الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة يحي فارس بالمدية

كلية الحقوق والعلوم السياسية

مذكرة نهاية الدراسة للحصول على شهادة الماستر

تخصص: دولة ومؤسسات

بعنوان:

الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ظل القانون العضوي 16/18

من إعداد الطالبات:

- **نورة موزاوي**
- **نورة موسي**

تحت إشراف الدكتور:

جمال رحال

السنة الدراسية: 2019/2018

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَٰنِ الرَّحِيمِ

"وَقُل رَبِّ زِدْنِي عِلْمًا"

صدق الله العظيم

طه:114.

كلمة شكـر

نحمد الله ونشكره على توفيقه ومنه وكرمه ونصلي ونسلم عل أشرف الأنبياء والمرسلين محمد صلّ الله عليه وسلم وعلى أله وصحبه أجمعين أما بعد...

لا يسعنـــا إلا أن نتقـدم بالشـــكر الجـزيل للأستـــــاذ المشـــرف "رحال جمال" صاحب الفضل بعد الله على ما قدمه لنا من نصائح وتوجيهات قيمة. فله منا كل التقدير والاحترام.

كما نتقدم بجزيل الشكر إلى كافة أساتذة كلية الحقوق والعلوم السياسية الذين أشرفوا علينا طيلة المسار الدراسي، والى إدارة الكلية وأعوانها الذين سهروا على توفير كل الظروف الملائمة للدراسة.

والى كل من ساعدنا من قريب ومن بعيد على إتمام هذا البحث.

كما نتقدم بجزيل الشكر والعرفان إلى أعضاء لجنة المناقشة الذين وافقوا على مناقشة هذا العمل وتحملهم عناء القراءة والتصحيح.

إهــداء

اهدي ثمرة هذا العمل إلى:

الى روح امي الحبيبة رحمها الله واسكنها فسيح جناته لولاها لما وصلت الى ما انا عليه هي التي غرست فيا حب العلم والتطلع، وأبي أطال الله عمره.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَـٰنِ الرَّحِيمِ

(وَاخْفِضْ لَهُمَا جَنَاحَ الذُّلِّ مِنَ الرَّحْمَةِ وَقُل رَّبِّ ارْحَمْهُمَا كَمَا ربياني صَغِيراً).

سورة الإسراء (24ـ)

إلى إخوتي والى كل عائلـــــة موزاوي ،والي زوجي وكل افراد عائلته.

إلى كل أساتذة وزملاء خاصة امينة مخلوفي، سعاد عراب، سليمة بن خاوة ،موسي نورة، تخصص"دولة ومؤسسات" (2019/2018) كل باسمه وفقهم الله.

إلى كل من وسعهم قلبي ونسيهم قلمي

إلى هؤلاء جميعا يطيب لي أن اهدي هذا العمل تشريفا وتقديرا.

موزاوي نورة

إهـداء

اهدي ثمرة هذا العمل إلى من قال فيهما الله عزّ وجل:

أعوذ بالله من الشيطان الرجيم

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَٰنِ الرَّحِيمِ

(وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوٓاْإِلَّآ إِيَّاهُ وَبِٱلْوَٰلِدَيْنِإِحْسَٰنًا)

سورة الإسراء (23)

إلى الولدين الكريمين حفظهما الله وأطال في عمرهما.

إلى إخوتي والى كل عائلـــــة " موسي وزوجي وكل عائلة بالحاج ".

إلى كل أساتذة وزملاء حلقة الماستر تخصص"دولة ومؤسسات" (2019/2018)

كل باسمه وفقهم الله.

إلى كل من وسعهم قلبي ونسيهم قلمي

إلى هؤلاء جميعا يطيب لي أن اهدي هذا العمل تشريفا وتقديرا.

موسي نورة

مقدمـــة

مقدمة

تعد دولة القانون نظاما قانونيا تخضع فيه جميع السلطات للقانون، نظرا لوجود رقابة على دستورية القوانين واحترام القانون الأسمى للدولة الذي يتمثل في الدستور الذي يعتبر الركيزة الأساسية في بناء الدولة القانونية، فلا توجد دولة قانونية بدون دستور، فهو الذي يحدد شكل الدولة ونظام الحكم فيها، ويضع قواعد ممارسة السلطة وشروطها والحقوق والحريات العامة، كما يعتبر الدستور القانون الأعلى في الدولة، فيعلو بذلك عن كل ما سواه من قوانين، لأن عدم الاعتراف لقواعد الدستور بالسمو يكون سببا لانهيار نظام الدولة من أساسه، فالدستور هو الأساس القانوني الذي يقوم عليه النظام القانوني للدولة وكل نشاط قانوني فيها، ويجب أن يكون ملزما لكل السلطات العامة فيها، فهذه السلطات تستمد وجودها من الدستور، مما يستوجب تقيدها بأحكامه وإلا فقدت شرعيتها وأساس وجودها.

ومبدأ سمو الدستور يعد ضمانة أساسية للديمقراطية، ولحماية حقوق الأفراد وحرياتهم، وضمانا لمبدأ المشروعية، لكن المبدأ نفسه يحتاج إلى ضمانة لاحترامه، وعدم الاعتداء عليه، وهذا الضمان هو الرقابة على دستورية القوانين، فهي الوسيلة الفعالة لتأكيد هذا السمو والحيلولة دون صدور أي تشريعات مخالفة للدستور بإبطال ما يتعارض منها مع أحكامه ومن ثم المحافظة على مبدأ المشروعية، وبخلاف ذلك يصبح مبدأ سمو الدستور شعار بلا محتوى، ورفضا بعيدا عن أي مضمون.

ولتكريس مبدأ سمو الدستور كان من الضروري، الفصل بين السلطات، ووجود رقابة على دستورية القوانين التي تضمن حماية الحريات العامة حيث أن هذه المبادئ متكاملة فيما بينها.

أصبح القضاء الدستوري ركيزة أساسية في تعزيز الحماية القضائية للحقوق والحريات وقيام الدولة الدستورية التي تكفل حق الأفراد في اللجوء إلى القضاء والمطالبة بإنصافهم من التعدي أو الانتهاك لحقوقه، وتهدف الرقابة على دستورية القوانين إلى منع صدور نصوص قانونية تخالف الدستور الذي يقضي أن تحترم كل سلطة أنشأها الدستور لاختصاصاتها وأن تلتزم بمبادئه، فهذا العلو يصبح لا قيمة له في حالة عدم وجود رقابة عليا لمراقبة مدى مطابقة أعمال السلطة للدستور، والرقابة الدستورية على القوانين تهدف إلى حماية النظام القانوني للدولة من خلال حماية أحكام الدستور والمبادئ التي يتضمنها من كافة الانزلاقات.

ومن المعروف أن الرقابة على دستورية القوانين في النظم الدستورية المختلفة تتخذ صورتين أساسيتين هما الرقابة السياسية والرقابة القضائية، استنادا إلى الجهة التي تتولى هذه الرقابة، والذي يهمنا هنا هو أسلوب الرقابة القضائية على دستورية القوانين والذي سنقتصر عليه في بحثنا هذا، حيث أنه

بالرغم من أن المشرع الدستوري الجزائري كان في السابق يعتمد على الرقابة السياسية على دستورية القوانين إلا أنه مؤخرا وفي آخر تعديل دستوري لسنة 2016[1] أحدث الرقابة القضائية كأسلوب جديد للرقابة على دستورية القوانين مع إبقائه على الرقابة السياسية، وتم تفعيل الرقابة القضائية بموجب القانون العضوي رقم 16/18 المحدد لشروط وكيفيات الدفع بعدم الدستورية.[2]

1- أسباب اختيار الموضوع

إن دوافع اختيار الباحث للدراسة في مجال معين متعددة، وعن سبب اختيار موضوع الرقابة على دستورية القوانين فيعود لأسباب عديدة أهمها

أ-اسباب ذاتية :تعود اسباب اختيار الموضوع الى اهتمامات شخصية بالدراسات القانونية ،خاصة ان الرقابة القضائية على دستورية القوانين تعد من الضمانات الاساسية لحماية حقوق وحريات الافراد

ب-اسباب موضوعية:

ترجع اسباب اختيارنا لموضوع الرقابة القضائية على دستورية القوانين هي محاولة تسليط الضوء على أهمية ودور الرقابة القضائية عن طريق الدفع بعدم دستورية القوانين ومحاولة البحث عن كيفية تطبيقها في الجزائر من خلال القانون العضوي 16/18.

2- أهمية الدراسة

تتجسد اهمية الموضوع باعتباره جدير بالبحث والدراسة كون ان هذه الرقابة تعد ضمانة اساسية لاحترام الدستور من جهة وحماية حقوق وحريات الافراد من جهة اخرى ،وكذلك تبرز اهمية موضوع هذه الدراسة بشكل واضح في النتائج المتوصل اليها لدراسة الاثار الناجمة عن ممارسة نظام الرقابة القضائية على دستورية القوانين ،وذلك من خلال تسليط الضوء على المكانة التى احتلها الاجتهاد الدستوري الجزائري واهم تطبيقاته من ناحية انشاء دولة القانون بمفهومها الحديث ،والمتمثلة اساسا في مبدا الفصل بين السلطات وحماية الحقوق والحريات مع التركيز على الاضافة الجديدة التي تناولها المؤسس الدستوري الجزائري في التعديل الدستوري لسنة 2016،وهي منح الافراد حق الطعن في دستورية القوانين ،والتي تعتبر موضوعا جديدا في مجال الحقوق الدستورية في الجزائر كل ذلك كان له بالغ الاهمية في موضوع هذه الدراسة، بالإضافة الى القانون العضوي 16/18 الذي اصدره المشرع مؤخرا حيث حدد فيه شروط و كيفيات الدفع بعدم الدستوري.

---

(1)–االمادة 188 من القانون رقم 01/16،المؤرخ في 6 مارس 2016، المتضمن التعديل الدستوري،الجريدة الرسمية،عدد14،المؤرخة بتاريخ7مارس2016.

(2)–االقانون العضوي رقم 16/18،المؤرخ في 22 ذي الحجة الموافق ل 2 سبتمبر سنة 2018،المحدد لشروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية،الجريدة الرسمية عدد54،المؤرخة في 5سبتمبرسنة2018.

3- أهداف الدراسة

تهدف الدراسة بشكل كبير إلى إبراز دور وفعالية الرقابة القضائية على دستورية القوانين عن طريق الدفع بعدم الدستورية من خلال الآليات والتقنيات التي تعتمد عليها هاته الرقابة، بالإضافة إلى الكشف عن العقبات التي تؤثر على مدى فعالية هذه الرقابة، كما نسعى من خلال هذه الدراسة للوصول إلى عدد من الهداف المهمة كما يلي:

- التعرف إلى الجهة التي تمارس عملية الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الجزائر واختصاصاتها.

- التعرف إلى أصحاب الحق في تحريك الدعوى الدستورية في الجزائر ومعرفة شروط قبول الدعاوى الدستورية وإجراءات سيرها.

- التعرف إلى حجية الأحكام الصادرة في الدعاوى الدستورية والأثر القانون المترتب عن الحكم بعدم الدستورية في الجزائري.

4- صعوبات الدراسة

لا يخلو أي بحث علمي من صعوبات تواجهه تحول دون قيام الباحث بدراسته بالشكل المرغوب فيه، ومن بين الصعوبات التي تم مواجهتها في بحثنا هذا هو حداثة هذا النوع من الرقابة في الجزائر، وكذلك عدم وجود أحكام دستورية في هذا المجال، بالإضافة الي ضيق الوقت.

5- الإشكالية:

1-كيف نظم المشرع الدستوري الجزائري الرقابة القضائية علي دستورية القوانين ؟وماهي شروطها واجراءاتها؟

6- المنهج المتبع في الدراسة

كان لا بد لدراسة الموضوع الاعتماد على المنهج التاريخي الذي يتماشى ومتابعة التطورات في مجال الرقابة القضائية ونشأتها، ثم اعتمدنا على المنهج المقارن وذلك بدراسة مجموعة من الأنظمة المقارنة، ثم المنهجين الوصفي والتحليلي وذلك بتحليل بعض النصوص القانونية، وعلي هذا الاساس قمنا بتقسيم الدراسة الي فصلين ،نتناول في الفصل الاول الاطار المفاهيمي للرقابة القضائية علي دستورية القوانين،ثم نتناول في الفصل الثاني الية الرقابة علي دستورية القوانين في ظل القانون العضوي 16/18.

الفصل الأول:

الإطار المفاهيمي للرقابة القضائية على دستورية القوانين

يعد الدستور القانون الأساسي والاسمي في الدولة، فلا يجوز مخالفته من أي جهة وهذا ما يعرف بمبدأ سمو الدستور الذي بمقتضاه يعلو الدستور على جميع القوانين، فيجب عند تشريع أي قانون مراعاة الدستور. وإلا اعتبرت هذه القوانين غير دستورية ويترتب على ذلك إلغائها أو الامتناع عن تطبيقها، بحيث تختلف الدساتير في تحديد الهيئة التي تتولى مهمة الرقابة فمنها من يوكلها إلى هيئة سياسية، بينما البعض الآخر من يوكلها إلى هيئة قضائية، بحيث أن هذا الأخير هو موضوع بحثنا وبناء على ذلك سوف نقسم هذا الفصل إلى مبحثين نتناول في المبحث الأول مفهوم الرقابة القضائية على دستورية القوانين، أما في المبحث الثاني نتناول فيه صور وتقدير الرقابة القضائية.

المبحث الأول: مفهوم الرقابة القضائية على دستورية القوانين

إن تحديد مفهوم الرقابة القضائية على دستورية القوانين قد حظي بالاهتمام الكبير من بعض الفقهاء القانون وهذا لأهمية هذه الرقابة فالبعض اعتبرها عملية رقابة تقوم بها الجهة القضائية على القوانين المخالفة لدستور، بحيث يكون لها الحق في إلغائها أو الحكم بالامتناع عن تطبيقها في حالة ما إذا كانت مخالفة للدستور، ومن هنا سنقوم بدراسة الرقابة القضائية من حيث نشأتها في المطلب الأول، أما المطلب الثاني سنقوم من خلاله بدراسة تعريف الرقابة القضائية.

المطلب الأول: نشأة الرقابة القضائية على دستورية القوانين

إن الرقابة على دستورية القوانين عرفت عدة أنواع والتي تتمثل في الرقابة السياسية التي ظهرت أول مرة في فرنسا وأصبحت ذات مكانة مرموقة في دستور الجمهورية الفرنسية ورغم هذه المكانة إلا أنها تعرضت لعدة انتقادات مما دفع العديد من الدول إلى تبني نوع آخر من الرقابة والتي تتمثل في الرقابة القضائية على دستورية القوانين، ويقصد بهذه الرقابة وجود هيئة قضائية تختص بالنظر في دستورية القوانين، وهذه الرقابة كان أول ظهور لها في الولايات المتحدة الأمريكية ثم انتشرت بعد ذلك في بعض الدول، لذلك سنقوم في هذا المطلب بدراسة نشأة هذه الرقابة في كل من الولايات المتحدة الأمريكية ومصر وكذلك بعض الدول الغربية .

الفرعالأول: نشأة الرقابة القضائية في الولايات المتحدة الأمريكية

لقد كانت الولايات المتحدة الأمريكية السباقة الى الاخذ بالرقابة القضائية على دستورية القوانين ، ثم تبعتها العديد من الدول في أوربا بعد الحرب العالمية الأولى (المرحلة الأولى)، فقد نص عليها الدستور النمساوي سنة 1920 (المرحلة الثانية) وبدرجة أقل لدى بعض الدول مثل سويسرا اسبانيا ألمانيا إيطاليا مصر، إلا أنه عرفت انتشارًا بعد الحرب العالمية الثانية (الدفعة الثانية).[1]

ان التجربة الأمريكية في الرقابة على دستورية القوانين، تُعتبر من أقدم التجارب وأكثرها ثراء وأبعدها تأثيرًا، وقد ظلت هذه التجربة طوال القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين التجربة الوحيدة في الرقابة على دستورية القوانين إلىأنبدأت في أوروبا عقب الحرب العالمية الأولى .[2]

(1)- فوزي أوصديق، الوافي في شرح القانون الدستوري، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، ديوان المطبوعات الجامعية،الساحة المركزية بن عكنون، الجزائر، دون سنة، ص200.

(2) - إيناس محمد البهجي، يوسف المصري، الرقابة على دستورية القوانين، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، مصر، 2013، ص130.

تُعد الرقابة الدستورية في الولايات المتحدة الأمريكية رقابة امتناع وليست إبطال ـ كما هو الحال في مصر-ومردّ ذلك إلى أن الرقابة الدستورية في أمريكا تكاد تكون المحكمة العليا الأمريكية قد فرضتها رغم غياب النصوص الدستورية الصريحة المؤيدة لها. [1]

ولقد كانت معظم المحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية تقوم في بداية عهدها على تطبيق القوانين دون التعرض لمدى اتساق إحكامها مع القواعد الدستورية،الا ان ذلك لا ينفي وجود بعض المحاكم التي كانت تباشر الرقابة الدستورية.[2]

ويرى البعض أن هناك مصادر ساهمت مجتمعة في نشأة تلك الرقابة وتدعيمها، وهذه المصادر هي النص الدستوري مع بعض التجاوز في تفسيره، ووجود رقابة سابقة من بعض المحاكم في الولايات ونوايا واضعي الدستور ومبدأ الفيدرالية،ويلاحظ أن دستور الولايات المتحدة الأمريكية لم يتضمن نصا يقر حق المحاكم في رقابة دستورية القوانين.[(3)]

يكاد الفقهاء يجمعون على أن الدستور الأمريكي لم ينظم الرقابة على دستورية القوانين ولم يتحدث عن مثل تلك الرقابة صراحة في نص من نصوصه ولكن في المقابل لا يوجد في نصوص الدستور الأمريكي ما يفهم منه صراحة أو ضمنيا "الحيلولة بين القضاء ومثل هذه الرقابة بل إن في الدستور ما يشجع على الأخذ بها".[4]

كما أنه تقرر حق الرقابة على دستورية القوانين من خلال الممارسة اليومية للقضاء وتأييد الفقه له، والولادة لهذه الرقابة كانت عسيرة بحيث لم تقرر دفعة واحدة، بل وُجدت اجتهادات قبل نشأة الاتحاد الأمريكي من ذلك ،حكم المحكمة ولاية "نيوجيرزي" "*New Jersey*" في 1780 الذي قضى ببطلان القانون لعدم استوفائه شرطا شكليا وهو صدور الحكم بتشكيل هيئة محلفين من 06 أعضاء، مخالفا لما استقر عليه العرف الدستوري من تكوين هيئة محلفين من 12 عضوا.[5]

وكذلك حكم المحكمة "روداسلاند" " *Rhode Island*" في سنة 1786 الذي قضى (بعدم دستورية القانون الذي يلزم التعامل بالنقود الورقية، مخالفا بذلك دستور الولايات)،وكذلك حكم المحكمة

(1)ـ محمد محمد عبده إمام، الوجيز في شرح القانون الدستوري، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر 2008، ص123.
(2)-المرجع نفسه،ص124.
(3)- فوزي أوصديق، المرجع السابق، ص200.
(4)- إيناس محمد البهجي، يوسف المصري، المرجع السابق، ص131.
(5)- فوزي أوصديق، المرجع السابق، ص200.

"كارولينا الشمالية"North caroline الصادر في سنة 1787 الذي قضت (بعدم الاعتراف بملكية العقارات المشتراة من بين ما صدر من أموال خصوم الثورة).[1]

وقد قوبلت هذه الأحكام باستغراب نتيجة الدور المتحرر للقاضي آنذاك وتخلف الذهنيات، مما تسبب في مساءلة الهيئة القضائية الصادرة للحكم، من طرف المجلس التشريعي للولايات وتراجع الأهالي في تجديد ثقتهم للقضاة، أي عدم انتخابهم للولاية الموالية، ولم تعرف فكرة الرقابة على دستورية القوانين دفعة قوية إلا بعد نشوء المحكمة الاتحادية العليا.[2]

وبعد إنشاء المحكمة الاتحادية عرضت عليها قضية أثيرت فيها مسألة دستورية القوانين وكان ذلك سنة 1801، وهي قضية ماربوري ضد مادسون والتي لم تفصل فيها المحكمة نتيجة للصراع السياسي بين الاتحاديين والجمهوريينإلافي مارس 1803، حيث أقرت حق القضاء بحث دستورية القوانين مبررة حكمها بأن وظيفة القاضي هي تطبيق القانون، غير أنه في حالة تعارض قانونين أو عدة قوانين مع بعضها فإن مهمته أولا هي البحث عن القانون الواجب التطبيق ، وما دام أن الدستور هو القانون الأساسي المنظم للسلطات العامة الثلاث فإنه هو القانون الأسمى من تلك التي تسنها كل هيئة على حدة نظرًا لأن الدستور يلزم هذه الهيئات بالامتناع عن القيام بأي عمل لا يتفق ونصوصه، وما دام الأمر كذلك، فإن القاضي في هذه الحالة لا يكون أمامه وهو ينتمي إلى هيئة من الهيئات المنشأة بواسطة الدستور إلا أن يحترم النصوص الأساسية فيطبقها وبالتالي يكون ملزما بعدم تطبيق ما هو مخالف للدستور (أي استبعاده) أي الامتناع عن تطبيقه وهذا الامتناع يعكس الحال في الرقابة عن طريق الدعوى الأصلية، وهذا يتماشى ومبدأ الفصل بين السلطات، فالقاضي هنا لا يتدخل لإلغاء القانون الذي يكون مخالف للدستور وإنما يمتنع فقط عن تطبيقه دون الحكم بإلغائه.[3]

وقد كان لقضية ماربوري ضد مادسون ودور القاضي مارشال في معالجة المشاكل القانونية التي انطوت عليها الدعوى عميق الأثر في اتجاه القضاء الأمريكي بحيث سارت المحاكم مسلك الاتحادية العليا،وأصبحت هي الأخرى تمارس الرقابة على دستورية القانون.[4]

وتتخلص وقائع قضية "ماديسون ضد ماربورى" في صدور الحكم عن رئيس المحكمة الاتحادية العليا جون مارشال "*John Marshalle*" في فبراير/فيفري 1803م "وقد بدأت أحداث هذه القضية

(1)- فوزي اوصديق ،المرجع السابق،ص200.
(2)- المرجع نفسه،ص201.
(3)– سعيد بوشعير،القانون الدستوري والنظم السياسية المقارنة،الجزء الاول،الطبعة الرابعة،ديوان المطبوعات الجامعية،الساحة المركزية،بن عكنون ،الجزائر،دون سنة،ص177.
(4)– المرجع نفسه،ص178،179.

