

# آلية الدفع بعدم دستورية القوانين في الأنظمة الدستورية المقارنة

تاريخ القبول النهائي: 20 مارس 2018

تاريخ استلام المقال: 21 نوفمبر 2017

الباحثة منال بن شناف

الدكتور محمد بن اعراب

باحثة دكتوراه

أستاذ محاضر أ

كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة محمد لمين دباغين سطيف 2 (الجزائر)

benchenafmanel@gmail.com

benarab.med@gmail.com

## المخلص:

يعتبر الدفع بعدم الدستورية آلية للرقابة البعدية على القوانين في المنظومات القانونية، ولم تعد هذه الآلية حكرا على الطبقة السياسية فحسب بل تعدتها لتصبح حقا للمتناقضين كذلك من خلال إمكانية إثارتهم لهذا الدفع بمناسبة دعوى قضائية ينظر فيها، وعموما ينقسم الدفع بعدم الدستورية إلى نظامين أساسيين الأول يتعلق بإحالة هذا الدفع من قبل جهات النقض إلى القضاء الدستوري مروراً بعملية التصفية الإجبارية، والثاني يبني على أساس إثارة هذا الدفع أمام المحاكم واتصال القضاء الدستوري به، وفي كلا النظامين فوارق جوهرية تبرز لتمييز كل واحد عن الآخر وتتحد من أجل تحقيق غايته الأساسية المرتبطة بتنقية الأنظمة القانونية من المقتضيات غير الدستورية.

**الكلمات المفتاحية:** الدفع بعدم الدستورية، التصفية، القضاء الدستوري، المتقاضين.

## Résumé:

la question d'inconstitutionnalité est un mécanisme de contrôle a priori des lois dans les différents systèmes juridiques, ce mécanisme n'est désormais plus réservé au partie politique seulement, le justiciable aussi peut on servir lors d'un procès devant la justice, généralement la question d'inconstitutionnalité se partage entre deux grands systèmes, le premier relatif au renvoi de cette question depuis les organes de cassation à la justice constitutionnelle en passant par le filtrage, tandis que le deuxième se base sur la manifestation de ce mécanisme devant les tribunaux et le contacte de la justice constitutionnelle avec lui, d'importantes différences entre les deux systèmes se réunis à la fin pour accomplir le but essentiel de ce mécanisme qu'est l'abrogation de tout textes inconstitutionnels.

**Mots clés:** l'exception d'inconstitutionnalité, le filtrage, la justice constitutionnelle, le justiciable.



## مقدمة:

يعتبر الدستور القانون الأعلى والأعلى في الدولة وسموه من الخصائص الرئيسية لقيام دولة القانون التي تعتبر من مقتضيات الديمقراطية الفعلية، وحتى يتحقق هذا السمو لا بد له من وسائل وآليات تضمن وجوده وتطبيقه أهمها الرقابة على دستورية القوانين لاسيما من خلال آلية الدفع بعدم الدستورية المتاحة للمتناضي أثناء نظر دعواه، وتصنيف أوربي قامت به اللجنة الأوروبية للديمقراطية المنعقدة في مدينة "Venis" سنة 2010، حددت من خلال دراسة قامت بها أنواع الولوج والاتصال بالقضاء الدستوري، بين نوع مباشر وآخر غير مباشر وعلى إثر هذا التصنيف يبرز حق المتناضي في المعارضة أمام القضاء الدستوري إذا تم المساس بحقوقه وحياته الأساسية، فإما أن يعرض المتناضي دفعه مباشرة أمام القاضي الدستوري والا عليه المرور بوساطة علتها عملية التصفية تفرضها مقتضيات النظام الذي يأخذ بها، وفي كلتا الحالتين وبغض النظر عن اختلاف هذه الأنظمة فإن هذه الآلية في حد ذاتها وجدت لأجل تنقية وتنقيح المنظومة القانونية من المقتضيات غير الدستورية، وعليه سنتناول بالدراسة النموذج الفرنسي البارز في النظام المتعلق بإحالة الدفع بعدم الدستورية من قبل جهات النقض إلى القضاء الدستوري بعد مروره بعملية التصفية التي سنقف عندها لتوضيح مفهومها وتحديد شروطها، كما سنتطرق إلى نماذج قانونية أخرى ترتبط بنظام إثارة الدفع بعدم الدستورية أمام المحاكم وكيفية اتصال القضاء الدستوري بهذا الدفع التي يبرز فيها النموذج الإسباني أساسا.

وعليه وتبعا لما سلف ذكره فإن موضوع دراستنا يثير الإشكالية التالية:

إلى أي مدى تضمن آلية الدفع بعدم الدستورية تبعا لأنظمتها المختلفة تنقية وتنقيح

النظم القانونية من المقتضيات غير الدستورية؟

ومن أجل الوصول إلى إجابة عن هذه الإشكالية نتناول:

نظام إحالة الدفع بعدم الدستورية من قبل جهات النقض إلى القضاء الدستوري عن طريق عملية التصفية "النموذج الفرنسي" (المبحث الأول)، ثم نظام إثارة الدفع بعدم الدستورية أمام المحاكم وكيفية اتصال القضاء الدستوري بهذا الدفع "نماذج مختلفة" (المبحث الثاني).

### المبحث الأول: نظام إحالة الدفع بعدم الدستورية من قبل جهات

#### النقض إلى القضاء الدستوري عن طريق عملية التصفية "النموذج الفرنسي"

نتناول في هذا المبحث مضمون هذا النظام وإجراءات العمل به، ثم نتطرق إلى شروط قبول الدفع بعدم الدستورية مع محاولة لتقييمه عن طريق عرض لإيجابياته وسلبياته.

#### المطلب الأول: مضمون هذا النظام وإجراءات العمل به

د. بن اعراب محمد/ ب. بن شناف منال - جامعة سطيف 2 (الجزائر)

من خلال هذا المطلب نتطرق إلى مدلول هذا النظام، ثم نتناول الحديث عن عملية التصفية في إطاره.

### الفرع الأول: مدلول آلية الدفع بعدم الدستورية في إطار هذا النظام

صرح "Robert Badinter" سنة 1989 بأن الوقت قد حان للاعتراف للمواطنين بإمكانية ولوجهم إلى المجلس الدستوري عن طريق التصفية القضائية عندما يتم انتهاك حقوقهم الأساسية<sup>1</sup>، ويتعلق نظام إحالة الدفع بعدم الدستورية من قبل جهات النقض إلى القضاء الدستوري عبر عملية التصفية، إما ببت محكمة الموضوع في جديّة الدفع المثار في القضية الرائجة أمامها إذا أثير هذا الدفع لأول مرة أمام قضاة الموضوع، فإذا تبين لهم جديته أوقفوا النظر في الدعوى، ورفعوا الدفع إلى جهات النقض - مجلس الدولة، محكمة النقض -، هذه الأخيرة بدورها تبت في جديته من جديد وتحيل الدفع الجدي إلى القاضي الدستوري - المجلس الدستوري<sup>2</sup>.

ومن أشهر الأنظمة القانونية التي تأخذ بهذا الأسلوب الأردن وفرنسا، هذه الأخيرة التي اعتمده على إثر التعديل الدستوري الذي قامت به سنة 2008 من خلال إدراجها لمسألة الأولوية الدستورية "Prioritaire de la constitutionnalité la question" والتي تشتهر باختصار "QPC"، تبعا للقانون الدستوري رقم 724-2008 الصادر بتاريخ 23 جويلية 2008 بإضافة المادة 1-61 التي يحدد شروط وشكليات تطبيقها القانون العضوي رقم 1523-2009 الصادر بتاريخ 10 ديسمبر 2009 وقد دخل هذا التعديل حيز النفاذ منذ تاريخ 01 مارس 2010، حيث أجمع أغلب المهتمين بالقضايا الدستورية في فرنسا على أهمية هذا التعديل ووصفوه بأنه من أهم ما قام به المؤسس الدستوري الفرنسي منذ سنة 1958 باعتباره يشكل ثورة حقوقية حقيقية<sup>3</sup>، فتحت صفحة جديدة في تاريخ القضاء الدستوري الفرنسي من خلال السماح لأول مرة للمتقاضين بالولوج إلى المجلس الدستوري.

