Middle East Journal of Legal and Jurisprudence Studies

Homepage: http://meijournals.com/ar/index.php/mejljs/index

ISSN: 2710-2211

مجلة الشرق الأوسط
للدراسات القانونية والفقهية

ضوابط الدفع بعدم دستورية القوانين طبقا للتشريع الجزائري

بلال نورة

طالب دكتوراه، تخصص قانون دستوري
كلية الحقوق والعلوم السياسية.
جامعة الحاج لخضر باتنة 1 ،الجزائر

استلام البحث: 03/01/2021 مراجعة البحث: 06/02/2021 قيول البحث:06/02/2021

ملخص الدراسة:

إن المؤسس الدستوري إعتمد نظام الدفع بعدم دستورية القوانين بموجب القانون رقم 01/16 المؤرخ في 2016/03/17 المتضمن التعديل الدستوري لعام 2016،وهي آلية رقابية وحمائية تكفل حماية الحقوق والحريات الأساسية من مختلف صور انتهاك القوانين لها،وقد ترتب عن استحداث هذه الآلية ضبط ممارستها بشروط وإجراءات مقررة قانونا،عكست تأثر المؤسس الدستوري بنظيره الفرنسي بشأن كيفية وخصوصية معالجة الجهات القضائية للدفع بعدم الدستورية،بالإضافة إلى إعمال نمط الموازنة بين مبدأ الأمن القانوني وترتيب الآثار على الحكم بعدم الدستورية بما يضمن عدم إعمال الرجعية الإ وفقا لضوابط تخضع في تقديرها لسلطة المجلس الدستوري حماية للحقوق المكتسبة و للمراكز القانونية السابقة في نشأتها على صدور الحكم عدم دستورية .

الكلمات المفتاحية: الدفع، المحكمة الدستورية، التصفية، الإحالة، الحجية.

Abstract

The constitutional founder has adopted the system of arguing against the institutionality of laws by Act No 16/01 of 17/03/2016 containing the Constitutional Amendment of 2016,It is a regulatory and protective mechanism that ensures that fundamental rights and freedoms are protected from all forms of violations of laws. The introduction of this mechanism has resulted in the regulation of its exercise under legally established conditions and procedures. It reflected the Constitutional founder's influence on his French counterpart on how and how the judiciary dealt with institutionality. In addition, the pattern of balancing the principle of legal security with the order of effects on the ruling of institutionality should be implemented to ensure that retroactivity can only be carried out in accordance with controls which, in their discretion, are subject to the authority of the Constitutional Council in order to protect the acquired rights and legal positions prior to the adoption of the judgment, are unconstitutional.

Keyword: Defence, Constitutional Court, Liquidation, Assignment, Validity.

جميع الحقوق محفوظة لمجلة الشرق الأوسط للدراسات القانونيه والفقهيةألمجلد 1. العدد 1. 2021

1. مقدمـــــــــــة

ان الدفع بعدم دستورية القوانين يعد آلية قانونية ذات طابعين حمائي وجزائي،فالطابع الحمائي يتمثل في كونها ضمانة قانونية لحماية الحقوق والحريات الأساسية عن طريق الاعتراف بحق الفرد في الولوج إلى العدالة الدستورية عبر مباشرته الدفع بعدم دستورية القوانين وهذا الأخير هو أحد أبرز أساليب مباشرة الدعوى الدستورية ،ومن جانب آخر يبرز الطابع الحمائي أيضا في ضمان تكريس نفاذ القاعدة الدستورية، وحماية مبدأ المشروعية،وذلك عن طريق كفالة مبدأ سمو الدستور وتدرج التشريع،ويتحقق ذلك عن طريق تطهير المنظومة القانونية من كل التشريعات المخالفة للدستور.

أما الطابع الجزائي فيبرز من خلال الزام الكافة بما فيهم المواطنين والسلطات العامة في الدولة بالالتزام بتنفيذ الحكم القاضي بعدم الدستورية،ومظهر ذلك ينعكس على التزام السلطات العامة باعمال هذا الحكم بشأن القرارات والإجراءات والقوانين المتخذة من طرفها،وهذا تحقيقا للشرعية الدستورية وسمو القاعدة الدستورية. وتباشر الدعوى الدستورية بموجب عدة صور عدة اما ان تكون بموجب طعن دستوري مباشر،أو التصدي والاحالة وأخيرا الدفع بعدم الدستورية من قبل الأفراد.

وقد تبنى المؤسس الدستوري الجزائري بموجب التعديل الدستوري لعام 2016 نظام الرقابة القضائية على دستورية القوانين بموجب المادة 188 منه التي أجازت للمتقاضي الحق في اثارة الدفع بعدم دستورية القانون، وبذلك يكون المؤسس الدستوري الجزائري قد تأثر بأسلوب الرقابة القضائية على دستورية القوانين لاسيما بالنموذج الفرنسي وأمام المطالب المستمرة والمتجددة الداعية إلى إصلاحات سياسية ودستورية توجه النظام السياسي في الجزائر إلى الإعلان عن إصلاحات دستورية أهمها التعديل الدستوري لعام 2020 الذي تضمن تعديلات نوعية تتعلق باستحداث المحكمة الدستورية لتحل محل المجلس الدستوري، وهذا تماشيا مع نمط الدفع بعدم الدستورية ،وعليه فإن هذا الأخير يمثل اساس الدراسة لأن ولوج المتقاضي للعدالة الدستورية يتأتى من خلال مباشرة اجراءات الدفع، التي تجيز للمتقاضين في إطار دعوى منظورة قضائيا الطعن في دستورية القوانين التي تنتهك الحقوق والحريات المكفولة دستوريا أمام القضاء العادي والإداري،وبحكم أهمية تلك الآلية التي تتجسد من خلال كونها أحد أنواع الرقابة القضائية وضمانة لحماية الحقوق والحريات

جميع الحقوق محفوظة لمجلة الشرق الأوسط للدراسات القانونيه والفقهية ألمجلد 1. العدد 1. 2021

2. الاطار النظري والدراسات السابقة:

ان الدفع بعدم الدستوري طبقا للنموذج الجزائري هو انعكاس لارادة المؤسس الدستوري في تكريس مقومات دولة الحق والقانون عن طريق اشراك المتقاضي الى جانب السلطات العامة في مباشرة الدعوى الدستورية بنوعيها وهما الرقابة السابقة على دستورية القوانين والرقابة اللاحقة على دستورية القوانين ونموذج هذه الأخيرة هو الدفع بعدم الدستورية،هذا الأخير يعكس خصوصية التجربة الجزائرية بهذا الشأن عندما رهن المؤسس الدستوري ممارسته بوجود انتهاك لحق أو حرية مضمونة بموجب الدستور من طرف قانون يراد تطبيقه على الدعوى الأصلية (سواء كانت مدنية ،جنائية،إدارية) المقامة أمام إحدى محاكم الموضوع (محاكم الدرجة الأولى والمجالس القضائية) التابعة لكل من المحكمة العليا ومجلس الدولة بل أن المشرع أجاز اثارته لاول مرة أمام كل من المحكمة العليا ومجلس الدولة وهذا يندرج ضمن منطق ان الدفع يعد مسألة أولية تقتضي الفصل فيها بشكل أولي عن باقي الدفوع المثارة بالاضافة الى تكريسه نظام تبعية المحاكم التي اثير امامها الدفع للمحاكم العليا التابعة لها.