بعد الانتخابات الرئاسية التي جرت في شهر نوفمبر من عام 1800م والتي هزم فيها الرئيس جون آدمز" *John Adams*" الذي كان من حزب الاتحاديين "*Federalists*" المنادين بتقوية الحكومة الوطنية المركزية وتوسيع سلطاتها استنادا لدستور فدرالي أمام توماس جيفرسون "thomas *Jefferson*" الذي كان من الجمهوريين المعارضين للاتحاديين "*Anti-federalists*" ومن أنصار اللامركزية السياسية وتدعيم سلطات الولايات استنادًا لدستور كونفدرال[1]

وإزاء هذه النتيجة، شعر الاتحاديون أن جهودهم التي توَّجوها بالموافقة على الدستور عام 1789 ولتي حاولوا ما بوسعهم تدعيمها خلال فترة حكمهم قد دعت مهدِّدة بالانتكاس على أيدي جيفرسون وأنصاره بتوليهم الحكم. ولما كان من المقرر إعمالا للقاعدة الدستورية ألا يتولى رئيس الجمهورية الجديد مهام منصبه إلا في الرابع من مارس من السنة التالية أي عام 1801 فقد قرر الاتحاديون ألا يفوّتوا هذه الفرصة ولا يتركوا مناصبهم حتى يُشغلوا بعض المراكز الحكومية الثابتة بمن يحمل لواء سياستهم، ويستطيع أن يقف في وجه الرئيس والكونغرس الجديدين، واتجهت عنايتهم بصفة خاصة إلى السلطة القضائية لما تتميز به مناصبها من الثبات والاستقرار، ولما لها في الرأي العام من مكانة ترفعها فوق شبهات الصراع الحزبي والسياسي، وكان على رأس المحكمة العليا حينذاك القاضي أوليفر إيلزوورث "*Oliver Ellswotht*" الذي ساءت أحواله الصحية فأثر أن يتنحى عن عمله في رئاسة المحكمة العليا، فقدم استقالته من منصبه قبل انتخاب جيفرسون بشهر واحد مقدما بذلك الفرصة المواتية للرئيس آدمز ليضع على رأس الفرع القضائي للحكومة الاتحادية من يتولى الدفاع عن مبادئ الاتحاديين،وفي 20 جانفي/كانون الثاني سنة 1801 قرر الرئيس آدمز تعيين جون مارشال رئيسا للمحكمة العليا، ووافق مجلس الشيوخ على ذلك التعيين، في 27 من الشهر ذاته، وبعد تعيين جون مارشال على رأس المحكمة العليا بدأ الاتحاديون بتنفيذ البرنامج الذي أعدوه للسيطرة على السلطة القضائية فعمدوا إلى تعديل قانون السلطة القضائية الصادر عام 1789،كما ان الكونغرس اصدر قبيل انفضاضه عام 1801 "*JudiciaryAct of*" لتنظيم تلك السلطة يضمن فيها إنشاء ست محاكم إقليمية جديدة، واقتضى إنشاء تلك المحاكم تعيين ستة عشر قاضيا جديدا للعمل فيها، كما خول الكونغرس للرئيس أن يعين عددًا أخر من قضاة المحاكم الجزائية وهم (قضاة الصلح) " *Justices of the peace*" في مقاطعة كولومبيا[2]

وأخيرًا نص القانون على إنقاص عدد قضاة المحكمة العليا من ستة إلى خمسة حتى لا تمنح الحكومة الجديدة فرصة تعيين عضو جديد في تلك المحكمة إذا عاجلت المنية أحد أعضائها خلال حكم

(1) - حسن مصطفي البحري،القضاء الدستوري،دراسة مقارنة،الطبعة الاولي،دون دارنشر،دمشق،سوريا،2017،ص91.
(2)–المرجع نفسه، ص92.

جيفرسون وأنصاره، وكان طبيعيا يسارع الرئيس آدمز إلى شغل هذه المناصب بعدد من أنصاره ذوي الترعة الاتحادية، فاختار لهذه الوظائف الجديدة عددا من الشيوخ والنواب الذين لم يُقدر لهم النجاح في الانتخابات الجديدة.[1]

وبتاريخ الثاني من مارس (قبل يومين من انتهاء مدة الولاية)، وقَّع الرئيس آدمز على قرارات تعيين 42 قاضٍ صلح في مقاطعة كولومبيا (من القضاة المناصرين للفكر الاتحادي)، وصدّق مجلس الشيوخ في اليوم التالي على تلك التعيينات القضائية (ولهذا عُرفت بتعيينات منتصف الليل *MidnightAppointments*، أو قضاة منتصف الليل *MidnightJudges*)، وقام جون مارشال، الذي كان حينذاك وزير خارجية الرئيس آدمز، بوضع ختم الولايات المتحدة الرسمي على قرارات تعيين ذلك، إلا أن الرئيس آدمز والوزير مارشال نسيا في عجلة هذه الظروف الشاذة أن يسلما عددًا من تلك القرارات إلى أصحابها، ومنها القرار المتعلق بتعيين وليام ماربوري (قاضيا للصلح في مدينة واشنطن لمقاطعة كولومبيا لمدة خمس سنوات) الذي ارتبط اسمه بعد ذلك بموضوع الرقابة على دستورية القوانين،ولما تسلم الرئيس الجديد مهام منصبه، طلب ماربوري وثلاثة من رفاقه من أصحاب تلك القرارات من جيمس ماديسون، وزير خارجية الرئيس الجديد جيفرسون تسليمهم قرارات التعيين ليتسنى لهم الالتحاق بعملهم ومباشرة وظائفهم، ولكن الوزير ماديسون رفض ذلك بناءً على توجيهات من الرئيس جيفرسون فقام ماربوري ورفاقه الثلاثة برفع دعوى أمام المحكمة العليا، والتي عين لها رئيس جديد وهو الوزير السابق جون مارشال، طالبا منها إصدار أمر قضائي" *Wright of Mandamus*" إلى وزير الخارجية ماديسون يلزمه بتسليم ماربوري ورفاقه قرارات تعيينهم "*commissions*"،وقد أسسوا مطالبتهم تلك على الفقرة الثالثة عشر من قانون السلطة القضائية الصادر سنة 1789 والتي خولت المحكمة العليا سلطة إصدار أمر قضائي يلزم مسئولا عاما بأن يؤدي مهمة رسمية لا خيار له فيها، وفي ديسمبر عام 1801 اجتمعت المحكمة العليا وفي جدول قضاياها دعوى ماربوري ضد ماديسون، إلا أن الصراع السياسي بين الاتحاديين والجمهوريين وانتباههم جميعا إلى الدور الخطير الذي توشك المحكمة العليا أن تقوم به في هذا الصراع قد حال في النهاية، دون فصل المحكمة في القضية قبل عام 1803.[2]

وفي هذه الظروف السياسية الدقيقة كان على مارشال أن يصدر حكمه في القضية، فوجد نفسه في مأزق صعب حيث لم يكن يريد البدء بمعاداة خط الإدارة الجديدة التي قد لا تنصاع لأمره وتمتنع عن تنفيذ أمر المحكمة، فتتزعزع بذلك هيبتها ومكانتها، وكذلك لم يكن يريد أن يكون بمثابة المنسحب في

(1)- حسن مصطفى البحري، المرجع السابق، ص92.
(2)- المرجعنفسه، ص93.

أول جولة من جولات الصراع بينه وبين الإدارة الجديدة، فضلا عما في ذلك من تفويت للغرض الذي سعى الاتحاديون إلى تحقيقه بتعيين أنصارهم في مناصب السلطة القضائية ليوازنوا هيمنة حضورهم من الجمهوريين على الكونغرس والسلطة التنفيذية به.[1]

وفي هذا المأزق الضيق تجلت براعة القاضي مارشال وقدرته القانونية والسياسية معا، فلا هو قضى لماربوري بتسليم قرار تعيينه، ولا هو سلّم للإدارة بحقها في الامتناع عن هذا التسليم، إذ أصدر حكما بالاعتراف لحق ماربوري وزملائه في التعيين، ولكنه رفض طلبهم بأن تأمر المحكمة بتسليم قرارات التعيين.*

وجاء هذا مبنيا على اعتبار عدم دستورية الفقرة الثالثة عشر من قانون السلطة القضائية لعام 1789 التي منحت المحكمة سلطة إصدار هذه الأوامر بصفة أصيلة، باعتبار أن الدستور الأمريكي قد حدد اختصاصات المحكمة العليا على سبيل الحصر، ولم يكن من بينها إصدار هذه الأوامر بصفة أصيلة، فإنجاء المشرع بعد ذلك وأسند للمحكمة هذا الاختصاص، فلا بد من وقوع هذا الإسناد في دائرة عدم الدستورية بسبب الحصر الذي نص عليه الدستور لاختصاصاتها أي أن القاضي استبعد النص التشريعي لصالح النص الدستوري عند حدوث التعارض.[2]

وذكرت المحكمة العليا في حيثيات حكمها أن وظيفة القاضي هي تطبيق القانون، وعند تعارض القوانين يتعين على القاضي تحديد القانون الواجب التطبيق، ولا يصح تطبيق القانون العادي إذا ما تعارض مع أحكام الدستور، على أساس أن الدستور هو القانون الأساسي المنظم للسلطات الثلاث في الدولة ويتحتم على هذه السلطات التزام حدود اختصاصها حسبما بينها ورسمها الدستور الذي يعد تعبيرا عن إرادة الأمة صاحبة السيادة العليا،فاذا ما رفضت السلطة القضائية تطبيق قانون مخالف للدستور، فلا يُحْمَل ذلك على أنه اعتداء على السلطة التشريعية، وإنما لا يخرج الأمر في الواقع عن أن السلطة القضائية تمارس وظيفتها في حدود اختصاصها، وذلك لحل الصعوبة القانونية الناشئة عن تعارض القوانين في النزاع المعروض أمامها.[3]

وقد أوضحت المحكمة العليا في حكمها أن القانون الصادر من البرلمان خلافا لأحكام الدستور يعد باطلا ولا أثر له، ويجب الامتناع عن تطبيقه، وحينما يكون تنازع حول تطبيق القانون العادي

---

(1)– حسن مصطفي البحري،المرجع السابق ، ص92.

*ماربوري لم يعين كقاضي صلح في مقاطعة كلومبيا ولم يستلم قرار تعينه من قبل وزير الخارجية مادسون رغم اعتراف بحق ماربوري،نقلا عن حسن مصطفي البحري،المرجع السابف،ص92.

(2)–المرجع نفسه، ص93.

(3)-عمر عبد الله،الرقابة علي دستورية القوانين،دراسة مقارنة،المعهد العالي للعلوم السياسية،مجلة جامعة دمشق،الجلد 17عشر،العدد الثاني،سوريا،2001،ص12.

والدستور، فإن من حق المحكمة أن تقرر أيهما الذي يحكم الدعوى ويسري عليها، وبما أن الدستور أسمى وأقوى من أي قانون عادي، فلا بد أن يكون هو الواجب التطبيق في هذا النزاع ،كما انه ولفت نظر المحكمة إلى أن واضعي الدستور حينما أرادوا أن يبينوا القانون الأعلى للبلاد، قد قدّموا ذكر الدستور على القوانين العادية وعلى المعاهدات الدولية التي تعقدها في ظل الدستور، مما يكشف عن مكانة الدستور في ذروة البناء القانوني، حيث نصت الفقرة 2 من المادة 6 من الدستور الأمريكي على أن "هذا الدستور وقوانين الولايات المتحدة التي تصدر تبعا له،وجميع المعاهدات المعقودة او التي تعقد تحت سلطة الولايات المتحدة ، تكون القانون الأعلى للبلاد،ويكون القضاة في جميع الولايات ملزمين به،ولا يعتد باي نص في دستور او قوانين اية ولاية يكون مخالفا لذلك.[1]

ويلاحظ أن هذا النص يشترط في القوانين العادية حتى تكون جزءا من القانون الأعلى للبلاد أن تكون صادرة طبقا للدستور أي بما لا يتعارض مع نصوصه، وفي هذا إشارة واضحة إلى ضرورة احترام السلطة التشريعية حدود اختصاصها ، فإن هي تجاوزتها وسنّت قانونا مخالفا للدستور، فالنتيجة الحتمية التي تترتب على هذا الوضع هي تغليب القانون الدستوري وإتباع حكمه وإهمال القانون العادي المخالف له وطرحه جانبا ويعزز مارشال آراءه بحجة أخيرة مفادها أن الدستور يوجب على القضاة قبل مباشرة وظائفهم أن يُقسموا يمينا "*Oath of office*" على احترام النصوص، فكيف يأتي أن يجبروا على هذا القَسَم ثم يطالبوا بعد ذلك بتجاهل تلك النصوص، إذا ما تعارضت مع نصوص تشريعية دونها في القيمة،ولهذا فحرمان القضاة من الرقابة على دستورية القوانين معناه الحنث في اليمين وإهدار قيمة القسم.[2]

والغرض منه ويبقى أمرٌ أخير في هذه القضية مايجب الإشارة إليه، وهو أن القاضي جون مارشال الذي حكم فيها، على الرغم من أنه كانت منتميا لحزب الاتحاديين الذي خرج من الحكم بخروج إدارة الرئيس جون آدمز، وعلى الرغم من أنه هو الذي كان، بصفته وزير الخارجية 1800-1801، مكلفا بإرسال قرارات التعيين إلى هؤلاء القضاة، إلا أنه تصرّف بطريقة محايدة في حكمه عندما اعتلى منصة القضاء، فلم يتعنت لكي تصدر أوامر تعيين من يمثلون حزبه، ولم يُجبر الإدارة الجديدة على إرسال أوراق التعيين ولا هو أصرّ على إرادة

(1)– المادة 2/6من دستور الولايات المتحدة الامريكية ،مكتبة حقوق الانسانجامعة منيسوتا،hrlibrary.umn.edu.
(2)– حسن مصطفي البحري،المرجع السابق،ص93.

حزبه السياسية، بل تصرّف بروح القاضي العادل، وطبّق صحيح نصوص الدستور، وامتنع عن إصدار أمر قضائي بتثبيت تعيين هؤلاء القضاة، وهوأمر يُحمد له على كل حال.[1]

كما أن قضية ماربوري ضد ماديسون حولت مجرى الرقابة الدستورية في الولايات المتحدة الأمريكية ودور المحكمة العليا الأمريكية.[2]

أولا: نشأة المحكمة العليا الأمريكية ودورها في الرقابة على دستورية القوانين

عندما أُنشأ الاتحاد الأمريكي سنة 1789 أُنشأت المحكمة العليا في ذات العام، ولم يكن الدستور الأمريكي ينص صراحة على اختصاص القضاء بالرقابة عموما، ولم يتضمن تنظيما لمباشرة الرقابة الدستورية ولكن المحكمة العليا أخذت منذ بداية عهدها بمبدأ الرقابة على دستورية القوانين وذلك في عدة قضايا عرضت عليها منها قضية هيلتون ضد الولايات المتحدة الأمريكية، وقضية كالدر ضد بول في عامي 1796 و1798 غير أن المحكمة العليا في هاتين القضيتين لم تقضى بعدم الدستورية وقد استندت المحكمة العليا إلى أن سلطة القضاء في الرقابة وإن لم تستند إلى نص دستوري لكنها تنبثق عن المبادئ العامة للقانون.[3]

ثانيا :تشكيل المحكمة العليا الأمريكية

أُنشأت المحكمة العليا الأمريكية سنة 1789، كانت في البداية تتكون من ستة أعضاء بينهم الرئيس، وهي الآن تتشكل من تسعة أعضاء بناء على اختيار رئيس الجمهورية على أن يوافق على الترشح مجلس الشيوخ ،والمحكمة العليا الامريكية تعد المحكمة الوحيدة التي أنشأها الدستور الأمريكي مباشرة بالنص عليها فقد جاء من المادة الثالثة من الدستور الأمريكي في فقرتها الأولى بأن:" تخول السلطة القضائية في الولايات المتحدة الأمريكية لمحكمة العليا واحدة ولمحاكم أدنى حسب ما يراه الكونغرس (البرلمان) وينشئه منها من وقت لآخر، ويتولى قضاة كل من المحكمة العليا والمحاكم الأدنى مناصبهم ما دام سلوكهم طيبا ويتلقون مقابل خدماتهم وفي أوقات محددة مكافآت لا تنقص طول مدة بقائهم في مناصبهم، أما سائر المحاكم الاتحادية فقد أنشأها الكونغرس بناء على السلطة المخولة في الدستور.[4]

(1)– حسن مصطفي البحري،المرجعالسابق، ص94.
(2)- محمد محمد عبده إمام، المرجع السابق، ص95.
(3)- محمد السناري، القانون الدستوري ونظرية الدولة والحكومة، دراسة مقارنة،دون طبعة ،دار النهضة العربية، القاهرة ، مصر2006، ص89.
(4)- محمد محمد عبده إمام، المرجع السابق، ص126.

ثالثا :اختصاصات المحكمة العليا الأمريكية

المحكمة العليا الأمريكية تختص بنوعين من الاختصاصات أحدهما اختصاصات أصلية، وثانيهما اختصاصات استئنافية، وهذا النوع من الاختصاصات الاستئنافية يحددها الدستور، ويستند اختصاص المحكمة العليا الأمريكية إلى نصوص الدستور، فقد جاء في المادة الثالثة من الدستور في فقرتها الثانية ما يلي:" وفي جميع القضايا التي تختص بالسفراء والوزراء العموميين والقناصل وتلك التي تكون إحدى الولايات طرفا فيها، يكون للمحكمة العليا سلطة الاختصاص القضائي الأصلية، وللمحكمة العليا في جميع القضايا الأخرى المشار إليها آنفا السلطة القضائية الاستئنافية، سواء من ناحية القانون أو الوقائع، مع مراعاة ما قد يضعه الكونغرس من استثناءات أو قواعد"،ومن خلال دراستنا الاختصاصات المحكمة العليا الأمريكية، يتضح لنا أن للمحكمة العليا اختصاصات أصلية في بعض القضايا التي نص عليها الدستور وبينتها القوانين المنظمة لهذه القضايا، وهناك اختصاصات استئنافية للمحكمة العليا وهذه الاختصاصات عامة على جميع القضايا المنصوص عليها والتي تنظرها المحاكم الاتحادية، ويشترط لصحة انقاد المحكمة العليا أن يشترك ستة أعضاء من أعضائها الحاضرين.[1]

رابعا: دور المحكمة العليا في الحياة الدستورية الأمريكية

تُعتبر المحكمة العليا الأمريكية من أهم المؤسسات الدستورية في الولايات المتحدة الأمريكية وينظر إليها الأمريكيون نظرة تقديس واحترام، بل تحتل عندهم مكانة مرموقة في الحياة السياسية والاجتماعية،لما لعبته من دور مهم وهذه السلطة وتلك المكانة لم تتيح لمحكمة أخرى سوى المحكمة العليا، بل يعدونها شراح القانون الدستوري والساسة الأمريكيون المرآة الصادقة لتوجهات المجتمع الأمريكي فهي المرآة التي ينظر الأمريكيون فيها لأنفسهم سواء بالرضا أو بالنقد،وقد كان للمحكمة، من الناحية السياسية، دور هام في تقوية الاتحاد الأمريكي كما كان لها، وما يزال، دور هام من الناحية الاجتماعية خاصة فيما يتعلق بحماية الحقوق والحريات المواطن الامريكي بل تعد المحكمة هي الحارس للدستور والمفسر الأساسي له، كما استطاعت المحكمة العليا الامريكية أن تحدث كثيرا من التوازن في المجتمع الأمريكي بوقوفها في وجه السياسات العنصرية المؤدية و للتفرقة والعنصرية والتمييز العرقي والمضطهدة لحقوق الزنوج في الولايات الجنوبية، ولأن هذا هو دورها المتمثل في حماية المبادئ الدستوريةوحماية حقوق وحريات المواطن ،كما تعتبر المفسر النهائي للقانون الفيدرالي بما في ذلك دستور الولايات المتحدة الامريكية .[2]

(1)- محمد محمد عبده إمام، المرجع السابق، ص126.
(2)- محمد السناري، المرجع السابق، ص250.

الفرع الثاني: نشأة الرقابة القضائية على دستورية القوانين في مصر

في ظل نشأة القضاء المصري الحديث وتطوره عرفت مصر الدساتير الحديثة التي بدأت بدستور سنة 1923، ثم ألغي وصدر بدلا منه دستور سنة 1930 ثم أُبطل العمل به بعد قليل من صدروه، ثم أُعيد العمل بدستور 1923 وظل معمولًا به إلى أن قامت ثورة الجيش سنة 1952 فألغت العمل بدستور 1923 وألغيت الملكية بعد ذلك وأعلنت الجمهورية سنة 1953، ثم وضع بعد ذلك دستور سنة 1956 وسرعان ما أُلغي بعد صدور دستور الوحدة سنة 1958 ثم بعد الانفصال صدر الدستور المؤقت سنة 1964 وظل معمولًا به إلى أن صدر دستور سنة 1971 والذي عدلت بعض نصوصه في تعديل وحيد سنة 1980.[1]

في سنة 1960 أنشأت في مصر ولأول مرة محكمة خاصة للرقابة الدستورية والتي كانت تجري عن طريق الدفع حيث يتقدم به صاحب المصلحة أمام محكمة الموضوع، فإذا ارتأت أن الدفع جدي وأن هناك شكوكا جدية حول دستورية النص الذي يراد تطبيقه، أوقفت الدعوى أمامها وحددت للخصم صاحب المصلحة مدة معينة يرفع الدعوى خلالها أمام المحكمة العليا.[2]

وعلى الرغم من أن مصر عرفت الدساتير إلا أن أيا منها لم ينص على الرقابة القضائية على دستورية القوانين ولم يتناولها أي نص دستوري قبل دستور 1971. [3]

إلا أننا لو أعملنا النظر المجرد في أحكام القضاء المصري قديما، سواء في ذلك أحكام القضاء العادي أو أحكام القضاء الإداري أو مجلس الدولة بعد إنشائه، لوجدنا الرقابة الدستورية تلوح في كثير من أحكامه، أما بالنسبة للقضاء العادي فقد أثيرت مسألة دستورية القوانين والرقابة القضائية عليها أمام القضاء المصري سنة 1924، كما يرى البعض، وذلك عندما دفع بعدم دستورية القانون رقم 27 سنة 1923 والمعدل للمادة 101 عقوبات، والخاص بمعاقبة من ينشر أفكارًا ثورية يحبذ فيها تغيير النظم السياسية للدولة على أساس أن ذلك القانون يخالف المادتين 14 و124 من دستور 1923 ومع أن المحكمة التي دفع أمامها بعدم الدستورية لم تلتفت لهذا الدفع وقضت بالعقوبة المقررة في القانون وأيدت حكم محكمة النقض، إلا أن هذا الدفع كان بمثابة محاولة لإيجاد نوع من رقابة القضاء على

(1)- محمد محمد عبده إمام ، المرجع السابق، ص131.
(2)- إيناس محمد البهجي، يوسف المصري، المرجع السابق، ص139.
(3)- محمد محمد عبده إمام ، المرجع السابق، ص132.

الدستوريةوظل هذا الوضع هكذا مجرد محاولات أمام جهة القضاء العادي تقره محكمة وتتركه أخرى ولم يعرف لمحكمة النقض رأي قاطع بل الأقرب عدم إقرارها لرقابة القضاء على دستورية القوانين.[1]

الفرع الثالث: نشأة الرقابة القضائية في بعض الدول الغربية

إن الرقابة القضائية عرفت انتشارا واسعا عبر أقطار العالم، وتبنتها العديد من الدول ورأتها الوسيلة الأنجع لرقابة الدستورية على قوانينها، لذلك سنذكر بعض الدول التي طبقت الرقابة القضائية.

أولا: نشأة الرقابة القضائية في سويسرا

يوجد في سويسرا محكمة الاتحادية الفيدرالية هي المحكمة التي تختص بالرقابة دون غيرها وهي أعلى هيئة قضائية في سويسرا، وهي تعد من أقدم المحاكم العليا التي تقوم بالرقابة الدستورية في العالم فقد أنشأت طبقا للدستور الفدرالي الصادر في 5/29 /1974 في نص المادة 113.[2]

تتكون المحكمة الاتحادية الفدرالية من ثلاثين قاضيا تنتخبهم الجمعية الاتحادية لمدة ستة سنوات ولا يشترط في أعضاء المحكمة شروطا خاصة من حيث الكفاءة القانونية إلا أنه يجري العمل لاختيار قضاة المحكمة من القانونيين الأكفاء والمتخصصين وخاصة من المحامين، كما تختص المحكمة الفدرالية، إلى جانب اختصاصاتها الأخرى، بالفصل في دستورية القوانين التي تضعها المجالس التشريعية للولايات بالنسبة للدستور الاتحادي، ولقد اقترح مشروع قانون لتعديل اختصاص المحكمة بحيث يشمل الرقابة على دستورية القوانين الاتحادية وأهم حارس للقوانين الفدرالية، كما يتميز الطعن بعدم الدستورية أمام المحكمة الاتحادية الفيدرالية الدستورية السويسرية باليسر، فاطعن مثالي بشكل واسع، ويجوز تقديمه مجانا من جميع الأفراد حتى الأجانب منهم، يضاف إلى ذلك ما تبديه تلك المحكمة من يسر في قبوله سواء من ناحية توافر شروط المصلحة في تقدمه أو مراعاة الميعاد المحدد له.[3] **ثانيا: نشأة الرقابة القضائية في ألمانيا**

أحدثت المحكمة الفيدرالية الألمانية لتختص بالرقابة على دستورية القوانين، تشمل المحكمة الدستورية الاتحادية في ألمانيا 16 عضوا منتخبا لمدة 12 سنة، نصفهم منتخب من مجلس النواب والنصف الآخر من مجلس الشيوخ ممثل الولايات، ومنذ قانون 12 ديسمبر1985 الذي أحدث تعديلات

(1)–محمد محمد عبده إمام،المرجع السابق،ص132

(2)- علي السيد الباز، الرقابة على دستورية القوانين في مصر، دراسة مقارنة، دون طبعة، درا الجامعات المصرية الإسكندرية، مصر، 1982، ص365.

