى إلى حين البتّ في الدفع المثار من طرف المجلس الدستوري وإصداره لقراره بشأن القانون المطعون في دستوريته عن طريق الدفع.[1]

المبحث الثاني:الضوابط الدستورية للدفع بعدم الدستورية في الجزائر

حسب نص المادة 188 من التعديل الدستوري لسنة 2016 فإنه " يمكن إخطار المجلس الدستوري بالدفع بعدم الدستورية بناء على إحالة من المحكمة العليا أو مجلس الدولة، عندما يدعي أحد الأطراف في المحاكمة أمام جهة قضائية أن الحكم التشريعي الذي يتوقف عليه مآل النزاع ينتهك الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور".

من خلال مضمون تركيبة المادة 188 المذكورة أعلاه نجد أنها تحدد فعلا الضوابط للدفع بعدم الدستورية، وهي تشكل المبادئ الرئيسية المرتبطة بالصلاحيات الجديدة للمجلس الدستوري في مجال حماية الحقوق والحريات العامة التي يضمنها الدستور[2]، وتم تحديد شروط وكيفيات تطبيق ذلك بموجب القانون العضوي السالف الذكر[3].ويمكن تقسيم هذه الضوابط الواردة إلى ضوابط إجرائية (المطلب الأول) وأخرى موضوعية (المطلب الثاني) .

المطلب الأول: الضوابط الإجرائية

يحدد القانون العضوي رقم 18-16 شروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية طبقا لأحكام المادة 188 من التعديل الدستوري لسنة 2016 الوارد ذكرها أعلاه[4]،بحيث نستشف بأن ثمة ضوابط إجرائية وضعها المؤسس الدستوري الجزائري يجب التقيد بها ليكون الدفع بعدم الدستورية مقبولا من الناحية الشكلية. إن أهم الضوابط الإجرائية المتعلقة بالدفع بعدم الدستورية تلك المتعلقة بالدفع بعدم الدستورية أمام جهة قضائية (الفرع الأول)، الدفع بعدم الدستورية بمناسبة محاكمة (الفرع الثاني)، والأطراف الذين يحق لهم ذلك (الفرع الثالث).

---

[1] انظر المادتين 7، 13 من نفس القانون.

[2] محمد بوسلطان، اجراء الدفع بعدم الدستورية: آفاق جزائرية جديدة، مجلة المجلس الدستوري، العدد 08،2017،ص 14.

[3] للتذكير راجع 188 من التعديل الدستوري 2016.

[4] المادة الأولى من القانون العضوي 18-16 مرجع سابق.

الفرع الأول: أن يثار الدفع بعدم الدستورية أمام جهة قضائية

نجد أن النظام القضائي الجزائري يشمل كلا من: النظام القضائي العادي، النظام القضائي الإداري، ومحكمة التنازع. النظام القضائي العادي يشمل المحكمة العليا والمجالس القضائية والمحاكم، بينما النظام القضائي الإداري يشمل مجلس الدولة والمحاكم الإدارية. في حين الجهات القضائية الجزائية تشمل كل من : محكمة الجنايات والمحكمة العسكرية. المؤسس الدستوري الجزائري قد بين بأن إخطار المجلس الدستوري بالدفع بعدم الدستورية يجب أن يتم حصرا بناء على إحالة من المحكمة العليا أو مجلس الدولة. كما أنه يفهم من نص المادة 188 بأن المؤسس الدستوري الجزائري قد استبعد إمكانية إثارة الدفع بعدم الدستورية أمام هيئات التحكيم حتى ولو كانت وطنية، وبأنه لم يعط للأشخاص إمكانية إثارته أمام الهيئات الإدارية حتى ولو كان ذلك بمناسبة نظرها في تظلم إداري وجوبي– كما هو الحال مثلا في منازعات الوعاء الضريبي أو حال فصلها في المتابعات التأديبية. ومنه فأول ضابط يراعيه المجلس الدستوري عند اتصاله بالدفع بعدم الدستورية هو أن يتأكد بأنه قد تم إثارته أمام إحدى الجهات القضائية الوطنية النظامية الخاضعة إما لرقابة المحكمة العليا أو مجلس الدولة، وليس أمام غيرها تحت طائلة عدم قبول الدفع شكلا.[1]

