

شروط ممارسة الدفع بعدم الدستورية أمام الجهات القضائية
دراسة تحليلية مقارنة بين القانون الجزائري والفرنسي والمصري

**Conditions of pushing unconstitutional before the judicial
authorities: A comparative analytical study between
Algerian, French and Egyptian law**

ط.د. مراد زوايد*⁽¹⁾ . د. عبد القادر عدو⁽²⁾

⁽¹⁾ جامعة أدرار، مخبر القانون والمجتمع، الجزائر، mouzouaid@univ-
adrar.edu.dz

⁽²⁾ جامعة أدرار، الجزائر، docteuraddou@gmail.com

تاريخ الاستلام: 2021/09/28؛ تاريخ القبول: 2021/12/15؛ تاريخ النشر: 2021/12/31

ملخص:

هدفت الدراسة الراهنة إلى بيان أهم الشروط التي اقترحها المشرع الجزائري للدفع بعدم الدستورية ومقارنتها بالأنظمة الأخرى (المصري والفرنسي) لتحديد أوجه الاتفاق والاختلاف التي قد تسهم في تصحيح المسارات الخاصة بتعزيز الحقوق والحريات بالجزائر. وتمثلت أهم النتائج بوجود مجموعة من الشروط المتنوعة لممارسة الحق بالدفع بعدم الدستورية، إذ تتنوع هذه الشروط ما بين الشروط الشكلية والموضوعية، وقد تمثلت أهم الشروط الشكلية بضرورة أن يقدم الطلب بمذكرة مكتوبة ومنفصلة ومسببة، كما اشترط القانون ضرورة توافر شروط موضوعية لقبول الدفع بعدم الدستورية، كأن يتعلق النص المطعون فيه بالنزاع المعروض على المحكمة التي أثير أمامها الدفع، وأن يكون الدفع جديا، وقد تركزت أهم أوجه الاختلاف بين المشرع الجزائري والأنظمة المقارنة في السلطة الذاتية للقاضي للدفع بعدم الدستورية، إذ ضيق المشرع الجزائري سلطة القاضي في الدفع الذاتي بينما وسعها المشرع المصري ومنحه الحق للدفع بعدم الدستوري إذا قدر أن النص التشريعي مشكوك في مخالفته للدستور.

كلمات مفتاحية: الدفع بعدم الدستورية؛ الشروط الشكلية؛ الشروط الموضوعية.

Abstract:

The aim of the present study is to outline the most important conditions established by the Algerian legislature to promote unconstitutionality and compare it with other regimes (Egyptian and French) in order to identify agreements and differences that might help to correct the paths responsible for promoting of rights and freedoms in Algeria.

The most important results showed the existence of a variety of conditions for the exercise of the right to unconstitutionality, ranging from formal to substantive. The most important formal conditions were the need for the application to be made by written, separate and reasoned warrant. The law also stipulated that there should be substantive conditions for the acceptance of unconstitutionality.

The contested text concerned the dispute before the court, which the plea was raised before, and that the defence must be serious, the main differences between the Algerian legislature, and the comparative regulations were concentrated on the judge's subjective power to plea unconstitutionality, since the Algerian legislature narrowed the judge's power to self-plea, while the Egyptian legislature extended it ,and granted it the right to plea unconstitutionality if the legislation was deemed to be in doubt to violate the constitution.

Keywords: Plea of unconstitutionality; formal requirements; substantive requirements.

المقدمة:

يعتبر الحق في الدفع بعدم الدستورية أحد أهم الحقوق التي كفلها الدستور بغية تحصين الحقوق والحريات الأساسية للمواطن، إذ تنطلق الفكرة الرئيسة لهذا المبدأ من إمكانية المطالبة من قبل اطراف العلاقة بإلغاء أو إيقاف اية نصوص تشريعية قد تلحق ضرا بها كنتيجة لمخالفتها لقواعد الدستور الذي يعتبر الوثيقة الأسى في الدولة والتي يتوجب ألا يخالفها أي تشريع باعتبار أن جميع السلطات في الدولة تعمل في اطار الدستور الأساسي، وقد أخذ المؤسس الدستوري الجزائري بمفهوم الرقابة اللاحقة عن

طريق الدفع بعدم الدستورية في التعديل المدخل على الدستور لسنة 2016 وهو ما أكدته التعديل الدستوري عام 2020 ضمن المادة 195 والتي أعطت لأطراف الخصومة الحق في منازعة أحكام تشريعية أو تنظيمية يدعون بأنها تخرق الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور، وعليه فإنه وبصدور القانون العضوي رقم 16-18 في العام 2018 المحدد لشروط وكيفية تطبيق الدفع بعدم الدستورية فقد تم إرساء الجانب التشريعي لآلية الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين في الجزائر، وفي إطار النصوص القانونية الدستورية الجزائرية فإنه يمكن إثارة هذا الدفع بمناسبة النظر في دعوى قضائية أمام هيئة من هيئات القضاء العادي أو الإداري، كما يمكن إثارته لأول مرة في الاستئناف أو الطعن بالنقض، وبذلك يظهر جلياً أن الدفع بعدم الدستورية يمكن اثارته من قبل أحد الأطراف في أي مرحلة كانت عليها الدعوى الأصلية سواءً من خلال النظر في موضوعها من قضاة الموضوع أو من قضاة القانون عند الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا أو أمام مجلس الدولة في الحالات التي يفصل فيها هذا الأخير كجهة طعن بالنقض، وقد تم مؤخراً اعتماد المحكمة الدستورية كجهة أساسية توكل اليها مهام الفصل في قضايا عدم الدستورية كبديل عن المجلس الدستوري في الجزائر وذلك في التعديل الأخير على الدستور في العام 2020، وقد كانت التجربة المصرية في مجال الطعون بالنصوص التشريعية واللوائح أحد التجارب العربية الهامة التي تبنت مبدأ الدفع بعدم الدستورية عندما أصدر القانون رقم 48 في العام 1979 والمتعلق بإنشاء المحكمة الدستورية العليا حيث أجاز للأطراف الطعن على النصوص التشريعية واللوائح بعدم الدستورية عن طريق الدفع الفرعي وفقاً لما نصت عليه المادة 29 من إقرار لهذه الطريقة وإجراءاتها، كما سارع المؤسس الدستوري الفرنسي الذي يأخذ بأسلوب الرقابة السياسية بإقرار الحق بالدفع بعدم الدستورية بموجب التعديل الدستوري في العام 2008 في المادة 1-61 والذي أعطى لجميع الأشخاص الحق في الدفع بعدم دستورية نص تشريعي بمناسبة دعوى مرفوعة أمام إحدى الجهات القضائية إذا كان النص يعتدي على أحد الحقوق أو إحدى الحريات الأساسية التي يحميها الدستور.