(3)- المرجعنفسه، ص366.

على قانون المحكمة الدستورية الفدرالية بتاريخ 12 مارس 1951، وأصبحت منقسمة إلى غرفتين أو دائرتين بسبب تراكم الدعاوي الدستورية ففي عام 1984 عرضت عليها ما يقارب 04 آلاف دعوى منها 3382 دعوى من الإفراد.[1]

ثم جاء تعديل آخر لقانون المحكمة الدستورية الأصلي لعام 1951 في أغسطس 1993، ضبط بصورة دقيقة شروط قبول الدعاوى الأصلية المباشرة من الأفراد، وجعل شروط قبولها أن يكون القانون قد أضر بحقوقهم الأساسية والدعاوى الأخرى غير مباشرة، تأتي المحكمة الدستورية عن طريق الدفع الفرعي المقدم من طرف المواطن أمام محكمة موضوعية بخصوص منازعات مدنية وإدارية، وفوق ذلك هي التي تشرف على توزيع الاختصاصات بين حكومة الاتحاد وبين الولايات، باعتبار ألمانيا دولة فيدرالية، كما لها الإشراف على احترام الأحزاب في نظامها ونشاطاها مبادئ الديمقراطية الحرة للدولة وإلا حكمت بعدم دستورية الحزب فيفقد الصفة الشرعية ،وأحكامها بعدم دستورية القوانين تعني إلغاء القانون، وأحكامها نهائية وملزمة الكافة.[2]

ثالثا: نشأة الرقابة القضائية في إيطاليا

أنشأت المحكمة الدستورية الإيطالية في 1947، بحيث ينص عليها صراحة في الدستور الإيطالي في 27 ديسمبر 1947، والذي أوكل اختصاص رقابة دستورية القوانين للمحكمة الدستورية وحدد اختصاصاتها في الباب السادس المواد 134 إلى 137 والاختصاصات تتمثل في:

1: المنازعات المتعلقة بدستورية القوانين والتدابير التي لها قوة القانون.

2: تنازع الاختصاص بين الدولة والأقاليم فيما بينها.

3: الإسهامات الموجهة ضد رئيس الجمهورية والوزراء وفقا للدستور.[3]

أما تشكيل المحكمة فقد اتبع فيه الدستور أسلوب مختلطًا: فهي تتشكل من خمسة عشر قاضيا، يعين رئيس الجمهورية ثلتهم، ويعين البرلمان في خلية مشتركة من مجلسيه ثلث أعضاء ويختار رجال القضاء العادي والإداري الثلث الباقي، على أن المشرع الدستوري قد حدد الجهات التي يتم منها الاختيار في جميع الحالات وحصرها في الفئات الآتية.

(1)- محمد رفعت عبد الوهاب،رقابة دستورية القوانين والمجلس الدستوري، دون طبعة، الدار الجامعية، لبنان، 2000، ص264.
(2)- المرجعنفسه، ص265.
(3)- سليمان محمد الطماوي، النظم السياسية و القانون الدستوري، دراسة مقارنة، دون طبعة، دار الفكر العربي، مصر 1988، ص387.

- رجال القضاء العادي والإداري.

- أساتذة القانون في الجامعات.

- المحامين الذين قضوا عشرين (20) سنة في المهنة.[1]

وأناط المشرع الدستوري بأعضاء المحكمة بفئاتها الثلاث انتخاب رئيس المحكمة بين أعضائها ويعين القضاة لمدة 12 سنة، يجري تجديدهم جزئيا، على أنه لا يجدد اختيارهم فور انتهاء مدتهم، ولا يجوز الجمع بين وظائف القاضي في المحكمة الدستورية، وبين عضوية البرلمان أو عضوية مجلس إقليمي أو مًمارسة مهنة المحاماة أو جميع الأعمال والوظائف التي ينص عليها القانون.[2]

ولما كان الدستور قد جعل محاكمة رئيس الجمهورية والوزراء أمام هذه المحكمة أن يشترك في عضوية المحكمة 16 عضوا ينتخبهم البرلمان في خلية مشتركة مطلع كل فصل تشريعي من بين المواطنين الذين تتوافر فيهم الشروط اللازمة لعضوية مجلس الشيوخ، وقد أحال الدستور إلى القانون الخاص، ذو طابع دستوري، لتحديد شروط والأشكال والمواعيد التي تقدم خلالها طلبات استصدار أحكام في المشروعية الدستورية، وكذلك ضمانات استقلال قضاء المحكمة، وإن كانت المادة 136 من الدستور قد قررت أنه:" إذا أعلنت المحكمة عدم مشروعية الدستورية لنص قانوني أو لنص له شكل القانون فإن هذا النص يتوقف نفاذه اعتبارا من اليوم التالي لنشر قرار المحكمة ويبلغ إلى المجلسين وإلى المجالس الإقليمية صاحبة الشأن، لكي تضع الأحكام في شكلها الدستوري إذا ارتأت ذلك ضرورة".[3]

المطلب الثاني: تعريف الرقابة القضائية على دستورية القوانين

يُقصد بالرقابة القضائية على دستورية القوانين:" إنشاء سلطة أو جهة قضائية متخصصة للنظر في دستورية القوانين واللوائح".[4]

كما تُعرف أيضا بأنها:" رقابة القاضي على تطابق القانون مع مقاصد الدستور، فالاختصاص من صلاحية الهيئة القضائية أو إحدى الجهات المختصة والتابعة للقضاء".[5]

(1)- سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق ، ص388.
(2)- المرجع نفسه، ص388.
(3)- المرجع نفسه ، ص389.
(4)- محمد محمد عبده إمام، المرجع السابق، ص122.
(5)- فوزي أوصديق، المرجع السابق، ص200.

ويُقصد كذلك بالرقابة القضائية على دستورية القوانين:" تلك التي تتولى القيام بها هيئة قضائية، لا تختص فقط بالنظر في مدى تطابق القرارات الإدارية للقانون وإنما تتعدى ذلك إلى مراقبة مدى مطابقة القانون للدستور".[1]

كما عرفها أيضا الدكتور ماجد راغب الحلو:" بأنها تولي القضاء فحص القوانين للتحقق من عدم مخالفتها لأحكام الدستور ولا شك أن في نزاهة القضاء واستقلاله، وضماناته وتكوين رجاله، وتعوده على البحث عن المخالفات المرتكبة ضد القواعد القانونية ما يمكنه من أداء هذه المهمة على وجه أفضل".[2]

ومعناها أيضا "أن يتولى القضاء فحص دستورية القوانين الصادرة عن البرلمان للتحقق من مطابقتها أو مخالفتها لقواعد الدستور".[3]

وتعرف أيضا:" قيام القضاء بالتحقق من مدى مطابقة القانون لأحكام الدستور، بحيث يصبح عمل القاضي في هذه الحالة ليس فقط مجرد تطبيق القانون، وإنما أيضا التحقق من مطابقة أو مخالفة هذا القانون للأحكام والقواعد الواردة في الوثيقة الدستورية، فالرقابة القضائية ترمز إذن للهيئة التي تباشرها وطابعها القضائي".[4]

ومن خلال التعاريف السابقة نستخلص أن الرقابة القضائية هي إنشاء جهة قضائية تختص بالنظر في مدى تطابق القوانين وعدم مخالفتها لأحكام الدستور، وقد تكون هذه الرقابة سابقة لصدور القانون أو لاحقة له.

(1)- السعيد بوشعير، المرجع السابق، ص175.
(2)- ماجد راغب الحلو، القانون الدستوري، دون طبعة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1990، ص16.
(3)- محمد رفعت عبد الوهاب، المرجع السابق، ص522.
(4)- حسن مصطفى البحري، المرجع السابق، ص81.

المبحث الثاني: صور وتقدير الرقابة القضائية

تتعدد صور وأساليب الرقابة القضائية باختلاف الدول التي أخذت بهده الرقابة، بالرغم من أنها اعتمدت على الرقابة القضائية على دستورية القوانين، إلا أنها لم تتفق على أسلوب واحد فيما يتعلق بكيفية الادعاء أمام المحاكم القضائية، فمنها ما يجعل الرقابة القضائية يتم عن طريق دعوى الإلغاء ومنها ما أخذت برقابة الامتناع هذا مانتناوله في المطلب الأول، أما في المطلب الثاني نتناول فيه تقدير الرقابة القضائية.

المطلب الأول: صور الرقابة القضائية

سنقوم في هذا المطلب بدراسة صور الرقابة المتمثلة في رقابة إلغاء ورقابة امتناع، وأخيرا بيان أهم نقاط الاختلاف بين هذين الأسلوبين على النحو التالي:

الفرع الأول: رقابة إلغاء (الدعوى الأصلية)

ومعناه أن يرفع صاحب الشأن (الذي منح له الدستور هذا الحق) دعوى يطالب فيها بإلغاء قانون ما لمخالفته للدستور.[1]

ويُقصد بها كذلك أن يقوم صاحب الشأن المتضرر من قانون ما بالطعن فيه مباشرة أمام المحكمة المختصة، التي يحدّدها دستور الدولة، برفع دعوى أصلية يطلب فيها لحكم ببطلانه لمخالفته لأحكام الدستور دون أن ينتظر تطبيق القانون عليه في دعوى من الدعاوى القضائية.[2]

فإذا ما ثبت للمحكمة المختصة بعد فحصها للقانون المطعون فيه أنه مخالف للدستور، حكمت ببطلان هذا القانون وإلغائه، ولذلك تسمى برقابة إلغاء مع ملاحظة أن الحكم الصادر من المحكمة في هذه الحالة يكون ذو حجية عامة ومطلقة، أي أنه يسري في مواجهة الكافة، واعتبار القانون المحكوم عليه بإلغائه كأنه لم يكن سواء من تاريخ صدوره أم بالنسبة للمستقبل فقط، ولذلك فإن هذا الحكم يحسم النزاع حول دستورية القانون المطعون فيه من أول مرة وبصفه نهائية، بحيث لا يجوز إثارة المشكلة في المستقبل بصدد مسائل فرعية يحكمها هذا القانون. [3]

---

(1)- حسني بوديار، الوجيز في القانون الدستوري، دون طبعة، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2003، ص109.

(2)- عبد الغاني بيسوني عبد الله، النظم السياسية والقانون الدستوري، دون طبعة، منشاة المعارف ، الإسكندرية، القاهرة،1997 ص420.

(3)- رمضان محمد بطيخ، النظرية العامة للقانون الدستوري وتطبيقاتها في مصر، دون طبعة، مطبعة الجامعة عين الشمس القاهرة، مصر، 1988، ص308.

ونظرا للآثار الخطيرة المترتبة على حكم المحكمة في هذا الشأن فإن طريقة الإلغاء تفترض وجود نص دستوري صريح يجيز ممارسة رقابة دستورية ويحدد المحكمة المختصة بنظرها، والمدة التي يجب مراجعة المحكمة خلالها.[1]

ورقابة الإلغاء قد تكون سابقة على صدور القانون وقد تكون لاحقة على صدوره.

أولا: رقابة الإلغاء السابقة

رقابة الإلغاء تكون سابقة على صدور القانون إذا اشترط عرضها على هيئة قضائية معينة للتحقق من مدى مطابقتها للدستور.[2]

بعد تشريع القانون من قبل السلطة التشريعية المكلفة بإعداد القانون، يرسل القانون للمصادقة عليه بغرض إصداره، وقد ترى الجهة الموكلة بالمصادقة إرسال هذا القانون إلى محكمة خاصة يحددها الدستور، للتأكد من عدم تعارض القانون مع الدستور، فتحريك هذه الرقابة من السلطة وليس من قبل أفراد، وقد أخذ بهذا دستور "إيرلاندا" لعام 1937، حيث يتعين على رئيس الجمهورية إذا رغب بممارسة حق الرقابة أن يحيل القانون في ظرف 7أيام من تاريخ استلامه للقانون إلى المحكمة العليا وبعد استشارة مجلس الدولة تصدر حكمها في الفترة لا تتجاوز 60 يوما، فإذا أصدرت المحكمة حكما بدستورية القانون المحال إليها، وجب على رئيس الجمهورية المصادقة عليه، وقد تبنت هذه الطريقة من الرقابة بعض دول أمريكا اللاتينية مثل كولومبيا في دستورها لعام 1986 والإكوادور في دستورها 9291. [3]

ثانيا: رقابة الإلغاء اللاحقة

تكون رقابة الإلغاء لاحقة إذا تقرر أن تكون بعد إصدار القانون فعلا، بحيث يجوز الطعن في عدم دستورية القانون أمام هيئة قضائية لإلغائه، وتفاديا لبعض النقد فإن الدساتير التي تأخذ بهذه الطريقة عادة ما تنص على إنشاء محكمة قضائية خاصة، كالمحكمة الدستورية في إيطاليا.[4]

كما تُعتبر رقابة الإلغاء اللاحقة وسيلة هجومية تسمح لبعض الجهات الطعن في هذا القانون مباشرة، أي بصورة مستقلة عن أي نزاع عن طريق الدعوى الأصلية، فمضمون رقابة الإلغاء هو ما يضمنه الدستور ذاته من حق الأفراد أو لبعض السلطات في إقامة الدعوى، والطعن مباشرة في القانون

(1)- رمضان محمد البطيخ ، المرجع السابق، ص.358.
(2)- حسني بوديار، المرجع السابق، ص90.
(3)- إيناس محمد البهجي، يوسف المصري، المرجع السابق، ص149.
(4)- حسني بوديار، المرجع السابق، ص109.

باعتباره مخالفا للدستور، وأمام محكمة معينة يقع ذلك من اختصاصها، فإذا ما اقتنعت تلك المحكمة بعدم دستورية القانون فإنها سوف تصدر قرارها بإلغائه ويكون هذا القرار نافذا بالنسبة للجميع دون اقتصار على مصلحة الطاعن.[1]

الفرع الثاني: رقابة امتناع (الدفع بعدم الدستورية)

يُعتبر هذا الأسلوب مناقضا للأول، لكونه يُعد وسيلة دفاعية متوقعة وموضوعة تحت تصرف المدعي طرف في الدعوى العادية أمام المحكمة العادية، وبعبارة أخرى فإن أسلوب الدفع يترك المبادرة للمواطنين أطراف في الدعاوي العادية، والتي سيطبق القاضي بشأنها قانونا معينا، ولتوضيح هذا الأسلوب نبين آلياته فيما يلي:" شخصان في المحاكمة أمام المحكمة التي ستفصل بينهما، نفترضهما (أ- ب) أحدهما "أ" يستند إلى نص قانوني يريد أن يطبق على النزاع، لأنه يحقق مصلحته، هنا يرد الشخص الثاني "ب" ويحتج أمام القاضي ويرفض تطبيق القانون الذي أراده خصمه في الدعوى، وذلك بحجة أن النص معيب، وأنه مخالف للدستور، وبالتالي فهو مجرد من القيمة القانونية.[2]

والملاحظ هنا من الناحية التقنية أن الطرف الثاني في الدعوى "ب" أثار عدم دستورية النص عرضا، ولم يكن الموضوع عدم الدستورية هو محل الدعوى الأصلية التي هو طرف فيها وإنما أثار عدم دستورية القانون بسبب وجوده طرفا في الدعوى (ذات موضوع آخر)، وفي مثل هذه الوضعية نكون أمام احتمالين:

الاحتمال الأول: إما الدفع بعدم الدستورية يشكل بالنسبة للقاضي المطروح أمامه موضوع مساءلة "*Une question préjudiciell*"لا يستطيع معالجتها لأن الدستور أنشأ هيئة متخصصة في النظر في قضايا عدم الدستورية، والقاضي في هذه الحالة يحيل طرفي الدعوى إلى تلك الجهة المختصة وعندما تفصل المحكمة الدستورية في القضية هنا فقط يعود النزاع للقاضي الأول، هذا الإجراء متبع في إيطاليا، خاصة في بعض الدول النامية كمدغشقر.

الاحتمال الثاني: فإن النظام القانوني للدولة يمنح كل المحاكم اختصاص النظر والفصل في عدم الدستورية كما هو الشأن في الولايات المتحدة الأمريكية، حيث تختص المحاكم العادية بالنظر والفصل في مسألة عدم دستورية القوانين.[3]

(1)- إيناس محمد البهجي، يوسف المصري، المرجع السابق، ص150.
(2)- محمد أرزقي نسيب، أصول القانون الدستوري والنظم السياسية، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار الأمة للنشر والتوزيع، الجزائر، 1998، ص253.
(3)- المرجع نفسه، ص254.

كما أنه في هذا النوع من الرقابة القضائية على دستورية القوانين فإنه لا يوجد دعوى بإلغاء قانون من القوانين لعدم دستورية، وإنما يتعلق الأمر بدفع بعدم دستورية القانون المراد تطبيقه، بحيث يتقدم أحد أطراف النزاع في القضية المعروضة أمام القضاء باتخاذه شكلا دفاعيا بمقتضاه أن ينتظر صاحب الشأن الذي يريد تطبيق قانون معين في القضية المطروحة أمام محكمة من المحاكم لم يدفع بعدم دستورية هذا القانون، فتتولى المحكمة بحث الأمر، فإذا أثير الأمر بصددها، أي أن المحكمة في حالة الدفع بعدم الدستورية لا تقضي بإلغاء القانون وإنما تمتنع فقط عن تطبيقه في القضية التي أثير الدفع بمناسبتها ويظل القانون قائما ويمكن أن تثار مسألة عدم الدستورية من جديد، وذلك لأن حكم المحكمة له حجية نسبية فلا يقيد المحاكم.[1]

تُعد هذه الطريقة أخف وطأة وأقل أثرا من الطريقة السابقة التي تؤدي إلى إعدام القانون المخالف للدستور، ويرجح الفقه والقضاء أن سكوت الدستور لا يمنع المحاكم من رقابة دستورية القوانين عن طريق الدفع بعدم الدستورية، لأن القاضي في هذه الحالة إنما يغلب حكم القانون الأعلى على حكم القانون الأدنى، وذلك يدخل ضمن صلاحيات وظيفته، وقد أخذت الكثير من الدول بهذه الطريقة دون نص من الدستور، وكانت الولايات المتحدة الأمريكية السباقة بالأخذ بها منذ الحكم الشهير الذي أصدره القاضي مارشال في 1803، ومن الدول التي أخذت بها كذلك اليونان، النرويج، وقد نصت بعض الدساتير صراحة على ذلك، كدستور اليابان الصادر عام 1946.[2]

ويُعد هذا النوع أو الأسلوب الأكثر نجاحا في فرض الرقابة على دستورية القوانين في الدول التي تخلو دساتيرها من النص صراحة على حق القضاء في الرقابة على دستورية القوانين، إذا ما دُفع أمامه أثناء النظر في الدعوى المرفوعة بعدم دستورية قانون ما واجب التطبيق ،ويعاب على هذه الطريقة أنها بتركها مهمّة الرقابة على دستورية القوانين لكافة المحاكم تؤدي عادة إلى تناقض الأحكام وعدم الوحدة التشريعية، كما لا تضع حدا نهائيا للخلاف الذي يمكن أن يثور حول عدم دستورية القوانين .[3]

وعلى العموم، فإن هذا النوع أو هذه الطريقة ليست الوحيدة التي ابتدعها القضاء الأمريكي والتي يمكن من خلالها أن يمارس الرقابة على دستورية القوانين وإن كانت الأكثر شيوعا، إلا أنه يوجد بجانبها أنواع أخرى للرقابة على دستورية القوانين تتمثل في:

(1)- إيناس محمد البهجي، يوسف المصري، المرجع السابق، ص154.
(2)- المرجع نفسه، ص155.
(3)- المرجع نفسه، ص156.

أولا: الرقابة القضائية عن طريق الأمر القضائي

في هذا النوع من الرقابة لا يُنتظر ممن يدّعي عدم دستورية قانون ما أن تقام عليه دعوى يُراد خلالها تطبيق هذا القانون، فيدفع عند ذلك بعدم دستوريته، وإنما يطلب من القاضي أن يأمر بإيقاف الإجراءات التي يمكن أن تُتخذ ضده باعتبارها إجراءات تستند إلى القانون، أو هي تنفيذ لقانون يعتقد بأنه مخالف للدستور وعندما يفحص القاضي دستورية هذا القانون، فإذا تبين له أنه يخالف أو يناقض الدستور، وُجه أمرا لمن يريد اتخاذ إجراءات معينة بمقتضاه (أي تطبيقه) يمنعه فيه من اتخاذها ويستطيع القاضي أن يأمر موظفا بأن لا يُحَصِّل ضريبة معينة من الشخص الذي لجأ إلى القضاء لأن هذه الضريبة فرضها قانون غير دستوري وحتى إذا حصَّلها فإن القاضي يستطيع أمره بإعادتها لمن حُصِّلت منه.[1]

بموجب هذه الطريقة يجوز لأي فرد أن يلجأ إلى محكمة مختصة، والمحكمة الاتحادية الخاصة التي تختص بإصدار الأمر القضائي، التي تتألف من ثلاثة حكام، ويجوز الطعن في أحكامها أمام المحكمة الاتحادية العليا مباشرة، طبقا للقانون الصادر عام 1910 يطلب إيقاف تنفيذ أي قانون على أساس أنه غير دستوري، وأن من شأن تنفيذه أن يلحق ضررًا، وذلك دون أن تكون هناك دعوى سابقة فإذا تبين أن ذلك القانون مخالف للدستور أصدرت أمرًا قضائيا إلى الموظف المختص بعدم تنفيذه لذلك القانون، ويجب على الموظف في هذه الحالة تنفيذ الأمر القضائي الصادر إليه وإلا عد مرتكبا لجريمة خاصة تسمى احتقار المحكمة وتعرض هذه الجريمة مرتكبها للحكم عليه بالحبس أو الغرامة. [2]

ثانيا: الرقابة القضائية عن طريق الحكم التقريري

يُقصد بها أن يلجأ الشخص من خلال هذا الأسلوب إلى المحكمة الاتحادية، طالبًا إصدار حكم يقرر مدى دستورية القانون المراد تطبيقه عليه، ولا يشترط هنا قيام نزاع جدي أو وجود المصلحة المباشرة وإنما يكفي في هذا المجال قيام المصلحة الاجتماعية، وقد ثار جدل فقهي حول طبيعة هذا الأسلوب حيث اعتبره البعض متشابها إلى حد كبير مع الآراء الاستشارية وشبيه بالدعاوى غير المنتجة التي لا ينازع أحد في قبولها، وذهب البعض الآخر إلى اعتباره بمثابة حكم ملزم لأطراف الدعوى.[3]

(1)- إيناس محمد البهجي، يوسف المصري، المرجع السابق ، ص157.
(2)- المرجع نفسه،ص158.
(3)- أمين عاطف صليبا، دور القضاء الدستوري في إرساء دولة القانون، دراسة مقارنة، دون طبعة، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 2002، ص121.