<sup>1</sup>-Fanny JACQUELOT, *la procédure de la QPC*, "nouveau cahier du conseil constitutionnel", (dossier :le conseil constitutionnel : trois ans de QPC),n<sup>o</sup>40, France,2013, P.01.

<sup>2</sup>- خالد الدك، *دستورية القوانين والخيار الأنسب للمغرب*، "مجلة القانون والأعمال - مجلة الكترونية -"، العدد التاسع، 2016، الرباط أطلع عليه بتاريخ: 13-11-2017، متوفر على الموقع الإلكتروني:

www.droitentreprise.org

<sup>3</sup> - Mathieu Disant, *Droit de la question prioritaire de la constitutionnalité*, collection Lamy, France, 2011, P.09.

آلية الدفع بعدم دستورية القوانين في الأنظمة الدستورية المقارنة

بالمقابل وإدراكا من المؤسس الدستوري الجزائري للأهمية البالغة لآلية الدفع بعدم الدستورية في تحقيق العدالة الدستورية عن طريق كفالة الحقوق والحريات والمساهمة في بناء دولة قانون عصرية، نص التعديل الدستوري الصادر بموجب القانون 16-01 المؤرخ في 06 مارس 2016<sup>1</sup>، على الأخذ بهذا الأسلوب وبذلك لم يعد حق إحالة القوانين غير الدستورية على المجلس الدستوري قاصرا على الطبقة السياسية فقط بل أصبح حقا للمتناقضين كذلك<sup>2</sup>.

وجاء استحداث هذه الآلية من خلال المادة 188 من القانون 16-01 وأمام تأخر صدور القانون العضوي المحدد لكيفية تطبيقها، تقوم بدراسة تحليلية لهذه المادة ونقارنها بنظيرتها الفرنسية 1-61 من أجل بيان كيفية تمتع المواطن المتناضين بهذا الحق وكذا تحديد شروط مشاركته في صيانة سمو الدستور في إطار سعيه لحماية حقوقه وحرياته الدستورية.

وعليه باستقراء نص المادتين، نقول أن المادة 1-61 جاءت أكثر دقة ووضوحا من المادة 188<sup>3</sup>، وهذا من حيث احترامها للترتيب المنطقي في الصياغة إذ استهلكت بذكر وجود خصومة قائمة أمام جهة قضائية معينة، اعترض سيرها اكتشاف نص تشريعي يمسّ بالحقوق والحريات المضمونة دستوريا، ترتب عن هذا إمكانية إخطار المجلس الدستوري بعدم الدستورية من قبل محكمة النقض أو مجلس الدولة عن طريق الإحالة وأن للمجلس الدستوري أجلا محددًا للفصل في موضوع الدفع.

في حين أن المادة 188، بدت مباشرة بالنص على إمكانية إخطار المجلس الدستوري بالدفع بعدم الدستورية عن طريق الإحالة من طرف المحكمة العليا أو مجلس الدولة، فبداية المادة كانت بأخر مراحل هذا الدفع أمام القضاء العادي والتي تكون قبل بت القضاء الدستوري فيه، وبخلاف المادة 1-61 لم تأت المادة 188 على ذكر أجل محدد للمجلس الدستوري للفصل في الدفع بعدم الدستورية.

إن هاتين المادتين وإن منحتا للأفراد حق إخطار المجلس الدستوري بعدم دستورية نص تشريعي، إلا أن هذا الحق لا يتم تلقائيا من قبل الأفراد إلا إذا تعلق الأمر بوجود دعوى

<sup>1</sup> - قانون رقم 16-01 المؤرخ في 06 مارس 2016 المتضمن التعديل الدستوري، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، رقم 14 لسنة 2016

<sup>2</sup> - كمال حمريط، الدفع بعدم دستورية القوانين في التعديل الدستوري الجزائري 2016، مقال متوفر على الموقع الإلكتروني، Diae.net/47347 أطلع عليه بتاريخ: 12-11-2017.

<sup>3</sup> - أنظر: المادة 188 من القانون رقم 16-01 السالف ذكره.

د. بن اعراب محمد/ ب. بن شناف منال - جامعة سطيف 2 (الجزائر)  
قضائية معروضة أمام إحدى المحاكم<sup>1</sup>، وأن إعطاء مكنة جديدة للمتقاضي للدفاع عن حقوقه وحرياته من خلال هذا الدفع جاءت بطريقة غير مباشرة، أي أن المتقاضي لا يصح له الطعن المباشر أمام المجلس الدستوري حيث يتعين أن يمر دفعه وجوبا على المحكمة العليا أو مجلس الدولة<sup>2</sup>، وتعتبر الوساطة المفروضة بين المواطن وإمكانية ولوجه إلى القضاء الدستوري تعطيلًا لحق المساواة أمام القضاء من منطلق إمكانية إخطار الطبقة السياسية للمجلس الدستوري مباشرة ودون وساطة وجعل المواطن يمر بها وجوبا من أجل تحريك دفعه.

### الفرع الثاني: التصفية في إطار نظام إحالة الدفع بعدم الدستورية من قبل جهات النقض إلى القضاء الدستوري

إن الوساطة بين المتقاضي و اتصاله بالقضاء الدستوري علتها عملية التصفية " Le filtrage"، وإن كانت أساسية ومطلوبة تبعا لنظام إحالة الدفع بعدم الدستورية من قبل جهات النقض إلى القضاء الدستوري، إلا أن المادة 188 لم تأت على ذكرها وهي تلك العملية التي يقوم بها القضاء العادي- العدلي، الإداري- قبل إحالة المسألة إلى المجلس الدستوري بحكم أنها تسهل عمل هذا الأخير، ومقارنة بما ورد في التشريع الفرنسي فإن المسألة المطروحة أمام القضاء العادي تخضع في المرحلة الأولى إلى عملية التصفية قبل إحالتها على المجلس الدستوري وهذه العملية قد تكون مزدوجة "un double filtrage" تقوم بها الهيئة القضائية بمراقبة أولية على مستواها، ثم بعدها مراقبة ثانية من طرف مجلس الدولة أو محكمة النقض، وهذا بعد تحويلها إليهما حسب الحالة والإجراءات المحددة في القانون العضوي رقم 2009-1523، كما قد تكون هناك تصفية وحيدة إذا تم طرح المسألة لأول مرة بمناسبة الطعن أمام جهات النقض<sup>3</sup>.

لكن الإشكالية التي تثار هنا تتعلق بتحديد مفهوم وحدود هذه التصفية تبعا للنموذج الفرنسي الذي يعتبر مختلفا مقارنة ببقية الأنظمة الأوروبية، وفي هذا الإطار وبمقارنة شروط قبول مسألة عدم الدستورية في الأنظمة الأوروبية، اقترح "Pierre BON" تصنيفا لهذه العملية يقوم على معيار درجة التصفية "le degré de filtrage" التي قامت بها الجهات

<sup>1</sup> - جمال رواب، الدفع بعدم دستورية القوانين قراءة في نص المادة 188 من الدستور الجزائري، "مجلة الدراسات الحقوقية" العدد الخامس، جامعة مولاي الطاهر، سعيده 2016، ص 41.

<sup>2</sup> - كمال حمريط، المرجع السابق.

<sup>3</sup> - إبراهيم بلمهدي، آلية الدفع بعدم الدستورية في أحكام تعديل الدستور الجزائري 2016، "مجلة الدراسات القانونية"، الجزء الثالث، العدد الأول، جامعة يحي فارس، المدية، 2016، ص 174.