ولممارسة هذا الحق فقد وضعت مجموعة من الشروط الشكلية والموضوعية بغية ضمان الجدية وتعزيز الموضوعية عند طرح الدفوع أمام المحاكم الابتدائية أو قاضي الموضوع تمهيداً لإحالتها إلى المحكمة العليا أو الدستورية داخل الدولة.

سننولى في هذه الدراسة الإجابة عن الإشكالية الآتية:

ما هي الشروط الواجب توافرها لممارسة حق الدفع بعدم الدستورية في الجزائر مقارنة بالتشريعات الأخرى المصري والفرنسي؟

يتمثل الهدف الرئيس للورقة البحثية الراهنة في التعرف على شروط ممارسة حق الدفع بعدم الدستورية في القانون الجزائري مع اجراء مقارنة موضوعية لهذه الشروط بالقوانين الأخرى لاسيما الفرنسي والمصري.

اعتمدت في هذه الدراسة على المنهج الوصفي التحليلي المقارن لإبراز الطبيعة القانونية للدفع بعدم الدستورية والشروط الواجب توافرها من اجل تفعيل هذا الحق القانوني للوصول إلى مدى كفايتها لضمان حماية الحقوق والحريات المقررة دستوريا في القانون الجزائري والأنظمة المقارنة (المصري والفرنسي).

المحور الأول: الشروط الشكلية

ترتبط الدفوع الشكلية بالزوايا الشكلية المتعلقة بصحة الإجراءات، بينما ترتبط الدفوع الموضوعية بجوهر الموضوع المثار⁽¹⁾، ففي إطار القانون العضوي رقم 16/18 للعام 2016 أقر المشرع مجموعة من الشروط الشكلية التي يتوجب توافرها لإثارة الدفع بعدم الدستورية ويمكن إيضاح أهم هذه الشروط في الجوانب التالية:

أولاً: وجوب تقديم الدفع بعريضة منفصلة ومكتوبة ومسببة

إن القانون العضوي في إطار المادة رقم 6 قد أوجب دعم إثارة الدفع بعدم الدستورية بمذكرة مكتوبة منفصلة معللة وعدم الاكتفاء بإثارة الدفع في مرافعة شفوية، أي أن يكون الطعن المقدم إلى الجهة القضائية منفصل عن إجراءات الدعوى الأخرى للسماح للقاضي بالنظر فيه بشكل مستقل ومباشر دون تأخير معلنا أوليته عن بقية الدعوى⁽²⁾، أما التعليل فإنه يشير إلى ضرورة إيضاح عدم دستورية النص

(1) الساعدي حمد، "الدفع بعدم الدستورية في دولة الامارات العربية المتحدة دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير، جامعة الإمارات العربية المتحدة، الإمارات، 2020، ص13.

(2) بلال نورة، "ضوابط الدفع بعدم دستورية القوانين طبقا للتشريع الجزائري"، مجلة الشرق الأوسط

التشريعي محل الطعن شريطة أن يكون التعليل شاملا وكافيا لإيضاح المسألة حتى تتمكن المحكمة من مراقبة جدية الدفع، وهو ما يتحقق عبر الايضاح الكافي لأوجه خرق أو انتهاك أو حرمان من حق أو حرية 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 خرقتها⁽¹⁾، وقد نصت المادة السادسة والسابعة من القانون العضوي انه يتوجب تقديم الدفع بعدم الدستورية تحت طائلة عدم القبول بمذكرة مكتوبة ومستقلة ومسببة، كما تفصل الجهة القضائية «فورا وبقرار مسبب» في إرسال الدفع بعدم الدستورية إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة بعد استطلاع رأي النيابة العامة أو محافظ الدولة⁽²⁾، ويشير هذا الشرط إلى أن القاضي ملزم بعدم قبول الدعوى إذا لم تكن قد حررت بمذكرة منفصلة ومسببة من تلقاء نفسه، إذ أنه ملزما بتطبيق المادة 834 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، كما أنه لا يمكنه التصريح بعدم القبول إلا بعد مطالبة الخصوم بمناقشة الوجه الذي أثاره تلقائيا مما سيسمح للأطراف بتصحيح الإجراء الذي أغفل بتقديم مذكرة منفصلة ومسببة⁽³⁾.

وفي ذات الإطار، توافق المشرع الجزائري مع ما أقره المجلس الدستوري الفرنسي في قراره المؤرخ 2009/12/3 والذي أشار إلى ضرورة تقديم الدفع بعدم الدستورية بمذكرة مكتوبة ومنفصلة وقد أكد المجلس أن هذا الإجراء يرتبط بعدم اختصاص المجلس بالنسبة لموضوع الدعوى التي اثير بشأنها الدفع وأن اختصاصه ينصب فقط على بحث

للدراسات القانونية والفقهية، المجلد 1، العدد 1، معهد الشرق الأوسط للدراسات والنشر، المفرق، الأردن، 2021، ص9.