أما بشأن الدراسات السابقة التي عالجت هذا الموضوع في التشريع الجزائري فتتمثل في المقالات المنشورة بالمجلات كمجلة المجلس الدستوري(العدد 2 سنة 2013،العدد 7 سنة 2016،والعدد 8 لسنة 2017)،بالاضافة الى مقالات للباحثين المنشورة بمختلف المجلات العلمية والمواقع الالكترونية ،وايضا بعض الرسائل الجامعية التي عالجت هذا الموضوع ومنها على سبيل المثال رسالة بعنوان الدفع بعدم الدستورية وهي رسالة للحصول على شهادة الماستر في الحقوق صادرة عن جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية للسنة الجامعية 2016،أما على مستوى القانون المقارن فهناك عدة دراسات عالجة موضوع الرقابة القضاية اللاحقة على دستورية القوانين ومنها على سبيل المثال: أطروحة دكتوراه للباحث تركي سطام المطيري بعنوان الجوانب بين الإجرائية للدعوى الدستورية دراسة مقارنة بين فرنسا ومصر والكويت،صادرة عن كلية الحقوق جامعة القاهرة ،2013، وأيضا أطروحة دكتوراه بعنوان الدفع بعدم الدستورية كوسيلة لاتصال المحكمة الدستورية العليا بالدعوى الدستورية للباحث حسام محمد حميدي عبد الفتاح الفضالي صادرة عن كلية الحقوق جامعة الاسكندرية لعام 2017.

جميع الحقوق محفوظة لمجلة الشرق الأوسط للدراسات القانونيه والفقهية ألمجلد 1. العدد 1. 2021

3. مشكلة الدراسة:

ان دراسة موضوع الدفع بعدم الدستورية والذي يندرج دائما في إطار الحفاظ على الشرعية الدستورية والتوازن بين السلطات في مبشرة اختصاصاتها ووجوب التزامها بأحكام الدستور،وحماية الحقوق والحريات الأساسية لذا سوف نتناوله بالدراسة انطلاقا من عدة إشكالات التي يثيرها وفي مقدمتها الإشكال الرئيسي المتمثل في:

- هل تضمن آلية الدفع بعدم الدستورية الحماية الفعالة للحقوق والحريات الأساسية للمتقاضي؟
- وتتفرع عن تلك الإشكالية عدة تساؤلات فرعية كالآتي:
- هل أفرد التشريع الجزائري ضوابط خاصة لممارسة هذه الآلية؟
- وفيما تتمثل الإجراءات المقررة للفصل في الدفع؟

4. فرضيات الدراسة:

وتؤسس هذه الدراسة على فرضيتين تتمثلان في:

1. في ظل تبني نظام ازدواجية التقييم المبدئي للدفوع بعدم الدستورية ،فمن المؤكد أن تتحول محاكم الدرجة الأولى والمحاكم العليا التابعة لها الى قاضي أولي للدستورية يتحكم في احالة الدفع الى المحكمة الدستورية.
2. عدم ضبط الأثر القانوني للحكم بعدم الدستوري بموجب نص قانوني يتيح للمحكمة الدستورية السلطة التقديرية الواسعة في تحديد آثار حكمها بما يترتب عنه وقوع إخلال في تصورات المعالجة القانونية لأثار الحكم بعدم الدستورية.

5. أهمية الدراسة:

وتتجلى الأهمية لهذه الدراسة في ان اعتماد المؤسس الدستوري الجزائري لأول مرة أسوة بالمؤسس الدستوري الفرنسي نظام الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين عن طريق دفع فرعي يثير أحد المتقاضين بصدد دعوى أصلية أو كما إصطلح عليه في التشريع الفرنسي بتسمية المسألة الدستورية ذات الأولية

جميع الحقوق محفوظة لمجلة الشرق الأوسط للدراسات القانونيه والفقهية ألمجلد 1. العدد 1. 2021

واختصارها QPC،ومنح اختصاص الفصل فيها للقضاء الدستوري باعتباره صاحب الاختصاص الأصيل في مباشرةالرقابة على مدى تطابق القانون مع أحكام الدستور،وبذلك يكون المؤسس الدستوري قد أخذ بنظام مركزية الرقابة الدستورية مع اشراك جهات القضاء العادي والاداري في موضوع الدفع ولكن في جوانب محددة قانونا .

6. حدود الدراسة:

وباعتبار ان الدفع بعدم الدستورية آلية قانونية إستحدثت بموجب التعديل الدستوري لعام 2016 فإن محددات الدراسة الزمنية لها سنقتصرها على هذا التعديل وكذا القانون القانون العضوي رقم 16/18 المحدد لشروط وكيفيات الدفع بعدم الدستورية وقانون الاجراءات المدنية والادارية لعام 2008، وأما الحدود المكانية لها فإننا سنقصرها على التجربة الجزائرية.

7. منهج الدراسة:

اعتمدت في هذه الدراسة على المنهج الوصفي لإبراز مفهوم الدفع بعدم الدستورية وطبيعته القانونية وشروطه وإجراءاته وآثاره، وكذا المنهج التحليلي والوصفي من خلال استقراء النصوص القانونية بغرض التوصل الى مدى اشتراط المشرع ضوابط قانونية خاصة في مجال الدفع بعدم الدستورية في غياب النص الصريح على بعض هذه الشروط والاكتفاء بالاحالة بشأنها على القواعد العامة المتمثلة في قانون الاجراءات المدنية والادارية وكذا البحث عن خصوصية هذه الشروط والاجراءات مقارنة بالدعوى القضائية العادية، للوصول إلى مدى كفايتها لضمان حماية الحقوق والحريات المقررة دستوريا.

ولمعالجة التساؤلات التي تطرحها هذه الدراسة سنعتمد التقسيم التالي:

- المبحث الأول: ضوابط إثارة الدفع بعدم دستورية القوانين.
- المبحث الثاني: إجراءات الفصل في الدفع بعدم دستورية القوانين.

المبحث الأول: ضوابط إثارة الدفع بعدم دستورية القوانين:

يعتبر مبدأ الدفع بعدم دستورية القوانين آلية جديدة للرقابة البعدية على القوانين في التجربة الجزائرية،إذ أصبح بإمكان كل متقاضي استوفي الشروط القانونية أن يدفع بأن القانون الذي سيطبق

جميع الحقوق محفوظة لمجلة الشرق الأوسط للدراسات القانونيه والفقهية ألمجلد 1. العدد 1. 2021

عليه في النزاع المعروض أمام المحكمة يمس بالحقوق والحريات التي يضمنها الدستور، وبالتالي فإن حق إحالة القوانين غير الدستورية على المجلس الدستوري لم يعد قاصرا على السلطات العامة، بل أصبح حقا مشتركا بينها وبين المتقاضي[1] (يوسفادريدو،2017ص5).

وقبل التطرق إلى النظام القانوني المنظم لممارسة الدفع تعين أولا تحديد مفهومه وطبيعته القانونية وعليه سنتطرق في المطلب الأول إلى مفهوم الدفع ثم نعالج في المطلب الثاني الضوابط القانونية المتعلقةبإثارة هذا الدفع.

المطلب الأول: مفهوم الدفع بعدم دستورية القوانين.

يندرج الدفع بعدم الدستورية ضمن أهم التعديلات الدستورية التي استحدثهاالتعديل الدستوري لعام 2016، على أساس أن الدساتير الجزائرية السابقة أجمعت على حظر حق الأفراد في مباشرة الدعوى الدستورية سواء بطريق مباشر أو دفع فرعي، كما أنها لم تتضمن منح جهات القضاء العادي أو الإداري أي اختصاص فيما يتعلق بمجال الدعوى الدستورية.

وتتأصل الأسس النظرية للرقابة اللاحقة على دستورية القوانين على مبدأ سيادة القانون وسمو الدستور،فالشرعية في الدولة المعاصرة ترتكز على سيادة الدستور، باعتباره اسمى القواعد القانونية في المجتمع بما يقتضي خضوع جميع تصرفات السلطات العامة في الدولة لمقتضياته،وعليه سنعالج ضمن هذا المطلب المدلول القانوني للدفع بعدم الدستورية(فرع أول) ثم نتطرق إلى تحديد طبيعته القانونية(فرع ثاني).

الفرع الأول: المدلول القانوني للدفع بعدم دستورية القوانين.