آلية الدفع بعدم دستورية القوانين في الأنظمة الدستورية المقارنة

القضائية، وعليه وفي أدنى درجات التصفية والتي نعني بها إثارة الدفع بعدم الدستورية لأول مرة أمام قضاة الموضوع تكون أمام تصفية مرنة "le filtrage léger" هدفها تجاوز المسائل الغريبة، الزائفة، أو تلك المثارة من أجل المماثلة في إجراءات دعوى الموضوع الأصلية، أي يراقب فيها القاضي الطابع الجدي للمسألة فقط، ثم بعد ذلك تأتي التصفية في الدرجة الأعلى "le degré supérieur"، والتي يعتد فيها بالشك الجدي الذي يثيره القاضي على مستوى الجهات القضائية العليا - جهات النقض - ولا تتم الإحالة هنا إلا إذا كانت المسألة جديدة أو جدية .

إن هذا الفرق في فحص الدفع بعدم الدستورية من قبل القضاة في مختلف الدرجات القضائية يفرض بالضرورة اختلافا في نوعية التصفية بحيث تكون هذه الأخيرة أكثر تشددا على مستوى جهات النقض<sup>1</sup>.

تبعا لهذا التصنيف نستنتج أن التصفية في النظام الفرنسي تتعلق أساسا بدرجات التقاضي وأن قاضي النقض هو الفاصل الأساسي في جدية الدفع بعدم الدستورية من عدمها، من خلال التصفية التي تتم على مستواه إثر شكوكه الجدية بخصوص الدفع المثار أمامه، أو أن تكون المسألة جديدة.

لكن وبسبب غياب الحدود الفاصلة بين عملية التصفية والرقابة الدستورية، قد تصبح هذه العملية حاجزا أمام ولوج المواطن بوصفه متقاضيا إلى القضاء الدستوري إثر عدم الإحالة الكافية لمسائل الأولوية الدستورية من قبل جهات النقض إلى المجلس الدستوري<sup>2</sup>، وعليه تتم هذه العملية بمراعاة شروط قبول الدفع من قبل الجهات القضائية، والتي تحددها المادتين 1-23 (الشروط الشكلية)<sup>3</sup>، و2-23 (الشروط الموضوعية)<sup>4</sup> من القانون العضوي السالف ذكره.

<sup>1</sup> -Marthe Fatin-Rouge STEFANINI, *l'appréciation par les cours suprêmes du caractère sérieux de la question de constitutionnalité*, institut universitaire Varenne, la QPC : vers une culture constitutionnelle partagée, LGDJ, France, 2015, p.33,34. Disponible aussi sur le site : "https://hal.archives-ouvertes.fr".consulté le :15-11-2017.

<sup>2</sup> -Ibid.p.39.

<sup>3</sup> - Article 23-1 de la loi organique numéro 2009-1523 du 10 Décembre 2009, relative à l'application de l'article 61-1 de la constitution, *journal officiel de la république française* n° 0287 de l'an 2009: "...présenté dans un écrit distinct et motivé, un tel moyen peut être soulevé pour la première fois et en cause d'appel, il ne peut être soulevé d'office...".

<sup>4</sup> - Article 23-2, Ibid. : "... il est procédé de cette transmission si les conditions suivantes sont remplies:

1° : La disposition contestée est applicable au litige ou à la procédure, ou constitue le fondement des poursuites.

2° : Elle n'a pas déjà été déclarée conforme à la constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du conseil constitutionnel, sauf changement des circonstances.

3° : La question n'est pas dépourvue de caractère sérieux".

## المطلب الثاني : شروط قبول الدفع بعدم الدستورية مع محاولة تقييمه

من خلال هذا المطلب نحدد بداية شروط قبول الدفع بعدم الدستورية، ثم نتطرق

لمحاولة تقييمه بعرض ايجابياته وسلبياته

### الفرع الأول: شروط قبول الدفع بعدم الدستورية

#### 1- الشروط الشكلية ( المادة 1-23):

- يجب أن ترفع دعوى الدفع بعدم الدستورية بموجب عريضة منفصلة عن الدعوى الأصلية ويشترط فيها الكتابة.

- هي دعوى تعتبر حقا لكل ذي مصلحة ولا يجوز للقاضي إثارتها من تلقاء نفسه فهي ليست من النظام العام.

- ترفع في جميع مراحل الدعوى وأمام محاكم أول درجة وكذا محاكم الدرجة الثانية أو في مرحلة النقض.

#### 2- الشروط الموضوعية ( المادة 2-23):

- تطبيق النص التشريعي محل النزاع بحيث يجب أن يكون النص التشريعي محل الدفع مطبقا على النزاع المعروض أمام الجهة القضائية.

- عدم وجود قرار سابق صادر عن المجلس الدستوري ينص على مطابقة النص المطعون فيه للدستور إلا إذا تغيرت الظروف- تعديل دستوري-.

- الطابع الجدي أو الجديد للمسألة.

وترتبط نسبة 80 % من قرارات عدم الإحالة بهذا الشرط الأخير ذلك أنه وعلى إثر فحصه يتم تقدير حجج عدم دستورية النص محل الدفع المثارة من قبل المعارض، إذ يعتبر هذا الشرط الفاصل والمحدد لإحالة الدفع من عدمه إلى المجلس الدستوري<sup>1</sup>، وتعتبر المسائل ذات الطابع الجديد قليلة الطرح مقارنة بتلك التي توصف بالجديدة، وقد حدد المجلس الدستوري الفرنسي في القرار رقم 595 الصادر بتاريخ 03 ديسمبر 2009، مفهوم الطابع الجديد للمسألة حيث بين من جهة متى يمكن لقاضي التصفية أن يصبغ وصف المسألة الجديدة على الدفع المثار أمامه، ومن جهة أخرى بين المسائل التي لا تعتبر جديدة.

إن الجانب الأول من هذا القرار يعطينا التعريف الايجابي للمسألة الجديدة، حيث بين المجلس الدستوري أن المشرع العضوي وعن طريق اعتماد هذا المعيار جعل إخطار المجلس الدستوري لا يكون إلا بمناسبة النصوص الدستورية التي لم تعرض عليه للفحص من قبل، وسمح لمجلس الدولة ومحكمة النقض بتقدير المصلحة الكامنة وراء إخطار المجلس الدستوري

<sup>1</sup>-Marthe Fatin-Rouge STEFANINI, op.cit,P.30,31.

آلية الدفع بعدم دستورية القوانين في الأنظمة الدستورية المقارنة

بناء على هذا المعيار، إن هذا المفهوم للمسألة الجديد يُعتبر مفهوماً غير موضوعي وواسعاً ويفتقد إلى الوضوح، لأنه يمكن اعتبار "مسألة جديدة" كل مسألة يرى ويقدر قاضي التصفية أن المجلس الدستوري من المهم أن ينظر ويفصل في دستورتها، وهنا نأتي إلى تحديد عائق آخر متعلق بولوج المواطن إلى القضاء الدستوري يتمثل في ذاتية تحديد الطابع الجديد للمسألة من قبل قاضي.

أما الجانب الثاني من هذا القرار فيمكننا من التعريف السلبي للمسألة الجديدة، إذ قضى المجلس الدستوري في هذا الإطار بقوله أن مسألة الأولوية الدستورية لا يمكن أن تكون جديدة إلا إذا لم يخصص المجلس الدستوري النص التشريعي محل الدفع من قبل ولم يصدر بشأنه قراراً بالمطابقة، إن هذا المفهوم للمسألة الجديد يُعتبر جد واضح ومحدداً لاعتماده على التقدير والفحص ذو الطابع التقني من قبل قضاة التصفية، إلا أنه وفي حال تغير الظروف يمكن إثارة عدم دستورية نص تشريعي سبق وأن نظر فيه المجلس، ويظهر هذا في الدفع الذي تقدمت به Marine LE PEN والمتعلق بنصوص أقر المجلس الدستوري مطابقتها سابقاً للدستور لكن بتغيير الظروف المحيطة بها التي مست الحياة السياسية والتنظيم المؤسساتي للدولة جعلها من جديد محل دفع بعدم الدستورية، ومن هذا المنطلق تم اعتبار المسألة ذات طابع جديد ونظر فيها المجلس الدستوري<sup>1</sup>.