(1) باهي هشام، "محي وسيلة،" ضوابط الدفع بعدم دستورية القوانين أمام القضاء وفقا لأحكام القانون العضوي 18 - 16، "مجلة الحقوق والعلوم السياسية، المجلد 2، العدد 7، جامعة خنشلة، 2020، ص224.

(2) كمون حسين، لوني نصيرة، "رقابة الدفع بعدم الدستورية في ضوء التعديل الدستوري لسنة 2016 بين الفعالية والمحدودية"، مجلة المستقبل للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 2، العدد 3، معهد الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي بأفلو، 2019، ص4.

(3) شاوش رفيق، "دور آلية الدفع بعدم الدستورية في حماية الحقوق والحريات"، مجلة القانون الدستوري والعلوم الإدارية، العدد الخامس، المركز الديمقراطي العربي، ألمانيا، 2020، ص38.

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⁽¹⁾.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن المشرع الفرنسي قد تشدد في الالتزام بهذا الإجراء بضرورة تقديم الدفع في طلب مستقل ومنفصل ومسبب وحظر قيام القاضي بتنبيه المتقاضين لتصحيح شكل الدفع طبقاً للمادة 771-4 من قانون القضاء الإداري، وضرورة الحكم برفضه إذا لم يقدم في الشكل الذي نص عليه المشرع⁽²⁾، أما المشرع المصري فقد أوجب ضرورة أن يتضمن القرار الصادر بالإحالة إلى المحكمة الدستورية العليا أو صحيفة الدعوى المرفوعة إليها وفقاً لنص المادة 29 بيان النص التشريعي المطعون بعدم دستوريته والنص الدستوري المدعى بمخالفته، وأوجه المخالفة وفق نص المادة 26 من قانون المحكمة الدستورية العليا المصرية رقم 48 لسنة 1979⁽³⁾، وقد جاء مفاد حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية بخصوص المادة رقم 30 من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون 48 لسنة 1979 أن المشرع أوجب أن يتضمن القرار الصادر بالإحالة إلى المحكمة الدستورية العليا، أو صحيفة الدعوى الدستورية التي تقام أمامها، بيان النص القانوني المطعون عليه بعدم الدستورية، وأوجه مخالفته للدستور، وعليه فإن هذا الشرط في النظام القانوني المصري قد كان أكثر بساطة ومرونة من نظيره الجزائري والفرنسي، إذ أن التشابه بينهما قد ارتبط في اشتراط أن يكون الطلب المقدم والمتضمن الدفع بعدم دستورية نص تشريعي ما مبرراً وموضحاً للأسباب التي زجت بمبدي الدفع لإبداء دفعه؛ حتى يسهل تقدير جديته من قبل قاضي الموضوع، وحسمه من قبل القاضي الدستوري. ولكن المشرع المصري كان أكثر مرونة في كونه لم يشترط إبداء الدفع بعدم الدستورية في طلب مستقل عن الطلب الأصلي؛ حيث أجاز

(1) Agnès Roblot-Troizier, le non-renvoi des questions prioritaires de constitutionnalité par le Conseil d'État Vers la mutation du Conseil d'État en un juge constitutionnel de la loi, RFDA, N° 4, 2011, p.691.

(2) بلال نورة، مرجع سبق ذكره، ص 10.

(3) عيسو نادية، أمير كهيئة، "الدفع بعدم دستورية القوانين"، مذكرة ماجستير، جامعة بجاية، الجزائر، 2017، ص 27.

إبداء هذا الدفع في صحيفة الدعوى ذاتها، وذلك كطلب من بين الطلبات، ولكن بشرط ألا تقتصر عريضة الدعوى على الدفع بعدم دستورية، بل والأكثر من ذلك أنه أجاز إبداء الدفع بعدم الدستورية في محضر الجلسة أثناء نظر الدعوى أمام قاضي الموضوع، ولكن اشترط على مبدي الدفع في هذه الحالة أن يورد دفعه بمحضر الجلسة بصورة واضحة لا يُحيطها التجهيل أو يكتنفها الغموض⁽¹⁾.

ثانيا: تفعيل آلية الدفع من أحد أطراف النزاع

في إطار النصوص القانونية التي أقرها القانون العضوي رقم 16/18 للعام 2016 فقد أشارت المادة 2 إلى ضرورة قيام أحد أطراف الخصومة بإثارة الدفع بعدم الدستورية وعدم جواز إثارته من قبل القاضي؛ لأنه ليس أحد أطراف تلك الخصومة وبالتالي فقد استبعد المشرع الجزائري القضاء من حق إثارة الدفع بعدم الدستورية، وفي هذا السياق فقد أشار نص المادة الثانية إلى أنه يمكن إثارة الدفع بعدم الدستورية في كل محاكمة أمام الجهات القضائية التابعة للنظام القضائي العادي والجهات القضائية الخاضعة للنظام القضائي الإداري من قبل أحد أطراف الدعوى الذي يدعي أن الحكم التشريعي الذي يتوقف عليه مال النزاع ينتهك الحقوق والحريات التي يتضمنها الدستور⁽²⁾، وبالنظر إلى هذا الشرط نلاحظ أن المؤسس الدستوري الفرنسي قد أخذ بمبدأ إخطار المجلس الدستوري من قبل إحدى الجهات التي حددها الدستور وهم رئيس الجمهورية، رئيس الوزراء، رئيس أحد مجلسي البرلمان (الجمعية الوطنية ومجلس الشيوخ)، ستون عضوا في الجمعية الوطنية وستون عضوا في مجلس الشيوخ، وهذه هي المخولة دستوريا بتقديم طلب إلى المجلس الدستوري للانعقاد والنظر بدستورية القوانين، وهذا الإخطار ملزم في الحالات التي حددها الدستور الفرنسي بالنسبة للقوانين التنظيمية التي نصت عليها المادة (61) من الدستور الفرنسي لعام، 1958 أما بالنسبة للقوانين العادية والمعاهدات الدولية

(1) إسماعيل مصطفى، "المسألة الأولى الدستورية في التشريع الفرنسي" دراسة مقارنة بالنظام القانوني المصري، المجلة الدولية للفقه والقضاء والتشريع، المجلد 2، العدد 1، نادي قضاة مصر، 2021، ص 174.