استقرت التشريعات المقارنة على أن حق الدفع بعدم الدستورية يشكل أهم وسيلة دفاعية مقررة قانونا عليها لتحريك الدعوى الدستورية في الدولة، وقد عرفه المجلس الدستوري الفرنسي بأنه" حق يخول كل طرف في رفع الدعوى أمام المحكمة المدنية أو الإدارية أو الجنائية بأن يطلب إذا أراد مطابقة القانون الذي سيطبق عليه في الدعوى للدستور بواسطة مذكرة مستقلة طالما أن القاضي لا يمكنه أن يثير هذا الدفع تلقائيا." [2] (Roussillon (H),2001,32)،Debré (J.L),conseil, constitutionnel,2010).

جميع الحقوق محفوظة لمجلة الشرق الأوسط للدراسات القانونيه والفقهية ألمجلد 1. العدد 1. 2021

وكذلك يقصد به منازعة قانون ساري المفعول لمخالفته أحكام الدستور يثيره أحد الخصوم بمناسبة نزاع قضائي معروض أمام جهات القضاء العادي أو الإداري بتوفر شروط محددة على سبيل الحصر وذلك بغرض التأكد من مدى دستوريته بإحالته على رقابة المحكمة الدستورية للفصل فيه باعتبارها صاحبة الاختصاص.[3](أحمد شعبان،2014،ص162).

يتبين باستقراء التعريفين السابقين أن الدفع بعدم الدستورية هو آلية قانونية تثار من طرف المتقاضي كمسألة أولية بصدد دعوى أصلية مرفوعة أمام المحكمة،ويقتصر نطاقه على القانون الساري المفعول المراد تطبيقه على تلك الدعوى.

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للدفع بعدم الدستورية.

إن البحث في مسألة الدفع بعدم دستورية القوانين تقتضي تحديد الطبيعة القانونية له اعتمادا على النظرية العامة للدفوع من حيث أنه دفع شكلي أو موضوعي أو قانوني أم أنه ذو طابع خاص، فالمقصود بالدفع الشكلي هو ذلك المسألة التي تستهدف الطعن في صحة الإجراءات أما الدفع الموضوعي يرتكز على إنكار الحق المطالب به، ولا يترتب على عدم قبول الدفع الشكلي المساس بأصل الحق المدعى به ويجوز تجديد رفع الدعوى للمطالبة بذات الحق مع وجوب اتباع الاجراءات الصحيحة، أما الحكم برفض الدفع الموضوعي فإنه ينهي النزاع على أصل الحق ويحول دون تجديده أمام القضاء، مع بقاء حق الطعن فيه أمام الجهة الأعلى وباكتسابه النهائية يرتب حق الدفع بسبق الفصل لاكتساب ذلك الحكم حجية الشيء المقضي به[4].(أحمد شعبان،2014،ص162)

ان استعراض مفهوم الدفع الشكلي والموضوعي هو بغرض محاولة اسقاطه على أسلوب الدفع بعدم الدستورية للوصول إلى استخلاص مدى انتمائه إلى أحد هذه الدفوع أم أنه ذو طبيعة قانونية خاصة.

تأسيسا على أن الدعوى الدستورية هي دعوى عينية تنصرف إلى مخاصمة القانون فقد اعتبر الفقه الدستوري أن الدفع بعدم الدستورية من قبيل الدفوع الموضوعية لكونه وسيلة دفاع بخلاف الدفع الشكلي الذي ينصرف إلى الإجراءات قبل مناقشة الموضوع وإلا سقط الحق في الدفع به، لاسيما وأن المصلحة في الدعوى الدستورية مرتبطة بالمصلحة في الدعوى الموضوعية والفصل في هذه الأخيرة

جميع الحقوق محفوظة لمجلة الشرق الأوسط للدراسات القانونيه والفقهية ألمجلد 1. العدد 1. 2021

يتوقف على الفصل في الدعوى الدستورية ومنه فالتكيف الأنسب له هو أنه دفع موضوعي لأنه الأصلح لحماية الحقوق والحريات.

ويمكن أيضا وصفه بأنه دفع قانوني يمكن إثارته في جميع مراحل التقاضي فالمشرع الفرنسي من الناحية الشكلية نص على ضرورة طرح مسألة الأولية الدستورية بموجب مذكرة منفصلة عن عريضة افتتاح دعوى الموضوع، ويمكن إثارتها في أية مرحلة سواء أمام الدرجة الأولى أو الدرجة الثانية أو لأول مرة أمام محكمة النقض أو مجلس الدولة.

وبالتالي إذا كانت طبيعة الدفع بعدم الدستورية بأنه دفع عام يمكن أن يناقشه أي قاضي ودون الحاجة إلى نص يسمح له بذلك، إلا أنه لا يتعلق بالنظام العام لان القاضي لا يملك سلطة إثارته تلقائيا، كما أن ذلك الدفع ذو طابع قضائي منتج للإلغاء حسب ما تتبناه المؤسس الدستوري الجزائري.ومن جهة نظر الباحث نرى أن الدفع بعدم الدستورية ذو طابع قانوني خاص ومبررات ذلك تتمثل في:

- أن الدفع بعدم الدستورية مؤسس على مخاصمة النص التشريعي المخالف للدستور.
- النص على جواز اثارة الدفع لأول مرة أمام المحكمة العليا ومجلس الدولة يفيد بأنه متعلقبالنظام العام ومن ثم لا يمكن التسليم بالحظر الذي أقامه المشرع بحرمان القاضي من الاثارة التلقائية للدفع باعتبار أن الوظيفة الأساسية للقاضي هي حماية الحقوق والحريات وحماية الشرعية الدستورية وبالتالي من باب أولى أن يكون هو صاحب الحق أيضا إلى جانب المتقاضي في إثارة مسألة دستورية أي نص تشريعي يشك في عدم مطابقته للدستور.
- انفراد الدفع بعدم الدستورية بذاتية مستقلة عن باقي الدفوع من خلال النص عليه في الدستور .

المطلب الثاني: ضوابط إثارة الدفع بعدم الدستورية.

لا يتأتي للمتقاضي مباشرة الدفع بعدم الدستورية لا يتحقق إلا باتباع الشروط المقررة قانونا بموجب القانون العضوي رقم 16/18 المتعلق بشروط وكيفيات الدفع بعدم الدستورية،وتنقسم هذه الشروط الى

جميع الحقوق محفوظة لمجلة الشرق الأوسط للدراسات القانونيه والفقهية ألمجلد 1. العدد 1. 2021

صنفين الصنف الأوليتعلقبالشروط الشكلية والموضوعية للدفع(الفرع الأولى)أما الصنف الثاني يتعلق بنظام التقيم المبدئي للدفع (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الشروط الشكلية والموضوعية للدفع.

نصت المادتين 06 و08 من القانون العضوي رقم 16/18 المحدد لشروط وكيفيات ممارسة الدفع بعدم الدستورية على أنه يقدم الدفع بعدم الدستورية تحت طائلة عدم القبول بمذكرة مكتوبة ومنفصلة ومسببة، وان يتم ارسال الدفع بعد استيفاء الشروط المتعلقة بمايلي:

- ألا يكون الحكم التشريعي قد سبق التصريح بمطابقته للدستور من طرف المجلس الدستوري باستثناء حال تغير الظروف.
- ان يشكل الحكم التشريعي المعترض عليه مآل النزاع أو أن يشكل أساسا المتابعة.
- أن يتسم الوجه بالجدية.نستخلص باستقراء المادتين أعلاه بأن شروط قبول الدفع تنقسم الى طائفتين الأولى شكلية والثانية موضوعية.

وعليه سندرس الشروط الشكلية للدفع ثم تليها الشروط الموضوعية له.