فالإعلان القضائي هو طريقة توضيحية لمضمون قانون ما من حيث دستوريته وتتم عن طريق إقامة دعوى مباشرة أمام القضاء لطلب إعلان قضائي حول مضمونه أو مدى مطابقة هذا المضمون للدستور، أي حول دستوريته، وهذا النوع من أنواع الرقابة القضائية على دستورية القوانين يُعد من أحدث أنواع الرقابة في الولايات المتحدة الأمريكية، وتبنت محاكم الولايات هذه الطريقة منذ عام 1918، وقد ترددت في استخدامه المحكمة الاتحادية العليا استنادا إلى أن طلب الحكم التقريري لا يتضمن أي منازعة حتى يمكن القول باختصاصها ولكنها استقرت على العمل به خاصة بعد أن أصدر الكونغرس عام 1934 قانون خول به المحاكم هذا الحق صراحة . [1]

الفرع الثالث: الفروق الجوهرية بين رقابة الإلغاء ورقابة الامتناع

يمكن إجمال أهم الفروق بين الرقابة القضائية على دستورية القوانين عن طريق الدعوى الأصلية (رقابة الإلغاء) والرقابة عن طريق الدفع بعدم الدستورية (رقابة الامتناع) على النحو التالى:

أولا: في طريقة الإلغاء (الدعوى الأصلية) تختص محكمة واحدة في الدولة بالنظر في دستورية القوانين، سواء كانت هذه المحكمة هي المحكمة العليا في النظام القضائي السائد في الدولة أم كانت محكمة دستورية أنشئت خصيصا للقيام بهذه المهمة.[2]

في حين في طريقة الامتناع (الدفع) فإن جميع المحاكم على اختلاف درجاتها سواء كانت من الدرجة الأولى أو الثانية، سواء كانت مدنية أو جزائية أو إدارية فإنها تختص في ذلك الدفع .[3]

ثانيا: إن طريقة الإلغاء تفترض وجود نص دستوري صريح يجيز ممارسة الرقابة الدستورية ويحدد المحكمة المختصة في نظرها والمدة التي يجب مراجعة المحكمة خلالها، أما طريقة الدفع فلا تحتاج لمثل هذا النص الدستوري الصريح، وأن ممارستها لا تتقيد بمدة معينة، بل يمكن إثارة الدفع في كل مرة يراد تطبيق ذلك القانون في الدعوى من الدعاوى، وينتج عن ذلك أن طريقة الإلغاء التي ينص عليها الدستور تزول بإلغاء أو تعديل ذلك الدستور، في حين تبقى طريقة الدفع حتى بعد زوال الدستور لأنها لم تقرر بموجب هذا الدستور إلا إذا نص الدستور الجديد على منع هذه الرقابة. [4]

ثالثا: رقابة الإلغاء هي وسيلة هجومية يتقدم بها صاحب الشأن مباشرة (عن طريق الدعوى الأصلية) أمام المحكمة المختصة طالبا إلغاء قانون معين لعدم دستوريته، في حين نجد أن رقابة الامتناع هي

(1)- إيناس محمد البهجي، يوسف المصري، المرجع السابق، ص158.
(2)- حسني بوديار، المرجع السابق، ص98.
(3)- المرجع نفسه، ص99.
(4)- عمرعبد الله، المرجع السابق، ص 23.

وسيلة دفاعية يلجأ إليها صاحب الشأن بطريقة غير مباشرة بمناسبة الدعوى المنظورة أمام القضاء يراد فيها تطبيق القانون المخالف.[1]

رابعا: في حالة الرقابة عن طريق الدعوى الأصلية تحكم المحكمة المختصة بإلغاء القانون نهائيا إذا ما ثبت لها عدم دستوريته، ولذلك يطلق على هذه الرقابة اسم رقابة الإلغاء، أما في الرقابة القضائية عن طريق الدفع بعدم الدستورية فإن الحكم الصادر عن المحكمة يقتصر على الامتناع عن تطبيق ذلك القانون، إذا رأت مخالفته للدستور على الدعوى المنظورة أمامها، ولذلك تسمى هذه الرقابة برقابة الامتناع.[2]

خامسا: يتمتع الحكم الصادر عن المحكمة في رقابة إلغاء بالحجية المطلقة اتجاه الكافة، لأن الدعوى المرفوعة هي دعوى موضوعية لا شخصية، بمعنى أن الطاعن لا يختصم خصما معينا إنما قانونا يطبق على الجميع، فلا يسمح بإثارة مسألة دستورية القانون نفسه مرة أخرى أمام القضاء، وهذا ما يكفل وحدة التطبيق القضائي في الدولة ويحول دون تضارب أحكام القضاء بهذا الخصوص، ويحول دون إشاعة القلق وعدم الاستقرار في المعاملات القانونية، في حين نجد أن الحكم الذي تصدره المحكمة في رقابة امتناع لا يتمتع سوى بحجية نسبية تقتصر على أطراف النزاع المعروض أمامها، ولهذا فإن الحكم الصادر لا يُلزم المحاكم الأخرى بل إنه لا يُلزم المحكمة ذاتها، التي أصدرته في الدعاوى اللاحقة إذ يجوز لها أن تطبقه في دعوى أخرى والعدول عن رأيها الأول، حتى ولو كان الخصوم في الدعوى المطروحة هم الخصوم في الدعوى السابقة نفسها،وهذا ما يؤدي إلى إمكانية قيام تناقض في أحكام المحاكم، وهذا ما من شأنه أن يخلق نوعا من الفوضى ويشيع نوعا من القلق وعدم استقرار في المعاملات القانونية وزعزعة الثقة بالنظام القضائي، لأنه يسمح بوجود حالة تقرر فيها إحدى المحاكم القضائية دستورية قانون ما، بينما تقرر غيرها أو هي ذاتها في الدعاوى اللاحقة عدم الدستورية.[3]

سادسا: إن ممارسة الرقابة عن طريق الدعوى الأصلية وما يترتب عنها من إلغاء القانون المخالف للدستور واعتباره كأنه لم يكن، سواء بأثر رجعي أو مباشر، قد تثير حساسية المشرع تجاه القضاء بحجة أنه يعرقل التطورات التي تريد سلطة التشريع إحداثها عن طريق القوانين بما يواكب متطلبات العصر في حين نجد أن ممارسة هذه الرقابة عن طريق الدفع بعدم الدستورية لا تثير حساسية سلطة التشريع ولا

(1)- حسني بوديار، المرجع السابق، ص99.
(2)- حسن مصطفى البحري، المرجع السابق، ص99.
(3)- عمر عبد الله، المرجع السابق، ص25.

تؤدي إلى حدوث تصادم بينها وبين المحاكم القضائية، لأن هذه الأخيرة لا تدخل في عمل السلطة التشريعية ولا تقوم بإلغاء القانون المخالف للدستور، بل إنها تمتنع عن تطبيقه فقط .[1]

المطلب الثاني: تقدير الرقابة القضائية

مما لا شك فيه أن الرقابة القضائية على دستورية القوانين هو من أكثر المواضيع أهمية وثراء بحيث إعمال هذه الرقابة يُعد السبيل الحقيقي والوحيد لرد طغيان السلطة التشريعية إلى الحدود التي رسمها الدستور إلا أن هذه الرقابة كغيرها من الأساليب التي لها مآخذ ومزايا وهو ما سندرسه في هذا المطلب.

الفرع الأول: عيوب الرقابة القضائية على دستورية القوانين

تعرضت الرقابة القضائية على دستورية القوانين لبعض النقد بحيث هناك بعض الفقهاء من عارض هذا النوع من الرقبة مستندا للعيوب التي تواجهها، ويمكن تلخيص هذه العيوب كالآتي:

أولا: إن الرقابة على دستورية القوانين بواسطة هيئة قضائية تُعتبر تدخلا من السلطة القضائية في أعمال السلطة التشريعية وبالتالي مبدأ الفصل بين السلطات.[2]

ثانيا: إن مقتضى هذا الفصل بين السلطات هو عدم تدخل السلطة القضائية في أعمال غيرها من السلطات وخاصة السلطة التشريعية، وبالتالي فإن الرقابة القضائية ما هي إلا تدخلا في أعمال البرلمان الأمر الذي يُعد خروجا عن مبدأ الفصل بين السلطات.[3]

ثالثا: إن الرقابة على دستورية القوانين من قبل القضاء يتنافى ومبدأ الفصل بين السلطات، خاصة وأن القضاة معينين من قبل السلطة التنفيذية باستثناء بعض الدول التي يتم تعيينهم عن طريق الانتخاب كالولايات المتحدة الأمريكية، كما أن مهمتهم تنحصر في تطبيق وتفسير القوانين، ولا تمتد لنصوص الدستور التي تحافظ على حصانتها وسموها للسلطة التشريعية، المعبرة عن ضمير الأمة .[4]

رابعا: إن الرقابة القضائية على دستورية القوانين تخرج عن إطار وظيفة القاضي وهي تطبيق القانون وليس تقييمه، والحكم عليه ويجعل من القضاء سلطة سياسية.[5]

(1)- حسني بوديار، المرجع السابق، ص100.
(2)- ماجد راغب الحلو، المرجع السابق، ص16.
(3)- محمد محمد عبده إمام، المرجع السابق، ص104.
(4)- سعيد بوشعير، المرجع السابق، ص183.
(5)- ماجد راغب الحلو، المرجع السابق، ص17.

خامسا: إن رقابة القضاء على دستورية القوانين يعد اعتداء على البرلمان، الذي ينوب عن الأمة، وفي هذا امتهان ومخالفة لمبدأ سيادة الأمة،كما إن الاعتراف بالرقابة القضائية علي دستورية القوانين يعني السماح لقضاة معينين بمراقبة نواب منتخبين مما يجعل سلطة القضاء السياسية أسمى من سلطة ممثلي الإرادة الشعبية.[1]

سادسا: إن إصدار رئيس الجمهورية للقانون يعد بمثابة حكم يؤكد دستورية هذا القانون وبالتالي فلا يجوز فحصه بعد إصداره.[2]

سابعا: إن طريقة تفكير القضاة مختلفة، الأمر الذي يجعلهم ملتزمون بتطبيق القاعدة القانونية دون التطرق للاعتبارات العملية والسياسية المحيطة بإصداره،كما إن القضاة في الغالب غير مؤهلين بحكم خبرتهم ونزاهتهم في الكثير من الدول، إذ أنهم يعينون من قبل السلطة التنفيذية، ويرقون كذلك بمعرفتها كما أن السلطة التنفيذية في بعض الدول تملك صلاحيات عزلهم .[3]

الفرع الثاني:مزايا الرقابة القضائية على دستورية القضاء

رغم تعرض هذه الرقابة إلى بعض العيوب والانتقادات إلا أن أنصار هذه الرقابة لم يُسلِّموا بهذه العيوب واتجهوا إلى تفنيدها مبررين مزايا ومميزات الرقابة القضائية على دستورية القوانين على النحو التالي:

أولا: إن وظيفة القاضي تتمثل في تطبيق القانون الذي تختلف قواعده من حيث الدرجة مع إمكانية حدوث التضارب بينهما، فيكون القاضي عندها مضطرا للبحث عن القانون الواجب التطبيق من حيث الدرجة فيبعد القانون ويبقى الدستور.[4]

ثانيا: إذا اتخذ التشريع وسيلة للتحايل على أحكام الدستور، فإن من حق القضاء بسط رقابتهوهذه الرقابة تعتبر ضمانة أساسية من أجل الحد من هذا التحايل على أحكام الدستوركما إن قيام القضاء بالرقابة لا يتنافى ومبدأ الفصل بين السلطات، ولا يعتبر اعتداء على اختصاص السلطة التشريعية، في الرقابة عن طريق الدفع لأن القاضي يمتنع فقط عن تنفيذ القانون دون الحكم بإلغائه، وحتى بالنسبة لطريقة الدعوى الأصلية فإن ما يجب علي القاضي احترامه هو الاختصاصات التشريعية المطابقة للدستور، أما تلك المخالفة فإنها تجعل من تصرفها خارجا عن الدستور وبالتالي غير واجبة الاحترام ولا يحق لها أن

(1)- سعيد بوشعير، المرجع السابق، ص18
(2)- المرجع نفسه، ص182.
(3)- محمد محمد عبده إمام، المرجع السابق، ص155.
(4)- سعيد بوشعير، المرجع السابق، ص182.

تدفع بمبدأ الفصل بين السلطات، لأن الأخذ بهذا المبدأ معناه الانسياق وراء الفوضى مما يتنافى ومبدأ الفصل بين السلطات الذي يراد منه التنظيم أولا وأخيرا.[1]

ثالثا: إذا كانت السلطة المؤسسة حددت وظائف كل الهيئات الأساسية في الدولة فإن مخالفة السلطة التشريعية لتلك الحدود لا يسمح لها بإجبار غيرها على الانقياد وراءها، وإنما عليها احترام نصوص الدستور والامتناع عن تطبيق ما أصدرته السلطة التشريعية عن طريق القضاء.[2]

رابعا: إن ممارسة الرقابة من قبل القضاء لا يتعارض مع مبدأ السيادة الشعبية فإذا كانت السلطة التشريعية المعبرة عن الإرادة الشعبية بواسطة القانون فإن ذلك لا يمنحها الحق في الاحتجاج بفكرة السيادة الشعبية عند إصدارها لقانون مخالف للدستور.[3]

خامسا: بالنسبة للحجة التي أوردها خصوم الرقابة القضائية على دستورية القوانين من كون أن الرقابة القضائية خروجا بالقضاء عن وظيفته الأصلية وهي تطبيق القانون والحكم به لا الحكم عليه فإنه يرد عليها، بأن رقابة القضاء على دستورية القوانين لا تنطوي إلا على تطبيق القاعدة القانونية أعلى وهي القاعدة الدستورية وتغليبها على القاعدة القانونية الأدنى منها، وهذا هو دور القضاء ووظيفته الحقيقة وأن هذا التطبيق يُعد نتيجة حتمية لمبدأ تدرج القواعد القانونية في البناء القانوني للدولة، أما القول بأن الرقابة القضائية على دستورية القوانين تُعد بمثابة الاعتداء على سلطة البرلمان، فإن هذا يُعاب عنه بأن البرلمان في أدائه لعمله لا ينبغي له أن يخالف الدستور، وليس في رقابة القضاء على دستورية القوانين إلا إعلاء لمبدأ سيادة الأمة وليس امتهانا له .[4]

(1)- فوزي أوصديق، المرجع السابق، ص225.
(2)- سعيد بوشعير، المرجع السابق، ص 182.
(3)- المرجع نفسه، ص283.
(4)- محمد محمد عبده إمام، المرجع السابق، ص156.

الفصل الثاني:

آلية الرقابة على

دستورية القوانين عن

طريق الدفع بعدم

الدستورية في ظل

القانون العضوي 16/18

إن الدستور الجزائري نظم موضوع الرقابة على دستورية القوانين، فأسندها إلى المجلس الدستوري الذي ينفرد باحتكار مجال الرقابة الدستورية اذ لا تتقاسمه أي جهة قضائية أو غير قضائية، فهو اختصاص مطلق، وقد شهد هذا الأخير تطورًا ملحوظًا منذ إنشائه سنة 1989، ولكن بالرغم من التطور الذي عرفه المجلس الدستوري سواء على مستوى التنظيم أو على مستوى الاختصاصات ،إلى أن الرقابة على دستورية القوانين ظلت حكرًا على المؤسسة التشريعية والتنفيذية، حيث لم يكن من حق الأفراد للجوء إلى المجلس الدستوري بغرض الطعن بدستورية القانون ما يمس بحقوقهم وحرياتهم.

وتداركا من المشرع الدستوري لهذا النقص الذي كان يشوب الرقابة الدستورية في الجزائر، عمد بمقتضى المادة 188 من القانون رقم 01/16[1]، التي تخول حق الدفع بعدم الدستورية إلى الأفراد الذي يعتبر من أهم المستجدات التي جاء بها التعديل الدستوري، لكونه يساهم بتعزيز مسار الديمقراطية وتجسيدًا لهذا الإصلاح الدستوري عملت الحكومة على إعداد مشرع القانون العضوي المحدد لتنظيم المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة وعملهما وكذا العلاقات الوظيفية بينهما وبين الحكومة، الذي صادق عليه البرلمان بغرفتيه خلال دورته العادية بتاريخ 04 ديسمبر 2018، حيث جاء فيه أنه يمكن لأي متقاضي طرفا في الخصومة المدنية أو الإدارية أو الجزائية أن يلتمس من الجهة القضائية المطروح أمامها دعوى إخطار المجلس الدستوري للنظر في مدى مطابقة الحكم التشريعي المحتج به من قبل خصمه للدستور، ولا شك أن هذه الآلية تدعم بشكل كبير حرية المواطن، ولدراسة هذا الموضوع قمنا بتقسيم هذا الفسل إلى مبحثين، حيث تناولنا في المبحث الأول مفهوم الدفع بعدم الدستورية، وفي المبحث الثاني تطرقنا لشروط وإجراءات الدفع بعدم الدستورية.

(1)- المادة 188، القانون رقم: 01/16المتضمن التعديل الدستوري المرجع السابق.

المبحث الأول: مفهوم الدفع بعدم الدستورية

يعتبر الدفع بعدم الدستورية وسيلة لتحقيق غاية مزدوجة تتمثل في حماية مبدأ سمو الدستور من ناحية، وحماية الحقوق والحريات التي يكفلها الدستور للأفراد من ناحية أخرى، مما يضاف لصالح المشرع الدستوري الجزائري، بموجب التعديل الدستوري 2016 استحدث آلية جديدة للرقابة على دستورية القوانين، بحيث أصبح بإمكان الأفراد مخاصمة القانون الذي ينتهك الحقوق المكفولة لهم دستوريا، وهذا يعد اتجاه جديد في الرقابة على دستورية القوانين لم يعتده النظام الدستوري الجزائري وعليه سنتناول في هذا المبحث مفهوم الدفع بعدم الدستورية، حيث نتطرق في المطلب ألاول إلى تعريف و خصائص الدفع بعدم الدستورية، وإلى مضمون وطبيعة الدفع بعدم الدستورية في المطلب الثاني.

المطلب الأول: تعريف وخصائص الدفع بعدم الدستورية

يُعتبر الدفع بعدم الدستورية وسيلة دفاع تمنحها الأنظمة والتشريعات للأشخاص لحماية حقوقهم وحرياتهم وفق حدود وأطر ترسمها قواعد قانونية تتماشى وفلسفة كل بلد، وتعتبر الجزائر من بين الدول التي تبنت هذا الحدث ضمن المادة 188 من الدستور[1]، والقانون العضوي 16/18.[2]

الفرع الأول: تعريف الدفع بعدم الدستورية

يختلف تطبيق الدفع بعدم الدستورية في الأنظمة التي تأخذ بالرقابة القضائية عن تطبيقه في الأنظمة ذات الرقابة السياسية.

أولا: الدفع بعدم الدستورية في الأنظمة التي تأخذ بالرقابة القضائية

الرقابة عن طريق الدفع الفرعي من خصائص الرقابة القضائية، وهي رقابة لاحقة على ألا يتصور وجودها إلا بعد صدور القانون، لأنها تفترض أن القانون صدر فعلا، ويُراد تطبيقه في حالة معينة فيوجه الخصم المراد تطبيق القانون عليه، نظر المحكمة إلى مخالفة هذا القانون لأحكام الدستور ويدفع 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 لامركزية الرقابة.[3]

(1)- المادة 188، القانون رقم: 01/16المتضمن التعديل الدستوري المرجع السابق.
(2)- القانون العضوي رقم16/18،المجدد لشروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية، المرجع السابق.
(3)- رمزي شاعر،رقابة دستورية القوانين،دراسة مقارنة،دون طبعة،دار تيسير،القاهرة،مصر،2006،ص124.

وتعتبر الولايات المتحدة الأمريكية مهد الأخذ بهذا الأسلوب وتوجد صورة أخرى للدفع الفرعي في الدول التي تأخذ بالنظام المركزي في الرقابة، كمصر التي تعترف بالدعوى الدستورية المباشرة، أمام المحاكم بل أوكلت مهمة فحص دستورية القوانين للمحكمة الدستورية العليا دون غيرها، وذلك ضمانا منه لمركزية الرقابة على الشرعية الدستورية وضمانا للوحدة العضوية لأحكام الدستور.[1]

ومما سبق يتبين لنا:

1-أن الرقابة بواسطة الدفع الفرعي هي رقابة قضائية في الأصل، لأن القضاء هو الذي يتولى مهمة الفحص الدستوري للقوانين سواء كانت بطريقة مباشرة أو بطرقة غير مباشرة.

2-إن الرقابة عن طريق الدفع هي وسيلة دفاعية وليست هجومية.

3-إن المشرع الدستوري المصري أعطى الحق للمحاكم والهيئات ذات الاختصاص القضائي أثناء الفصل في نزاع ما، الحق في الدفع بعدم الدستورية، إذا تراءى لها عدم دستورية القانون أو اللائحة المراد تطبيقها على النزاع، خلافا للمشرع الدستوري الجزائري الذي لم يمكن المحاكم من الدفع بعدم الدستورية من تلقاء نفسها بل هو حق الخصوم فقط .[2]

ثانيا: الدفع بعدم الدستورية في الأنظمة الدستورية التي تأخذ بالرقابة السياسية

تُعد فرنسا باعتبارها تتبنى الرقابة السياسية من أول الدول التي أدخلت آلية الدفع بعدم الدستورية في نظامها الدستوري،[3] وذلك بموجب التعديل الدستوري سنة 2008 للمادة 61 من الدستور بإضافة فقرة جديدة لها تقضي بتطبيق نظام الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين نم خلال الدفع بواسطة المتقاضين أمام محاكم الموضوع، وبناءً على ذلك صدر القانون العضوي لسنة 2009 الذي سمى هذه الرقابة "المسألة الدستورية ذات الأولوية"[4]

(1)- محمد علي سويلم ،الرقابة علي دستورية القوانين وتطور الأنظمة الدستورية ،دراسة مقارنة،دون طبعة،دار المطبوعات الجامعية،الإسكندرية،القاهرة،2013،ص470.

(2)- - محمد رحموني ، حق الأفراد في الدفع بعدم الدستورية في ظل القانون العضوي المحدد لكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية، دفاتر السياسة والقانون، السنة الحادية عشر، مجلد11، العدد الأول، قسم الحقوق، جامعة أحمد دراية، أدرار، الجزائر، 2016، ص74.

(3)- مع الإشارة إلى أن فرنسا هي البلد الأوربي الوحيد عام 2008 الذي يسمح دستوره بالرقابة اللاحقة على دستورية القوانين، فكيف يكون من حق الفرنسيين الادعاء المباشر أمام محكمة العدل وأمام المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان في حين أنهم محرومون من اللجوء إلى المجلس الدستوري، انظر شريف يوسف خاطر، المسألة الدستورية الأولية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى ،دار الفكر والقانون، المنصورة، 2010، ص05.

(4)- - محمد رحموني، مرجع سابق، ص75.