(2) شامي يسين، لعروسي أحمد، "آلية الدفع بعدم الدستورية - قراءة في نص القانون رقم 16 / 18 المحدد لشروط وكيفية تطبيق الدفع بعدم الدستورية"، مجلة القانون، المجلد 1، العدد 8، معهد العلوم القانونية والإدارية، المركز الجامعي أحمد زبانة، غليزان، 2019، ص 18.

فان الدفع بعدم دستورتيتها يكون بطلب من احدى الجهات المختصة التي منحها الدستور هذا الحق بموجب المادة (61) والتعديل الدستوري لسنة 2008 الذي منح الافراد بالإضافة إلى هذه الجهات الخمسة الحق في الطعن بعدم دستورية القوانين بعد إصدارها ودخولها حيز التطبيق وذلك عندما يدفع الفرد -الذي هو طرف في دعوى مقامة أمام المحكمة- بمناسبة النظر في دعوى مقامة أمام القضاء بان نصا تشريعيا ينتهك الحقوق والحريات التي كفلها الدستور، فتقوم المحكمة بإحالة الدفع إلى المحكمة التي يتبعها (مجلس الدولة في الدعاوى الادارية ومحكمة النقض في الدعاوى العادية)، فإذا ما رأت جدية الدفع تقوم بإحالتها إلى المجلس الدستوري. هذا ويضيف بأن المشرع الفرنسي قد اخذ بحق الدفع بعدم الدستورية للأفراد دون إثارة الدفع من قبل القاضي في القانون 2009/1523 المنظم لشروط تطبيق المادة 61/1 من الدستور الفرنسي الذي حظر على القاضي في نص المادة 23 تقديم مسألة الأولوية الدستورية بقوة القانون او اثارها تلقائيا باعتبار أن تدخل القاضي لإثارة مسألة الدفع بعدم الدستورية يجعله ينتقص من مبدأ الحياد المفروض عليه⁽¹⁾.

وقد أقر المشرع المصري حق المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي الإحالة إلى المحكمة الدستورية العليا من تلقاء نفسها دون الحاجة إلى دفع من قبل الأطراف للفصل في عدم دستورية نص تشريعي، أو لائحي حيث نصت المادة 29 من القانون رقم 48 لسنة 1979 بإصدار قانون المحكمة الدستورية العليا على أنه "إذا تراءى لإحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي أثناء نظر إحدى الدعاوى عدم دستورية نص في قانون أو لائحة لازم للفصل في النزاع، أوقفت الدعوى وأحالت الأوراق بغير رسوم إلى المحكمة⁽²⁾، وبالتالي تمكين قاضي الموضوع من إثارة الدفع من تلقاء نفسه حتى لو لم يدفع أحد الخصوم أمامه بعدم الدستورية⁽³⁾، أي الاحتفاظ بسلطته في اللجوء إلى الإحالة

(1) شامي يسين، لعروسي أحمد، مرجع سبق ذكره، ص18.

(2) شراج حنان، "الإحالة إلى المحكمة الاتحادية العليا في الدعوى الدستورية دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2018، ص24.

(3) شنطاوي فيصل، وحاتمة سليم، "الرقابة القضائية على دستورية القوانين والأنظمة أمام المحكمة الدستورية في الأردن"، دراسات: علوم الشريعة والقانون، المجلد 40، العدد 2، الأردنية، 2013، ص623.

لإيصال مسألة دستورية إلى الهيئة المختصة بالفصل فيها، وهي المحكمة الدستورية العليا، وهنا فقد اختلف المشرع الجزائري والفرنسي عن المشرع المصري في أن الأخير قد اعتبر الدفع بعدم الدستورية يُعد من الدفوع المتعلقة بالنظام العام، والتي ينبغي على القاضي إثارتها من تلقاء نفسه في أية مرحلة من مراحل الدعوى حتى لو تنازل عنها صاحب المصلحة في إثارتها، في حين نفت هذه الصفة من قبل كل من المشرع الجزائري والفرنسي تعلق هذه الدفوع بالنظام العام، وأصبحت شكلا من أشكال الدفوع الخاصة⁽¹⁾.

وهنا يرى الباحث أن منع القاضي من حق إثارة الدفع من تلقاء نفسه وفقا للمادة 4 من القانون العضوي 18/16 قد يشكل مساسا بمبادئ الدستورية، إذ أن المشرع لم يحدد بدقة أنه في إطار التسبيب والتحليل والدراسة والتأسيس قد تظهر مسائل فرعية أخرى لم يتطرق لها الخصوم والتي قد تؤثر على سير الدفع بعدم الدستورية وعليه فإن السكوت عليها من قبل القاضي يعد مساسا بمبادئ الدستورية ولو بطريقة غير مباشرة، لذا يمكن للمشرع أن يوسع من صلاحيات القضاة في دعم وتكريس حق الدفع بعدم الدستورية من أجل وضع معايير للتصفية وإثارة أوجه فرعية أخرى في إطار الاجتهاد القضائي من قبل المجلس الدستوري أثناء الفصل في دعوى الدفع.

المحور الثاني الشروط الموضوعية

لقد أقر المشرع الجزائري مجموعة من الشروط الموضوعية التي يجب توافرها لإعمال حق الدفع بعدم الدستورية والتي يمكن ايضاحها فيما يلي:

أولاً: وجود نزاع موضوعي قائم أمام القضاء العادي أو الإداري

يقترن تفعيل حق الدفع بعدم الدستورية برفع دعوى مسبقا في الموضوع، بمعنى آخر دفع فرعي، ذو صلة بدعوى أصلية يجري نظرها بمناسبة نزاع أو خصومة أمام القضاء، حيث لا يمكن إثارتها مباشرة أو بمعزل عن دعوى الموضوع، فلا يمكن طلب إجراء الدفع لنص قانوني غير مطبق أو غير مستند عليه في الدعوى كما أنه يتطلب

(1) إسماعيل مصطفى، مرجع سبق ذكره، ص 172.