وفي إطار الجلسة المنعقدة من قبل لجنة القوانين للجمعية الوطنية بتاريخ 21 نوفمبر 2012، صرح كل من Bernard STIRN و Jean-Marc SAUVE بوصفهما نائب رئيس مجلس الدولة ورئيس قسم المنازعات بمجلس الدولة على التوالي، بأن الطابع الجدي لمسألة الأولوية الدستورية يُعتبر من أهم الشروط التي تركز عليها الجهات القضائية العليا، وأن مجلس الدولة وفي إطار عمله يقرر جدية المسألة الدستورية المثارة أمامه إذا كانت طبيعتها تولد لديه شكاً جدياً، إن الإشكالية التي تطرح هنا تتعلق بالمعايير المعتمدة من قبل القاضي في تحديد هذا الشك الجدي الذي تثيره المسألة، ذلك أن أغلب قرارات مجلس الدستوري لا تعطي مبادئ خاصة يُعتمد بها في هذا المجال وأن كل من Bernard STIRN و Jean-Marc SAUVE خلال الحصيلة التي قدمها بخصوص مسألة الأولوية الدستورية لم يتطرقا إطلاقاً للطريقة التي تتبع من أجل تحديد الطابع الجدي للمسألة المثارة.

وعليه ويهدف التأكد من الطابع الجدي لمسألة الأولوية الدستورية لم يتردد مجلس الدولة في الرجوع إلى اجتهادات المجلس الدستوري والعمل وفق منطقته، وحتى استعمال تقنيات

<sup>1</sup>- Marthe Fatin-Rouge STEFANINI, *le filtrage opéré par le conseil d'état*, (rapport de recherche), Aix-Marseille université, France, 2013, p.9-10. Disponible aussi sur le site : "<https://hal.archives-ouvertes.fr/>". consulté le : 15-11-2017

د. بن اعراب محمد/ ب. بن شناف منال - جامعة سطيف 2 (الجزائر)

الرقابة المعتمده من طرفه، وبهذا يصبح المجلس الدستوري من خلال اجتهاداته أحد المصادر التي يعتمد عليها قضاة التصفية للجهات القضائية العليا للتأكد من جدية الدفع المثار أمامهم<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني: محاولة تقييم هذا النظام من خلال عرض لاجبياته وسلبياته

إن آلية الدفع بعدم الدستورية المعتمده على تقنية التصفية تساهم في تنقية النظام القانوني من المقتضيات غير الدستورية وهذا عن طريق إشراك المواطنين بطريقة غير مباشرة في عملية التشريع<sup>2</sup>، كما يساهم كذلك هذا النظام في ضبط وعقلنة الدفوعات وتفاذي الكيدية منها من قبل المواطنين، ما يمكن المجلس الدستوري من الانصراف إلى جوهر عمله المتمثل في مراقبة دستورية القوانين وعليه تتحسن نوعية الولوج إلى القضاء الدستوري<sup>3</sup>.

من جهة أخرى فإن هذا النظام من شأنه إغراق جهات النقض بقضايا الدفع بعدم الدستورية، الأمر الذي قد يؤدي إلى إبعاده عن عملها الأساسي المتمثل في توحيد الاجتهاد القضائي وباعتبارها جهات للتصفية فإن هذه الوظيفة الجديدة قد تؤدي إلى تضارب الاجتهاد القضائي بخصوص إحالة أو عدم إحالة الدفع بعدم الدستورية على المجلس الدستوري<sup>4</sup>.

وتجدر الإشارة أنه وخلال السنة الأولى من تطبيق هذا النظام في فرنسا أصدر كل من مجلس الدولة والمحكمة العليا 527 قرار في مادة مسألة الأولوية الدستورية، قرروا على إثرها إحالة 124 مسألة إلى المجلس الدستوري، وعدم إحالة 403 مسألة، وتعد نسبة الإحالة منخفضة مقارنة بعدم الإحالة حيث أنه في كل أربع مسائل تطرح على جهات النقض تحال مسألة واحدة فقط، الأمر الذي يجعل عملية التصفية عائقاً أمام وولوج المواطن للقضاء الدستوري وترقية مشاركته في تنقيح المنظومة القانونية من المقتضيات غير الدستورية، أما أمام قضاة الدرجة الأولى فقد تم طرح أزيد من 20000 مسألة، وعلى إثر هذه الأرقام صرح نائب رئيس مجلس الدولة أمام الجمعية الوطنية بنجاح الجهات القضائية في التعامل مع هذا الدفع لاسيما جهات النقض، ووعي المواطن الفرنسي بفعالية هذه الآلية في تكريس مشاركته في تحقيق دولة القانون، من خلال سعيه لحماية حقوقه وحرياته وعلى إثر طرح هذا العدد من المسائل

<sup>1</sup> - Ibid, p.13,14.

<sup>2</sup> - جمال رواب، المرجع السابق، ص39.

<sup>3</sup> - جمال الدك، المرجع السابق.

<sup>4</sup> - المرجع نفسه.

آلية الدفع بعدم دستورية القوانين في الأنظمة الدستورية المقارنة \_\_\_\_\_  
قضى المجلس الدستوري بنسبة % 56 من قراراته بمطابقة الدستور، و % 34 قرار بعدم الدستورية، و% 10 بعدم وجود مسألة عدم دستورية من الأساس<sup>1</sup>.  
وفي آفاق صدور القانون العضوي المحدد لكيفيات تطبيق نظام الدفع بعدم الدستورية في الجزائر، نتساءل إذا كان المواطن الجزائري بوصفه متقاضيا، يمتلك الثقافة القانونية الكافية التي تؤهله لاستعمال هذا الدفع من أجل حماية حقوقه وحرياته وإثبات مشاركته الفعلية في إرساء مقومات دولة القانون، لاسيما والقيود الزماني المطروح في المادة 125 من القانون 16-01، وهل سيكون هناك تجاوب من الجهات القضائية المختلفة مع مقتضيات هذا الدفع الجديد من أجل إنجاحه.

### **المبحث الثاني: نظام إثارة الدفع بعدم الدستورية أمام المحاكم وكيفية اتصال القضاء الدستوري بهذا الدفع "نماذج مختلفة"**

من خلال هذا المبحث نتناول بالدراسة نظام إثارة الدفع بعدم الدستورية أمام المحاكم وكيفية اتصال القضاء الدستوري بهذا الدفع من خلال نماذج مختلفة له تتعلق بصور اعتماده المختلفة، ثم يتم التطرق إلى محاولة تقييم هذا النظام بعرض إيجابياته وسلبياته إضافة إلى تحديد الآثار القانونية المترتبة عليه.

#### **المطلب الأول : صور اعتماد آلية الدفع بعدم الدستورية تبعا لهذا النظام**

نتطرق في هذا المطلب إلى صورة إحالة الدفع بعدم الدستورية من محكمة الموضوع إلى المحكمة الدستورية، ثم منح محكمة الموضوع أجلا لمثير الدفع من أجل إثارة دفعه أمام المحكمة الدستورية بعد دراستها لجديته كصورة ثانية لهذا النظام، وأخيرا حالة إثارة الدفع بعدم الدستورية تلقائيا من طرف القاضي.

#### **الفرع الأول : إحالة الدفع بعدم الدستورية من محكمة الموضوع إلى المحكمة الدستورية**

في حال تم إثارة الدفع بعدم الدستورية أمام المحكمة من قبل أحد أطراف الدعوى تتأكد المحكمة هنا من جدية الدفع<sup>2</sup>، بمعنى أن ترى أن الفصل في مسألة الدستورية سيكون منتجا وأن

<sup>1</sup> - Jean Louis Debré, *Première anniversaire de la question prioritaire de la constitutionnalité*, "revue annuelle des avocats au conseil d'état et à la cour de cassation", Rapport justice et cassation, France, 2011, p.04.

<sup>2</sup> - جمال الدك، المرجع السابق.