الشروط الشكلية:

طبقا للمادة 06 من القانون العضوي اعلاه فإنه يجب أن يستوفي الدفع بعدم الدستورية عدة شروط شكلية تتمثل في:أن تقدم بمذكرة مكتوبة منفصلة ومعللة والمقصود بالمنفصلة أنها تكون مستقلة عن النزاع الرئيسي من جهة ومن جهة أخرى تقدم بموجب وسائل خاصة بالنقاش الدستوري،أما التعليل فإنه ينصرف إلى تبيان عدم دستورية المقتضى التشريعي المطعون فيه وأن يكون التعليل كافيا ومستفيضا حتى تتمكن المحكمة من مراقبة جدية المسألة ويتحقق ذلك بتبيان أوجه الخرق أو الانتهاك أو الحرمان من الحق أو الحرية،مع وجوب تحديد المقتضى التشريعي محل الدفع ومنه فالتعليل المحرر طبقا لعبارات عامة من قبيل غموض المقتضى التشريعي أو عدم الأمن القانوني لا يستجيب لشرط التعليل كما يشترط تحديد الحقوق والحريات المضمونة دستوريا والتي يدعى أن المقتضى التشريعي خرقها.

وتطبيقا لذلك قضى المجلس الدستوري الفرنسي في حكمه المؤرخ في 2009/12/03 بشأن بحث دستورية القانون الأساسي بشأن تطبيق المادة 61-1 من الدستور بضرورة تقديم الدفع بعدم الدستورية في مذكرة مكتوبة ومنفصلة مبررا ذلك بأن المجلس لا اختصاص له بالنسبة لموضوع الدعوى التي أثير بشأنها

جميع الحقوق محفوظة لمجلة الشرق الأوسط للدراسات القانونيه والفقهية ألمجلد 1. العدد 1. 2021

الدفع،وأن اختصاصه ينصب فقط على بحث الدفع بعدم الدستورية،في الحدود التي وردت في المذكرة التي قدم فيها،ولذا وجب أن تحال إليه هذه المذكرة فقط،منفصلة عن النزاع الأصلي،باعتبار أنها محور المسألة الدستورية المعروضة عليه.

وقد تشدد المشرع في الالتزام بهذا الاجراء بضرورة تقديم الدفع في طلب مستقل ومنفصل ومسبب،وحظر قيام القاضي بتنبيه المتقاضين لتصحيح شكل الدفع،طبقا للمادة 771-4 من قانون القضاء الاداري ،وضرورة الحكم برفضه إذا لم يقدم في الشكل الذي نص عليه المشرع. (5) (شريف يوسف خاطر،2010،ص134)

وباستثناء الشرط الشكلي السابق،لم يرد نص تشريعي أو لائحي يقتضي شروط شكلية أخرى،وبالتالي يخضع الدفع بعدم الدستورية للشروط الكلية العامة الأخرى المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية من حيث تقديمه من صاحب الصفة المصلحة وفي الآجال المقررة قانونا.

الشروط الموضوعية:

نصت المادة 08من القانون العضوي اعلاه على الشروط الموضوعية الواجب توفرها لقبول الدفع بعدم الدستورية والمتمثلة في:أن يكون النص التشريعي المطعون بعدم دستوريته مطبقا على النزاع أو يشكل أساس المتابعة،ولم يسبق الحكم بدستوريته ما لم تتغير الظروف،وجدية الدفع.

1-صلة النص التشريعي بالنزاع المعروض على القضاء

اشترطت المادة 08 اعلاه وجود صلة بين الحكم التشريعي والنزاع المطروح على قاضي الموضوع، ويتحقق بذلك بأن يكون من شأن الحكم التشريعي المدفوع بعدم دستوريته أن يؤدي إلى حسم النزاع أو يمثل أساسا للمتابعة.

وهذه الصيغة تضيق من الحالات التي يجوز فيها الدفع بعدم الدستورية،بحيث لا يجوز إثارته إلا بالنسبة للأحكام التشريعية المؤدية حتما لحسم النزاع أو تكون أساسا للمتابعة دون غيرها من الأحكام التشريعية المطبقة على النزاع طالما يمكن الفصل في النزاع دون الفصل في مدى دستوريتها.

أما بالنسبة لموضوع الدفع بعم الدستورية فمناطه القانون الذي يمس إحدى الحقوق والحريات المكرسة دستوريا، والمقصود بالقانون، حسب القانون العضوي رقم 16/18 كل حكم تشريعي يراد تطبيقه في دعوى

جميع الحقوق محفوظة لمجلة الشرق الأوسط للدراسات القانونيه والفقهية ألمجلد 1. العدد 1. 2021

معروضة على المحكمة، ويدفع أحد الخصوم بأن تطبيقه سيؤدي إلى خرق أو انتهاك حق من الحقوق والحريات المنصوص عليها في الدستور.

بمعنى أن جميع القوانين العادية تكون قابلة للدفع بعدم الدستورية سواء صدرت قبل التعديل الدستوري لعام 2016 أو وردت لاحقة له.

كذلك يشترط أن يكون القانون موضوع الدفع بعدم دستورية يمس حق من الحقوق المكرمة دستوريا، وبالتالي لا يمكن أن يتأسس الدفع بعدم الدستورية على أي سبب آخر غير المساس بالحقوق والحريات المكرسة دستوريا.

2-عدم سبق الحكم بدستورية النص المطعون فيه مالم تتغير الظروف

ومفاد ذلك أنه عند صدور حكم بدستورية نص تشريعي يكتسب ذلك النص قرينة الدستورية أو ما يطلق عليه براءة الدستورية،وبالتالي لا يخضع من حيث المبدأ العام لرقابة الدستورية ولا يجوز الدفع بعدم دستوريته بعد ذلك،إلا إذا تغيرت الظروف الواقعية أو القانونية بشكل جعل النص غير دستوري،مما يمكن الخصوم في الدعوى الدفع بعدم دستوريته كأن لم يكن،ومنه يستطيع قاضي الموضوع إحالة الدفع لمجلس الدولة أو محكمة النقض حسب الحالة متى توفرت باقي الشروط.(6) (عيد أحمد غفلول،2011،ص.ص221-222)

وشرط عدم جواز إعادة الطعن على حكم تشريعي سبق الحكم بدستوريته من المجلس الدستوري لاكتسابه الحجية المطلقة مقيد بعدة ضوابط تتمثل في:

- أن الحجية المطلقة للحكم السابق بالدستورية تقتصر فقط على الحكم الدستوري الذي استند إليه في بحث دستورية النص التشريعي،بمعنى أنه لو صدر قرار من المجلس الدستوري بدستورية حكم تشريعي طبقا لنظام الرقابة السابقة لقاعدة دستورية معينة فلا يجوز خضوعه مرة أخرى لنظام الرقابة على الدستورية عن ذات الحكم وعن ذات النص التشريعي لسبق الفصل فيه.(7) (أحمد عبد الحسيب السنتريسي،2012)إلا أنه يجوز طرح الموضوع من جديد عن ذات النص التشريعي ولكن استنادا لقاعدة دستورية أخرى غير التي سبق واستند إليها المجلس في حكمه السابق،فلا يجوز الدفع بسبق الفصل في الموضوع،والتذرع بالحجية لاختلاف الأساس الدستوري في الحالتين.

جميع الحقوق محفوظة لمجلة الشرق الأوسط للدراسات القانونيه والفقهية ألمجلد 1. العدد 1. 2021

- عدم إعمال الحجية إلا بالنسبة للنص التشريعي الذي كان محلا للرقابة السابقة دون غيره من نصوص القانون.ومفاد ذلك أنه إذا حركت الرقابة السابقة على دستورية القوانين على نص معين بالذات،فإن الحجية تقتصر فقط على ذلك النص دون أن تمتد إلى باقي النصوص التي لم تشملها الرقابة السابقة ومنه يجوز خضوعها للرقابة اللاحقة.
- التمسك بالحجية المطلقة لقرار المجلس الدستوري ما لم يتغير تفسير المجلس الدستوري للقاعدة الدستورية التي سبق وأن استند عليها في حكمه السابق.