تقديم الطلب وجود مصلحة شخصية لصاحب الطعن⁽¹⁾، إذ إن الدفع بعدم الدستورية هو دفع موضوعي يمكن إثارته أثناء سير موضوع النزاع. وقد سار المشرع المصري بذات الاتجاهات. كما نصت الفقرة الثانية من المادة 29 من قانون المحكمة الدستورية العليا المصرية على أنه: تتولى المحكمة الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح "إذا دفع أحد الخصوم أثناء نظر الدعوى أمام إحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة، ورأت المحكمة أو الهيئة أن الدفع جدي، أجلت نظر الدعوى، وحددت لمن أثار الدفع ميعاداً لا يتجاوز ثلاثة أشهر لرفع دعواه أمام المحكمة الدستورية العليا، فإذا لم ترفع الدعوى في الميعاد، اعتبر الدفع كأن لم يكن"⁽²⁾، وتجدر الإشارة هنا إلى أن المشرع المصري قد توافق مع كل من الفرنسي والجزائري في ضرورة إثارة الدفع أثناء النظر في قضية موضوعية أمام القضاء وهو ما قضت به المحكمة الدستورية العليا المصرية في حكم لها صراحة بأن "الطعن في النصوص التشريعية بالطريق المباشر إنما ينحل إلى دعوى أصلية بعدم الدستورية بذاتها منفصلة عن أي نزاع مؤثر في الدعوى الموضوعية.

ثانياً: ألا يكون الحكم التشريعي قد سبق التصريح بمطابقته للدستور من طرف المجلس الدستوري باستثناء حال تغير الظروف

يلاحظ أن المشرع الجزائري قد استثنى أية أحكام تشريعية سبق للمجلس الدستوري ممارسة الرقابة السابقة على مدى دستورتها وأعلن مطابقتها للدستور من الدفع بعدم الدستورية⁽³⁾، وبالتالي فإنه يستبعد من هذه القاعدة كافة القوانين العضوية كونها سبق الفصل في دستورتها عن طريق الرقابة السابقة، والقوانين العادية

(1) كحلاوي عبد الهادي، عسري أحمد، "الدفع بعدم الدستورية: قراءة في القانون العضوي رقم 16-18"، مجلة القانون الدستوري والمؤسسات السياسية، المجلد 4، العدد 1، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مستغانم، 2020، ص 5.

(2) ن كحلاوي عبد الهادي، عسري أحمد، مرجع سبق ذكره، ص 40.

(3) لعبيدي خيرة، حاجة وافي، "الدفع بعدم الدستورية أمام قاضي الموضوع"، مجلة القانون العقاري والبيئة، المجلد السابع، العدد 13، مخبر القانون العقاري والبيئة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مستغانم، 2019، ص 74.

التي سبق للمجلس الدستوري أن راقب على مدى دستوريته، والقوانين الاستثنائية كونها صادرة عن إرادة الشعب مباشرة، إن اجتهاد المجلس الدستوري الفرنسي متفق على أن الرقابة على دستوريته تنحصر في الرقابة السابقة فقط، بحكم أنها صادرة مباشرة عن إرادة الشعب.

ما عدا في حالة حصول تعديل دستوري رفع من سقف الحقوق والحريات وقام بتوسيعها إلى مجالات أخرى، مما يجعل نصا تشريعيا سبق التصريح بدستوريته في ظل النص القديم قابلا لأن يكون محل دفع بعدم الدستورية بناءً على النص الجديد، وهو ما عبرت عنه المادة 8 من القانون العضوي 16-18 في الشرط الثاني، بعبارة (باستثناء حال تغير الظروف)، أما بالنسبة للشق الثاني من الشرط المتعلق بتوقف مآل النزاع على الحكم التشريعي المدفوع بعدم دستوريته، فقد نصت المادة 195 من التعديل الدستوري 2020، على أن يكون الحكم التشريعي أو التنظيمي محل الدفع حاسما في سير الخصومة أي أن الفصل في دستوريته يؤثر في سير النزاع والفصل فيه ⁽¹⁾.

وقد توافق المؤسس الدستوري الجزائري مع نظيره الفرنسي بعدم جواز الدفع بعدم دستورية قانون أو حكم تشريعي سبق لجهة القضاء الدستوري مراقبته وقضت بدستوريته على اعتبار أن القرارات المتخذة سابقا فيما يتعلق بهذه القوانين أو الأحكام هي قرارات نهائية وغير قابلة لأي وجه من أوجه الطعن وملزمة لجميع السلطات بنص الدستور ⁽²⁾.

ويرى الباحث أن اعتماد المؤسس الدستوري الجزائري التوجه الفرنسي المرتبط بما ورد في نص المادة 195 من التعديل الدستوري 2020 على أن النص الذي يدفع بعدم دستوريته يجب أن يتوقف عليه مآل النزاع، يعتبر تضييقا لدائرة الدفع الذي أشارت إليه المادة 2 من القانون العضوي 16-18 سنة 2018 وذلك على غرار ما أقدم عليه المشرع الفرنسي في المادة 2/23 من القانون الأساسي رقم 1523-2009 حيث نصت المادة 2/23 على أن يكون النص التشريعي المدفوع بعدم دستوريته مطبقا على النزاع المطروح أو يعد أساسا للملاحقة القضائية.

(1) باهي هشام، وماحي وسيلة، مرجع سبق ذكره، ص 227.

(2) David Lévy, l'efficacité de la question prioritaire de constitutionnalité Le point de vue du justiciable et de ses conseils, AJDA, N° 22, 2011, p.1251.