أما المؤسس الدستوري الجزائري فقد تبنى آلية الدفع بعدم الدستورية في المراجعة الدستورية لسنة 2016 من خلال المادة 188 من دستور 2016 [1]التي عززت الرقابة التعدية على القوانين العادية، مع العلم أن الدستور الجزائري تبنى الرقابة البعدية على القوانين العادية إلى جانب الرقابة القبلية في دستور 1996،[2] قبل المراجعة الدستورية سنة 2016، خلافا لنظيره الفرنسي حيث أنه لم يتبنى الرقابة اللاحقة على القوانين العادية إلا بعد تعديل 2008.[3]

وتجسيدا لذلك، أصدر المشرع الجزائري القانون العضوي رق 16/18 في 02 سبتمبر 2018 الذي يحدد شروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية،[4] وتبنى القانون العضوي نفس التسمية التي جاءت في المادة 188 من دستور 2016 الجزائري وهي الدفع بعدم الدستورية، وكذا النطاق المحدد لقواعد المجلس الدستوري في مادته التاسعة .[5]

ويختلف تطبيق هذه الآلية 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 والحريات التي يكفلها الدستور، فلا يمكن لمحكمة الموضوع أن تفصل في مدى دستورية النص بل تعرض المسألة على المجلس الدستوري بناءً على إحالة من مجلس الدولة أو من المحكمة العليا .[6]

وعليه نظرا لحداثة هذا الاجراء دستوريا لم نجد له تعريف في الفقه الجزائري بل عرفه المجلس الدستوري الفرنسي بانه (حق يخول كل طرف في رفع دعوى امام المحكمة المدنية او الادارية او الجنائية بان يطلب –اذا اراد-مطابقة القانون الذي سيطبق عليه في الدعوى للدستور بواسطة مذكرة مستقلة طالما ان القاضي لايمكنه ان يثير تلقائيا هذا الدفع،إن الدفع بعدم الدستورية أمام المجلس الدستوري لا يمكن أن يثار إلا بخصوص التشريعات دون التنظيمات.[7]

(1)- القانون رقم 01/16،المتضمن التعديل الدستوري،المرجع السابق.
(2)–المادة 165من دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، الجريدة الرسمية رقم 76 المؤرخة في 08ديسمبر1996.
(3)- محمد رحموني،المرجع السابق،ص75.
(4)- القانون العضوي 16/18 المحدد لشروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية،المرجع السابق.
(5)- يخطر المجلس الدستوري، في إطار الرقابة البعدية بالدفع بعدم الدستورية بناء على الإحالة من المحكمة العليا أو مجلس الدولة طبقا للمادة 188 الفقرة الأولى من الدستور 01/16 المرجع السابق، ويفصل بقرار ذلك وفقا لنص المادة 09 من النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوريالمؤرخ في 11ماي سنة2016،الجريدة الرسمية عدد29.
(6)- محمد علي سويلم، مرجع سابق، ص106.
(7)–خديجة حميداتو،الدفع بعدم الدستوريةفي ظل التعديل الدستوري الجديد لسنة 2016، دفاتر السياسة والقانون العدد18 جانفي 2018،قسم الحقوق،جامعة قاصدي مرباح،ورقلة،الجزائر 2018،ص332

وهذا ما جاء في نص المادة 2/191 من دستور 2016حيث نصت على أنه "إذا اعتبر نص تشريعي ما غير دستوري على أساس المادة 188 أعلاه فإن هذا النص يفقد أثر ابتداءً من اليوم الذي يحدده المجلس الدستوري" .[1]

يتضح من هذه العبارة أن حق الدفع بعدم الدستورية يقتصر على القوانين دون التنظيمات في حين أن الإخطار بعدم الدستورية من قبل السلطات العليا وكذا البرلمانيين يطال النصوص التشريعية والتنظيمية أيضا ،وبالتالي فإن ممارسة الدفع بعدم الدستورية محدودة في التشريعيات دون التنظيمات، ويعتبر المتقاضين فقط مخولين دستوريا لأعمال الدفع بعد الدستورية دون سواهم،بحيث عندما يدعي أحد الأطراف في المحاكمة أمام جهة قضائية نلاحظ أن المؤسس الدستوري الجزائري قد ضيق من دائرة الأشخاص الذين لهم حق الدفع بعدم دستورية النص التشريعي، غير دستوري وحصره في فئة المتقاضين دون تحديد طبيعتهم إن كانوا أشخاص طبيعيين أو معنويين.[2]

الفرع الثاني: خصائص الدفع بعدم الدستورية

يتميز الدفع بعدم الدستورية عن غيره من الدفوع الأخرى أنه دفع موضوعي يرتبط تطبيقه بالتشريع في مجال الحقوق والحريات حصرا، وإنه يتعلق تطبيقه بمجموعة من النصوص القانونية ولتنظيمية، وأنه متاح لكل الأطراف بغض النظر عن جنسيات الأفراد، ولا يمكن إثارته تلقائيا. منحت بموجبه خصوصية مرتبطة بالمسائل الجنائية، كما أن له أثر مرجعي للفصل في النزاع عدا بعض الاستثناءات، وأخيرًا أنه دفع لا يتأثر بانقضاء الدعوى التي أثير بمناسبتها. [3]

أولا:دفع موضوعي مرتبط تطبيقه بالتشريع في مجال الحقوق والحريات حصرا، يعتبر الدفع بعدم الدستورية الذي أقره المؤسس الدستوري دفعًا موضوعيًا، لارتباطه بموضوع معين وهو ما تعلق بمجال الحقوق والحريات، ولم يتناول الطعن في دستورية التشريعيات في ميادين أخرى، كتنظيم السلطات مثلاً بحيث يثار هذا الدفع في أي مرحلة من مراحل الدعوى، ولو لأول مرة أمامه في الاستئناف أو الطعن بالنقض. هذا الشرط الذي فرضع المشرع، والذي أدرجه ضمن الفصل الثاني المتعلق بشروط وكيفيات ممارسة الدفع بعدم الدستورية.

(1)–انظر المادة2/191،و المادة188،من القانون رقم01/16،المتظمن التعديل الدستوري،المرجع السابق.
(2)–محمد رحموني ،المرجع السابق ،ص76
(3)- علي ابراهيم بن دراح، تطور نظام الرقابة على دستورية القوانين في الجزائر، دراسة مقارنة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، الطور الثالث في الحقوق تخصص دولة ومؤسسات، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة زيان عاشور، الجلفة، الجزائر، 2019، ص373.

إن مناقشة هذه الفكرة تحيلنا إلى موضوع تحديد مجالات الحقوق والحريات المعنية بتطبيق آلية الدفع بعدم الدستورية في الجزائر، حيث نصت المادة 188 من الدستور الجزائري على مصطلح "الحكم التشريعي"، هذا التوظيف الذي تحفظت عليه الأستاذة قزلان سليمة لكون ما اعتبرته غير متناسب تمامًا مع مقتضيات نفس المادة الدستورية، من خلال حقيقة مفهوم الحكم التشريعي وانعكاساته، وحجتها في ذلك أن المشرع يضع نصوصًا تشريعيةً وليس أحكامًا تشريعيةً.[1]

كما أن المؤسس الجزائري أورد مصطلح النص الدستوري ولم يستعمل مصطلح الحكم التشريعي، عند تبيان الآثار المترتبة عن الإقرار بعدم الدستورية كما تنص الفقرة الثانية من المادة 191 من الدستور الجزائري.[2]

ولكن الطعن بعدم الدستورية قد لا يشمل النص التشريعي بمجمله، فيكفي الطعن بشأن حكم يتطابق مع أحكام الدستور ليكون محلًا للدفع بعدم الدستورية، كما أنه بالعودة إلى الصيغة التي اعتمدها النص الدستوري الفرنسي فقد استعمل مصطلح "*Disposition législative*" والتي تترجم بـ " الحكم التشريعي" عند إقرار اعتماد المسألة ذات الأولوية، وهو نفس المصطلح الذي استعمله المشرع الفرنسي وعليه في كل الأحوال، فإن التنظيمات وكذا المعاهدات لا يمكن إدراجها ضمن مجال هذه الحقوق والحريات التي يمكن الطعن في دستوريتها، والتي اقتصرها المؤسس الدستوري في مجال التشريع، وهذا ما يحيلنا مباشرة إلى إشكالية تناولت الكثير في المعاهدات تنظيم الحقوق والحريات، والتي في العادة تتخذ شكل مراسيم رئاسية، كما تتناول السلطة التنفيذية تنظيم مجال الحقوق والحريات، واستبعادها في هذا الإطار، يطرح إشكالية عميقة حول فعالية هذا الطعن مستقبلا، وهو نفس الاتجاه الذي اعتمده كذلك المؤسس الدستوري الفرنسي وأكده في اجتهاداته[3]

لم يكن هناك خلاف في الفقه الفرنسي حول القيمة الدستورية للحقوق والحريات التي جاء بها النص صراحة في الدستور، فيما بقيت تلك الحقوق أو الحريات التي لم تحظ بحماية دستورية خاصة محل التساؤل، حيث تدخل المجلس الدستوري وأقر لها بالقيمة الدستورية، وهي الحقوق والحريات الواردة في الإعلان الفرنسي لحقوق الإنسان والمواطن الصادر سنة 1789[)]، وكذلك المبادئ الدستورية المعترف بها في قوانين الجمهورية والتي تضمنتها ديباجة دستور الفرنسي1946، أما على صعيد النص

(1)- سليمة قزلان، أبرز الملامح الأساسية لآلية الدفع بعدم الدستورية في ظل المراجعة الدستورية الأخيرة لـ 2016 دراسة مقارنة، فرنسا نموذجا، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية العدد 1، كلية الحقوق، بن عكنون الجزائر، 2017، ص108.

(2)- تنص المادة191فقرة2من القانون 01/16 المتضمن التعديل الدستوري ،المرجع السابق ،على انه "اذا اعتبر نص تشريعي ما غير دستوري علي أساس المادة 188اعلاه فان هذا النص يفقد اثره ابتداء من يوم الذي يحدده قرار المجلس الدستوري"

(3)- علي إبراهيم بن دراح، مرجع سابق، ص375.

التشريعي المتعلق بشروط وكيفيات تطبيق هذا الدفع، فإن المشرع الجزائري لم ينص صراحة على توسيع مجال الحقوق والحريات، على عكس ما انتهجه نظيره الفرنسي الذي منح صلاحية النظر في الطعن المقدم، من خلال مدى تطابق الحكم التشريعي المعترض عليه مع الحقوق والحريات التي يكفلها الدستور الفرنسي من جهة، وكذلك الالتزامات الدولية لفرنسا من جهة أخرى، لاتخاذ قرار ذو أولوية بشأن إحالة مسألة الدستورية إلى مجلس الدولة أو محكمة النقض.[1]

هذا التوجه الذي تبناه المشرع الفرنسي في هذه الحالة، في غياب تصريح مباشر من قبل المؤسس، والذي زكاه المجلس الدستوري، حين اعتبر أنه عندما تفرض الأولوية لوسائل الدستورية قبل الوسائل المستمدة من عدم مطابقة الأحكام التشريعية مع الالتزامات الدويلة لفرنسا، يعتبر في حد ذاته ضمانا لاحترام الدستور وعلو مكانته على رأس النظام القانوني الداخلي، كما اعتبر المجلس الدستوري الفرنسي أنه في كل الأحوال، فإن فحص الالتماسات المطروحة أمام المحاكم، لا يفيد اختصاص هذه الأخيرة، بعد تطبيق الأحكام المتعلقة بمسألة الأولوية الدستورية، لضمان احترام وتفوق قوانين المعاهدات أو الاتفاقيات المصادق عليها قانونيًا أو المعمدة وفق معايير الاتحاد الأوربي، وبالتالي فإنها لا تتجاهل أحكام المادة 55 من الدستور الفرنسي، ولأحكام المادة 88-1 من نفس الدستور المتعلقة بالمشاركة في الاتحاد الأروبي.[2]

ثانيا: دفع مرتبط تطبيقه بتعديل نصوص أخرى، يرتبط اعتماد هذه الأولوية على بعض الأحكام الواردة في كل من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وكذلك قانون الإجراءات الجزائية، لاسيما الجوانب الإجرائية التي أحدثها قانون الدفع بعدم الدستورية، حيث نصت المادة الخامسة (05)[3]، من هذا القانون على مراعاة الأحكام الواردة فيه عند تطبيق هذين القانونين أمام الجهات القضائية،لكن هذا سيتطلب لجوء المشرع الجزائري لتعديل هذين القانونين على غرار ما قام به المشرع الفرنسي حينما أدرج تعديلات متعلقة بالمسألة ذات الأولوية الدستورية في تقنين القضاء الإداري، وكذلك تقنين الإجراءات المدنية وكذا تقنين الإجراءات الجنائية، كما أنه سيتم تعديل النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري بإدراج

(1)- علي إبراهيم بن دراح، المرجع السابق، ص375.
(2)- المرجع نفسه، ص376
(3)- تنص المادة 05 من القانون العضوي 16/18،المجدد لشروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية،المرجع السابق، على أنه" مع مراعاة الأحكام المنصوص عليها في هذا القانون العضوي، تطبق أحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية وقانون الإجراءات الجزائية أمام الجهات القضائية التي يثار أمامها الدفع بعدم الدستورية".

بعض الجوانب لاسيما الإجرائية منها، والتي أحالها إليها صراحة القانون العضوي 16/18 في تحديد الحالات الاستثنائية لعدم عقد جلسات المجلس العلنية للنظر في الدفع بعدم الدستورية.[1]

بحيث يتناول جوانب تنظيمية لم ينص عليها المشرع، على غرار تحديد القواعد المتعلقة بسير الجلسات، وكيفية التبليغات، وشكل القرار والمعلومات الواردة فيه إضافة إلى إمكانية رد أعضاء المجلس الدستوري إن وجدت .[2]

ثالثا: لم يربط المؤسس الدستوري الجزائري من خلال نص المادة 188 من الدستور الجزائري حق الدفع بعدم الدستورية بالجنسية الجزائرية، بل هو حق أتاحه لكل أطراف محاكمة تختص بها الجهات القضائية .[3]

والملاحظ أن المشرع الجزائري لم ينص على أي شروط تتعلق بجنسية صاحب الدفع، هذا الحق أرجعه بعض الفقهاء إلى مبدأ عدم تجزئة الحقوق الإنسانية، ومنه حق كل مواطن حتى ولو كان أجنبيًا من ممارسة هذا الحق بحيث تجد فكرة عالمية الحقوق تطبيقا كامل في هذه الحالة .[4]

كما أن عدم اقتصار هذا الحق على الأفراد يفتح المجال أمام إمكانية شمولها كذلك الهيئات بمختلف شعبها، ومنه إتاحة الفرصة لكل المنظمات الوطنية أو حتى المحلية وكذا الجمعيات، لاسيما تلك الناشطة في مجال حقوق الإنسان أو في المجال البيئي أو الثقافي وغيرها، لأنه يمكن إدراج كل الفئات ضمن أطراف النزاع، والتي لم يقضي فيها المشرع ولم يحدد فئة بعينها في ممارسة هذا الدفع .[5]

رابعا: الدفع لا يمكن إثارته تلقائيا،هذا ما نصت عليه المادة الرابعة (04) من القانون العضوي 16/18 على عدم إمكانية إثارة الدفع بعدم الدستورية تلقائيا من طرف القاضي،علي عكس ما اخذ به المشرع المصري بحيث يمن للقاضي اثارة الدفع بعدم الدستورية من تلقاء نفسه الان الدفع بعدم دستورية القوانين مرتبط بالنظام العام،ان المشرع الجزائري اخذ نفس الاتجاه الذي انتهجه المشرع الفرنسي، هذا الأخير الذي أكد أن المنع يشمل إضافة إلى قضاة المحاكم الإدارية أو التابعة للقضاء العادي، يشمل كذلك قضاة

(1)- المادة 1/22 من القانون العضوي رقم 16/18 ،المجدد لشروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية"تكون جلسة المجلس الدستوري علنية، إلا في الحالات الاستثنائية المحددة في النظام المحدد لقواعد عمله"،المرجع السابق.

(2)- علي ابراهيم بن دراح ، مرجع سابق، ص377.

(3)- المادة 1/188 من القانون رقم 01/16 ،المتضمن التعديل الدستوري ،على أنه "يمكن إخطار المجلس الدستوري بالدفع بعدم الدستورية بناء على إحالة من المحكمة العليا أو من مجلس الدولة عندما يدعي أحد الأطراف في المحاكمة أمام جهة قضائية أن الحكم التشريعي الذي يتوقف عليه مآل النزاع الذي ينتهك الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور..."

(4)- محمد بوسلطان، إجراء الدفع بعدم الدستورية، آفاق جزائرية جديدة، مجلة المجلس الدستوري، عدد08، الجزائر، 2017، ص15.

(5)- علي ابراهيم بن دراح ، مرجع سابق، ص378.

مجلس الدولة ومحكمة النقض، بينما نص المشرع الجزائري على فرضها ضمن الأحكام العامة للقانون.[1]

لكن بعض الفقه الذي يعترض على قابلية منع قاضي الموضوع سلطة الدفع خارج نطاق الادعاء على، مرده في ذلك حماية مبدأ الفصل بين السلطات، لأنه سيجعل القضاء رقيبا على أعمال السلطة التشريعية، ومنه الإخلال بهذا المبدأ .[2]

خامسا: دفع منحت بموجب خصوصية مرتبطة بالمسائل الجنائية، خص المشرع الجزائري من خلال قانون الدفع بعدم الدستورية المسائل الجنائية ببعض الخصوصية، والتي نلمسها في النقاط التالية:

في حالة إثارة الدفع بعدم الدستورية أمام محكمة الجنايات الابتدائية،لا يمكن اثارة الدفع أمام محكمة الجنايات الابتدائية هذا ما نصت عليه المادة الثالثة(03) في فقرتها الأولى من القانون العضوي 16/18، لكن حسب الفقرة الثانية من نفس المادة يمكن إثارة هذا الدفع عند استئناف حكم صادر عن هذه الأخيرة بموجب مذكرة مكتوبة ترفق بالتصريح بالاستئناف، بحيث تنظر محكمة الجنايات الاستئنافية في الدفع بعدم الدستورية قبل فتح المناقشة .[3]

سادسا:دفع له أثر مرجئ للفصل في النزاع، عدا بعض الاستثناءات، حيث نصت المادة العاشرة (10) من القانون العضوي 16/18 أنه في حالة إرسال الدفع بعدم الدستورية، ترجئ الجهة القضائية الفصل في النزاع إلى غاية توصلها بقرار المحكمة العليا أو مجلس الدولة أو المجلس الدستوري عند إحالة الدفع إليه،وحتى إذا فصلت الجهة القضائية الابتدائية دون انتظار القرار المتعلق بالدفع بعدم الدستورية وتم استئناف قرارها، ترجئ جهة الاستئناف الفصل فيه .[4]

كما أقر المشرع تطبيق نفس الحكم إذا تعلق الأمر بالطعن بالنقض، بحيث أنه إذا تم تقديم هذا الطعن وكان قضاة الموضوع قد فصلوا في القضية دون انتظار قرار المحكمة العليا والمجلس الدستوري

(1)- الفصل الأول من القانون العضوي 16/18،المجدد لشروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية، الموضوع تحت عنوان "احكام عامة".
(2)- سليمة قزلان ، المرجع السابق، ص106.
(3)- طبقا لما تنص عليه المادة 3الفقرة 2/1من القانون العضوي رقم 16/18،المحدد لشروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية،المرجع السابق.
(4)–انظر المادة1/21القانون العضوي 16/18،المحدد لشروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية،المرجع السابق.

عند إحالة الدفع إليه، يتم إرجاء الفصل في الطعن بالنقض إلى غاية الفصل في الدفع بعدم الدستورية .[1]

ولكن حفاظا على حقوق الأطراف، أقر المشرع في ذات الوقت استثناءات على هذا المبدأ متأثرا بذلك بما انتهجه نظيره الفرنسي، لهذه الاستثناءات المتمثلة فيما يلي:

أ-عدم التأثير على التدابير المتعلقة بسر التحقيق القضائي

نصت الفقرة الثانية للمادة العاشرة من القانون العضوي 16/18 على أنه لا يترتب على إرجاء الفصل في النزاع نتيجة إرسال الدفع بعدم الدستورية وقف سير التحقيق، بحيث مكن المشرع للجهة القضائية التي تنظر في هذا النزاع أخذ التدابير المؤقتة أو التحفظية اللازمة، متجهًا في ذلك بما أخذ به نظيره الفرنسي من خلال النص على نفس الإجراء.[2]

ب- ارتباط الدعوى بحرمان شخص في الحرية أو وضع حد لها

استثنى المشرع من خلال ما تضمنته الفقرة الأولى المادة الحادية عشر من القانون العضوي 16/18 إرجاء الفصل في الدعوى موضوع النزاع، عندما يتعلق الأمر بحرمان شخص بسبب هذه الدعوى أو تهدف إلى وضع حد للحرمان من الحرية، وهو نفس ما انتهجه المشرع الفرنسي

ج-نص القانون على وجوب الفصل في أجل محدد أو على سبيل الاستعجال

أضافت الفقرة الأولى للمادة الحادية عشر من القانون العضوي 16/18 إلى المسائل المستثناة في الأثر المرجئ للدفع بعدم الدستورية، الحالات التي ينص القانون على وجوب الفصل فيها في أجل محدد وكذلك في حالات الاستعجال هذه الصيغة نفسها التي استعملها المشرع الفرنسي.[3]

سابعا: دفع لا يتأثر بانقضاء الدعوى التي أثير بمناسبتها، حيث نصت المادة 23 من القانون العضوي 16/18 على أنه لا يؤثر انقضاء الدعوى التي نمت بمناسبتها إثارة الدفع بعدم الدستورية لأي سبب كان على الفصل في الدفع بعدم الدستورية الذي تم إخطار المجلس الدستوري به.[4]

(1)–انظر المادة2/21،من القانون العضوي 16/18،المجدد لشروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية،المرجع السابق.

(2)- انظرالمادة 1/12، من القانون العضوي رقم 16/18،المجدد لشروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية،المرجع السابق .

(3)- علي ابراهيم بن دراح، المرجع السا بق،ص380.

(4)- علي ابراهيم بن دراح، المرجع السا بق ،ص381.

ويمكن القول أن المشرع الجزائري تبنى نفس الاتجاه الذي سار عليه المشرع الفرنسي الذي رأى أنه بمجرد إشعار المجلس الدستوري بالمسألة ذات الأولوية الدستورية، فإن ذلك لا يحول عملية إسقاط الدعوى لأي سبب كان.

المطلب الثاني: مضمون وطبيعة الدفع بعدم الدستورية

سوف نتناول في هذا المطلب مضمون الدفع بعدم الدستورية في فرع أول، وإلى الطبيعة القانونية للدفع بعدم الدستورية في فرع ثان.

الفرع الأول: مضمون الدفع بعدم الدستورية

سنتطرق في هذا الفرع إلى العيوب الشكلية والموضوعية التي تعيب القانون بالإضافة إلى علاقة الدفع بعدم الدستورية بالنظام العام.

أولا: العيوب الشكلية والعيوب الموضوعية

للدفع بعدم دستورية قانون ما يكفي تحقق عيب ليصبح هذا القانون معيبا واجب الإبطال أو الامتناع عن الطبيعة وتتمثل هذه العيوب في عيوب شكلية وعيوب موضوعية.

- **العيوب الشكلية:**قد يعيب القانون عيب عدم الاختصاص بأن لا يصدر من السلطة المختصة طبقا لما نص عليه الدستور وبالضوابط التي قررها، فقد حدد الدستور الجزائري اختصاصات البرلمان في موضوعات معينة على سبيل الحصر ليشرع فيها، ونص على الاختصاص المانع للحكومة في التشريع في الموضوعات الأخرى، أما عيب الشكل فيقصد به بأن يصدر القانون على خلاف الإجراءات التي أوجبها الدستور في كل مراحل صنع القانون سواء مرحلة الاقتراح أو الإعداد، أو مرحلة الإقرار أو مرحلة الإصدار.[1]

العيوب الموضوعية: وهي العيوب الأكثر أهمية والأكثر شيوعا في الواقع العلمي، وهذا يرجع من ناحية إلى ندرة المخالفات الشكلية من جانب المشرع الإجراءات الإعداد وتقرير القوانين، ومن ناحية ثانية أن العيوب الموضوعية متصلة بمضمون نصوص القانون أو مقارنتها بنصوص الدستور المتصلة بالمبادئ التي تتضمنها النصوص وهي التي تجذب اهتمام الفقه، إلى حد أن الفقهاء عموما لا ينظرون في رقابة دستورية القوانين إلى العيوب الشكلية، ويحصرون هذه الرقابة في شقها الموضوعي المتصل بمضمون

(1)–ليلي بن بغيلة ،دعوى الدفع بعدم الدستورية التعديل الدستوري لسنة 2016استئناسا بتجربة الفرنسية،مجلة الشريعة والاقتصاد، نصف سنوية، العدد الثاني عشر، ديسمبر 2017، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، الجزائر، ص61.