أما فيما يتعلق بعبارة تغير الظروف،التي وردت عامة دون تحديد في النص والتي تبرر الدفع بعدم الدستورية رغم سبق صدور قرار من المجلس الدستوري الفرنسي بدستورية النص،فقد ورد القرار المؤرخ في 2009/12/03 عن المجلس الدستوري الفرنسي والذي فسر مصطلح تغير الظروف التي يترتب عن تغيرها اعتبار النص التشريعي المنظور أمام القضاء غير دستوري،بأنها الظروف القانونية المتمثلة في التغير الذي يمكن أن يطرأ على القاعدة الدستورية التي سبق وأن قضى المجلس بدستورية الحكم التشريعي استنادا عليها،أو الظروف الواقعية التي من شأنها أن تؤثر في النص المدفوع بعدم دستوريته بالشكل الذي يجعله متعارضا مع الدستور.[8] (محمد عبد اللطيف،2009،ص25)

إلا أنه في جميع الحالات لا يجب تفسير تغير الظروف الواقعية على أنه التغير في الظروف الفردية لمقدم الدفع،والخاصة بالدعوى المعروضة على محكمة الموضوع.

تطبيقا لذلك قضى المجلس الدستوري الفرنسي في حكمه المؤرخ في 02 يوليو 2010 بأن التقيد بدستورية الحكم التشريعي السابق صدوره يكون في إطار الأسباب والمنطوق الذي أشار إليه القرار،فإذا أضيف للنص السابق الحكم بدستورية أحكام تشريعية أخرى،فإن ذلك لا يحول دون الدفع بعدم دستوريته نظرا لأن منطوق القرار السابق لم يشمل الأحكام الجديدة التي أدخلت على النص وفي حالة عدم تأكيد مجلس الدولة في سبق الحكم بدستورية النص المدفوع بعدم دستوريته،يفضل إحالته للمجلس الدستوري لبحث ذلك الموضوع،وفي هذه الحالة الأخيرة إذا تبين لمجلس الدستوري سبق الحكم بالدستورية طبقا لنظام الرقابة السابقة الوجوبية أو الجوازية أو طبقا لنظام الرقابة اللاحقة عن طريق الدفع بعدم الدستورية،فإنه يقضي بعدم قبول الدعوى لسبق الفصل فيها مالم يكن هناك نص تشريعي لم يسبق له بحث دستوريته،كما قضى المجلس الدستوري في حكمه المؤرخ في 2012/02/10 بعدم قبول الدفع بعدم الدستورية طبقا للمادة 61-1 من الدستور في حالة أن النص التشريعي المطعون فيه لم يصدر بعد،أو كان الدفع متعلقا بنص لائحي.

جميع الحقوق محفوظة لمجلة الشرق الأوسط للدراسات القانونيه والفقهية ألمجلد 1. العدد 1. 2021

كما قضى مجلس الدولة الفرنسي بأنه في حالة صدور حكم المجلس الدستوري بدستورية نص تشريعي أضيف لأحكام تشريعية سابقة عليه فإنه لا يحول دون قبول الدفع بعدم دستورية الأحكام التشريعية السابقة على صدور حكم المجلس الدستوري،بمعنى آخر لو أنه أضيف فقرة جديدة لنص تشريعي وقضى المجلس الدستوري بدستورية هذه الإضافة الجديدة فإن هذا لا يحصن النص القديم،حيث يمكن الدفع بعدم دستوريته أمام محكمة الموضوع متى توفرت باقي الشروط.

كما قضى مجلس الدولة وأيده في ذلك المجلس الدستوري الفرنسي بأنه يعتبر بمثابة تغير في الظروف الواقعية أو القانونية حالة تعديل نص المادة التي سبق وقضى المجلس الدستوري بدستوريتها،أو تغير اتجاه المجلس الدستوري،ومنه يجوز الدفع بعدم دستورية النص الجديد طبقا للمادة 61-1 من الدستور،متى توفرت الشروط التي نص عليها القانون الأساسي المؤرخ في 2009/12/10.[9] (شريف يوسف خاطر،2010 ،ص.ص150 إلى 153)

3-جدية الدفع بعدم الدستورية

يترك لمحكمة الموضوع السلطة التقديرية في تقدير الجدية الدفع من عدمه مع الخضوع لرقابة القضاء في حالة رفض الدفع والطعن على قرار الرفض يكون عند الطعن على الحكم في الدعوى الاصلية،حيث لا يجوز الطعن على قرار رفض الاحالة منفصلا.

حيث قضى بأنه اذا ترتب على تفسير القضاء للنص المطعون عليه بعدم الدستورية إزالة شبهة عدم الدستورية،فإن الدفع يصبح غير ذي جدوى،وكذلك الامر اذا تم اللجوء الى تفسيرات قضائية سابقة للنص المدفوع بعدم دستوريته وكان من شأنها ازالة الغموض عن شبه عدم الدستورية،فإن القاضي سيحكم برفض الدفع لعدم جديته.

وكذلك يقضى برفض الدفع لعدم الجدية في حالة وضوح النص التشريعي وعدم الشك في دستوريته.ويكون الدفع جديا اذا تحقق قاضي الموضوع من ان الدفع ليس وسيلة لتعطيل الفصل في الدعوى والسعي للاضرار بالخصم نتيجة ذلك التعطيل أي أنه ليس دفعا كيديا.وتتولى محكمة الموضوع تقدير جدية الدفع من خلال أمرين:الأول ان يكون الدفع بعدم الدستورية منتجا للفصل في الدعوى،والامر الثاني رجحان الحكم بعدم دستوريته من جانب المجلس الدستوري[10] (شريف يوسف خاطر،2010،ص158-159-162.)

الفرع الثاني: الشروط المتعلقة بنظام التقييم المبدئي للدفع:

جميع الحقوق محفوظة لمجلة الشرق الأوسط للدراسات القانونيه والفقهية ألمجلد 1. العدد 1. 2021

بداية وباستقراء مواد القانون العضوي رقم 16/18 يتبين منها أنه أجاز إثارة الدفع أمام مختلف المحاكم والمجالس القضائية كما يمكن إثارته لأول مرة أمام المحكمة العليا ومجلس الدولة داخل إطار زمني يتمثل في ضرورة إثارة الدفع بعدم الدستورية قبل ادراج القضية الأصلية المثار بمناسبتها الدفع في المداولة.

والملاحظ اذن ان المشرع الجزائري كرس خاصية جد هامة بخصوص الجهة القضائية المثار امامها الدفع بأن اشترط تبعتيها للمحكمة العليا ومجلس الدولة مما يفهم منه بمفهوم المخالفة ان كل جهة لا تتبع لهما فهي مستثناة من نظام الدفع ومثالها محكمة التنازع.

أما بخصوص نظام التقييم المبدئي للدفع أو كما اصطلح عليه الفقه الفرنسي نظام التصفية لجدية الدفعيتبين لنا ان القانون العضوي رقم 16/18 وزع هذا الاختصاص بين محاكم الموضوع والمحاكم العليا التابعة لهاأي أنه كرس نظام ازدواجية فحص جدية الدفع بعدم الدستورية القائم على إسناد تلك المهمة للمحاكم والمجالس القضائية وكذا المحكمة العليا ومجلس الدولة ، فبعد أن يتأكد قاضي الموضوع من استيفاء مذكرة الدفع للشروط المحددة لقبول الدفع بعدم الدستورية في مرحلة أولى يقوم بإحالة المذكرة إلى المحكمة العليا التابع لها ممثلة اما في مجلس الدولة أو محكمة العليا حسب الحالة وهاتين الجهتينيعود لهما اختصاص إحالته من عدمه إلى المجلس الدستوري في مرحلة ثانية.

ومن جانب الباحث يعتبر أن تقدير الجدية لهذه الجهات القضاية يفتقد الى ضوابط محددة له مما قد يترتب عنه اعتداء هذه الجهات على اختصاص المجلس الدستوري، ويحولها إلى مراقب سلبي للدستورية، بالنظر لصعوبة تحديد العناصر المشكلة للجدية، وارتباط تقديرها بالموضوع، وليس بالشكل وهذا بسبب أن نظام التصفية،يؤدي إلى عدم مركزة المراقبة الدستورية، وانتقاص استئثار المجلس الدستوري بصلاحية المراقبة البعدية للدستور، وحرمانا من ممارسة اختصاصه كاملا، عبر دفعه لمباشرة النظر في موضوع الدفوع المقبولةوالمحالة عليه من طرف المحكمة العليا ومجلس الدولة.