د. بن اعراب محمد/ ب. بن شناف منال - جامعة سطيف 2 (الجزائر)  
القانون المطعون في دستوريته متصل بموضوع النزاع<sup>1</sup>، فإذا ثبت لها ذلك تتوقف عن البت في دعوى الموضوع وتحيل الدفع مباشرة إلى المحكمة الدستورية وأخذت بهذه الصورة كل من: ألمانيا، إسبانيا، تركيا وتونس.

حيث يسمى هذا الدفع في النظام الإسباني بـ "Le recours d'amparo" أين تكون المحكمة الدستورية الإسبانية مختصة بالنظر في هذا الطعن المرفوع من قبل المئات من المواطنين سنويا، واعتمد الدستور الإسباني لسنة 1978 هذا الطعن كحماية خاصة للحقوق الأساسية، حيث قررت المادة 53.2 أن كل مواطن يستطيع طلب حماية حرياته وحقوقه المقررة في المادة 14 من الجزء الأول الفصل الثاني منه عن طريق طعن Amparo أمام المحكمة الدستورية<sup>2</sup>، وهو ما ذهبت إليه المادتين 162 و162.1 أين نصت على إمكانية تقديم الطعن بعدم الدستورية بصفة فردية من قبل كل شخص طبيعي أو معنوي يثير مصلحة مشروعة، وعليه فإن المواطن الإسباني يجوز له الاتصال المباشر بالقضاء الدستوري، أي المشاركة المباشرة من قبله دون أي وساطة في تكريس سمو القاعد الدستورية وتحقيق دولة الحق والقانون، ومرد هذا أن الشعب هو أصل ومرجع السلطة السياسية وفقا لمفهوم الديمقراطية المباشرة، وبهذه الحكمة يتولى بنفسه مباشرة شؤون الحكم ليس بوصفه صاحب السلطة أو السيادة فقط في الدولة بل يمارسها بالفعل دون وساطة أو إنابة<sup>3</sup>.

إن إخطار المحكمة الدستورية الإسبانية يتم دون عملية التصفية، وهذا القول يتضح إثر الدراسات التي تمت في إطار النصوص القانونية المنظمة للدفع بعدم الدستورية، لاسيما الدستور والقانون العضوي رقم 02/1970 الصادر بتاريخ 03 أكتوبر 1970 المتعلق بالمحكمة الدستورية "LOTIC"، أين لا يوجد أي أثر لتوظيف مصطلح التصفية، حيث يقوم قاضي الموضوع بإحالة المسألة مباشرة للمحكمة الدستورية بعد تأكده من اتصال النص القانوني المتعلق بمسألة الدستورية بالنزاع المعروض عليه وشكته في عدم دستوريته، إن هذه العملية التي يقوم بها القاضي والتي تعتبر فصحا مسبقا لشروط قبول الدفع بعدم الدستورية<sup>4</sup>، تشبه التصفية المرنة التي يقوم بها قاضي الموضوع في فرنسا، لكن وبالمفهوم الفرنسي لعملية التصفية السالف ذكره

<sup>1</sup> - أحمد زيد، الطعن في دستورية القوانين "دراسة مقارنة"، مذكرة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، كلية الدراسات العليا، فلسطين، 2012، ص57.

<sup>2</sup> - Carlos Ruiz Miguel, L'amparo constitucional en Espagne, traduction de Daniel Jean Charles, "nouveau cahiers du conseil constitutionnel", ( dossier: l'accès des personnes à la justice constitutionnelle ), n° 10. France, 2001, P. 1-3.

<sup>3</sup> - حبشي لزرق، المرجع السابق، ص 49.

<sup>4</sup> - Laurent GUY, la question prioritaire de constitutionnalité, approche comparé de droit, bruyant, 1<sup>er</sup> édition, France, 2014,P.13.

آلية الدفع بعدم دستورية القوانين في الأنظمة الدستورية المقارنة  
والقائم على درجات التقاضي والمتعلق وجوبا بجهات النقض التي تقييم تصفية مشددة، نقول أن  
النظام الاسباني بالمقارنة مع نظيره الفرنسي يفتقد إلى هذه التقنية.

وتجدر الإشارة هنا إلى ضرورة معرفة القواعد والفلسفة التي يقوم عليها كل نظام، ذلك  
أن النظام الاسباني للدفع بعدم الدستورية وجد كوسيلة لتدقيق وتنقيح النظام القانوني، بينما  
الفلسفة الفرنسية لهذا الدفع تبنى أساسا على اعتباره حقا للمتناقضين<sup>1</sup>.

وبالعودة إلى الدراسة المتعلقة بالولوج الفردي إلى القضاء الدستوري التي قامت بها  
اللجنة الأوروبية من أجل الديمقراطية عن طريق القانون، نجدها تصنف الطعن "Amparo" في  
خانة الطعون الفردية التي تتيح الولوج المباشر للمتناقضين إلى القضاء الدستوري<sup>2</sup>، ما يبين عدم  
وجود حاجز التصفية الذي تفرضه جهات النقض على المتقاضين.

وتجدر الإشارة أن الدفع عن طريق "Le recours d'amparo" عرف نجاحا كبيرا في  
اسبانيا، بدءا بـ 280 طعن المرفوعة في السنة الأولى من بداية نشاط المحكمة الدستورية  
(1980)، إلى غاية 5582 طعن المرفوعة سنة 1999، وإذا قمنا بقسمة فترة وجود المحكمة  
الدستورية على مدة محددة بـ 06 سنوات، نلاحظ أن في الفترة الممتدة بين سنتي 1980-  
1986، الطعن "Amparo" وصل إلى 4866، وخلال الفترة الممتدة بين سنتي 1987-1992  
وصل عدده إلى غاية 15204، وأخيرا في إطار الفترة ما بين 1993-1998، وصل إلى حد  
28266 طعن<sup>3</sup>.

ورغم نجاعة هذه الصورة في تضريب المواطن من القضاء الدستوري إلا أن كثرة تدفق  
الملفات على المحكمة الدستورية، خاصة في حالة تعسف المتقاضين في استعمال هذا الدفع يرتب  
اختناق المحكمة الدستورية خاصة إثر محدودية أعضائها وممارستها لمهام أخرى<sup>4</sup>.

### الفرع الثاني: منح محكمة الموضوع أجلا لمثير الدفع من أجل إثارة دفعه أمام المحكمة الدستورية بعد دراستها لجديته

في هذه الحالة يتم إثارة الدفع بعدم الدستورية من قبل أحد أطراف الدعوى إلى  
محكمة الموضوع وفي حال ثبت لهذه الأخيرة جديته تصدر حكما تمهيديا يخول لمثير الدفع "  
مهلة أو أجلا " لتقديم دفعه أمام المحكمة الدستورية، فإن لم يقدمه داخل الأجل المحدد له  
اعتبر هذا الدفع كأن لم يكن وتواصل المحكمة البت في القضية الراجعة أمامها، وأخذت بهذه

<sup>1</sup> - Marthe Fatin-Rouge STEFANINI, l'appréciation par les cours suprêmes du caractère sérieux de la question de constitutionnalité ,op.cit,P.42.

<sup>2</sup> - Gaguik HARUTYUNYAN et autres, étude sur l'accès individuel a la justice constitutionnelle, adoptée par la commission de Venise lors de sa 85° session plénière, Venise,2010,P.18.

<sup>3</sup> - Carlos Ruiz Miguel, op. cit, P. 09.

<sup>4</sup> - خالد الدك، المرجع السابق.