ثالثاً: الطابع الجديد والجدي للمسألة الدستورية

يرتبط مفهوم الجدية بان يكون هدف الدفع موضوعياً ويستند إلى مبررات حقيقية لا ان يرتبط التسوية وإطالة عمر النزاع وبالتالي استبعاد الدفوع الكيدية، التي تستهدف مثل هذه الاطالة والاضرار بالخصوم حيث يعتبر الدفع جدياً إذا كان له تأثير في الدعوى، فإذا كان عكس ذلك يعد غير جدي، حيث يكفي أن تكون مسألة الدستورية محل شك⁽¹⁾، إلا أن الجدية هي مسألة موضوعية يقدرها القاضي الذي طرحت أمامه القضية الأصلية، حيث يكفي القاضي بالتصريح أنه ثمة شك في دستورية الحكم التشريعي المطعون فيه، وأنه يحتمل فعلاً التصريح بعدم الدستورية مما يجعل الدفع المثار جدياً⁽²⁾، أما بالنسبة للطابع الجديد للمسألة الدستورية، فيقصد به أنه لم يسبق التصريح بأن القانون محل الدفع بعدم الدستورية مطابق للدستور، إلا إذا تغيرت الظروف، وهو استثناء على هذا الشرط. وعليه فإن منح المؤسس الدستوري الجزائري سلطة تقدير جدية الدفع للقاضي يجعل من القاضي العادي قاضياً دستورياً، وله السلطة التقديرية في تقدير جدية الدفع، وهذا لا يعني أن يتحقق القاضي من عدم دستورية القانون حتى يحيله إلى المحكمة الدستورية، وإنما معناه أن يشك في دستورية القانون لتقرير مدى جدية الدفع، فدور القاضي هنا هو إيجاد مبرر لمسألة عدم الدستورية ليوقف الفصل في الدعوى ويحيل أوراقها إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة أو المجلس الدستوري، لذا فإن قرار محكمة الموضوع بإحالة مذكرة الدفع لهذه الجهات يترتب عليه وقف الفصل في الدعوى الأصلية المنظورة أمامها، إلى حين توصّلها بقرار المحكمة العليا أو مجلس الدولة أو المجلس الدستوري في حالة إخطاره⁽³⁾،

(1) شاوش رفيق، مرجع سبق ذكره، ص 38.

(2) زواوي عادل، "تأثير الدفع بعدم الدستورية على سير الدعوى الأصلية: قراءة في أحكام القانون العضوي رقم 16 / 18"، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 1، العدد 5، جامعة المسيلة، 2020، ص 1113.

(3) رحموني محمد، رحلي سعاد، "حق الأفراد في الدفع بعدم الدستورية في ظل القانون العضوي المحدد لكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية"، دفاثر السياسة والقانون، المجلد 1، العدد 11، جامعة ورقلة، 2019، ص 78.

ومن الملاحظ هنا أن المشرع الفرنسي قد أخذ بجدية الدفع كشرط من شروط الدفع بعدم الدستورية، إذ أوجب على القاضي الذي أثير أمامه الدفع أن يتحقق من جدية الطلب من خلال التركيز على فحص مجموعة من الجوانب الهامة التي تشمل ما يلي⁽¹⁾:

- أن الحكم المتنازع بشأنه هو الذي يشكل أسس الملاحقات أو يتحكم بمخرج الدعوى.
- أن المسألة الدستورية قائمة أم غير قائمة على أسس.
- ألا يكون المجلس الدستوري قد سبق أن قضى بمطابقة القانون للدستور، يستثنى من ذلك إذا استجدت ظروف واقعية وقانونية جديدة ومتغيرة.

حيث إن هذا الطعن ذو أولوية على بقية إجراءات الدعوى، وعلى أية دفعات أخرى، فإذا كان الدفع مستوفياً للشروط التي حددها القانون العضوي، وفحص القاضي مدى جديته وجب عليه إحالته إلى محكمة النقض أو مجلس الدولة للتصفية في المحطة الثانية خلال ثمانية أيام من إثارة الدفع، أما في حالة رفض القاضي إحالة الطعن بسبب كونه غير جدي فإن قراره يكون قابلاً للطعن أمام الهيئات القضائية العليا.

وقد أخذ المؤسس الدستوري المصري بضرورة توافر شرط الجدية كأساس للدفع بعدم الدستورية إذ اتجهت المحكمة الدستورية العليا المصرية إلى القول بأن ما جرى عليه قضاء هذه المحكمة "أن المشرع رسم طريقاً لرفع الدعوى الدستورية التي أتاح للخصوم إقامتها، وربط بينه وبين الميعاد المحدد لرفعها، فدل بذلك على أنه اعتبر هذين الأمرين من مقومات الدعوى الدستورية، فلا ترفع إلا بعد إبداء دفع بعدم الدستورية تقدر محكمة الموضوع جديته"⁽²⁾.

من خلال العرض السابق يتضح للباحث توافق كل من المؤسس الدستوري المصري والفرنسي والجزائري في ضرورة توافر الجدية في الدعوى الدستورية المقدمة مع منح قاضي الموضوع سلطة تقدير جدية الدفع، وقد كان الاختلاف هنا في حدود السلطات الممنوحة لقاضي الموضوع، إذ أن كل من المؤسس الدستوري الفرنسي

(1) Agnès Roblot-Troizier, la question prioritaire de constitutionnalité devant les juridictions ordinaires : entre méfiance et prudence, AJDA, N° 2, 2010, p.80.

(2) الرفاعي قصي، "تحريك الدعوى الدستورية" دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة القدس، أبوديس، فلسطين، 2016، ص 111.

والجزائري قد ضيق سلطات قاضي الموضوع في إثارة الدفع من تلقاء نفسه، في حين توسع المؤسس المصري في هذه السلطة حين منح لقاضي الموضوع إثارة الدفع من تلقاء نفسه إذا تراءى له جدية هذا الدفع حتى لو لم يقيم أحد الخصوم بإثارة الدفع وذلك لاعتبارات تتعلق بالمصلحة العامة كونه اعتبر قضايا الدفع من الدفوع العامة على عكس كل من المؤسسين الدستوريين الفرنسي والجزائري.