وبالرجوع إلى على الأعمال التحضيرية للقانون العضوي رقم 16/18،يتبين منها أن غاية المشرع من اعمال هذا النظام للتصفية، تتمثل على وجه الخصوص في تفادي ارهاق المجلسالدستوري بالدفوع الكيديةولكن اذا كانت هذه الغاية لها ما يبررها من الناحية العملية الا انها ستؤدي لا محالة إلى الانتقاص

جميع الحقوق محفوظة لمجلة الشرق الأوسط للدراسات القانونيه والفقهية ألمجلد 1. العدد 1. 2021

من حق الفرد في اللجوء الى المجلس الدستوري من خلال تحكم كل من المحكمة العليا ومجلس الدولة في نمط تقديرها لجدية الدفع في غياب معاير مبينة لطريقة استخلاص شرط الجدية.

وبالتالي فعلى المشرع اعتماد نمط آخر لنظام التقييم المبدئي للدفع سواء عن طريق انشاء هيئة على مستوى المجلس الدستوري تختص بمفردها ببحث مدى جدية الدفع أو عن طريق منح هذا الاختصاص للمحكمة المثار أمامها الدفع والتي بعد تأكدها من جديته تحيله مباشرة إلى المجلس الدستوري.

المبحث الثاني: إجراءات الفصل في الدفع بعدم الدستورية.

اتجه المشرع الى تكريس إمكانية إثارة الدفع بعدم الدستورية أمام جميع المحاكم وخلال جميع مراحل التقاضي،ما بعض الاستثناءات، وبالتالي يمكن إثارة الدفع بعدم الدستورية لأول مرة في مرحلة الاستئناف أو الطعن بالنقض،الا أنه يتعين الفصل فيه ضمن آجال قانونية محددة،ويخضع قرار الاحالة للدفع على المجلس الدستوري أيضا إلى شرط الأجل ضمن ميعاد معين وبمجرد صدوره يترتب عنه إرجاء الفصل في الدعوى الأصلية وبالتالي يمكن إثارة الدفع بعدم الدستورية لأول مرة في مرحلة الاستئناف أو الطعن بالنقض وسنعالج تلك الاجراءات في مطلبين(مطلب أول اجراءات الدفع أمام المحكمة العليا ومجلس الدولة) ومطلب ثاني(اجراءات الدفع أمام المجلس الدستوري).

المطلب الأول: اجراءات الدفع بعدم الدستورية أمام المحكمة العليا ومجلس الدولة:

نصت المواد من 13 الى 20 من القانون العضوي المحدد لشروط واجراءات تطبيق الدفع بعدم الدستورية على الأحكام المطبقة امام المحكمة العليا ومجلس الدولة بشأن الدفع بعدم الدستورية، وتنقسم هذه الإجراءات الى قسمين الأولى تتعلق بطرق إخطار كل واحدة منهما بهذا الدفع وآجال الفصل فيه والآثار المترتبة على قرار الإحالة على سير الخصومة القضائية اما الثانية تتعلق باجراءات اعداد قرار الاحالة.

الفرع الأول: طرق اخطار المحكمة العليا ومجلس الدولة بالدفع والتصرف فيه:

يتم اخطار المحكمة العليا بالدفع بعدم الدستورية في الحالات التالية:

- بموجب حكم باحالة الدفع إليها من قبل المحكمة أو المجلس القضائي،وهذا ما نصت عليه المادة 7 من القانون العضوي 16/18.

جميع الحقوق محفوظة لمجلة الشرق الأوسط للدراسات القانونيه والفقهية ألمجلد 1. العدد 1. 2021

- –بموجب اعتراض على حكم برفض ارسال الدفع الصادر عن المحكمة او المجلس القضائي بمناسبة الطعن ضد الحكم أو القرار الفاصل في النزاع أو في جزء منه ونصت المادة 09 من القانون العضوي 16/18 انه يبلغ قرار رفض ارسال الدفع بعدم الدستورية الى الاطراف ولا يمكن ان يكون محل اعتراض الا بمناسبة الطعن ضد الحكم الفاصل في النزاع أو في جزء منه ويجب أن يقدم بمذكرة مكتوبة منفصلة ومسببة.
- –بموجب اثارة الدفع امامها لأول مرة بمناسبة الطعن بالنقض تنص المادة 02 من نفس القانون السابق ذكره على انه يمكن اثارة هذا الدفع للمرة الأولى في الاستئناف او الطعن بالنقض.
- أن يقدم الدفع امامها مباشرة خلال خصومة تنظر فيها في أول وآخر درجة كدعاوى التعويض عن الحبس المؤقت الغير مبرر.

اما مجلس الدولة فهو الآخر يخطر بنفس الطرق ونصت المادة 14 من القانون العضوي 16/18 انه عندما يثار الدفع امام المحكمة العليا ومجلس الدولة مباشرة يفصلان على سبيل الأولوية في احالته للمجلس الدستوري.

التصرف في الدفع وارجاء الفصل في الدعوى الأصلية:

يلتزم كل من مجلس الدولة والمحكمة العليا بعد توصلهما الى جدية الدفع واستيفاء شروطه القانونية باصدار قرار الاحالة للدفع على المجلس الدستوري وكذا ارجاء الفصل في الدعوى الأصلية المرفوعة أمامهما(استئناف أو نقض) في حالة الاحالة على المجلس الدستوري ولكن هناك حالات استثنائية على إرجاء الفصل وقد نصت عليها المادة 11 تتمثل في:

1. وجود شخص محروم من حريته.
2. وجود قضية ترمي الى وضع حد للحرية.
3. وجود قضية تقتضي الفصل فيها على سبيل الاستعجال.

ففي هذه الحالات حتى ولو احالة المحكمة العليا ومجلس الدولة ونفس الشيء بالنسبة لمحاكم الموضوع الدفع للمجلس الدستوري فإنها تستمر بالفصل في الدعوى الأصلية أي لا تصدر قرار بإرجاء الفصل.

الفرع الثاني:آجال فصلهما في الدفع.

جميع الحقوق محفوظة لمجلة الشرق الأوسط للدراسات القانونيه والفقهية ألمجلد 1. العدد 1. 2021

نصت المادة 13 من القانون العضوي 16/18 انه فصل كل من المحكمة العليا ومجلس الدولة في احالة الدفع على المجلس الدستوري في أجل شهرين من تاريخ استلام الارسال المنصوص عليه في المادة 09 من نفس القانون.

أما في حال تجاوز أجل شهرين نصت المادة 20 من القانون العضوي فإن الدفع بعدم الدستورية يحال تلقائيا الى المجلس الدستوري ويتم ذلك بصفة ادارية عن طريقة امانة ضبطهما الى امانة ضبط المجلس الدستوري.

ونصت المادة 19 من نفس القانون على اجل 10 ايام لاعلام الجهة القضائية التي ارسلت الدفع بعدم الدستورية وتبليغ الاطراف بقرار المحكمة العليا أو مجلس الدولة،وذلك حتى يتسنى لهم معرفة مآله واتخاذ الاجراءات المناسبة بشأن الدعوى الأصلية.

المطلب الثاني:اجراءات الدفع بعدم دستورية القوانين امام المجلس الدستوري.

من خلال هذا المطلب سنتطرق لشكليات نظر المجلس الدستوري في الدفع بعدم الدستورية، ثم نتطرق الى اصدار القرار وآثاره.

الفرع الأول: كيفية اتصال المجلس الدستوري الدستوري بالدفع وطريقة الفصل فيه.