الفرع الثاني: إثارة الدفع بعدم الدستورية بمناسبة محاكمة

الرقابة عن طريق الدفع الفرعي بعدم الدستورية مقيدة بوجود دعوى أصلية تحت سلطة ونظر قضاة الحكم أول درجة أمام إحدى الجهات القضائية الخاضعة للنظام القضائي العادي والجهات القضائية الخاضعة للنظام القضائي الإداري، كما يمكن أن يثار الدفع للمرة الأولى أمام جهات الاستئناف أو الطعن بالنقض سواء من القضاء العادي أو القضاء الإداري، كما يمكن إثارة الدفع بعدم الدستورية في مرحلة التحقيق الجزائي وتنظر فيه غرفة الاتهام[2]، لا يمكن إثارة الدفع بعدم الدستورية أمام محكمة الجنايات الابتدائية غير أنه يمكن إثارته في حالة استئناف حكم صادر عن هذه الأخيرة وتنظر فيه محكمة الجنايات قبل فتح باب المناقشة.[3]

عرف التنظيم الفرنسي آلية الدفع بعدم الدستورية بموجب تعديل يوليو 2008 لدستور 1958 بموجب الفقرة الأولى من المادة 61 للأفراد حق منازعة أي قانون غير دستوري ساري المفعول، عن طريق الدفع بعدم الدستورية أمام القضاء، وجعل آلية للنظر في جدية الدفوع قبل إحالتها أمام المجلس الدستوري، بتصفيتها أولا

---

[1] أنظر المادتان الثانية والثالثة من القانون العضوي 18–16 مرجع سابق.

[2] أنظر المادة الثانية من القانون العضوي 18–16 مرجع سابق، للتفصيل أكثر حول الموضوع راجع: عمار عباس، انفتاح القضاء الدستوري ومساهمته في تنقية النظام القانوني من القوانين الماسة بالحقوق والحريات في الدساتير المغاربية الجزائر، تونس والمغرب أنموذجا، مجلة المجلس الدستوري، العدد 07، 2016، ص 28.

[3] أنظر المادة الثالثة من القانون العضوي 18–16 مرجع سابق

من قبل المحكمة العليا ومجلس الدولة[1]، مما سبق يمكن القول أنه منذ الأول من مارس 2010 تاريخ دخول التعديل الدستوري لسنة 2008 حيز النفاذ صار المجلس الدستوري الفرنسي يمارس نوعين من الرقابة الدستورية، الرقابة السابقة من خلال إحالة القوانين على المجلس الدستوري للنظر في دستوريتها قبل صدور القانون وفق أحكام الدستور للجمهورية الخامسة 1958، والرقابة اللاحقة من خلال إحالة القوانين على المجلس الدستوري للنظر في دستوريتها بعد صدور القانون[2].علما أن المشرع الفرنسي بتضمينه لإمكانية إثارة الدفع أمام الجهات القضائية التابعة للمحكمة العليا ومجلس الدولة، يكون بذلك قد استبعد كل من محكمة التنازع والمحكمة العليا للتحكيم[3] وأمام محكمة الجنايات، غير أنه سمح في القضايا الجنائية أمام قاضي التحقيق وفي مراحل الاستئناف والطعن بالنقض، والعبرة في ذلك حتى لا يستغل ذلك من المتابعين جنائيا لتعطيل سير الدعوى القضائية[4].