النصوص والمبادئ، ونتيجة لندرة مخالفة المشرع الإجراءات الشكلية في إعداد القانون ولصعوبة تصور تحققها في الواقع العلمي نجد رقابة العيوب الموضوعية في القانون هي الأكثر وقوعا خاصة عيب المحل وعيب الانحراف استعمال السلطة.[1]

ومن هنا يمكن إثارة التساؤل مدة إمكانية اعتبار الدفع بعدم الدستورية دفع موضوعي أم شكلي؟

إن أغلب الفقهاء يعتبرون الدفع بعدم الدستورية دفع موضوعي، يثار في جميع مراحل الدعوى، عكس الدفوع الشكلية التي تثار قبل كل دفع أو دفاع، والنص الذي يكون أساسا بناء الحكم لا يمكن تحديده قبل إثارة الدفوع الموضوعية وليس الدعوى، لذلك لا يمكن اعتبار الدفع الشكلي لأنه يتعلق بالإجراءات ويثار قبل الدخول في مناقشة الموضوع، وإلا سقط الحق في الدفع .[2]

ثانيا: الدفع بعدم الدستورية والنظام العام

يطرح السؤال في مدى إمكانية اعتبار الدفع بعدم الدستورية من النظام العام فيترتب عن ذلك جواز إثارته تلقائيا من قبل القاضي ولو لم يتمسك به أحد الأطراف.

إن النظام الفرنسي الدستوري ذهب عكس هذا الاتجاه حيث أن القاضي لا يجوز له إثارة الدفع بصفة تلقائية، إذ أن قاضي الموضوع الفرنسي لا يملك سلطة الدفع التلقائي،[3]انتهج المشرع الجزائري نفس الاتجاه في القانون العضوي 16/18في المادة 2 منه(يمكن اثارة الدفع بعدم الدستورية في كل محاكمة امام الجهات القضائية الخاضعة لنظام القضائي الإداري من قبل احد اطراف الدعوي الذي يدعي ان الحكم التشريعي الذي يتوقف عليه مال النزاع الذي ينتهك حقوق والحرياتالتي يضمنها الدستور)والمادة الرابعة من نفس القانون التي نصت صراحة انه لا يمكن ان يثار الدفع بعدم الدستورية تلقائيا من طرف القاضي ،[4]ومن هنا يمكن طرح السؤال هل يجوز للنيابة العامة اثارة الدفع بعدم الدستورية لاسيما ان كان طرفا اصليا في الدعوى؟ومن هنا يمكن القول ان القانون العضوي لم يذكر هذه الحالة فيرجع للقضاء تحديد دورالنيابة العامة والقول هل يجوز له اثارة الدفع بعدم الدستورية.

الفرع الثاني: طبيعة الدفع بعدم الدستورية في النظام الدستوري الجزائري

(1)- مجلة الشريعة والاقتصاد ، المرجعالسابق، ص62.
(2)- فاطمة الزهراء التادلي، الدفع بعدم الدستورية القوانين، مجلة صادرة عن هيئة المحامين بسطات، العدد السابع، مطبعة التيسير، القاهرة، مصر، ديسمبر 2013، ص43.
(3)- حميداتو خديجة، ، المرجع السابق، ص333.
(4)- انظر المواد4،2من القانون العضوي 16/18،المحدد لشروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية،المرجع السابق .

عديدة هي الأسئلة التي تطرح بشأن الطبيعة القانونية للدفع بعدم الدستورية، فهل هي فعلا في قبيل الدفع الفرعي الإجرائي، أو مسألة أولية للفصل في النزاع، يرى الفقه الفرنسي أن المسألة الأولوية كما سماها المشرع العضوي في المادة 23 في القانون العضوي المنظم للدفع بعدم الدستورية الصادر في 10 ديسمبر 2009، أنها ليست دفع بعدم الدستورية، إذ يفترض أن القاضي المختص بالنظر في الدعوى الأصلية مختص أيضًا بالبت في المسألة الدستورية كما هو الحال في التجربة الأمريكية، في حين أن الأمر يتعلق بمسألة فرعية يتوقف القاضي بموجبها عن البت في الدعوى الأصلية وانتظار صدور قرار المجلس الدستوري المختص في حسم النزاع[1]

إضافة إلى أنه يشترط أن يقدم المدعي دفعه بعدم الدستورية في وثيقة منفصلة وعدم السماح للقاضي بإثارتها من تلقاء نفسه، فهي دعوى قانونية ولا ترتبط بالنزاع الأصلي، وهذا ما يترتب عنه وجود مسافة بين الدعوى المرفوعة في الموضوع ومراقبة دستورية القوانين ويتميز الدفع بعدم الدستورية بأنه ذو طابع قضائي منتج للامتناع مما يقيد القاضي بعدم تطبيق القانون المطعون فيه على النزاع المعروض عليه، على عكس أسلوب الدفع الفرعي المنتج للإلغاء، الذي يترتب عليه إلغاء القانون الخالف للدستور لمساسه بالحقوق والحريات المنصوص عليها فيه والذي يمارس وفق قواعد خاصة تطبق أمام المحاكم بمختلف درجاتها وأمام محكمة النقض وأمام مجلس الدولة الفرنسي، وهو الاتجاه الذي أخذ به المشرع الفرنسي فيما يعرف بمسألة الأولوية الدستورية (*Question de Priorité Constitutionnelle*) التي حددت كيفية مباشرة إجراءات الطعن بعدم الدستورية. وفي أهمها الإحالة على محكمة النقض أو مجلس الدولة لممارسة التصفية بقبول الدفع أو برفضه .[2]

مقارنة بالأنظمة الدستورية الأخرى، نجد أن الإجراءات الدستورية المحددة في المادة 188 من التعديل الدستوري والقانون العضوي 16/18 ليس بشكل دقيق دفعًا بعدم الدستورية الذي يفترض أن القاضي العادي المختص بالنظر في الدعوى الأصلية مختص أيضا بالبت في الدعوى الدستورية.

ومهما يكن الخلاف حول طبيعة هذه الآلية فإن إقرارها كحق للأفراد في الدفع بعدم دستورية القوانين التي تنتهك الحقوق والحريات يعتبر تطورًا جديدًا في الرقابة على دستورية القوانين في الجزائر، ووجه جديد للرقابة البعدية على القوانين، وبهذا يواكب التشريع الجزائري تطورات التشريعات المقارنة خاصة فرنسا التي كانت السباقة في تعديل دستورها وأقرت للأفراد الحق في الدفع بعدم دستورية القوانين، وذلك في التعديل الدستوري 2008، بموجب المادة 5/61 من الدستور الفرنسي، أما

(1)- محمدرحموني ،المرجع السابق، ص75.

(2)-–بالمهدي ابراهيم،الية الدفع بعدم الدستورية في احكامالتعديل الدستوري الجزائري2016،العدد الاول ،المجلد الثالث ،مجلة الدراسات القانونية،كلية الحقوق و العلوم السياسية،جامعة محمد خيضر،بسكرة،الجزائر،ص08

بالنسبة للجزائري وباستقراء نص المادة 188 من القانون 01/16 يتضح لنا أن الحق في الإخطار للأفراد غير مطلق وغير مباشر، فيجب أن يرتبط بمصلحة شخصية للمتقاضي، بخلاف الإخطار المباشر أمام المجلس الدستوري المادة 187، فهو يتعلق بمصلحة خاصة، لكن لا يمنع أن تتحقق المصلحة العامة بإلغاء القانون الذي يمس الحقوق والحريات لأن القانون سوف يلغي تمامًا من التشريع وذلك ما أكدته المادة 191، فقد نص الدستور على أن قرارات وآراء المجلس الدستوري تكون ملزمة لجميع السلطات وتتم عملية الدفع بعدم الدستورية بإدخاله من الهيئات القضائية العليا، أي المحكمة العليا ومجلس الدولة.[2]

فقد أبقى المشرع الدستوري الرقابة الدستورية من اختصاص المجلس الدستوري، فليس لهيئات القضاء العليا أن تفصل في دستورية أو عدم دستورية القانون وإنما تتأكد من جدية الدفع فقط ثم تحيله إلى المجلس الدستوري، والسؤال الذي يطرح في هذا الصدد هو هل يمكن للقاضي أن يقوم بالدفع بعدم الدستورية أثناء النظر في قضية معينة دون إثارة ذلك دون إثارة ذلك من طرف الخصوم .[1]

إذا كان الدفع بعدم الدستورية متعلقا بالنظام العام فيترتب عن ذلك أنه يجوز للقاضي إثارته من تلقاء نفسه ولو لم يتمسك به أحد أطراف الدعوى.[2]

أما إذا لم يكن الدفع متعلقا بالنظام العام فلا يمكن للقاضي إثارته إذا لم يتمسك به أحد الخصوم،[3] وهذا ما تبناه المشرع الدستوري في المادة 188 من الدستور والمادتين 02 و04 في القانون العضوي 16/18 بحيث حصر حق الدفع فقط لأطراف النزاع، إلا أن الفقه الحديث يقر بأهمية منح القاضي ممارسة حق الدفع، ذلك أنه يعود بالنفع على حقوق المتقاضين ويصونها. ويؤيد 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.[4]

(1)- رحموني محمد،المرجع السابق، ص76.
(2)- المرجع نفسه،ص77.
(3)- 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، الرباط، المغرب، الطبعة الأولى، 2014، ص87.
(4)- محمدرحموني،المرجع السابق،ص78.

المبحث الثاني: الشروط والإجراءات المتبعة للدفع بعدم الدستورية

حدد قانون الدفع بعدم الدستورية الشروط التي يجب أن تتوفر لقبول الدفع بعدم الدستورية أمام المحاكم، كما سنراه في مطلب أول، كما أن واضعو القانون اختاروا نظام التصفية المزدوجة قبل وصول الدفع إلى المجلس الدستوري وهو ما يتمثل في الإجراءات المتبعة، وهو ما سوف ندرسه في المطل الثاني، حيث نبرز مع الإجراءات القانونية للطعن في دستورية قانون ما بالإضافة في إبراز دور المحامي والآثار المترتبة عن الدفع بعدم الدستورية.

المطلب الأول: شروط قبول الدفع لعدم الدستورية

اشترط المشرع الجزائري لقبول الدفع بعدم الدستورية مجموعة من الشروط وفقا للقانون العضوي 16/18 والتي تتمثل في شروط تشكيلية وأخرى موضوعية، متأثرا بذلك بالمشرع الفرنسي في العديد من الجوانب المتعلقة بوضع هذه الشروط.

الفرع الأول: الشروط الشكلية

من الناحية الشكلية اشترط المشرع في المادة 06 من القانون العضوي 16/18 "أن يقدم الدفع بعدم الدستورية تحت طائلة عدم القبول، بمذكرة مكتوبة ومنفصلة"،[1]"منفصلة" جاء في مسودة القانون العضوي 16/18 كلمة مستقلة بدل منفصلة، وقد اعتبر المجلس الدستوري أن كلمة "مستقلة" و"الاستقلالية" غير دستورية، باعتبارها صفتين متلازمتين للهيئات والسلطات التي أقر لها ا لدستور صفة الاستقلالية، وبما أن المعنى الذي يقصده المشرع مغاير للمعنى الذي ذكرناه فقد اقترح استعمال

(1)- انظر المادة 6 من القانون العضوي 16/18،المحدد لشروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية،المرجع السابق.

لفظة "منفصلة" بدل لفظة "مستقلة"،[1]بمعنى أنه لا يجوز تقديم الدفع بعدم الدستورية مع الطلب الأصلي، ولا يجوز تقديمه مع طلب آخر أو دفع آخر يختلف عنه في الطبيعة والمضمون .[2]

ويقصد بشرط "التبني" تبيان عدم الدستورية المقتضى المطعون فيه، ويكون التعليل كافيا مستفيضا، حتى تتمكن المحكمة من مراقبة جدية الدفع، بمعنى أن تتضمن أوجه الخرق انتهاك الحقوق التي يتضمنها الدستور، كما يجب أن تتضمن العريضة تحديد النص المطعون فيه بدقة، هل يتعلق بمادة أو ببند أو بفقرة .[3]

وهذا الشرط يسهل عملية فحص الدفع، وتمكين المحكمة المثار أمامها البت فيه في أقر الآجال .[4]

ويتبين من خلال نص المادة 6 من القانون العضوي 16/18 أن هذه الشروط الشكلية يجب أن تتوفر سواء قدم الدفع أمام محاكم أول درجة أو محاكم الاستئناف أو المحكمة العليا او مجلس الدولة، وإلا حكم بعدم القبول، وتجدر الإشارة أن ذات الأحكام قررها القانون العضوي الفرنسي المتعلق بالمسألة الدستورية ذات الأولوية في المادة 23 التي تنص على أنه "يقدم الدفع بعدم الدستورية المستمد من أن مقتضى تشريعيا يمس الحقوق والحريات المضمونة دستوريا، وفي مذكرة منفصلة ومعللة، تحت طائلة عدم القبول، أمام أي محكمة تابعة لمجلس الدولة، أو محكمة النقض، كما يمكن إثارة هذا الدفع لأول مرة في مرحلة الاستئناف ولا يمكن للقاضي إثارته بشكل تلقائي،[5]إضافة إلى هذه الشروط، يخضع الدفع بعدم الدستورية إلى شروط شكلية أخرى منصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية من حيث تقديمه من صاحب المصلحة والمواعيد المقررة قانونا.[6]

الفرع الثاني: الشروط الموضوعية

حددت المادة الثامنة (08) من القانون 16/18 الشروط الموضوعية المتعلقة بقبول الدفع بعدم الدستورية، بحيث لا تحيل المحكمة التي أثير أمامها الدفع إلى الجهة العليا، إلا العرائض التي تتوافر فيها

(1)- رأي المجلس الدستوري رقم3، المؤرخ في 02 أوت 2018، المتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي الذي يحدد شروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية للدستور، الجريدة الرسمية عدد 54 المؤرخ في 05/سبتمر/2018، ص05.

(2)- شريف يوسف خاطر، المرجع السابق، ص132.

(3)- محمد أتركين، دعوى الدفع بعدم الدستورية في التجربة الفرنسية، الإطار القانوني والممارسة القضائية، سلسلة الدراسات الدستورية، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، الطبعة الأولى، 2013، ص56-57.

(4) -جمال العزوزي، تأملات أولية في مشروع القانون التنظيمي المتعلق بالدفع بعدم دستورية القوانين، المجلة المغربية للحكامة القانونية والقضائية، مطبعة الأمنية، الرباط المغرب، مجلة نصف سنوية، عدد 2016، ص112.

(5) -محمد رحموني ، المرجع السابق، ص77.

(6)انظر المادة 13 من القانون رقم 09/08 المؤرخ في 25 فيفري 2008، المتضمن الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 21.

الشروط المحدد في المادة 08، والتي تقابلها نفس الشروط الواردة في المادة 2/23 من القانون الأساسي لتنظيم المجلس الدستوري الفرنسي لإحالة المسألة ذات الأولوية الدستورية، وهذه الشروط تتمثل في أن يتوقف على الحكم التشريعي المعترض عليه مآل النزاع وأن يشكل أساس المتابعة أن لا يكون قد سبق الحكم بدستورية النص المطعون فيه باستثناء حال تغير الظروف، أن يتسم الوجه المثار بالجدية.[1]

أولا: ان يتوقف على الحكم التشريعي المعترض عليه مآل النزاع، وأن يشكل أساس المتابعة

حددت الفقرة الأولى من المادة الثامنة من القانون العضوي 16/18 شرطًا ضروريًا حتى يتم إرسال الدفع بعدم دستوريته، وهو موقف مآل النزاع لأصلي بالحكم التشريعي المعترض حول دستوريته، أو يكون أساسا للمتابعة،[2] وهو نفس ما اشترطته المادة 2/23 من القانون الأساسي للمجلس الدستوري الفرنسي.[3]

يندرج هذا الشرط ضمن الربط بين تطبيق الحكم التشريعي موضوع الدفع بعدم الدستورية ومآل النزاع، إذ ينبغي أن يكون الاحتجاج بعدم دستورية حكم تشريعي مفيدًا أو ذا جدوى في تحديد مآل الدعوى القضائية .[4]

استعمل المشرع في المادة 188 من الدستور العبارة "الحكم التشريعي" ونفس العبارة وردت في المادة 08 من القانون العضوي 16/18 المحدد لشروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية، ويُفهم أنه يمكن الدفع بعدم الدستورية في النصوص التشريعية الصادر من البرلمان ويستثني منها القوانين العضوية والقوانين التنظيمية للبرلمان لأنها تخضع لنظام الرقابة الدستورية الوجوبية السابقة، وبالتالي تخرج عن نطاق تطبيق المادة 188 من الدستور،[5]كما أن المعاهدات والاتفاقات الدولية لا تصلح أن تكون محلًا للدفع بعدم الدستورية، فالأمر يتعلق هنا بالقوانين العادية والتنظيمات .[6]

(1)علي ابراهيم بن دراح،المرجع السابق،ص383.
(2)- انظر المادة 08 من القانون العضوي 16/18،المحدد لشروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية، المرجع السابق.
(3)-علي ابراهيم بن دراح المرجع السابق،ص384.
(4)- محمد بوسلطان، المرجع السابق، ص15.
(5)- انظر المادة 188 من القانون رقم01/16المتضمن التعديل الدستوري ،المرجع السابق.
(6)- محمدرحموني ،المرجع السابق، ص77.

يتبين من نص المادة 188 من الدستور وكذا نص المادة الثانية من القانون العضوي 16/18 المحدد لشروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية، أن المشرع لم يطلق للأفراد حرية التمسك بالقواعد الدستورية، بل حددها في القواعد التي تكفل الحقوق والحريات .[1]

أي أن الأمر يتعلق فقط بالنص التشريعي الطي يتضمن انتهاكا للحقوق والحريات المضمونة دستوريا، ومع عدم تحديد القانون العضوي رقم16/18 للحقوق والحريات التي يمكن أن يتمسك بها المتقاضين في مخاصمة القانون، سيفتح الباب للمجلس الدستوري للاجتهاد لتحديد المقتضيات التشريعية ذات القيمة الدستورية التي تتضمن النص على حقوق وحريات الأفراد التمسك بها .[2]

اعتبر المجلس الدستوري في رأيه حول مطابقة هذا النص الدستوري أن المشرع بإقراره لقضاة الجهات القضائية تقدير مدى توفر شروط قبول الدفع بعدم الدستورية، أنه بذلك لا يقصد منح هذه الجهات سلطة تقديرية مماثلة للسلطة التقديرية التي يحوز عليها المجلس الدستوري، ومنه تقيد القضاة أثناء ممارستهم لصلاحية التقدير بالحدود التي وضعها المشرع من خلال هذه المادة دون أن تتعداها إلى تقدير دستورية الحكم التشريعي المعترض عليه.[3]

وبالتالي نقول أن هذا الشرط يبدو للوهلة الأولى معبدا إلا أنه يعد في الواقع حاجزا أمام الإجراءات التأصيلية التعسفية .[4]

ثانيا: ألا يكون الحكم التشريعي قد سبق التصريح بمطابقته للدستور باستثناء تغير الظروف

يشترط المشرع لإرسال الدفع بعدم الدستورية المثار أمام الجهات القضائية ألَّا يكون الحكم التشريعي المعترض عليه، قد سبق التصريح بمطابقته للدستور من طرف المجلس الدستوري باستثناء تغير الظروف، فهي إذًا حجة مشروطة .[5]

فبالنسبة لما نصت عليه الفقرة الأولى من هذا الشرط، فهو بتوافق وما كرسته الفقرة الثالثة للمادة 191 من الدستور من خلال التعديل الدستوري لسنة 2016، التي أضفت حجية على آراء وقرارات المجلس الدستوري، هذا الاجتهاد طالما كرسه المجلس في اجتهاداته حتى قبل دسترة هذه الحجية .[1]

(1)- محمد علي سويلم، المرجع السابق، ص110.
(2)- محمدرحموني ،المرجع السابق، ص77.
(3)- رأي المجلس الدستوري رقم 03، المرجعالسابق، ص06.
(4)- محمد بوسلطان، المرجع السابق، ص15.
(5)- طبقا لما تضمنته الفقرة الثانية من المادة 08 من القانون العضوي 16/18،المحدد لشروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية،المرجع السابق.

وهو نفس الشرط الذي استعمله المشرع الفرنسي من خلال ما تضمنته الفقرة الثانية من المادة 23 من القانون الأساسي للمجلس الدستوري الفرنسي، والتي رأى فيها المجلس الدستوري أن هذا الشرط يتوافق مع الفقرة الأخيرة من المادة 62 من الدستور الفرنسي لسنة 2009، والتي تنص على خضوع قرارات المجلس الدستوري لأي استئناف من مختلف الجهات القضائية منها والإدارية .[2]

فإذا كان المشرع الفرنسي قد استعمل مصطلح المطابقة، فذلك يتوافق ونص الدستور الفرنسي، وذلك طبقا للمادة 61 منه.[3]

لكن عندما استعمل المشرع الجزائري هذا المصطلح، فإنه يثير بذلك إشكالًا في فهم المقصود من وراء المطابقة، فالمجلس الدستوري في الجزائر منحه الدستور إضافة إلى صلاحية النظر في مطالعة بعض النصوص مع الدستور المتمثلة في القوانين العضوية والأنظمة الداخلية للبرلمان[4]،إمكانية النظر في دستورية بعض النصوص الأخرى، وهي النصوص محل الرقابة الدستورية الاختيارية، والتي تشمل القوانين العادية والمعاهدات والتنظيمات، هذا التمييز الذي انعكس على مجال الرقابة وطريقة ممارستها،[5] ينتج عن تطبيق الفكرة الأخيرة، استبعاد خضوع جميع القوانين العضوية إلى الطعن بالدفع بعدم الدستورية، لأن المجلس الدستوري قد سبق وأن مارس رقابة المطابقة على هذه النصوص، مما يجعل الإفلات بمنأى عن الطعن في دستوريتها، بالرغم من تناول العديد من هذه النصوص مجالات مختلفة للحقوق والحريات ومن بين هذه الحقوق والحريات التي تناولتها القوانين العضوية نجد الحق الانتخابي وحق إنشاء الأحزاب السياسية وحق الإعلام.[6]

لكن بالنسبة للنصوص التي خضعت للرقابة الدستورية، فإن الأحكام التشريعية التي كانت محل إخطار بشأنها، فهي المستثناة نم عملية الدفع حتى تلك الأحكام التي لم يخطر بشأنها ولكن قام المجلس بالتصدي لها، فيما تبقى باقي الأحكام التشريعية من النص أمام إمكانية الدفع بعدم الدستورية. [7]

---

(1)- تنص الفقرة 3 من المادة 191 من القانون رقم01/16المتضمن التعديل الدستوري ،على أنه "تكون آراء المجلس الدستوري وقراراته نهائية وملزمة لجميع السلطات العمومية والسلطات الإدارية والقضائية".

(2)–علي ابراهيم بن دراح، المرجع السابق، ص385.

(3)- علي ابراهيم بن دراح، المرجع السابق ، ص385.

(4)- فبالنسبة للقوانين العضوية فقد نصت المادة 2/186 من القانون رقم01/16على أن الرقابة الدستورية تخضع لها هذه النصوص، في حين نصت الفقرة الأخيرة للمادة 141 من القانون رقم01/16على خضوعها لرقابة المطابقة، وهو ما أكدت عليه كذلك المادة 01 من النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري ،المرجع السابق، ص06.

(5)- علي ابراهيم بن دراح ، مرجع سابق، ص386.

(6)- سليمة قزلان ، المرجع السابق، ص112.

(7)- هذا الإجراء الذي نصت عليه المادة 07 من النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري، المرجع السابق، ص06.