ان طريقة اتصال المجلس الدستوري بالدفع بعدم الدستوري تتم عن طريقة أسلوب الإحالة ولقد أسست المادة 188 لآلية الدفع بعدم الدستورية و حددت بأن هذا النوع من الإخطار لا يتم مباشرة و إنما عن طريق إحالة من المحكمة العليا او من مجلس الدولة، فعلى العكس من تجارب دول أخرى التي يمكن فيها للمتقاضي مثل اسبانيا او لقاضي الموضوع إخطار المحكمة الدستورية كبلجيكا مثلا ، فإن المؤسس الدستوري الجزائري، على غرار ما هو مقرر في فرنسا وبعض التجارب الإفريقية،حصر الإحالة للمجلس الدستوري في المحكمة العليا و مجلس الدولة .

و يمكن تمييز ثلاثة (03) أشكال للإحالة :

i. الشكل الأول هو الإحالة العادية و يتلقى المجلس الدستوري الإحالة، طبقا لأحكام المادة 17 من القانون العضوي 18- 16 المؤرخ في 2 سبتمبر 2018 المحدد لشروط و كيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية، في حالة قبول المحكمة العليا أو مجلس الدولة الدفع ، وذلك بقرار معلل أو مسبب مصحوب بمذكرات وعرائض الأطراف .

جميع الحقوق محفوظة لمجلة الشرق الأوسط للدراسات القانونيه والفقهية ألمجلد 1. العدد 1. 2021

ii. أما الشكل الثاني للإحالة فتتمثل في حالة انقضاء الأجل المحدد للمحكمة العليا أو مجلس الدولة للفصل في الدفع وإحالة الدفع إلى المجلس الدستوري، ففي هذه الحالة أقر القانون العضوي 18-16 في المادة 20 "في حالة عدم فصل المحكمة العليا أو مجلس الدولة في الآجال المنصوص عليها في المادة 13 أعلاه، يحال الدفع بعدم الدستورية تلقائيا إلى المجلس الدستوري".وبالتالي يستوجب على المجلس الدستوري أن يعدل النظام المحدد لقواعد عمله باضافة فصل خاص بإجراءات الإحالة التلقائية و ذلك لأن القانون العضوي لم يشر إلى كيفيات معالجة الإحالة التلقائية و هو ما حاول المجلس الدستوري تداركه في رأيه حول رقابة دستورية القانون العضوي 18-16 بإثارته تحفظ تفسيري حول المادة 20 بترقيمها الجديد، حيث فسر المادة بأن قصد المشرع العضوي في حالة الإحالة التلقائية هو ضرورة إرسال الجهة القضائية العليا المعنية لملف الدفع بعدم الدستورية إلى المجلس الدستوري.

iii. – الشكل الثالث حالة رفض المحكمة العليا أو مجلس الدولة الإحالة فإن ذلك يقتضي إرسال نسخة من القرار المسبب المتضمن الرفض الصادر عن المحكمة العليا أو مجلس الدولة إلى المجلس الدستوري.إلا أن القانون العضوي 18 – 16 لم يتضمن حكما يوجب إرسال نسخة إلى المجلس الدستوري ، حيث أن الفقرة 2 من المادة 13 من ذات النص، تنص على أن الإحالة إلى المجلس الدستوري في حالة استيفاء الدفع للشروط الواردة في المادة 8، دون النص على ما يتوجب فعله في حالة رفض الإحالة من المحكمة العليا أو مجلس الدولة[11] (محمد ضيف،مدخلة،سنة 2018،ص.ص5 و6)

إلا أن المجلس الدستوري و من خلال رقابته لدستورية الفقرة 2 من المادة 13 من القانون العضوي ، رأى أنه اعتبارا للمهمة التي خوله إياها الدستور بالسهر على احترام الدستور، و ما تقتضيه هذه المهمة من احترام المبدأ الدستوري القاضي بتوزيع الاختصاصات بين السلطة القضائية و المجلس الدستوري باعتباره هيئة مستقلة مكلفة بالفصل في دستورية الحكم التشريعي المعترض عليه في الدفع بعدم الدستورية، و انطلاقا من هذه المهمة التي تنص عليها المادة 182 من الدستور و متطلبات الشفافية، تقتضي إرسال نسخة للمجلس الدستوري من القرار المسبب الذي من خلاله تقرر المحكمة العليا أو مجلس الدولة عدم إحالة الدفع بعدم الدستورية إلى المجلس الدستوري، فربط المجلس الدستوري دستورية هذه المادة بمدى مراعاة هذا التحفظ التفسيري الذي أبداه بهذا الخصوص.حيث أن التحفظ الذي يبديه المجلس الدستوري في الحقيقة هو تفسير يقدمه للحكم المعني وشرط لدستورية ذلك الحكم التشريعي، حيث أن عدم الأخذ بالتحفظ

جميع الحقوق محفوظة لمجلة الشرق الأوسط للدراسات القانونيه والفقهية ألمجلد 1. العدد 1. 2021

الذي أبداه المجلس بإرسال نسخة من قرار رفض الإحالة يجعل هذه المادة غير دستورية، فالتحفظ هو تقنية يستخدمها المجلس الدستوري لإنقاذ نص معين، وإذا لم يحترم الشرط فإن الحكم أو المادة المعنية تصبح غير مطابقة للدستور وبالتالي لا يمكن تطبيقها.(10) (شريف يوسف خاطر،2010،ص232-233).

وبعد توصل المجلس الدستوري بالدفع فإنه يلتزم باتباع شكليات معينة للفصل فيه تتمثل في:

قيد الإحالة المتعلقة بالدفع بعدم الدستورية،وبعدها يتم إشعار الأطراف و السلطات العامة بالدفع المثار وو يتضمن الإشعار الميعاد الذي يقدم خلاله الأطراف و السلطات الملاحظات والمذكرات الكتابية، ثم يقوم المجلس بابلاغ نسخة من الملاحظات إلى الأطراف و السلطات و ذلك لتمكينهم من الرد عليها و تقديم ملاحظات ثانية في أجل أقصر عادة شريطة أن تنحصر الملاحظات الثانية فقط في الإجابة على الملاحظات الأولى التي بلغت للأطراف و السلطات،وفي اطار هذه الاجراءات وفي حدود مدة 03أشهر المحددة للفصل في الدفع يمكن للمجلس أن يحدد جلسات استماع لممثلي السلطات العامة والأطراف المعنية بهدف استكمال التحقيق في الدفع تمهيدا لاصدار حكمه .

الفرع الثاني:اصدار القرار بشأن الدفع بعدم الدستورية واثاره.

يفصل المجلس الدستوري في الدفع بعدم دستورية قانون ضمن أجل 04 أشهر قابلة للتمديد مرة واحدة طبقا لما نصت عليه المادة 189 من التعديل الدستوري لعام 2016.

أما بخصوص نشر وتبليغ قرار المجلس الدستوري فالمادة 24 من القانون العضوي حددت بأن تبليغ قرار المجلس الدستوري يكون للمحكمة العليا أو مجلس الدولة لإعلام الجهة القضائية التي أثير أمامها الدفع بعدم الدستورية، وما يلاحظ على نص هذه المادة بالنسبة للتبليغ أنها لم تتعرض إلى تبليغ الأطراف ولا السلطات، كما أنها أقرت بأن تبليغ الجهة القضائية المعنية بالدفع بطريقة غير مباشرة أي عن طريق المحكمة العليا أو مجلس الدولة، وهذا خلافا لما نصت عليه المادة 23 - 11 من القانون الفرنسي،التي جعلت التبليغ يشمل كل من محكمة النقض أو مجلس الدولة وعند الاقتضاء المحكمة التي أثيرت أمامها المسألة الدستورية ذات الأولوية رغم أنه في مجال الإحالة لا توجد علاقة بين قاضي الموضوع والمجلس الدستوري، كما أقرت تبليغ قرار المجلس الدستوري للأطراف والسلطات الأربعة على النحو المبين اعلاه.