د. بن اعراب محمد/ ب. بن شناف منال - جامعة سطيف 2 (الجزائر)

الصورة كل من البحرين، مصر وفلسطين<sup>1</sup>، إذ ورد هذا الدفع كأسلوب من أساليب اتصال المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية بالدعوى الدستورية في المادة 27 من قانونها والتي قضت بتولي المحكمة الرقابة القضائية على الدستورية على النحو التالي: "إذا دفع أحد الخصوم أثناء نظر دعوى أمام إحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي بعدم دستورية نص في قانون أو مرسوم أو لائحة أو نظام أو قرار، ورأت المحكمة أو الهيئة أن الدفع جدي، أجلت نظر الدعوى وحددت لمن أثار الدفع ميعادا لا يتجاوز تسعين يوما لرفع دعوى بذلك أمام المحكمة الدستورية العليا، فإن لم يرفع الدعوى في الميعاد، اعتبر الدفع كأن لم يكن"<sup>2</sup>، وهو ذات الأمر في مصر.

إن النص المتقدم ذكره يستفاد منه أن لكل ذي مصلحة في الدعوى أن يدفع بعدم دستورية النص المقرر تطبيقه على الموضوع وفي هذا قضت المحكمة الدستورية العليا المصرية في الدعوى رقم 06 لسنة 1994 جلسة رقم 08: "أن الدعوى الدستورية وإن كانت تستقل بموضوعها عن الدعوى الموضوعية، إلا أن هاتين الدعويتين لا تنفكان عن بعضهما من زاويتين: أولاهما أن المصلحة في الدعوى الدستورية وهي شرط لقبولها، مناطها في ارتباطها بالمصلحة في الدعوى الموضوعية وذلك بأن يكون الحكم في المسألة الدستورية مؤثرا في الطلب الموضوعي المرتبط بها"<sup>3</sup>.

مما سبق نقول أن المواطن المتقاضي في هذه الصورة يجوز له الولوج مباشرة إلى القضاء الدستوري للدفع في دستورية نص قانوني مسّ بحقوقه وحرياته ومن هذا المنطلق فإن هذه الصورة ماهي إلا تكريس لمبدأ المساواة أمام القضاء الدستوري، لكن الميعاد أو المهلة التي تعطى من قبل المحكمة للمتقاضي من أجل عرض دفعه على المحكمة الدستورية قد تزعزع ثقة المواطنين في قضائهم خاصة إثر عدم تقديم مثير الدفع لطلبه أمام المحكمة الدستورية خلال الأجل المحدد له واعتبار المحكمة كأن دفعه لم يكن وعوده بتها في الدعوى المعروضة أمامها رغم يقينها من عدم دستورية القانون المراد تطبيقه على النزاع الأمر المتناهي تماما ومنطق وروح الدستور ومساسه بمبدأ المحاكمة العادلة<sup>4</sup>.

### الفرع الثالث: إثارة الدفع بعدم الدستورية تلقائيا من طرف القاضي

تبعا لهذه الصورة يتم إثارة الدفع بعدم الدستورية تلقائيا من قبل القاضي أثناء بته في قضية رائجة أمامه ويحيلها مباشرة إلى المحكمة الدستورية ويتوقف عن البت في القضية

<sup>1</sup> - خالد الدك، المرجع السابق.

<sup>2</sup> - أحمد زيد، المرجع السابق، ص 56، 57.

<sup>3</sup> - المرجع نفسه، ص 20، 21.

<sup>4</sup> - خالد الدك، المرجع السابق.

آلية الدفع بعدم دستورية القوانين في الأنظمة الدستورية المقارنة \_\_\_\_\_  
الرائجة أمامه، إلى أن تصدر المحكمة الدستورية قرارها بشأن الدفع المحال عليها وقد أخذت  
بهذه الصورة أساسا، مصر، فلسطين، إسبانيا، ألمانيا<sup>1</sup>، وعليه فإن الدفع بعدم الدستورية هنا يعتبر  
من النظام العام ويجوز للقاضي إثارته من تلقاء نفسه، وباستقراء النصوص الفلسطينية يتضح  
أن المشرع الفلسطيني تبنى أربعة طرق لتحريك الدعوى الدستورية من بينها التصدي، وهو ذات  
الأمر في النصوص المصرية أين تمارس المحكمة الدستورية العليا رقابتها إما عن طريق:  
الإحالة، الدفع الفرعي أو التصدي<sup>2</sup>، كذلك في ألمانيا أين يجوز لقاضي الموضوع إثارة الدفع بعدم  
الدستورية من تلقاء نفسه ودونما انتظاره لمبادرته من قبل أطراف الدعوى المعروضة عليه  
كمسألة الأولوية الدستورية في فرنسا<sup>3</sup>، ويظهر هذا الأمر جليا كذلك في النظام الإسباني الذي  
يتميز بخاصيتين مهمتين مقارنة بالنظام الفرنسي، أولاها تتمثل في أن مسألة الأولوية  
الدستورية في فرنسا لا تعرض على المجلس الدستوري إلا من طرف جهات النقض العليا لأنها  
تخضع لتقنية التصفية، في حين أنه في إسبانيا مثلا أو ألمانيا يتم طرح الدفع مباشرة أمام  
المحكمة الدستورية من طرف أي قاض - محكمة ابتدائية، جهة استئناف -، وهذا ما نصت عليه  
المادة 163 من الدستور الإسباني التي اعترفت بحق كل الجهات القضائية بإخطار المحكمة  
الدستورية، ولا تعد من النظام العام في فرنسا وأن طرحها يحق حصريا لأطراف الدعوى فقط  
وخلاف هذا ما نجده في النظام الإسباني أين يمكن إثارة هذا الدفع تلقائيا بمبادرته من  
القاضي<sup>4</sup>.

تكرس هذه الصورة أن الدعوى الدستورية دعوى عينية والقول بغير ذلك يجعلها  
شخصية<sup>5</sup>، وهو ما قضت به المحكمة الدستورية العليا في مصر في الدعوى 09 لسنة 08 قضائية،  
دستورية مشتركة مع الدعوى 03 لسنة 06 قضائية بقولها: " الأحكام الصادره في الدعاوى  
الدستورية هي بطبيعتها دعاوى عينية، توجه الخصومة فيها إلى النصوص التشريعية المطعون  
عليها بعيد دستوري، تكون لها وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة حجبية مطلقة، حيث لا  
يقصر أثرها على الخصوم في الدعوى التي صدرت فيها، وإنما ينصرف هذا الأثر إلى الكافة،  
وتلتزم بها جميع سلطات الدولة، سواء كانت هذه الأحكام قد انتهت إلى عدم دستورية النص

<sup>1</sup> - المرجع نفسه.

<sup>2</sup> - أحمد زيد، المرجع السابق، ص 51.

<sup>3</sup> - Gustave Grewe, Le contrôle de constitutionnalité de la loi en Allemagne, quelques comparaisons avec le système français, revue pouvoir, n° 137, France, 2011, P. 148.

<sup>4</sup> - Pierre Bon, op.cit, PP. 133, 134.

<sup>5</sup> - خالد الدك، المرجع السابق.

د. بن اعراب محمد/ ب. بن شناف منال - جامعة سطيف 2 (الجزائر)

التشريعي المطعون فيه أم إلى دستورية ورفض الدعوى من الأساس<sup>1</sup>، من خلال هذا فإن القاضي يتمكن من البت في القضية، وهو يعلم أن القانون المراد تطبيقه في الدعوى مطابق للدستور. إذ يمكن أن يوجد نص غير دستوري ولم ينتبه له الأطراف وأن حرمان القاضي من هذه الإمكانيات من شأنه إرغامه على تطبيق القانون وهو يعلم عدم دستوريته ومن هنا فإن هذه الصورة تجسد مبدأ التزام الأحكام القضائية بالقواعد الدستورية الصحيحة<sup>2</sup>.

### **المطلب الثاني: تقييم نظام إثارة الدفع بعدم الدستورية أمام المحاكم و اتصال القضاء الدستوري بهذا الدفع وتحديد آثاره القانونية**

من خلال هذا المطلب سنتطرق إلى محاولة تقييم هذا النظام بعرض ليجابياته وسلبياته، ثم تبيان الآثار القانونية المترتبة عنه.