لكن إذا تطرقنا إلى الاستثناء الوارد في هذا الشرط وهو تغير الظروف، فإذا اقترنت الحالة بما يتوافق وإرادة المؤسس الدستوري، فإن هذا الاتجاه لا يتعارض فيما ذهب إليه المجلس الدستوري الجزائري في عديد اجتهاداته السابقة، والتي أقر فيها بأن قراراته ترتب بصفة دائمة كل آثارها، ما لم يتعرض الدستور للتعديل، وطالما أن الأسباب التي تؤسس منطوقها ما زالت قائمة، وكل هذه الأوجه مدعاة لتغير الظروف ،[1]لكن وضع الصياغة التشريعية على هذا الإطار لا يوحي بإبقائها في مجال النص الدستوري، بل من الممكن أن تتحداها إلى جوانب أخرى مرتبطة بالنص التشريعي نفسه، وهو الاتجاه الذي تبانه المجلس الدستوري الفرنسي في قابته على القانون الأساسي المتعلق بتطبيق المادة 1/61 من الدستور الصادر سنة 2009.[2]

إن مناقشة هذه الفكرة تأخذنا إلى التساؤل حول مدى تعميم هذه القاعدة، أم تطبيقها حصرًا على القرارات المتخذة في إطار النظم بالدفع بعدم الدستورية، فإذا سلمنا بمبدأ التعميم فإن هذا يتناقض والمادة 191 من الدستور الجزائري لسنة 2016، التي أفضت حجية تامة على اجتهادات المجلس الدستوري وإذا رجعنا لرأي المجلس الدستوري حول مطابقة هذا النص للدستور فإنه لم يناقش هذه الشروط انطلاقا لما وصفها بسيادة المشرع في عملية وضعها، في المقابل تمسك المجلس بصلاحيته في مجال التأكد من أن تطبيق هذه الشروط ليس من شأنها المساس باختصاصات السلطات الأخرى أو الاختصاصات المخولة للمجلس الدستوري نفسه.[3]

كما أنه بالعودة إلى رأي المجلس الدستوري الفرنسي حول عبارة "تغير الظروف" التي استعملها المشرع الفرنسي هو كذلك، وهو الاستثناء الوارد على تطبيق هذه القاعدة، والتي اعتبر أنها تؤدي إلى حكم تشريعي يعلن أنه يتفق مع الدستور في أساس ومنطوق قرار المجلس الدستوري، والذي يقدم مرة أخرى إلى فحصه، عندها تكون إعادة النظر هده تبررها التغييرات التي حدثت منذ صدور القرار السابق في المعايير الدستورية السارية أو في الظروف القانونية أو الفعلية التي تؤثر على نطاق التشريع المطعون فيه.[4]

من خلال رأي المجلس الدستوري الفرنسي فإنه لم يتحفظ على هذا الاستثناء، بل لم يربط مجال تغير الظروف نتيجة تعديل لا دستور ولا حتى قانوني، كما تعداه إلى ما وصفها بالظروف الفعلية أو

(1)- من الأمثلة الاجتهادية في هذه المسألة هو ما تضمنه القرار رقم 1 لسنة 1995، حول دستورية البند السادس من المادة 108 من القانون رقم 13/89 المؤرخ في 1989/8/07، المتضمن قانون الانتخابات.
(2)- علي ابراهيم بن دراح ، المرجع السابق، ص86.
(3)- رأي المجلس الدستوري رقم 3، مرجع سابق، ص06.
(4)- علي ابراهيم بن دراح ، المرجع السابق، ص387.

الواقعية، ومنه إضفاء الدعوى الدستورية المتعلقة بالمسألة الدستوري حجية نسبية على عكس قراره الصادر بعدم الدستورية الذي يتمتع بحجة مطلقة.[1]

ومنه فإن مسايرة المجلس الدستوري الجزائري لما ذهب إليه المشرع العضوي قد يضفي هو كذلك على قراراته ا لمتعلقة بالطعن لعدم الدستورية حجية نسبية مقترنة بعديد من الظروف، التي لم يحددها المشرع الجزائري وترك مجالها مفتوحا، على عكس القرارات والآراء الصادرة في مجال الرقابة الدستورية التي تتسم بالحجية المطلقة.[2]

(1)- محمد علي سويلم،المرجع السابق ، ص113.
(2)- علي ابراهيم بن دراح ، المرجع السابق ، ص388.

ثالثا: أن يتسم الوجه المثار بالجدية

نص المشرع من خلال الفقرة 02 للمادة 08 من القانون العضوي 16/18 على أن يتسم الوجه المثار في الدفع بعدم الدستورية بالجدية. وهو نفس ما اشترطه كذلك المشرع الفرنسي لإرسال المسألة ذات الأولوية الدستورية لمجلس الدولة أو محكمة النقض، وتعتبر هذه المرحلة غاية في الأهمية لأنه ينبغي الاستناد فيها على نظام غربلة فعال حسب تعبير الأستاذ محمد بوسلطان، بحيث يتم فيها ضمان فتح المجال لكل طعن يمكن وصفه بالجاد من جهة، ومن جهة أخرى حماية الحق في تقديم هذا الطعن ضد كل سوء استعمال محتمل،[1]لكن بالعودة إلى صلاحيات مختلف الجهات القضائية في مسألة فحص الشروط المطلوبة لإرسال الدفوع بعدم الدستورية، فإن المشرع الجزائري من خلال القانون 16/18 أقر بمهمة هذه الجهات في عملية النظر لهذه الدفوع المقدمة أمامها، ومن ثم القيام بعملية توجيه إرسالها بحيث توكل مهمة الفصل النهائي لمدى تقييمها على المحكمة العليا أو مجلس الدولة، وذلك من أجل إحالتها إلى المجلس الدستوري أو رفض الإحالة، ومنه تقع على عاتقهما التأكد من توفر الشروط المطلوبة للإحالة من عدمها،[2]وبطرح التساؤل في أنه ما دامت كل من المحكمة العليا ومجلس الدولة تقومان بعملية التصفية النهائية للدفوع المعروضة، تطرح الأسباب حول تكليف مختلف الجهات القضائية الأخرى القيام بمهمة تصفية هذه الدفوع، عوض اقتصارها على جهات الإحالة، في ظل نفس الشروط الموضوعية المطلوبة أمام جميع الجهات القضائية.[3]

تتضح صورة تكرار إعادة تصفية الدفوع المقدمة في هذا الإطار بشكل واضح، في الحالة التي تكون فيها المحكمة العليا أو مجلس الدولة كقاضي أول درجة للنظر في الدفع بعدم الدستورية، حين قيامها بعملية الفحص الأولي المطلوب لإرسال الدفع في هذه الحالة، حيث أن عملية إعادة فحص هذه الشروط من قبل نفس الهيئة، حتى وإن كانت مشكلة من عضوية مختلفة لكنها تبقى على نفس المستوى .[4]

(1)- محمد بوسلطان، المرجع السابق، ص15.
(2)- علي ابراهيم بن دراح ، المرجع السابق، ص389.
(3)–المرجع نفسه،ص390.
(4)- وعليه في هذه الحالة تصبح كل من المحكمة العليا أو مجلس الدولة جهة إرسال الدفوع بعدم الدستورية، وجهة إحالتها في نفس الوقت.نقلا علي ابراهيم بن دراح، المرجع السابق ،ص390.

المطلب الثاني: الجوانب الإجرائية للدفع بعدم الدستورية والآثار المترتبة عنه

سوف نبين في هذا المطلب مختلف الإجراءات المتبعة أمام المحاكم التابعة لمجلس الدولة والمحكمة العليا (الفرع الأول)، ثم الإجراءات المتبعة أمام الجهات التي تملك حق الإحالة والمتمثلة في كل من المحكمة العليا أو مجلس الدولة (الفرع الثاني) ثم التطرق لأحكام المطبقة أمام المجلس الدستوري (الفرع الثالث) وأخيرا دور المحامي ومدى تأثيره الدفع بعدم الدستورية في حماية حقوق وحريات المواطن (الفرع الرابع).

الفرع الأول: الإجراءات المتبعة أمام المحاكم التابعة لمجلس الدولة أو المحكمة العليا

نصت المادة الثانية من القانون العضوي 16/18 أنه يمكن إثارة الدفع بعدم الدستورية في كل محاكمة أمام الجهات القضائية الخاضعة للنظام القضائي العادي أو الخاضعة للنظام القضائي الإداري كما أشارت نفس المادة في الفقرة التي تلتها أنه يمكن أن يثار الدفع للمرة الأولى في الاستئناف، وهو نفس الإجراء الذي تضمنه القانون الأساسي للمجلس الدستوري الفرنسي .[1]

حدد المشرع مهلة عشرة (10) أيام لتوجيه قرار إرسال الدفع بعدم الدستورية مع عرائض الأطراف ومذكراتهم إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة من صدوره، ويبلغ إلى الأطراف ولا يكون قابلًا لأي طعن .[2]

فيما نصت الفقرة الثانية للمادة التاسعة من القانون العضوي 16/18 على الإجراء المرتبط بتبليغ رفض إرسال الدفع بعدم الدستورية إلى الأطراف، الطي لا يمكن أن يكون محل اعتراض إلا بمناسبة الطعن ضد القرار الفاصل في النزاع أو في جزء منه، ويجب أن يقدم بموجب مذكرة مكتوبة ومنفصلة ومسببة، وهنا يبرز الأشكال المتعلق بتطبيق هذه الحالة في أن المشرع نص على الأجل المرتبط بتوجيه قرار إرسال الدفع بعدم الدستورية إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة، على حسب الحالة، ولم ينص على الأجل المرتبط بتبليغ الأطراف المعنية، سواء بحالة توجيه الدفع أو رفضه، وكان على الأجدر تحديد مدة معينة لتبليغ الأطراف المعنية، سواء بحالة توجيه الدفع أو رفضه، وكان الأجدر تحديد مدة معينة لتبليغ الأطراف على غرار ما حدده من آجال للتحويل، بينما اشترط المشرع الفرنسي مدة ثمانية أيام لإحالة المسألة إلى مجلس الدولة أو محكمة النقض من تاريخ النطق بالحكم، مرفقا بالمذكرات القانونية أو

(1)–علي ابراهيم بن دراح، المرجع السابق،ص391.
(2)–انظر المادة1/9 من القانون العضوي 16/18،المحدد لشروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية، المرجع السابق.

بالطلبات الختامية للطرفين، ويكون هذا القرار غير قابل للاستئناف، كما لا يمكن الاعتراض على رفض إحالة المسألة إلا إذا تم الطعن في قرار حل النزاع بأكمله أو جزء منه.[1]

لقد كان المشرع الفرنسي واضحًا بتبيان الجوانب الإجرائية فميز بين الأحكام القابلة للتطبيق أمام المحاكم التابعة لمجلس الدولة أو محكمة النقض من جهة، والأحكام القابلة للتطبيق أمام مجلس الدولة ومحكمة النقض من جهة ثانية، على عكس المشرع الجزائري الذي أدرج الأحكام المتعلقة بمختلف الجوانب الإجرائية أمام مختلف الهيئات القضائية تحت عنوان واحد وهو الأحكام العامة، كما نصت المادة 07 من القانون 16/18 على أن الجهة القضائية تفصل على الفور وبقرار مسبب في إرسال الدفع بعدم الدستورية إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة، بعد استطلاع رأي النيابة العامة أو محافظ الدولة، وفي حالة ما إذا كانت تشكيلة الجهة القضائية تضع مساعدين غير قضاة، تفصل دون حضورهم .[2]

يثار هنا التساؤل حول الطبيعة القانونية لهذا الرأي الذي تبديه كل من النيابة العامة أو محافظ الدولة في هذه الحالة، فهل هو من قبيل الاستشارة، أم يندرج ضمن التوجيهات التي تلقيها كل هيئة إلى المحاكم التابعة إلى دائرة اختصاصها، هذه الاستشارة التي نص عليها المشرع كذلك على مستوى المحكمة العليا أو مجلس الدولة اللذين يتطلعان فورًا رأي النائب العام أو محافظ الدولة حول قرار إرسال الدفع بعدم الدستورية .[3]

الفرع الثاني: الإجراءات المتبعة أمام المحكمة العليا ومجلس الدولة

حدد القانون رقم 16/18 الذي يحوي شروط وكيفيات الدفع بعدم الدستورية في المادة 13 منه مهلة شهرين للبت في مآل النزاع (إما رفض الدفع أو إحالته إلى المحكمة الدستورية)، ابتداءً من تاريخ إحالة الدفع إليها من قبل قضاة الموضوع. وهذا بعد التحقق في انتفاء الشروط المذكورة أعلاه. ونفس الآجال تحسب إذا ما تم إثارة الدفع لأول مرة أمام المحكمة العليا أو مجلس الدولة .[4]

وجاء في المادة 15 من القانون 16/18 أنه يوجه قرار الدفع بعدم الدستورية إلى الرئيس الأول للمحكمة العليا أو رئيس مجلس الدولة حسب الحالة، اللذين يتطلعان رأي النائب العام أو محافظ الدولة مع تمكين الأطراف من تقديم ملاحظاتهم المكتوبة، أما إذا أثير الدفع بعدم الدستورية لأول مرة أمام المحكمة

(1)–علي ابراهيم بن دراح، المرجع السابق، ص392.
(2)– انظر للمادة 2/8 من القانون العضوي 16/18،المحدد لشروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية،المرجع السابق.
(3)– انظرالمادة 15 من القانون العضوي 16/18 ،المحدد لشروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية،المرجع السابق.
(4)-انظر المواد 13 و14 من القانون العضوي 16/18،المحدد لشروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية، المرجع السابق.

العليا أو مجلس الدولة فيتعين على المحكمة العليا أو مجلس الدولة إرجاء الفصل إلى حين البت في الدفع بعدم الدستورية، مع مراعاة الاستئناف المذكورة سابقًا، ويتعين على المحكمة التي أرسلت الدفع بعدم الدستورية، ويبلغ للأطراف في أجل عشرة أيام من تاريخ صدوره، وفي حالة انصرام أجل شهرين دون ان تفصل المحكمة العليا أو مجلس الدولة في الدفع، يحال الدفع تلقائيًا إلى المجلس الدستوري، وفسر المجلس الدستوري في رأيه رقم 03 عبارة "يحال الدفع تلقائيًا" بأن المشرع العضوي يقصد هنا إرسال الجهة القضائية المعنية بملف الدفع بعدم الدستورية إلى المجلس الدستوري.[1]

ويلاحظ أن المشرع قد أشار في القانون 16/18 إلى تشكيلة المحكمة العليا ومجلس الدولة التي تنظر في الدفع بعدم الدستورية، سواء تم إحالته من طرف محاكم الموضوع أثير أمامها لأول مرة، وهي تشكيلة خاصة يرأسها رئيس كل جهة قضائية وإذا تعذر ذلك يرأسها نائب الرئيس، وتتشكل من رئيس الغرفة المعنية وثلاثة مستشارين يعينهم، حسب الحالة، الرئيس الأول للمحكمة العليا أو رئيس مجلس الدولة،كما يرسل إلى المجلس الدستوري القرار المسبب للمحكمة العليا أو مجلس الدولة عند إحالة الدفع إليه، مرفقا بمذكرات وعرائض الأطراف، كما نصت بذلك المادة السابعة عشر من القانون العضوي 16/18، وهنا يظهر الفرق بين قرار الإرسال الذي توجهه مختلف الجهات القضائية للمحكمة العليا، أو مجلس الدولة عن قرار الإحالة الموجه إلى المجلس الدستوري حيث اشترط المشرع التثبيت في الحالة الأخيرة، والملاحظ كذلك أن المشرع حين أخضع التبليغ للأطراف المعنية إلى أجل محدد كما سبق وأشرنا إلى ذلك، وعليه يطرح التساؤل عن جدوى تحديد آجال التبليغ على هذا المستوى وعدم تحديده على مستوى الجهات القضائية التي هي أقرب للأطراف بحكم أنها تنظر في النزاع الأصلي،[2]كذلك نجد أن المشرع الفرنسي أقر نفس الإجراءات، ولكن مع اختلاف للمدة الممنوحة لكل من مجلس الدولة أو محكمة النقض لإحالة المسألة ذات الأولوية الدستورية، والتي حددها بمدة ثلاثة أشهر ابتداءً من تاريخ إرسال المسألة من قبل المحاكم التابعة لمجلس الدولة أو محكمة النقض، حيث حددت المدة ثمانية أيام من تاريخ إصدار قرار الإحالة، ليتم خلالها إشعار المحكمة بهذا القرار، إلى جانب إشعار المعنيين.[3]

الفرع الثالث: الأحكام المطبقة أمام المجلس الدستوري

خصص المشرع الفصل الرابع من القانون العضوي 16/18 للأحكام المطبقة أمام المجلس الدستوري، حيث سنتناول الإجراءات التمهيدية للنظر في الدفع بعدم الدستورية، ثم الإجراءات المتعلقة

(1)- رحموني محمد ، المرجع السابق، ص78.
(2)- الآجال حددتها أحكام المادة 13 من القانون العضوي 16/18،المحدد لشروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية،المرجع السابق.
(3)- علي ابراهيم بن دراح ، المرجع السابق، ص395.

بسير الجلسات للنظر في هذا الدفع، كما سنتطرق إلى إمكانية تنحي أو رد أعضاء المجلس الدستوري، ثم صدور منطوق القرار.

أولا:الإجراءات التمهيدية للنظر في الدفع

بمقتضى المادة 21 من القانون العضوي المتعلق بالدفع بعدم الدستورية، يقوم المجلس الدستوري بعد إحالة الدفع بعدم الدستورية إليه، بتبليغه لرئيس الجمهورية ورئيس مجلس الأمة ورئيس المجلس الشعبي الوطني والوزير الأول، والهدف من قيام المجلس الدستوري بإخطار هذه السلطات هو تمكينهممن تقديم ملاحظاتهم حول الدفع بعدم الدستورية، وتجدر الإشارة هنا إلى أن القانون لم يحدد الآجال اليت يجب أن تلتزم السلطات المذكورة لتقديم ملاحظاتهم .[1]

إذا، فقد نصت هذه المادة على إعلام جهات الإخطار التي حددها الدستور، ولكن ما يلاحظ أنه من سياق هذا النص، فإن توجيه الملاحظات المتعلقة بالدفع المعروض خص بها الجهات الواردة في الفقرة الثانية من هذه المادة ويكون بذلك قد استثنى رئيس الجمهورية من ممارسة هذا الإجراء، هذا الاستثناء الذي تحفظ عليه المجلس الدستوري انطلاقًا من الصلاحيات الممنوحة لرئيس الجمهورية باعتباره حامي الدستور، والذي منح له حق إصدار القوانين بعد مصادقة البرلمان عليها، كما أنه يملك إمكانية طلب إجراء مداولة ثانية عليها، وعليه من باب أولى امتلاكه بدوره أحقية إبدائه للملاحظات حول الدفع بعدم الدستورية، الذي يتم بموجبه الاعتراض على حكم تشريعي يدعي متقاض أنه ينتهك حقوقه وحرياته التي يضمنها الدستور.[2]

في حين نجد أن المشرع الفرنسي قد نص صراحة على قيام المجلس الدستوري بإبلاغ رئيس الجمهورية ورئيس الوزراء ورئيس الجمعية الوطنية ومجلس الشيوخ، الذين يمكن لهم إرسال ملاحظاتهم حول المسألة محل الدعوى إلى المجلس ومن باب المساواة في المعاملة الإجرائية مع مختلف جهات الإخطار، وبعد إضافة البرلمانين بعد التعديل الدستوري سنة 2016، يطرح التساؤل حول أسباب استبعادهم كذلك كفئة معينة بالإعلام بهذه الدفوع، لأن رئيسي الغرفتين لا يعنيان بالضرورة التمثيل الكلي للبرلمان .[3]

(1)- محمد أتركين، المرجع السابق، ص88.
(2)- انظر الرأي رقم 03 ،المرجع السابق، ص08.
(3)- علي ابراهيم بن دراح ، المرجع السابق، ص 396.

ثانيا: الإجراءات المتعلقة بسير الجلسات للنظر في الدفع بعدم الدستورية

نصت المادة 22 من القانون العضوي 16/18 على أن جلسة النظر في الدفع بعدم الدستورية في المجلس الدستوري تكون بصفة علنية، إلا في الحالات الاستثنائية التي يحددها النظام الداخلي للمجلس الدستوري، وعليه فالمجلس الدستوري الجزائري انتهج أسلوبًا مغايرًا لما كان عليه في السابق قبل التعديل الدستوري سنة 2016، وهو الطابع الوجاهي للإجراءات الذي فتح بموجبه إمكانية اللجوء إلى ما اعتمد عليه المجلس الدستوري الفرنسي، هذا الأخير الذي قام بالاستعانة بالوسائل التكنولوجية في هذا الأمر، وذلك ببث الجلسات تلفزيًا بصفة مباشرة في قاعة مفتوحة للعموم في رحاب المجلس الدستوري، هذه الجلسات ا لتي من الممكن أن يتم بثها على موقع المجلس الدستوري على الأنترنيت.

على غرار ما قام به المجلس الدستوري الفرنسي الذي اعتمد هذا الإجراء، ولكن بعد موافقة الأطراف المعنية بالقضية على ذلك، على أنه يمنع استعمال لأي جهاز تسجيل أو تثبيت أو نقل الصوت أو الصورة، ما عدى تلك اللازمة للبث في قاعة الجلسات كما هي الحال بالنسبة للقاعة المفتوحة للعموم ومن هنا نلمس مرونة وسهولة إجرائية لتدعيم الشفافية الكاملة في عمل المجلس الدستوري الفرنسي وعدم الإبقاء على الوسائل التقليدية في الكتابة والاتصال المعتمدة في السابق، والتي من الممكن أن تنقل بدورها على مستوى عمل المجلس الدستوري في الشق المتعلق بالنظر في الدفع بعدم الدستورية .[1]

ثالثا: حول إمكانية التنحي أو رد أعضاء المجلس الدستوري

لم يتناول القانون العضوي 16/18 على غرار القانون الفرنسي طرح إمكانية التنحي من طرف أعضاء المجلس الدستوري لأي سبب كان لحضور الجلسات الخاصة بالدفع بعدم الدستورية، أو ردهم من قبل أطراف الدعوى، لكن تناولها النظام الداخلي للمجلس الدستوري الفرنسي، فقد أتيح لعضو المجلس الدستوري الحق في عدم الحضور شريطة إعلام رئيس المجلس بذلك، والذي أتاح بدوره للأطراف المعينة بإمكانية رد أي عضو من أعضاء المجلس الدستوري، عن طريق تقديم طلب تنحي ذلك العضو من خلال رسالة توضيح الأسباب مرفقة بالوثائق اللازمة لتعليل ذلك .[2]

ولا يقبل الطلب إلا إذا تم تسيله لدى الأمانة العامة للمجلس الدستوري قبل التاريخ المحدد لاستلام الملاحظات الأولية، حيث يتم توجيه الطلب إلى عضو المجلس المعني بالأمر، وفي حالة لم يعلن هذا الأخير موافقته على التنحي، يدرس المجلس الدستوري الطلب دون حضور العضو المعني أو الأعضاء المعنيين الذين صدر في حقهم الطلب، جاء هذا الإجراء توافقًا وما قضت به المحكمة الأوربية

(1)–علي ابراهيم بن دراح ،المرجع السابق،ص398.
(2)–المرجع نفسه، ص399.

لحقوق الإنسان في حكمها الصادر سنة 1996، والقاضي بضرورة التزام كل محكمة وطنية بالتحقيق من أن تشكيلتها تعبر عن محاكمة محايدة .[1]

رابعا: صدور القرار الخاص بالدفع بعدم الدستورية

نصت المادة الرابعة والعشرون من القانون العضوي 16/18 على أنه يتم تبليغ الجهة التي أحالت الدفع بعدم الدستورية وهي المحكمة العليا أو مجلس الدولة، من أجل إعلام الجهة القضائية التي أثير أمامها الدفع، هذا القرار الذي ينشر في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، كما أن المشرع الجزائري لم ينص على إعلام جهات الأخطار الرسمية، هذه الجهات التي تم إشعارها بتلقي الدفع مسبقًا على عكس ما نص عليه نظيره الفرنسي، الذي نص على إرسال قرار المسألة من قبل المجلس الدستوري، إلى كل من رئيس الجمهورية والوزير الأول ورئيسي الغرفتين التشريعيتين .[2]

الفرع الرابع: دور المحامي وأثر الدفع بعدم الدستورية

أولا: دور المحامي

لقد اعتبر الدستوريون إحداث الدفع بعدم الدستورية القوانين بمثابة ثورة قانونية أساسها القانون العضوي رقم 16/18 المؤرخ في 2018/9/02، والمبني على المادة 188 من الدستور الجزائري المعدل في 2016، وتجدر الإشارة والحال أن موضوع هذا العمل يتعلق بدور المحامي في إثارة الدفع بعدم الدستورية، إلا أنه تم ذكر المحامي لأول مرة في الدستور الجزائري سنة 2016 في الفصل الثالث منه تحت عنوان السلطة القضائية، إذ تنص المادة 170 [3]من الدستور. وجاء أيضا ذكر المحامي في المادة 184 من دستور 2016 وذلك في صدد ذكر الأشخاص الآهلين للترشح لعضوية المجلس الدستوري.