رابعاً: أن يكون المطعون فيه منتهكاً للحقوق والحريات التي يضمنها الدستور

لقد منح المؤسس الدستوري الجزائري الحق للأفراد في الدفاع عن حقوقهم وحمايتهم، إذ لم يكتفي بإدراج تلك الحقوق والحريات في إطار الدستور، إنما نظم شكلاً يتيح للأفراد حماية تلك الحقوق باعتبارهم الجهة الأقدر للدفاع عنها، فعندما يدعي أحد الخصوم أن القانون المراد تطبيقه عليه يمس وينتهك الحقوق والحريات التي يكفلها الدستور فإن الجهة القضائية المعنية بالفصل في النص المطعون فيه تحيله إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة حسب الحالة، ومن ناحية أخرى فإن استخدام المؤسس الدستوري الجزائري عبارة "التي يضمنها الدستور" بدل "التي ينص عليها الدستور"، تطرح مسألة الحق في التمسك بإثارة الدفع بعدم الدستورية، إذا كان الحق أو الحرية مكفولة من خلال نص يوجد خارج وثيقة الدستور، كأن يكون قد تضمنته معاهدة دولية أو قانون عضوي خاصة أن هذا الأخير يعتبر من القواعد المكملّة للدستور⁽¹⁾.

وقد توافق كل من المؤسس الدستوري الفرنسي⁽²⁾ والمصري على ضرورة أن يكون النص التشريعي المطعون فيه مخالفاً في ذاته للدستور ومنتهكاً إحدى الحقوق والحريات التي يكفلها الدستور، حيث قررت المحكمة الدستورية العليا المصرية بموجب حكم لها أنه "لا يكفي لقيام المصلحة الشخصية المباشرة المعتبرة شرطاً لقبول الدعوى الدستورية، أن يكون النص التشريعي المطعون عليه مخالفاً في ذاته للدستور بل يتعين أن يكون هذا النص بتطبيقه على المدعي قد أخل بأحد الحقوق التي كفلها الدستور

(1) باهي هشام، ماحي وسيلة، مرجع سبق ذكره، ص 224.

(2) Marc GUILLAUME, Question prioritaire de constitutionnalité, Répertoire de contentieux administratif - Dalloz , avril 2019, p.49.

على نحو الحق به ضررا مباشرا⁽¹⁾.

خاتمة

تعتبر آلية الدفع بعدم الدستورية أحد أهم الوسائل المعززة لحماية الحقوق والحريات وقد أخذ المؤسس الدستوري الجزائري بهذه الآلية على غرار كل من المؤسس الدستوري الفرنسي والمصري، إذ تم إقرار هذه الآلية في إطار إصدار القانون العضوي رقم 16/18 المحدد لشروط هذه الآلية وهو ما سمح للمواطن بممارسة حقه في الدفاع عن حرياته الأساسية التي كفلها الدستور، وقد شملت الشروط المقررة شروطا شكلية وأخرى موضوعية، حيث تمثلت أهم الشروط الشكلية بوجود تقديم عريضة مكتوبة ومسببة ومنفصلة وعدم الاكتفاء بإثارة الدفع في مرافعة شفوية، وفي هذا الإطار فقد توافق المشرع الجزائري مع ما أقره المجلس الدستوري الفرنسي الذي أشار إلى ضرورة تقديم الدفع بعدم الدستورية بمذكرة مكتوبة ومنفصلة، كما توافق أيضا مع المشرع المصري الذي أوجب ضرورة أن يتضمن القرار الصادر بالإحالة إلى المحكمة الدستورية العليا أو صحيفة الدعوى المرفوعة إليها بيان النص التشريعي المطعون بعدم دستوريته والنص الدستوري المدعى بمخالفته، وأوجه المخالفة، يضاف إلى ذلك اشتراط تفعيل آلية الدفع من أحد أطراف النزاع كأحد أهم الشروط الشكلية، وقد توافق المشرع الجزائري مع المشرع الفرنسي الذي أخذ بمبدأ إثارة الدفع من قبل إحدى الجهات التي حددها الدستور إضافة للأفراد دون إثارة الدفع من قبل القاضي باعتبار أن تدخل القاضي لإثارة مسألة الدفع بعدم الدستورية يجعله ينتقص من مبدأ الحياد المفروض عليه، بينما اختلف المشرع المصري مع كل من المشرع الجزائري والفرنسي في هذا الجانب حيث أقر المشرع المصري تمكين قاضي الموضوع من إثارة الدفع من تلقاء نفسه حتى لو لم يدفع أحد الخصوم أمامه بعدم الدستورية، أي الاحتفاظ بسلطته في اللجوء إلى الإحالة لإبصال مسألة دستورية إلى الهيئة المختصة بالفصل فيها

وقد تضمنت الشروط الخاصة بالدفع بعدم الدستورية مجموعة من الشروط الموضوعية التي أقرها المشرع الجزائري والتي تمثل أهمها بضرورة وجود نزاع موضوعي

(1) الرفاعي قصي، مرجع سبق ذكره، ص 97.