### **الفرع الأول: نظام إثارة الدفع بعدم الدستورية أمام المحاكم واتصال القضاء الدستوري به بين إيجابياته وسلبياته**

يعتبر الدفع بعدم الدستورية في هذا النظام من النظام العام أي أن القاضي يجوز له إثارته من تلقاء نفسه، وهذا عكس النظام السابق، كما أن الدفع هنا لا ينحصر في مجرد منازعة النصوص التشريعية بل ينصرف إلى بقية النصوص القانونية والأعمال القضائية بما فيها القوانين العضوية، التنظيمات الداخلية للمجالس النيابية، وحتى بعض الأعمال الصادرة عن الهيئات المستقلة، إلى مجرد التصرفات المادية الصادرة عن السلطة العامة للدولة<sup>3</sup>، ورغم نجاعة هذا الدفع في تقريب المواطن من القضاء الدستوري تبعا لصورته الأولى إلا أن كثرة تدفق الملفات على المحكمة الدستورية قد يرتب اختناقها ويزيد الضغط عليها لاسيما وكثرة الملفات، وتبعا للصوره الثانية من هذا النظام يعتبر الميعاد أو المهلة التي تعطى من قبل المحكمة للمتقاضي من أجل عرض دفعه على المحكمة الدستورية أمرا من شأنه زعزعة ثقة المواطنين في قضائهم خاصة إثر عدم تقديم مثير الدفع لطلبه أمام المحكمة الدستورية خلال الأجل المحدد له.

### **الفرع الثاني: الآثار القانونية المترتبة على إثارة هذا الدفع**

إن تفعيل آلية الدفع بعدم الدستورية من خلال صورته السالف ذكرها يكرس مفهوم المواطنة التي تعتبر مسألة مرتبطة بالديمقراطية فكلما كانت هناك ديمقراطية أكثر كلما كان

<sup>1</sup> - أحمد زيد، المرجع السابق، ص 20، 19.

<sup>2</sup> - خالد الدك، المرجع السابق

<sup>3</sup> - Pierre BON, La question d'inconstitutionnalité en Espagne, "revue pouvoir", n° 137, France, 2011, P.120.

آلية الدفع بعدم دستورية القوانين في الأنظمة الدستورية المقارنة \_\_\_\_\_  
هناك احترام أكثر للمواطنة مما يجعلها مسألة دستورية بامتياز<sup>1</sup>، وهي تعني تمتع الشخص الذي يرتبط برابطة قانونية بالدولة بالحقوق وكذا تحمله للالتزامات طبقا للنصوص القانونية<sup>2</sup>، وإذا كان لوجوء المواطنين إلى القضاء الدستوري عن طريق تقنية الدفع قد أصبح حقا معترفا به في غالبية الدول فإن الاعتماد على هذه الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين من خلال منح الأفراد الحق في ممارسة هذا الدفع يشكل نقلة نوعية لتحقيق "عدالة دستورية مواطنة" يكون فيها المواطن في مركز معادلة تحصين حقوقه وحرياته، مما يترتب على ذلك إشاعة ثقافة مجتمعية تتفاعل والقضاء الدستوري بشكل ايجابي وتعكس وعي المواطن لحقوقه والتزاماته في تكريس الأمن القانوني للدولة الذي يحمل في طياته أبعادا تنموية على سائر المستويات<sup>3</sup>،

فالنص على الحقوق والحرريات في حد ذاته غير كاف بل يتطلب الأمر مشاركة صاحب هذه الحقوق والحرريات في حمايتها وضمان مطابقتها للمقتضيات الدستورية<sup>4</sup>، ويعتبر اعتماد المشرع الدستوري لطريقة حق الأفراد في الدفع بعدم الدستورية تكريسا لنوع من التشاركية بين المؤسسات الرسمية والأفراد من أجل تفعيل العدالة الدستورية<sup>5</sup>، وأن منح حق للمواطن في اللجوء إلى القضاء الدستوري أمر ضروري علقته تحقيق نظام رقابي على دستورية القوانين ذو فعالية هدفه السهر على احترام مبدأ سمو الدستور من خلال ضمان عدم التعرض لحقوق الأفراد وحرياتهم الأساسية<sup>6</sup>.

وباعتبار سلطة التشريع من بين أهم سلطات الحكم في الدولة كان لزاما أن ترتبط ممارستها من قبل السلطة التأسيسية ممثلة في الشعب لما لذلك من تطابق مع مضامين الدستور وأحكامه غير أن الواقع اقتضى التسليم بمسئمة الإنابة عن الشعب من قبل هيئة نيابية تقوم

---

<sup>1</sup> - نادية خليفة، المواطنة كمؤشر للديمقراطية وكمسألة دستورية الجزائر نموذجا، "مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية"، العدد 09، باتنة، 2016، ص 86.

<sup>2</sup> - إبراهيم بلمهدي، المرجع السابق، ص 169.

<sup>3</sup> - يوسف ادريدو، نظام تصفية طلبات الدفع بعدم الدستورية في القانون المغربي، "مجلة الفقه والقانون"، العدد 17، المغرب، 2017، ص 188.

<sup>4</sup> - Bernard Stirn, **constitution et droit administratif**, nouveaux cahiers du conseil constitutionnel. (dossier : le conseil constitutionnel et le droit administratif), n° 37, France, 2012, P. 07.

<sup>5</sup> - ليندو أونيسي، التعديل الدستوري 2016 وأثره في تطوير الرقابة الدستورية في الجزائر، "مجلة الحقوق والعلوم السياسية"، المجلد 03، العدد 02، جامعة عباس لغورور، خنشلة، 2016، ص 112.

<sup>6</sup> - جمال رواب، المرجع السابق، ص 39.

مقامه في التشريع، لكن هل يكون التشريع من قبل نواب الشعب مطابقا في كل الأحوال للدستور؟<sup>1</sup>

تعترف الديمقراطيات الحديثة بمبدأ التمثيل وتكرسه في دساتيرها عبر الانتخاب الحر والنزيه وطبقا لمبدأ المساواة، وتبرز هنا إشكالية تمثيل الإرادة العامة من طرف الممثلين المنتخبين خصوصا إذا تعارضت إرادتهم وإرادة المواطنين وذلك من خلال النصوص التشريعية التي قد تصدر مخالفة لما جاء في الدستور<sup>2</sup>، وتعتبر آلية الدفع بعدم الدستورية إحدى الحلول العملية لهذه الإشكالية من منظور أن المواطن يملك الحق في طلب الرقابة على دستورية القوانين وبالتالي أصبح يمكن له الطعن بعدم دستورية القانون المطبق عليه استنادا إلى خرقه للمقتضيات الدستورية، وعليه فإن عملية تنقيح المنظومة القانونية من المقتضيات غير الدستورية الصادره عن ممثلي الشعب تدعم إشراك المواطن بطريقة غير مباشرة في عملية التشريع وتمكن من تجاوز عقبات التمثيل الشعبي، وتؤدي إلى تجاوز تأثير الاعتبارات السياسية على محدودية الإخطار ذلك أن حصر حق إخطار المجلس الدستوري في الجهات السياسية العامة فقط لا يمكن أن يمثل ضمانا كافية، لأن هذا الحق قد لا يستعمل لحماية الدستور والدفاع عنه بقدر ما يستعمل لتحقيق أهداف سياسية<sup>3</sup>.

#### خاتمة:

من خلال هذه الدراسة التي تطرقنا فيها إلى موضوع آلية الدفع بعدم دستورية القوانين في الأنظمة الدستورية المقارنة، نتوصل إلى عرض النتائج التالية:

- تختلف الفلسفة التي تقوم عليها أنظمة الدفع بعدم الدستورية من حيث كونها إما مكنة تمنح للمتقاضي من أجل حماية حقوقه وحرياته وولوجه إلى القضاء الدستوري، وإما باعتبارها آلية لتنقيح المنظومة القانونية من المقتضيات غير الدستورية كآلية تمنح بالأساس للقاضي.
- الأنظمة المختلفة للدفع بعدم الدستورية تبين وجود إما اتصال مباشر بين المتقاضي والقضاء الدستوري وإما اتصالا غير مباشر بين هذين الطرفين وعللة نوعية هذا الاتصال هي عملية التصفية.