الفرع الثالث: اثارة الدفع بعدم الدستورية من أحد أطراف المحاكمة

بالنظر إلى المادة الثانية من القانون العضوي رقم 18- 16 السالف الذكر طبقا لأحكام المادة 188 من تعديل الدستوري 2016 يجب إثارة الدفع بعدم الدستورية من أحد أطراف دعوى الموضوع بغض النظر عن صفتهم فيها، هل هم أطراف أصلية أم هم أطراف منضمة إليها، وذلك لأن مصطلح" أطراف الدعوى" جاء غير مقيد مما يفيد العموم، حيث يشمل كل شخص تأسس ليكون طرفا في الدعوى وتم قبول تأسيسه من قبل الجهة القضائية الناظرة في الدعوى، مما يوحي أن المتقاضيين قد يكونون أشخاصا معنويين أو طبيعيين وأيضا الأشخاص المعنويون قد يكونون عموميين أو خواص، ومنه فالعبرة في قبول الدفع بعدم الدستورية في حال ما إذا أثير هي أن يكون الشخص الذي تقدم به قد سبق وأن تأسس في الدعوى بطريقة قانونية، وإلا فإن الدفع يكون غير مقبول شكلا، حتى ولو توافرت في مقدمه الصفة والمصلحة. وعليه لا يمكن إثارة الدفع من شخص أخر خارج عن الخصومة حتى ولو كان هناك نص تشريعي مخالفا للدستور، حتى من طرف القاضي الذي

---

[1]Henry ROUSSILLON, la saisine du conseil constitutionnel contribution a un débat, revue international de droit compare VOL 54 N°2, P 07.

[2]عليان بوزيان، آلية الدفع بعدم الدستورية وأثرها في تفعيل العدالة الدستورية، مجلة المجلس الدستوري الجزائري،عدد 02، 2013، ص 79

[3]المحكمة العليا للتحكيم تم إنشاؤها بمقتضى القانون المؤرخ في 11 فيفري 1958 المتعلق بالاتفاقيات الجماعية وبإجراءات تسوية النازعات الجماعية للعمل.

[4]عمار عباس، المرجع السابق، ص 29.

ينظر في الدعوى الأصلية[1]. وفقا لما ذكر تحدد رقابة الدفع على دستورية القوانين بأنها رقابة لاحقة تمارس بواسطة الدفع يثيره صاحب المصلحة بمناسبة وجود دعوى معروضة أمام القضاء، فهذا التفسير لنظرية الرقابة الدستورية عن طريق الدفع تعتبر بأنها حق للمتضرر لا يسري إلا بالنسبة لأطراف الدعوى من القانون المعني تطبيقه عليه، ولا يلزم كافة الأفراد، ولا حتى المحاكم لا يجوز لها أن تثيره تلقائيا إذا عرض عليها نزاع مشابه ما لم يدفع أحد أطراف الدعوى بعدم الدستورية[2].

نجد أن المشرع الفرنسي نص على إمكانية المتقاضي تقديم الدفع بنفسه أو بواسطة محاميه، هذا الطلب يخضع لنفس الإجراءات المطبقة على الدعوى الأصلية، ففي القضايا التي يتطلب فيها الاستعانة بمحامي يجب أن يقدم الدفع بعدم الدستورية من قبل محامي، أما تلك القضايا التي لا يشترط فيها وجود محامي فيمكن أن يقدم الدفع بعدم الدستورية من قبل المتقاضي نفسه، وفي كل الحالات يجب أن يكون الدفع في عريضة منفصلة ومعللة[3].

المطلب الثاني: الضوابط الموضوعية

باستقراء ما جاء أساسا في مضمون المادة 188 من التعديل الدستوري الجزائري لسنة 2016، فإننا نستنبط بأن ثمة ضوابط يتعين أن يستوفيها الدفع بعدم الدستورية حتى يمكن قبوله في الموضوع، ويمكن رد هذه الضوابط الموضوعية إلى ما يلي:

الفرع الأول: يجب أن ينصب الدفع بعدم الدستورية على الحكم التشريعي

طبقا لنص المادة 188 المذكورة أعلاه نجد المؤسس الدستوري الجزائري قرر بأن الدفع بعدم الدستورية يجب أن ينصب على حكم تشريعي، ومنه فالمقصود بالأحكام التشريعية التي يمكن بشأنها تقديم دفع بعدم الدستورية، ينصرف بالأساس إلى الأحكام السارية النفاذ التي تستمد وجودها وتجد مصدرها في كل من: التشريعات التي يسنها البرلمان والأوامر التشريعية التي يصدرها رئيس الجمهورية. فيما يخص القوانين العضوية فهل يمكن اعتبارها من ضمن الأحكام التشريعية التي يمكن الدفع بعدم دستوريتها، أم أن هناك عوامل أخرى قد

---

[1] أنظر المواد: الثانية والرابعة من القانون العضوي 18-16 مرجع سابق، وأنظر في الإطار: سعيداني حجيلة، الية الدفع في الدستور الجزائري،مداخلة ألقيت في إطار الملتقى الوطني حول المجلس الدستوري في ظل تعديل 6 مارس 2016، إصلاحات مقررة في إطار الممارسة، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، يوم 27 افريل 2017، ص 7.

[2] السعيد بوالشعير، القانون الدستوري والنظم السياسية المقارنة، ج 1: النظرية العامة للدولة والدستور، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999، ص 206.

[3] Article 23 – 1 de l'ordonnance n° 58 – 1067 du 7 novembre 1958, « …le moyen tiré de ce qu' une disposition législative port atteinte aux droit et liberté garantis par la contrition est, à peine d'irrecevabilité, présenté dans écrit distinct et motive »

تجعلها بمنأى عن الخضوع للرقابة الدستورية بواسطة الدفع؟ لا شك في أن القوانين العضوية، كالقوانين العادية، تعتبر ذات طبيعة تشريعية، غير أنه وبالنظر إلى أن حقوق الأشخاص وواجباتهم الأساسية تدخل في صميم القانون العادي وليس القانون العضوي من جهة، ولأن هذا الأخير من جهة أخرى يخضع وجوبا لرقابة مطابقة النص مع الدستور من طرف المجلس الدستوري قبل صدوره[1]، فإن ذلك جعل الكثير من الفقه الدستوري[2]يستبعد إمكانية قبول المجلس الدستوري النظر مجددا في مدى دستوريتها في حال اتصاله بدفع (أو أكثر) يطعن فيها بعدم الدستورية، خاصة وأن المجلس قد أكد بصرامة على ذلك في قراره المؤرخ في 06 أوت 1995 والمتعلق بدستورية البند السادس من المادة108 من قانون الانتخابات آنذاك بقوله: (واعتبارا أن قرارات المجلس الدستوري ترتب، بصفة دائمة، كل آثارها، ما لم يتعرض الدستور للتعديل، وطالما أن الأسباب التي تؤسس من طوقها مازالت قائمة.والحال أن إدراج نفس الشرط من شروط الترشح لرئاسة الجمهورية، الذي تم الفصل فيه بعدم مطابقته للدستور، تجاهل قوة قرار المجلس الدستوري، ومن ثم فإنه لا وجه للبت في مدى دستوريته من جديد). وعليه فإن الدفع بعدم الدستورية أمام المجلس الدستوري لا يمكن أن يثار إلا بخصوص التشريعات دون التنظيمات.

يلاحظ في هذا الصدد تأثر المؤسس الدستوري الجزائري بنظيره الفرنسي، باستخدامه لمصطلح الحكم التشريعي، في حين فضل كل من المؤسس الدستوري المغربي ونظيره التونسي استخدام مصطلح القانون، لكن في كل الحالات لا يثير الأمر إشكالا، لأن المقصود بالقانون هنا، وبالاستهداء بالتجربة الفرنسية السباقة في هذا المجال، هو كل نص صادر عن جهة تمتلك سلطة التشريع في مفهومه الضيق، بمعنى كل نص صوت عليه البرلمان بأشكاله المختلفة (قانون عادي أو عضوي أو أمر مصادق عليه من قبل البرلمان) وبالتالي يستثنى من ذلك الأوامر التي لم يصادق عليها البرلمان بعد، والمراسيم والقرارات الفردية، لأنها تعتبر أعمالا إدارية تخضع لرقابة القضاء الإداري[3].