وبالنسبة لنفاذ قرار عدم الدستورية وحجيته القانونية فقد نصت الفقرة 2 من المادة 191 من الدستور على أنه :"إذا اعتبر نص تشريعي ما غير دستوري على أساس المادة 188 أعلاه، فإن النص يفقد أثره ابتداء من اليوم الذي يحدده قرار المجلس الدستوري" وبالتالي يملك المجلس الدستوري صلاحية تحديد تاريخ آخر

جميع الحقوق محفوظة لمجلة الشرق الأوسط للدراسات القانونيه والفقهية ألمجلد 1. العدد 1. 2021

لنفاذ قراراته التي تتضمن إلغاء الأحكام تشريعية، يختلف عن تاريخ نشرها كما جرت العادة، ويتضمن قرار المجلس الدستوري تحديد ثلاث عناصر تتمثل في: تاريخ الإلغاء و الأسباب المستوجبة لذلك والأحكام الملغاة، وبمجرد التصريح بعدم دستوريتها فإن الاثر المترتب عنها هو امتناع جميع الجهات القضائية تطبيق تلك الأحكام على كل الدعاوى[12] (محمد ضيف،مداخلة،سنة 2018،ص.ص5 و6)،وكذا تلتزم السلطتين التشريعية والتنفيذية بعدم اعداة تطبيق الحكم التشريعي الملغى ونفس الشيء بالنسبة للمواطنين وهذا راجع للحجية المطلقة التي يكتسبها قرار عدم الدستورية .

8. الخاتمة:

على الرغم من تبني المؤسس الدستوري الجزائري لأحدى الضمانات الأساسية لحماية الحقوق والحريات المكرسة للمواطنين عبر إقراره آلية الدفع بعدم دستورية القوانين، غير أن عدة نقائص تعتري هذه الآلية وفي مقدمتها عدم اعماله معاير تقدير شرط الجدية للدفع واقتصار نطاقه على الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور.

وقد توصلنا الى النتائج التالية:

1. اعتمد المشرع الجزائري على تقسيم شروط الدفوع الى نوعين شكلية تتعلق بشكل العريضة التي يثار بموجبها الدفع بأن تكون منفصلة عن الدعوى الأصلية ومسببة ومكتوبة بالإضافة الى الشروط الموضوعية والتي تتعلق أساسا بعلاقة الحكم التشريعي بموضوع النزاع وجدية الدفع وعدم سبق الفصل بشأن دستوريته.
2. اختصاص قاضي الموضوع بفحص استيفاء هذه الشروط من عدمها ليصدر حكمه بارجاء الفصل في الدعوى الأصلية،واحالة ملف الدفع على الجهة التي يتبعها سواء المحكمة العليا أو مجلس الدولة كدرجة ثانية لتصفية الدفع بعدم الدستورية.
3. بمجرد تحقق الجهة المحال عليها المذكورة أعلاه من جدية الدفع تصدر قرار الاحالة على المجلس الدستوري والذي يختص بمراقبة مدى دستورية الحكم التشريعي محل الدفع عبر إجراءات تفتقر لعدة آليات بحكم حداثة التجربة والتي من خلالها يعتمد على نظامه الداخلي واجتهاده بشأن الرقابة العادية على دستورية القوانين في انتظار ما تسفر عنه هذه التجربة والتي تقتضي تعديل نظامه الداخلي حتى يتماشى مع خصوصيته الحالية كقضاء دستوري ومع خصوصية الدعوى الدستورية.

جميع الحقوق محفوظة لمجلة الشرق الأوسط للدراسات القانونيه والفقهية ألمجلد 1. العدد 1. 2021

4. تكريسه نظام ازدواجية تصفية الدفع بعدم الدستورية من طرف محاكم الموضوع والمحاكم العليا ولا يختص بذلك المجلس الدستوري.
5. استبعاد اختصاص المجلس الدستوري من دراسة الشروط الشكلية والموضوعية للدفع بل ينحصر دوره فقط على الجانب العملي والتقني لدراسة النصوص المطعون فيه.

وبغرض تعزيز هذه الآلية الفعالة نقترح التوصيات التالية:

1. اعتماد نظام التقييم المبدئي الأحادي للدفع على مستوى محاكم الموضوع ومن ثم إحالته من طرفها مباشرة على المجلس الدستوري أو اسناد هذا الاختصاص إلى لجنة مختصة على مستوى المجلس الدستوري تضطلع بمهمة فحص جدية الدفع على أن يقتصر دور محاكم الموضوع على دراسة شروط قبول الدفع .
2. وضع معاير يعتمد قاضي الموضوع لاستخلاص شرط جدية الدفع بعدم الدستورية.
3. عدم قصر اثارة الدفع على الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور بل إمكانية شموله حتى الحقوق والحريات التي تكرسها الاتفاقيات الدولية.

قائمة المراجع:

1. يوسفادريدو،2017،"نظام تصفية طلبات الدفع بعدم الدستورية في القانون المغربي"، *منشورات مجلة الحقوق*، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، ،ص5.
2. Debré (J.L) : «qu'est- ceque la question prioritaire de constitutionnalité», http://www.conseil-constitutionnel. Fr/français /vidéos/ 2010 qu'estceque la questionprioritaire de constitutionnalité.48275.html- Roussillon (H) : «le .conseilconstitutionnel », Dalloz, 4e édition, 2001, p32
3. أحمد شعبان،4مارس2014،الدعوى الدستورية في النظام الدستوري البحريني دراسة مقارنة،*المجلة المصرية للدراسات القانونية والاقتصادية، العدد الأول،مصر،ص162.*
4. أحمد شعبان،2014مارس،الدعوى الدستورية في النظام الدستوري البحريني دراسة مقارنة،المجلة *المصرية للدراسات القانونية والاقتصادية*، العدد الأول،مصر،ص162.
5. شريف يوسف خاطر،2010،*المسألة الدستورية الأولية دراسة مقارنة*،ط1،دار الفكر والقانون،المنصورة ،ص134.

جميع الحقوق محفوظة لمجلة الشرق الأوسط للدراسات القانونيه والفقهية ألمجلد 1. العدد 1. 2021

6. عيد أحمد غفلول،2011،*الدفع بعدم الدستورية في القانون الفرنسي،في ضوء أحكام القانون الدستوري رقم 734 لسنة 2008 بشأن تحديث مؤسسات الجمهورية الخامسة*،ط2،دار النهضة العربية،القاهرة،ص.ص221-222.

7. (أحمد عبد الحسيب السنتريسي،2012،*إشكاليات الرقابة على دستورية القوانين في ظل تعاقب الدساتير*"،بحث منشور في المؤتمر الدولي الرابع العشر لكلية الحقوق جامعة المنصورة،بعنوان مستقبل النظام الدستوري للبلاد،المنعقد بكلية الحقوق جامعة المنصورة.

8. محمد عبد اللطيف،2009،"رقابة الدستورية اللاحقة في فرنسا"،مقال منشور في *مجلة الدستورية*، ع16،السنة السابعة،أكتوبر 2009،ص25.

9. شريف يوسف خاطر ،2010،*المسألة الدستورية الأولية دراسة مقارنة*،ط1،دار الفكر والقانون،المنصورة ،ص.ص150 الى 153.

10. شريف يوسف خاطر ،2010،*المسألة الدستورية الأولية دراسة مقارنة*،ط1،دار الفكر والقانون،المنصورة ،ص.ص1585-159-162.

11.محمد ضيف،10 و11 ديسمبر2018" مداخلة مقدمة بعنوان *"الدفع بعدم دستورية القوانين* "،من تنظيم وزارة العدل بالتعاون مع مكتب الأمم المتحدة للتنمية بالجزائر،بالمركز الدولي للمؤتمرات،ص.ص5 و6.

12.محمد ضيف،10 و11 ديسمبر2018" مداخلة مقدمة بعنوان *"الدفع بعدم دستورية القوانين* "،من تنظيم وزارة العدل بالتعاون مع مكتب الأمم المتحدة للتنمية بالجزائر،بالمركز الدولي للمؤتمرات،ص.ص5 و6.

جميع الحقوق محفوظة لمجلة الشرق الأوسط للدراسات القانونيه والفقهية ألمجلد 1. العدد 1. 2021