- التصفية كعملية لفحص شروط إحالة الدفع بعدم الدستورية على القضاء الدستوري يختلف مفهومها من نموذج إلى آخر فهي إما وحيدة أو مزدوجة، مرنة أو شديدة، على حسب الجهة القضائية التي تتم على مستواها تبعا للمفهوم الفرنسي، وقد لا يشترط فيها أصلا مراقبة

<sup>1</sup> - حبشي لزرق، المرجع السابق، ص 32.

<sup>2</sup> - إبراهيم بلمهدي، المرجع السابق، ص 165.

<sup>3</sup> - المرجع نفسه، ص 166.

آلية الدفع بعدم دستورية القوانين في الأنظمة الدستورية المقارنة \_\_\_\_\_  
جهات النقض ويحيل قضاء الموضوع الدفع مباشرة إلى القضاء الدستوري وتكون هنا مجرد فحص عادي لبعض شروط قبول مسألة الدستورية ولا ترقى إلى المفهوم الفرنسي.  
- عملية التصفية يمكن أن تعتبر حاجزا أمام ولوج المواطن إلى القضاء الدستوري لاسيما في إطار النموذج الفرنسي الذي يتميز بإعمال التصفية المشددة.  
- نظام إحالة الدفع من قبل محاكم الموضوع إلى القضاء الدستوري مباشرة يوفر فرصا أكبر للمتقاضين من أجل ولوجه إلى القضاء الدستوري.  
- تعبر آلية الدفع بعدم الدستورية إحدى الحلول العملية لإشكالية تعارض إرادة النواب وإرادة المواطنين، وذلك من خلال النصوص التشريعية التي قد تصدر مخالفة لما جاء في الدستور من منظور أن المواطن يملك الحق في طلب الرقابة على دستورية القوانين وبالتالي أصبح يمكن له الطعن بعدم دستورية القانون المطبق عليه استنادا إلى خرقه للمقتضيات الدستورية.  
- إن إقرار الدفع بعدم الدستورية يكرس قاعدة أن صاحب الحق يجب أن يملك سلطة الدفاع والجزائر بدستورها لهذه الآلية تؤكد توجهها نحو إرساء أفضل لمقومات دولة القانون وسعيها نحو إشراك المواطن في الحفاظ على المنظومة القانونية خالية من المقتضيات غير الدستورية، نتائج هذه الدسترة ننتظرها بصدور القانون العضوي المنظم لهذا الدفع في آفاق سنة 2019 ودخوله حيز النفاذ.

### **قائمة المراجع:**

#### **أولا: باللغة العربية**

##### **1- القوانين:**

- القانون رقم 16-01 المؤرخ في 06 مارس 2016 المتضمن التعديل الدستوري، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية رقم 14 لسنة 2016.

##### **2- الكتب:**

- عصام بن الشيخ، الأمين سويقات، إدماج مقارنة الديمقراطية التشاركية في تدبير الشأن المحلي - حالة الجزائر والمغرب من كتاب الديمقراطية التشاركية في ظل الإصلاحات السياسية والإدارية في الدول المغاربية، دار الحامد، الأردن، 2015.

##### **3- المقالات:**

- إبراهيم بلمهدي، آلية الدفع بعدم الدستورية في أحكام تعديل الدستور الجزائري 2016، "مجلة الدراسات القانونية"، الجزء الثالث، العدد الأول، جامعة يحيى فارس، المدية، 2016.

- جمال رواب، الدفع بعدم دستورية القوانين قراءة في نص المادة 188 من الدستور الجزائري، "مجلة الدراسات الحقوقية" العدد الخامس، جامعة مولاي الطاهر، سعيدة، 2016.

- ليندأ أونيسي، التعديل الدستوري 2016 وأثره في تطوير الرقابة الدستورية في الجزائر، "مجلة الحقوق والعلوم السياسية"، المجلد 03، العدد 02، جامعة عباس لغرور، خنشلة، 2016.

د. بن اعراب محمد/ ب. بن شناف منال - جامعة سطيف 2 (الجزائر)

- نادية خلفة، المواطنة كمؤشر للديمقراطية وكمسألة دستورية الجزائر نموذجا، "مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية"، العدد 09، باتنة، 2016.

- نور الدين قريال، الديمقراطية المواطنة والتشاركية، "مجلة الفقه والقانون"، العدد 17، المغرب، 2014.

- يوسف اديدو، نظام تصفية طلبات الدفع بعدم الدستورية في القانون المغربي، "مجلة الفقه والقانون"، العدد 17، المغرب، 2017.

#### 4- الرسائل الجامعية :

- لزرق حبشي، أثر سلطة التشريع على الحريات العامة وضماناتها، أطروحة دكتوراه، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تيمسان، 2013.

- أحمد زيد، الطعن في دستورية القوانين "دراسة مقارنة"، مذكره ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، كلية الدراسات العليا، فلسطين، 2012.

#### 5- المواقع الإلكترونية :

- خالد الدك، دستورية القوانين والخيار الأنسب للمغرب، "مجلة القانون والأعمال-مجلة الكترونية"، العدد التاسع، الرباط، 2016، أطلع عليه بتاريخ: 13-11-2017. "متوفره على الموقع الإلكتروني [www.droitetentreprise.org](http://www.droitetentreprise.org)"

- كمال حمريط، الدفع بعدم دستورية القوانين في التعديل الدستوري الجزائري 2016، مقال متوفر على الموقع الإلكتروني، "47347 / Diae.net" أطلع عليه بتاريخ: 12-11-2017.

### ثانيا: باللغة الفرنسية

#### 1- Les lois :

- la loi organique numéro 2009-1523 du 10 Décembre 2009, relative à l'application de l'article 61-1 de la constitution, journal officiel de la république française no 0287 de l'an 2009.

#### 2- Les livres :

- Laurent GUY, la question prioritaire de constitutionnalité, approche comparé de droit, bruyant, 1er édition, France, 2014  
- Mathieu Disant, Droit de la question prioritaire de la constitutionnalité, collection Lamy, France, 2011.

#### 3- Les articles :

- Bernard Stirn, constitution et droit administratif, nouveaux cahiers du conseil constitutionnel. (dossier : le conseil constitutionnel et le droit administratif), no 37, France, 2012.  
- Carlos Ruiz Miguel, L'amparo constitutionnel en Espagne, traduction de Daniel Jean Charles, "nouveau cahiers du conseil constitutionnel", ( dossier: l'accès des personnes à la justice constitutionnelle ), no 10. France, 2001  
- Fanny JACQUELOT, la procédure de la QPC, "nouveau cahier du conseil constitutionnel", (dossier :le conseil constitutionnel : trois ans de QPC), n040, France, 2013.  
- Gaguik HARUTYUNYAN et autres, étude sur l'accès individuel a la justice constitutionnelle, adoptée par la commission de Venise lors de sa 85e session plénière, Venise, 2010.  
- Gustave Grewe, Le contrôle de constitutionnalité de la loi en Allemagne, quelques comparaisons avec le système français, revue pouvoir, no 137, France, 2011  
- Jean Louis Debré, Première anniversaire de la question prioritaire de la constitutionnalité, "revue annuelle des avocats au conseil d'état et à la cour de cassation", Rapport justice et cassation, France, 2011.  
- Marthe Fatin-Rouge STEFANINI, l'appréciation par les cours suprêmes du caractère sérieux de la question de constitutionnalité, institut universitaire Varenne, la QPC : vers une culture

## آلية الدفع بعدم دستورية القوانين في الأنظمة الدستورية المقارنة

constitutionnelle partagée, LGDJ, France.

- Marthe Fatin-Rouge STEFANINI, le filtrage opéré par le conseil d'état, (rapport de recherche), Aix-Marseille université, France.

- Pierre BON, La question d'inconstitutionnalité en Espagne, "revue pouvoir", no 137, France, 2011.