الفرع الثاني: أن يكون الحكم التشريعي موضوع الدفع مآل الفصل في النزاع

نجد المؤسس الدستوري الجزائري استخدم لعبارة "**الحكم التشريعي الذي يتوقف عليه مآل النزاع**" في المادة 188 التي أسست لجواز الدفع بعدم دستورية الأحكام التشريعية التي يرون فيها انتهاكا للحقوق والحريات التي يضمنها الدستور، يستفاد منه أن يكون الدفع بعدم الدستورية الذي يتم إثارته جديا[4]، وحتى يكون كذلك لا بد أن يكون فعلا متصلا بالحكم التشريعي الواجب التطبيق على النزاع، وبتعبير آخر يجب أن يكون الفصل في

[1] راجع الفقرتين الثانية والثالثة من المادة 182 من التعديل الدستوري لسنة 2016.

[2] عليان بوزيان، المرجع السابق،ص85 .

[3] عمار عباس، المرجع السابق، ص 32.

[4] راجع المادة الثامنة من القانون العضوي 18-16 مرجع سابق.

النزاع متوقفا حقيقة على موقف المجلس الدستوري من دستورية الحكم التشريعي المطعون فيه. وهو ما يعبر عنه الفقه الدستوري[1] بضرورة أن يكون الدفع بعدم الدستورية منتجا في دعوى الموضوع، وهو ما لا يمكن أن يتحقق إلا إذا كان ذا صلة بموضوعها. وللإشارة، فإن لمحكمة الموضوع دورا لا يستهان به في تقدير جدية الدفع، ولذا يتعين بذل مجهود كاف من مقدمه لإقناعها بوجود شبهة أو شكوك حقيقية تطعن في دستورية الحكم التشريعي المعني، وهذا لأنه في حال عدم اقتناعها بمبررات وأسس الدفع يمكن أن تقضي برفضه واستبعاده. وعليه يشترط لقبول الدفع بعدم دستورية قانون أن يكون مطبقا على موضوع النزاع[2]، وهذا ما ذهب إليه المؤسس الدستوري الجزائري والذي يستشف من خلال نص المادة 191[3] المذكورة أعلاه أن الدفع بعدم الدستورية لا يطال إلا النص التشريعي الذي تم الدفع بعدم دستوريته، وليس القانون برمته، ولكن بشرط أن يوجه إلى الحكم التشريعي مآل الفصل في النزاع، وهذا ما ذهب إليه نظيره المؤسس الدستوري المغربي بنصه على أن شرط قبول الدفع بعدم دستورية قانون أن يكون مطبقا على موضوع النزاع الأصلي، في حين لم ينص المؤسس الدستوري التونسي على هذا الشرط، تاركا ذلك للمشرع التونسي حينما نص في المادة 54 من القانون الأساسي الذي يتعلق بالمحكمة الدستورية[4] على ما يلي:" للخصوم في القضايا المنشورة في الأصل أمام المحاكم أن يدفعوا بعدم دستورية القانون المطبق على النزاع." ففي القانون المقارن لاسيما القانون الفرنسي شكل القضاء الضريبي أهم موضوع لدفع أمام القضاء الإداري، أما المجالات التي عرفت إثارة العدد الكبير من قرارات الإحالة، متعلقة بالقانون المدني، قانون الحماية الاجتماعية، قانون الشغل، قانون الجنسية، وقانون الأجانب.[5]

الفرع الثالث: أن يشكل الحكم التشريعي خرقا للحقوق والحريات التي يضمنها الدستور

وقد نص المؤسس الدستوري الجزائري عن هذا الشرط صراحة في المادة 188 من تعديل الدستوري لسنة 2016، وذلك بمنح حق الطعن بعدم الدستورية للمواطنين المتقاضيين بناء على إحالة إما من المحكمة العليا أو مجلس الدولة، عندما يدعي أحد أطراف الدعوى في المحاكمة أمام جهة قضائية أن الحكم التشريعي الذي

---

[1] محمد عبد العال السناري، النظرية العامة للقانون الدستوري والنظم السياسية المعاصرة، مطبعة الإسراء، دون ذكر مكان وسنة النشر، 308.