قائم أمام القضاء العادي أو الإداري حيث لا يمكن إثارته مباشرة أو بمعزل عن دعوى الموضوع، وقد توافق المشرع الجزائري مع المشرع الفرنسي والمصري في هذا الإطار، كما وتضمنت تلك الشروط الطابع الجديد والجدي للمسألة الدستورية وقد توافق كل من المشرع المصري والفرنسي والجزائري في ضرورة توافر الجدية في الدعوى الدستورية المقدمة مع منح قاضي الموضوع سلطة تقدير جدية الدفع، وقد كان الاختلاف هنا في حدود السلطات الممنوحة لقاضي الموضوع، إذ أن كل من المشرع الفرنسي والجزائري قد ضيق سلطات قاضي الموضوع في إثارة الدفع من تلقاء نفسه، في حين توسع المشرع المصري في هذه السلطة حين منح لقاضي الموضوع إثارة الدفع من تلقاء نفسه إذا تراءى له جدية هذا الدفع حتى لو لم يقوم أحد الخصوم بإثارة الدفع وذلك لاعتبارات تتعلق بالمصلحة العامة كونه اعتبر قضايا الدفع من الدفع العامة على عكس كل من المشرعين الفرنسي والجزائري، وأخيرا فقد شملت تلك الشروط الموضوعية ضرورة أن يكون المطعون فيه منتهكا للحقوق والحريات التي يضمنها الدستور وهو ما توافق مع ما أقره كل من المشرع الفرنسي والمصري على ضرورة أن يكون النص التشريعي المطعون فيه مخالفا في ذاته للدستور ومنتهكا إحدى الحقوق والحريات التي يكفلها الدستور، ومن خلال المراجعة الموضوعية لشروط الدفع بعدم الدستورية توصي الدراسة بضرورة توسيع سلطة قاضي الموضوع في إطار الدفع بعدم الدستورية بتمكينه من إثارة الدفع من تلقاء نفسه كما فعل المشرع المصري والعمل على تأهيل القضاة فيما يتعلق بأساليب تقدير جدية تلك الدفع.

المراجع

1- المراجع باللغة العربية

1-1 الرسائل والمذكرات:

- 1- الساعدي حمد "الدفع بعدم الدستورية في دولة الامارات العربية المتحدة : دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة الإمارات العربية المتحدة . 2020 .
- 2- الرفاعي قصي، "تحريك الدعوى الدستورية "دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير، جامعة القدس، أبو ديس، فلسطين، 2016.

- 3- شراج حنان، "الإحالة إلى المحكمة الاتحادية العليا في الدعوى الدستورية دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2018.
- 4- عيسو نادية، وأمير كهيبة، "الدفع بعدم دستورية القوانين"، مذكرة ماجستير، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، الجزائر، 2017.

2-1 المقالات:

- 1- إسماعيل مصطفى، "المسألة الأولى الدستورية في التشريع الفرنسي" دراسة مقارنة بالنظام القانوني المصري"، المجلة الدولية للفقهاء والقضاء والتشريع، المجلد 2، العدد 1، نادي قضاة مصر، 2021.
- 2- باهي هشام، ومحيي وسيلة، "ضوابط الدفع بعدم دستورية القوانين أمام القضاء وفقا لأحكام القانون العضوي 18 - 16"، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، المجلد 2، العدد 7، جامعة خنشلة، 2020.
- 3- زوايد عادل، "تأثير الدفع بعدم الدستورية على سير الدعوى الأصلية: قراءة في أحكام القانون العضوي رقم 16 / 18"، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 1، العدد 5، جامعة المسيلة، 2020.
- 4- رحموني محمد، ورحلي سعاد، "حق الأفراد في الدفع بعدم الدستورية في ظل القانون العضوي المحدد لكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية"، دفاتر السياسة والقانون، المجلد 1، العدد 11، جامعة ورقلة، 2019.
- 5- شنتاوي فيصل، وحاتمة سليم، "الرقابة القضائية على دستورية القوانين والأنظمة أمام المحكمة الدستورية في الأردن"، دراسات: علوم الشريعة والقانون، المجلد 40، العدد 2، الجامعة الأردنية، 2013.
- 6- شاوش رفيق، "دور آلية الدفع بعدم الدستورية في حماية الحقوق والحريات"، مجلة القانون الدستوري والعلوم الإدارية، العدد الخامس، المركز الديمقراطي العربي، ألمانيا، 2020.
- 7- شامي يسين، ولعروسي أحمد، "آلية الدفع بعدم الدستورية -قراءة في نص القانون رقم 16 / 18 المحدد لشروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية"، مجلة القانون، المجلد 1، العدد 8، معهد العلوم القانونية والإدارية، المركز الجامعي أحمد زبانة، غليزان، 2019.

8- كمونحسين، لونينصيرة، "رقابة الدفع بعدم الدستورية في ضوء التعديل الدستوري لسنة 2016 بين الفعالية والمحدودية"، مجلة المستقبل للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 2، العدد 3، معهد الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي بأفلو، 2019.

9- كحلاوي عبد الهادي، وعسري أحمد، "الدفع بعدم الدستورية: قراءة في القانون العضوي رقم 16-18"، مجلة القانون الدستوري والمؤسسات السياسية، المجلد 4، العدد 1، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مستغانم، 2020.

10- لعيدي خيرة، وحاجة وافي، "الدفع بعدم الدستورية أمام قاضي الموضوع"، مجلة القانون العقاري والبيئة، المجلد السابع، العدد 13، مخبر القانون العقاري والبيئة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مستغانم، 2019.

11- نورة، بلال، "ضوابط الدفع بعدم دستورية القوانين طبقا للتشريع الجزائري"، مجلة الشرق الأوسط للدراسات القانونية والفقهية، المجلد 1، العدد 1، معهد الشرق الأوسط للدراسات والنشر، المفرق، الأردن، 2021.

2- المراجع باللغة الفرنسية

1- Agnès Roblot-Troizier, le non-renvoi des questions prioritaires de constitutionnalité par le Conseil d'État Vers la mutation du Conseil d'État en un juge constitutionnel de la loi, RFDA, N° 4, 2011.

2- Agnès Roblot-Troizier, la question prioritaire de constitutionnalité devant les juridictions ordinaires : entre méfiance et prudence, AJDA, N° 2, 2010.

3- David Lévy, l'efficacité de la question prioritaire de constitutionnalité Le point de vue du justiciable et de ses conseils, AJDA, N° 22, 2011.

4- Marc GUILLAUME, Question prioritaire de constitutionnalité, Répertoire de contentieux administratif - Dalloz , avril 2019.