1-الأساس الدستوري للدفع بعدم دستورية القوانين

يعتبر نص المادة 188 من الدستور الجديد الأساس وكماد الدفع بعدم دستورية القوانين حيث نستخلص من قراءة نص المادة 188 من الدستور ما يلي:

(1)- مدحت أحمد محمد غنايم، الاتجاهات الحديثة في رقابة دستورية القوانين في الأنظمة اللاتينية، (مصر، فرنسا)، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، مصر، 2014، ص95.

(2)- علي ابراهيم بن دراح ، المرجع السابق، ص400

(3)- تنص المادة 170 من القانون 01/16، المتضمن التعديل الدستوري، المرجع السابق، على أنه "يستفيد المحامي من الضمانات القانونية التي تكفل له الحماية من كل أشكال الضغوط وتمكنه من ممارسة مهنته بكل حرية في إطار القانون".

- ✓ كيفية إثارة الدفع "يمكن إخطار...".
- ✓ شروط تقديم الطلب المتضمن الدفع بعدم الدستورية.
- ✓ الهيئات المؤهلة للقيام بإحالة الدفع أمام المجلس الدستوري.
- ✓ الفصل في طبيعة الإخطار بكونه دفع وليس دعوى.

حيث جاء بعد ذلك القانون العضوي رقم 16/18 لتحديد شروط وكيفيات الدفع بعدم الدستورية من المواد 01 إلى 27، وحسب رأي الأستاذ تقلميمتمرياما فإن القانون العضوي 16/18 هو قانون هزيل يفتقد إلى الدقة المرجوة في كل قانون .[1]

2- كيفية إثارة الدفع بعدم دستورية القوانين

تنص المادة 188 من الدستور والمادة 2 من القانون العضوي 16/18 أنه بإمكان إثارة الدفع بعدم الدستورية أمام الجهات القضائية الخاضعة لنظام القضاء العادي والجهات القضائية الخاضعة لنظام الإداري من طرف أو من قبل أحد أطراف الدعوى الذي يدعي أن الحكم التشريعي (النص التشريعي) الذي يتوقف عليه مآل النزاع ينتهك الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور، ونستخلص مما سبق أن الدستور يخاطب المتقاضي وليس المواطن، هذا هو السبب في كوننا أمام دفع وليس دعوى، ولقد أعطت المادة 188 من الدستور الحق لكل متقاض في إخطار المجلس الدستوري بطريقتين.

- الدفع المثار أمام القاضي العادي.
- الدفع المثار أمام المحكمة الإدارية .[2]

3- دور المحامي أمام المجلس الدستوري

وتنص المادة 22 /2 من القانون العضوي 16/18 على تمكين الأطراف الممثلين من قبل محاميهم من تقديم ملاحظاتهم شفويا ووجاهيا، هنا للمحامي دور بارز في تعزيز وإبراز بعمق أسباب عدم دستورية النص التشريعي محل الدفع المثار من طرفه .[3]

(1)- مرياماتقلميمت، دور المحامي في إثارة الدفع بعدم الدستورية، مجلة المحامي نصف سنوية ، منظمة المحامين، عدد32، سطيف، الجزائر، 2019، ص13.
(2)–مرياماتقلميمت، المرجع السابق، ص14.
(3)- انظر المادة 2/22 من القانون العضوي 16/18،المحدد لشروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية،المرجع السابق.

ثانيا: آثر الدفع بعدم الدستورية

في حالة قبول الدفع بعدم الدستورية وإرساله إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة حسب الحالة يرجئ قاضي الموضوع الفصل في النزاع إلى غاية توصيله بقرار الفصل في الدفع بعدم دستورية النص التشريعي، غير أنه لا يتوقف الفصل في الحالات التالية:

1- حالة الدفع المثار أمام قاضي التحقيق لا يتوقف سير التحقيق طبقا لما تنص عليه الفقرة 2 من نص المادة 10 من القانون العضوي 16/18.[1]

2- حالة وجود أطراف رهن الحبس.

3- حالة نص القانون على وجوب فصل الجهة القضائية في أجل محدد أو على سبيل الاستعجال.

تطبق نفس الشروط على المحكمة العليا أو مجلس الدولة لإرجاء الفصل في النزاع من عدمه، ويمكن القول أنه يترتب على قبول الدفع بعدم الدستورية أثرين رئيسيين وأن القرار بعدم الدستورية قد ينصب على النص بأكمله أو فقرة منه.

أ-الأثر الفوري

- يتمثل في استبعاد النص التشريعي المقضي بعدم دستوريته ويصبح بدون أثر بالنسبة للخصومة القضائية الموقوف الفصل فيها، أي لا يطبق عليها.
- يكون الحكم الصادر عن المحكمة نافذًا بأثر مباشر ما لم يحدد في الحكم تاريخًا آخر لنفاذه .[2]

ب-أثر مستقبلي

يمتد أثر القرار بعدم الدستورية إلى كل القضايا التي تستند على نفس النص التشريعي المقضي بعدم دستوريته، ويمكن للمجلس الدستوري تحديد أجل أو تاريخ سريان القرار الصادر عنه حتى بالنسبة

(1)- تنص المادة 10من القانون العضوي 16/18،المحدد لشروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية،المرجع السابق علي انه "في حالة ارسال الدفع بعدم الدستورية،ترجيء الجهة القضائية الفصل في النزاع الي غاية توصلها بقرار المحكمة العليا او مجلس الدولة او مجلس الدستوري عند احالة الدفع اليه،غير انه لا يترتب علي لذلك وقف سير التحقيق ويمكن للجهة القضائية اخذ التدابير المؤقتة او التحفظية اللازمة ".

(2)– سعودي نسيم ،الدفع بعدم الدستورية علي ضوء التعديل الدستوري الاردني ،لسنة 2011،مجلة الاستاذالباحث لدراسات القانونيةوالسياسية،عدد9،المجلد الاول،جامعة محمد لمين دباغين ،سطيف،الجزائر،2018،ص597.

للخصومات المستقبلية، أو المماثلة السارية أي التي تستند إلى نفس النص المقضي بعدم دستوريته طبقًا لما تنص عليه المادة 191 من الدستور.[1]

ما يستشف من نص المادة 191 أن الدفع بعدم الدستورية لا يمكن أن يطال إلا المقتضى التشريعي الذي تم الدفع بعدم دستوريته وليس القانون برمته، وما يمكن قوله في هذا الشأن إذا كان الحكم التشريعي الملغى مرتبط بالحكم الذي قبله أو بعده أو أي حكم آخر في نص القانون، هل يتم إلغاؤه ضمنيًا أم يبقى ساري المفعول رغم ارتباطه بالنفي الملغى، أو يعمل المجلس الدستوري رقابته عن طريق تقنية التعدي[2] .

(1)- مرياماتقلميمت ، المرجع السابق، ص20.
(2)-حميداتوخديجة، المرجع السابق، ص336.

خاتمة

خاتمة

من خلال دراستنا لفعالية الرقابة على دستورية القوانين، حاولنا جمع وتحليل ما تناوله الفقه الدستوري وما تناوله الدستور من نصوص قانونية والأنظمة الداخلية التي وضحت أن للقضاء الدستوري دور فعال في تكريس دولة القانون نظرا لمساهمته في بناء منظومة قانونية متكاملة خالية من التعارض بين نصوصها ونصوص الدستور، كون هذه الأخيرة أسمى من هذه النصوص، وتحقيق السمو للدستور يتطلب عدم صدور قوانين تشريعية تخالفه، من خلال الرقابة القضائية على دستورية القوانين ضمانا لسموه، حيث أن الرقابة القضائية لها أوجه مختلفة، فقد تمارس عن طريق الدعوى الأصلية بهدف إلغاء القانون المخالف للدستور نهائيا، ومنها ما يمارس عن طريق الدفع الفرعي بهدف استبعاد القانون المطعون ضده بعدم الدستورية، وهي الطريقة التي انتهجها المشرع الجزائري في آخر تعديل سنة 2016، لكن مع المحافظة على الرقابة السياسية عن طريق المجلس الدستوري، وهذا ما يجعلنا أمام مزج من الممارسة بين الرقابة القضائية عن طريق الدفع والرقابة السياسية كأسلوب اتبعه المؤسس الدستوري، لهذا نقول أن توجه الجزائر إلى هذا المنهج يعد مكسبا للمنظومة القانونية لأن الهدف هو ضمان الحقوق وحريات الأفراد واستجابة للنداءات والانتقادات الفقهية المتعددة لإصلاح آليات الرقابة وهو الجديد الذي جاء به المشرع الجزائري من خلال القانون العضوي 16/18 المحدد لشروط وكيفيات الدفع بعدم الدستورية.

إن الدفع بعدم دستورية القوانين هي طريقة مهمة تسعى لمعالجة القوانين بروح الدستور إلا أن هذا لا يخلو من العيوب التي تجعل من القاضي يملك سلطة سياسية، إذن فيما يخص تعديل 2016 أُحدث فيه عامل التغير الذي يركز على تطوير المجلس الدستوري من خلال توسيع آلية الإخطار حسب ما نصتا عليه المادة 187 مكن الدستور التي شملت الوزير الأول ونواب البرلمان وبالأخص الهيئة القضائية عن طريق الأفراد، وذلك لتجسيد الرقابة القضائية عن طريق الدفع لإحداث التوازن وحماية سمو الدستور، لكن قد تنقلب المعادلة في ظل تبعية السلطات للسلطة التنفيذية.

وبغض النظر عن مختلف الجوانب الإيجابية والسلبية التي تم استخلاصها من هذا الموضوع فإن المؤشر الرئيسي لنجاعة العدالة الدستورية والإضافة التي سيقدمها المجلس الدستوري كقاضي حقوق لتثبيت وترسيخ الحقوق الأساسية في الثقافة القانونية الجزائرية.

ومن خلال هذا البحث توصّلنا إلى النتائج التالية:

●قد أبقى المشرع الدستوري الرقابة على دستورية القوانين مع تمكين الأفراد من مخاصمة القانون الذي ينتهك حقوقهم وحرياتهم المضمونة دستوريا، لكن هذا الدفع لا يكون بطريقة مباشرة وإنما يتم بإحالة من المحكمة العليا أو مجلس الدولة.

●إن حق الأفراد في لدفع بعدم الدستورية ليس مطلقا وإنما محددا بالمقتضيات التي تمس بالحقوق والحريات المحددة في الدستور، لهذا يجب على المشرع العضوي تحديد الحقوق والحريات التي يكن للأفراد التمسك بها في مخاصمة القانون.

●ليس لقضاة الموضوع البت في مدى دستورية القوانين وإنما دورهم يتمثل في التحقق من توافر مذكرة الدفع على الشروط المنصوص عليها في القانون.

●تتم عملية فحص طلب الدفع بعدم الدستورية على مرحلتين قبل وصوله إلى المجلس الدستوري، الأولى من طرف قاضي الموضوع والثانية من طرف المحكمة العليا أو مجلس الدولة اللذين يعود لهما اختصاص إحالتها من عدمه إلىالمجلس الدستوري.

ولضمان فعالية آليات الرقابة القضائية في مجال الممارسة، نقترح مجموعة من الاقتراحات التي نراها ضرورية منها:

✓ يجب العمل على تحقيق مبدأ الفصل بين السلطات من أجل تحقيق استقلالية القضاء.

✓ يجب تعيين قضاة من أهل الاختصاص.

✓ فيما يخص أعضاء المجلس الدستوري يكون بناء على معايير قانونية تتمثل في الكفاءة والحياد والشفافية والنزاهة في التعاملات القضائية لتكريس دولة القانون مبنية على الديمقراطية.

✓ إن إصدار المشرع الجزائري للقانون العضوي 16/18 المنظم لإجراء الدفع بعدم الدستورية، يستدعي منه مراجعة قوانين الإجراءات المدنية والإدارية والجزائية والقوانين المنظمة لهيئات القضاء العادي والإداري حتى تتكيف مع المعطى الجديد.

قائمة المراجع

قائمة المراجع

أولا:الكتب

1-السيد الباز، الرقابة على دستورية القوانين في مصر، دراسة مقارنة، دون طبعة، درا الجامعات المصرية الإسكندرية، مصر، 1982.

2-الطماويمحمد سليمان ، النظم السياسية في القانون الدستوري، دراسة مقارنة، دون طبعة، دار الفكر العربي، مصر 1988.

3-بطيخ رمضان محمد، النظرية العامة للقانون الدستوري وتطبيقاتها، في مصر، د.ط، مطبعة جامعة عين الشمس القاهرة، مصر، 1988.

4-راغبماجد راغب، القانون الدستوري، دون طبعة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1990.

5-بيسوني عبد الغاني عبد الله، النظم السياسية والقانون الدستوري، د.ط، منشاة المعارف ، الإسكندرية، القاهرة،1997.

6-ارزقي محمد نسيب، أصول القانون الدستوري والنظم السياسية، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار الأمة للنشر والتوزيع، الجزائر، 1998.

7-عبد الوهاب محمد رفعت،رقابة دستورية القوانين والمجلس الدستوري، د.ط، الدار الجامعية، لبنان، 2000.

8-عبد الله عمر، الرقابة على دستورية القوانين، دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة، جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، سوريا، مجلد17، العدد الثاني، 2001.

9-صليبا أمين عاطف ، دور القضاء الدستوري في إرساء دولة القانون، دراسة مقارنة، دون طبعة، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 2002.

10-بودياحسني ، الوجيز في القانون الدستوري، دون طبعة، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2003.

11-السناريمحمد ، القانون الدستوري ونظرية الدولة والحكومة، دراسة مقارنة، د.ط، دار النهضة العربية، القاهرة مصر2006.

12-شاعر رمزي ، رقابة دستورية القوانين، الرقابة، دراسة مقارنة، دون طبعة ، دار التسير للقاهرة ، مصر 2006.

13-إمام محمد محمد عبده، الوجيز في شرح القانون الدستوري، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر 2008.

14-البهجيإيناس محمد ، المصري يوسف ، الرقابة على دستورية القوانين، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، مصر، 2013.

15-أتركين محمد، دعوى الدفع بعدم الدستورية في التجربة الفرنسية، الإطار القانوني والممارسة القضائية، سلسلة الدراسات الدستورية، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، 2013.

16-سويلم محمد علي،الرقابة علي دستورية القوانين وتطور الأنظمة الدستورية ،دراسة مقارنة،دون طبعة،دار المطبوعات الجامعية،الإسكندرية،القاهرة،2013.

17-غنايم مدحت أحمد محمد ، الاتجاهات الحديثة في رقابة دستورية القوانين في الأنظمة اللاتينية، (مصر، فرنسا)،الطبعة الاولي، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، مصر، 2014.

18-خاطرشريف يوسف،المسالة الدستورية في التجربة الاولية،دراسة مقارنة ،دون طبعة،دار الفكر والقانون،المنصورة،مصر2015.

19-حسن مصطفى البحري، القضاء الدستوري، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى،دون دار النشر، دمشق، سوريا، 2017.

20-أصديق فوزي ، الوافي في شرح القانون الدستوري، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، ديوان المطبوعات الجامعية الساحة المركزية بن عكنون، الجزائر، دون سنة.

21-سعيد بوشعير، القانون الدستوري والنظم السياسية المقارنة، الجزء الأول، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الساحة المركزية، بن عكنون، الجزائر، دون سنة.

ثانيا- أطروحات دكتوراه :

1-بن دراج علي إبراهيم، تطور نظام الرقابة على دستورية القوانين في الجزائر، دراسة مقارنة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، الطور الثالث في الحقوق تخصص دولة ومؤسسات، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة زيان عاشور، الجلفة، الجزائر، 2019.

ثالثا: المقالات:

1-فاطمة الزهراء التادلي، الدفع بعدم الدستورية قانون طبقا لأحكام الفصل 133 من الدستور، مجلة صادرة عن هيئة المحامين بسطات، العدد السابع، مطبعة التيسير، القاهرة، مصر، ديسمبر 2013.

2-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، الرباط، المغرب، الطبعة الأولى، 2014.

3-بلمهدي إبراهيم، آلية الدفع بعدم الدستورية في أحكام تعديل الدستوري الجزائري 2016،العدد الاول ،المجلد الثالث، مجلة الدراسات القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر.

4-العزوزي جمال ، تأملات أولية في مشروع القانون التنظيمي المتعلق بالدفع بعدم دستورية القوانين المجلة المغربية للحكامة القانونية والقضائية، مطبعة الأمنية، الرباط المغرب، مجلة نصف سنوية، العدد الاول،2016.

5-قزلان سليمة، أبرز الملامح الأساسية لآلية الدفع بعدم الدستورية في ظل المراجعة الدستورية الأخيرة لـ 2016، دراسة مقارنة، فرنسا نموذجا، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية العدد 1، كلية الحقوق، بن عكنون الجزائر، 2017.

6-فاطمة الزهراء التادلي، الدفع بعدم الدستورية قانون طبقا لأحكام الفصل 133 من الدستور، مجلة صادرة عن هيئة المحامين بسطات، العدد السابع، مطبعة التيسير، القاهرة، مصر، ديسمبر 2013

8-بـن بغيلـة ليلـي ،دعـوى الـدفع بعـدم الدسـتوريةالتعديل الدسـتوري لسـنة 2016استئناسـا بالتجربـة الفرنسية،مجلة الشريعة والاقتصاد، نصف سنوية، العدد الثاني عشر، ديسمبر 2017، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، الجزائر،2017

9-محمد بوسلطان، إجراء الدفع بعدم الدستورية، آفاق جزائرية جديدة، مجلة المجلس الدستوري، عدد08، الجزائر، 2017.

10-حميداتوخديجة،الـدفع بعـدم الدسـتورية فـي ظلالتعـديل الجديـد لسـنة 2016،دفـاتر السياسـة والقانون،العدد18جانفي،قسم الحقوق،جامعة قاصدي مرباح،ورقلة ،الجزائر،2018

11-سعودي نسيم، الدفع بعدم الدستورية على ضوء التعديل الدستوري الأردني لسنة 2011، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، العدد التاسع، المجلد الأول، جامعة محمد لمين دباغين، سطيف، 2018.

12-تقلميمت مريامـا، دور المحـامي فـي إصـارة الـدفع بعـدم الدسـتورية، مجلـس المحـامين، عـدد32، سطيف، 2019.

13-رحموني محمد، ، حق الأفراد في الدفع بعدم الدستورية في ظل القانون العضوي المحدد لكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية، دفاتر السياسة والقانون، السنة الحادية عشر، مجلد11، العدد الأول، قسم الحقوق، جامعة أحمد دراية، أدرار، الجزائر، 2019.

رابعا: النصوص القانونية

أ) _ الدساتير

1. دستور 1996، المؤرخ في: 07- 12- 1996، الجريدة الرسمية العدد 76، المؤرخة في: 08- 12- 1996.

ب) _النصوص التشريعية

- ✓ **القوانين العادية**

1-القانون رقم 09/08 المؤرخ في 25 فيفري 2008،المتضمن الإجراءات المدنية والإدارية الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 21.

2-القـانون رقـم: 01/16، المـؤرخ فـي 06 مـارس 2016، يتضـمن التعـديل الدسـتوري، الجريـدة الرسمية،العدد14، المؤرخة بتاريخ: 07 مارس 2016.

3-القانون العضوي16/18 المؤرخ في 22 ذي الحجة عام 1439الموافق ل 02 سبتمبر2018الذي يحدد شروط و كيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية،الجريدة الرسمية ،العدد54 ،المؤرخة في 5سبتمبر 2018.

4-النظام المحدد لعمل المجلس الدستوري،المؤرخ في4ماي 2016،الجريدة الرسمية،العدد29.

ج:الاراء:

1-الرأي رقم 03 المؤرخ في 2018/8/02 المتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي الذي يحدد شروط وكيفية تطبيق الدفع بعدم الدستورية للدستور، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 54، سنة 2018.

خامسا:مواقع الانترنت

1-الدستور الامريكي،مكتبة حقوق الانسان،جامعة منيسوتا،hrlibrary.umn.edu

فهرس المحتويات

فهرس المحتويات:

المحتويات	الصفحة
كلمة شكر.....	
الإهداء.....	
مقدمة.....	2
الفصل الأول: الإطار المفاهيمي للرقابة القضائية على دستورية القوانين.....	6
المبحث الأول: مفهوم الرقابة القضائية على دستورية القوانين.....	7
المطلب الأول:نشأة الرقابة القضائية على دستورية القوانين.....	7
الفرع الأول: نشأة الرقابة القضائية في الولايات المتحدة الأمريكية.....	7
الفرع الثاني: نشأة الرقابة القضائية على دستورية القوانين في مصر.....	16
الفرع الثالث: نشأة الرقابة القضائية في بعض الدول الغربية.....	17
المطلب الثاني: تعريف الرقابة القضائية على دستورية القوانين.....	19
المبحث الثاني: صور وتقدير الرقابة القضائية على دستورية القوانين.....	21
المطلب الأول: صور الرقابة القضائية. على دستورية القوانين.....	21
الفرع الأول: رقابة إلغاء (الدعوى الأصلية).....	21
الفرع الثاني: رقابة امتناع (الدفع بعدم الدستورية).....	23
الفرع الثالث: الفروق الجوهرية بين رقابة الإلغاء ورقابة الامتناع.....	26
المطلب الثاني: تقدير الرقابة القضائية على دستورية القوانين.....	28

الفرع الأول: عيوب الرقابة القضائية على دستورية القوانين.....	28
الفرعالثاني:مزايا الرقابة القضائية على دستورية القوانين.....	29
الفصل الثاني:آلية الرقابة على دستورية القوانين في ظل القانون العضوي16/18	32
المبحث الأول:مفهوم الدفع بعدم الدستورية	33
المطلب الأول: تعريف وخصائص الدفع بعدم الدستورية.....	33
الفرع الأول: تعريف الدفع بعدم الدستورية.....	33
الفرع الثاني: خصائص الدفع بعدم الدستورية.....	36
المطلب الثاني: مضمون وطبيعة الدفع بعدم الدستورية.....	41
الفرع الأول: مضمون الدفع بعدم الدستورية.....	42
الفرع الثاني: طبيعة الدفع بعدم الدستورية في النظام الدستوري الجزائري.....	43
المبحث الثاني: الشروط والإجراءات المتبعة للدفع بعدم الدستورية.....	46
المطلب الأول: شروط قبول الدفع لعدم الدستورية.....	46
الفرع الأول: الشروط الشكلية.....	46
الفرع الثاني: الشروط الموضوعية.....	47
المطلب الثاني: الجوانب الإجرائية للدفع بعدم الدستورية والآثار المترتبة عنه.....	53
الفرع الأول: الإجراءات المتبعة أمام المحاكم التابعة لمجلس الدولة أو المحكمة العليا.....	53
الفرع الثاني: الإجراءات المتبعة أمام المحكمة العليا ومجلس الدولة.....	54
الفرع الثالث:. الأحكام المطبقة أمام المجلس الدستوري.....	55

الفرع الرابع: دور المحامي وأثر الدفع بعدم الدستورية.....	58
خاتمة.	63
قائمة المراجع.....	66
فهرس المحتويات.....	72