[2] هنري روسيون، ترجمة محمد وطفة، المجلس الدستوري، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع لبنان، الطبعة الاولى، 2001، ص 108.

[3] المادة 191 من التعديل الدستوري لسنة 2016.

[4] الفصل 56 من القانون الأساسي رقم 50 مؤرخ في 3 ديسمبر 2015 يتعلق بالمحكمة الدستورية، الرائد الرسمي عدد 98 مؤرخ في 8 ديسمبر 2015.

[5] محمد اتركين، دعوى الدفع بعدم الدستورية في التجربة الفرنسية، الإطار القانوني والممارسة القضائية، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، المغرب 2013، ص 64.

يتوقف عليه مآل النزاع ينتهك الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور[1]، وعليه فالمؤسس الدستوري الجزائري قد قرر استبعاد وعدم قبول إلا الدفوع التي تتضمن ادعاء بأن الأحكام التشريعية المطعون فيها تنتهك الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور، أي بمعنى أخر هو لا يقبل أن تحال على المجلس الدستوري إلا الدفوع التي تنصب مبدئيا على رقابة دستورية الناحية الموضوعية للأحكام التشريعية، دون الناحية الشكلية.هذا الشرط الذي سبق للمؤسس الدستوري الفرنسي وأن نص عليه في تعديل 2008، وهو نفس الموقف الذي أخذ به المؤسس الدستوري المغربي حيث جاء في الفصل 133 من الدستور المغربي لسنة 2011[2] على أنه يحق لكل من له مصلحة الدفع بعدم دستورية قانون أثناء النظر في قضية هو أحد أطرافها، على أن يمس هذا القانون الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور. في حين المؤسس الدستوري التونسي لم يقيده بضرورة مساس القانون بالحقوق والحريات التي يكفلها الدستور، ويبقى من اختصاص المحامي تبيان مختلف أوجه المخالفة الدستورية التي تشوب القانون المطعون فيه.[3]

الفرع الرابع: ألا يكون القانون موضوع الدفع سبق نظر البت فيه

لا يجوز الدفع بعدم دستورية قانون يتمتع بقرينة الدستورية، وهذا عملا بنص المادة 191 من دستور 2016 ، التي جاء في مضمونها أن قرارات المجلس الدستوري تتمتع بالحجية والإلزام، وتم النصّ صراحة على أنها نهائية وملزمة لكل السلطات العمومية والإدارية والقضائية[4]، كما أن هذه القرارات لها أكثر من أثار، الأول إذا قضى القرار بعدم دستورية النص المطعون فيه فإن هذا الأخير يفقد أثره ابتداء من التاريخ الذي يحدده قرار المجلس الدستوري[5]، أما الأثر الثاني فيتمثل في الإقرار بالدستورية والذي من شأنه أن يضفي على النص محل الطعن قرينة الدستورية ويحصنه من أي طعن لاحق. في هذا الإطار نص المؤسس الدستوري المغربي صراحة على عدم قبول الدفع بعدم الدستورية قانون سبق البت بمطابقته للدستور، ما لم تتغير الظروف[6]، على غرار ما ذهب إليه المؤسس الدستوري الفرنسي[7].

---

[1] المادة 188 من تعديل الدستوري لسنة 2016.

[2] الفصل 133 من الدستور المملكة المغربية، مرجع سابق.

[3] المادة 123 من الدستور التونسي، مرجع سابق.

[4] الفقرة الثالثة من المادة 191 من دستور الجزائري 2016.

[5] الفقرة الثانية من المادة 191 ، نفس المرجع.

[6] الفقرة الثالثة من المادة الثامنة من القانون العضوي 18-16 مرجع سابق.

[7] Article 23-2 de l'ordonnance n°n° 58 – 1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sue le conseil constitutionnel, modifiée par les lois organiques n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 et n° 2010-830 : (al. 1) la juridiction statue sans délai par une décision motive sur la transmission de la

خاتمة

يعد الدفع بعدم الدستورية آلية مبتكرة في مجال حماية الحقوق والحريات الأساسية باعتبارها تساهم في تطهير الترسانة القانونية للقواعد المخالفة للدستور، إذ أن المجلس الدستوري في إطار الدفع بعدم الدستورية سيكون مستقبلا مطالبا بممارسة وظيفة قضائية خاصة به، وسيسمح الطعن الفردي الذي يقدمه المتقاضون أمام المجلس الدستوري لهذا الأخير بتعزيز صلاحياته في مجال حماية الحقوق والحريات الأساسية المكفولة دستوريا، فازدواجية الرقابة ستجعل عمل المجلس الدستوري أكثر فعالية، حيث سيتمكن ليس فقط من ممارسة رقابة المطابقة أو الرقابة الدستورية على قاعدة قانونية في إطار مجرد ولكن أيضا من تقدير دستورية قاعدة مطبقة فعليا في إطار نزاع معين فتفعيل آلية الدفع بعدم الدستورية من شأنه أن يحقق العدالة الدستورية في النظام الدستوري في الجزائر.

لكن لتفعيل إجراء الدفع بعدم الدستورية يتطلب توفير جملة من الضمانات، كاحترام المعايير الدولية والمرجعيات الدولية والدساتير المقارنة التي تحكم تفعيل القضاء الدستوري، التحديد الدقيق للمفاهيم الواردة في المادة 188 من التعديل الدستوري 2016، وكذا تبسيط إجراءات الدفع بعدم الدستورية.

ولضمان تفعيل آلية الدفع بعدم الدستورية، ضرورة العمل على نشر الوعي القانوني للفرد، لأن المستوى العلمي والثقافي المتدني للفرد خاصة في ما يتعلق بجانب الحقوق والحريات لن يجعل من هذه الآلية محل تطبيق إلا إذا كان صاحب الدفع رجل قانون يعرف ما له وما عليه، وذلك بعقد الندوات والملتقيات، وبث الحصص الإذاعية والتلفزيونية، واستغلال فضاءات الأنترنت بتخصيص مساحات في مختلف البوابات للتعريف بهذه الآلية، ولما لا الاقتداء بما يجري به العمل واقعيا في فرنسا من بث مباشر لمجريات جلسات الدفع بعدم الدستورية على الشبكات العنكبوتية، تأكيدا على الشفافية، مما يحفز المواطنين على استخدام هذه الآلية.

question prioritaire de constitutionalité au conseil d'Etat ou la cour de cassation .il est présidé à cette transmission si les conditions suivant sont remplies :
1° la disposition conteste est applicable au litige ou à la procédure, ou constitue le fondement des poursuites ;
2° Elle n'a pas déjà été déclarée conforme à la constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du conseil constitutionnel, sauf changement des circonstances ;
3° la question n'est pas dépourvue de caractère sérieux.

- وردت في مضمون المادة 188 المذكورة أعلاه بعض المصطلحات، يجب على المشرع توضيحها، نذكر منها استعمال المشرع مصطلح حكم تشريعي، حيث نلاحظ أن فيه من الغموض والتناقض ما يخرج النص عن سياقه، ولذلك نرى ضرورة استبدال مصطلح (حكم تشريعي) ب (نص تشريعي)، ونعتقد أن هذا المصطلح الأنسب والذي قصده المشرع دون شك.
- تعديل ما ينبغي تعديله في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، قانون العقوبات، قانون الإجراءات الجزائية، قانون التنظيم القضائي، بما يتماشى والمهمة الجديدة الموكلة للجهات القضائية بشأن الدفع بعدم الدستورية.